

# LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 2974-5640

**2024 2**

**tempo**

**FIU**  
FIRENZE  
UNIVERSITY  
PRESS

## 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 Cudia	University of Florence
Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	University of Florence
Prof. Irene Stolzi	University of Florence
Prof. Simone Torricelli	University of Florence
Prof. Giuseppe Guizzi	University of Rome “Tor Vergata”
Prof. Alfons Aragoneses	University of Barcelona
Prof. Andrea Schneider	Yeshiva University
Prof. Michal Alberstein	University of Tel-Aviv
Prof. Filippo Danovi	University of Milan-Bicocca
Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Prof. Andrea Biondi	King’s College
Prof. Filippo Valguarnera	University of Gothenburg
Prof. Michele Graziadei	University of Turin
Prof. Sebastian Martin	University of Seville
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 Board*

Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Prof.ssa Silvana Dalla Bontà	University of Trento
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof.ssa Paola Lucarelli	University of Florence

## *Editorial Team*

### *Editor-in-chief*

Prof. Chiara Cudia      University of Florence

### *Direttore responsabile*

Avv. Giampaolo Di Marco

### *Managing editors*

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

### *Administrative and tax law*

Journal editor - Giacomo Sequi	University of Campania “Luigi Vanvitelli”
Vice journal editor - Lorenzo Ricci	University of Tuscia
Sara Ammavuta	University of Florence
Bruno Ballerini	“Roma tre” University

### *Criminal law*

Journal editor - Giulia Lari	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Tazzini	University of Florence
Vice journal editor - Federico Valente Bagattini	University of Florence
Ginevra Detti	University of Florence
Gianluca Fini	University of Florence
Alessandra Rossi	University of Florence

*Constitutional, EU and international law*

Journal editor - Duccio Bongiovanni	University of Florence
Vice journal editor - Lapo Montelatici	University of Florence
Lorenzo Corsi	University of Florence
Nicole Fenti	University of Florence
Francesca Iacopozzi	University of Florence
Lorenzo Nencini	University of Florence/University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Caterina Neri	University of Florence

*Private Law*

Journal editor - Federico Fidanza	University of Padua
Vice journal editor - Elisa Verdelli	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Turin
Camilla Freda	University of Florence
Camilla Furia	University of Florence
Davide Graziuso	University of Florence
Ermelinda Kurtulaj	University of Florence
Alice Landi	University of Florence
Francesco Maria Simoncini	University of Rome “La Sapienza”
Edoardo Zanasi	University of Florence

*History and philosophy of law*

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

*Graphic Designer*

Arch. Emanuele Cremona

## INDICE

Editoriale..... I

\*

L. EUSEBI, *Tempo e pena carceraria*.....1

I. PAGNI, *Il tempo nella crisi d'impresa*.....19

\*

E. CATERINA, *L'eternità di un Provisorium: appunti sui limiti della revisione costituzionale a partire dal modello dell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca*.....33

P. CORONA, *Il senso della storia, i tempi del diritto. Nota su diritto e tempo nella riflessione programmatica di Friedrich Carl von Savigny*.....46

M. CONVERSANO, *Il fattore temporale nell'acquisizione transfrontaliera delle e-evidence: il bilanciamento operato nel secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest*.....62

S. RACIOPPI, *Il tempo dell'agire amministrativo nella transizione digitale*.....77

\*

G. ORLANDINI, *La calendarizzazione delle udienze nella materia penale: discorso alla luce del principio di ragionevole durata del processo*.....97

F. LINARDI, *I patti in vista della crisi di coppia: tra equità e sopravvenienze*.....110

### *Spazio aperto*

F. FIDANZA, *Relatività ristretta e recettività della revoca di proposta contrattuale*.....125

## TEMPO

Il volume che presentiamo ai lettori de *La Nuova Giuridica* chiude il dittico di pubblicazioni sopra temi all'apparenza più pertinenti all'ambito delle scienze "dure": *spazio*, oggetto del quinto numero, e *tempo*, protagonista di questa uscita.

Già i contributi sul tema "spazio" hanno svelato come il mondo del diritto sia tutt'altro che sordo alle istanze di questa prima dimensione del reale: lo spazio - abbiamo scoperto - deve essere regolato ed è a sua volta tecnica di regolazione.

Come il lettore avrà modo di notare anche solo scorrendo l'indice di questo numero, la stessa conclusione emerge con nettezza dalle diverse prospettive d'indagine tracciate dagli autori che abbiamo l'onore di ospitare: il tempo impregna, come lo spazio, l'universo del diritto.

Il fattore "tempo" interessa il giurista sotto almeno cinque, diverse, prospettive.

La prima chiave di lettura, schiusa dalle pur diverse intuizioni di Einstein e Bergson, è che il tempo non è una realtà univoca, ma fluisce con ritmi diversi a seconda del mutevole punto soggettivo di osservazione. Il dato interessa il giurista, e prima ancora il decisore politico, perché, ad esempio, il tempo di un processo corre ben diversamente dalla prospettiva dello scranno del giudice oppure del banco dell'imputato.

"Tempo" evoca poi l'esigenza di rapidità nelle attività che interessano gli attori del diritto; rapidità che, il più delle volte, è condizione di *efficacia* dell'azione pubblica e privata.

"Tempo", d'altro canto, può significare anche l'esatto rovescio: cioè, esigenza di stabilità, immutabilità. Così, senza tempo "lungo" - *diuturnitas* - non esiste consuetudine. Cambiamenti repentini di norme pregiudicano il valore della *certezza*: le recenti vicende geopolitiche in tema di dazi lo mostrano con chiarezza. Ancora, secondo una nota prospettiva giusfilosofica, esistono norme "senza tempo", perché espressive di valori assoluti ed eterni, "naturali", per così dire.

La nozione di "tempo", inoltre, evoca l'intrinseca storicità del diritto: non (solo) dimensione statica, ma frutto maturo della storia di un popolo, di una civiltà. Il diritto appare come *tradizione*, e l'interpretazione del dato positivo non può sfuggire al confronto con essa.

Da ultimo, costituisce una evidenza il dato che, come nel tempo vivono e si evolvono le relazioni fra le persone, così nel tempo si svolgono i rapporti -

giuridici - che le riguardano. Perciò, il diritto è chiamato a reagire alle sollecitazioni della realtà che cambia, resistendo o, viceversa, accogliendo le istanze, sempre nuove, che questa costantemente offre.

Ad ogni modo, i contributi che offriamo ai nostri lettori introducono, meglio di qualsiasi editoriale, l'approfondimento della vastissima portata concettuale della nozione di tempo. Procediamo, allora, a presentarli.

Aprè la pubblicazione uno scritto di Luciano Eusebi su tempo e pena carceraria in cui - muovendo dalla distinzione tra tempo cronologico (*χρόνος*) e tempo significativamente vissuto (*καιρός*) - l'Autore auspica l'introduzione di nuove forme di risposta al reato che non consistano in una mera sottrazione del significato del tempo, alla luce del principio di umanità delle pene, prima ancora del finalismo rieducativo. Ilaria Pagni, invece, approfondisce l'essenzialità del fattore "tempo" nella disciplina della crisi di impresa: dall'esigenza di tempestività nella emersione dello stato di crisi o insolvenza, alla rilevanza del tempo nella comprensione dei più vari istituti regolati dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019).

Edoardo Caterina indaga le origini e il significato della c.d. "clausola di eternità" contenuta nella Carta costituzionale tedesca, il che consente all'autore di svolgere riflessioni sopra la più radicale nozione di "identità costituzionale". Paolo Corona, dal canto suo, dedica uno studio alle relazioni fra diritto e tempo dalla prospettiva della scuola storica del diritto fondata da Friedrich Carl von Savigny.

Fra i contributi di dottorandi e studenti, segnaliamo due approfondimenti sulla efficiente gestione del tempo nella programmazione delle udienze nel processo penale e nell'acquisizione transfrontaliera di prove. Pubblichiamo, inoltre, ricerche sul tempo dell'agire amministrativo nell'era della transizione digitale e sull'istituto civilistico dei patti in vista della crisi di coppia.

Chiude il numero la consueta sezione dello *Spazio aperto*, dove è pubblicato uno studio sperimentale di un giovane studioso, che fa originale applicazione delle leggi fisiche in tema di relatività ristretta per risolvere un quesito tutto giuridico: quello della recettività, o meno, della revoca della proposta contrattuale.

*Duccio Bongiovanni*  
*Irene Ceccatoni*  
*Natalia Cecconi*  
*Ginevra Detti*  
*Federico Fidanza*



*Giulia Lari*  
*Lapo Montelatici*  
*Giacomo Sequi*  
*Francesco Maria Simoncini*  
*Francesco Saverio Tavaglione*  
*Lorenzo Tazzini*

## TEMPO E PENA CARCERARIA

LUCIANO EUSEBI\*

*Sulla base di una breve riflessione circa il concetto di tempo, viene evidenziato come il sistema penale classico abbia concepito la pena, nella sua veste detentiva, quale puro tempo cronologico ( $\chi\rho\acute{o}\nu\omicron\varsigma$  -  $\text{chrónos}$ ), deprivativo di un tempo significativamente vissuto ( $\kappa\alpha\iota\rho\acute{o}\varsigma$  -  $\text{kairós}$ ). Si descrivono, pertanto, i diversi ambiti in cui il diritto penale italiano ha ritenuto rilevanti, per quanto concerne le modalità della risposta in concreto al reato, condotte estese nel tempo che assumano valore in senso rieducativo e riparativo: pur rimanendo ancorato alla visione tradizionale della pena nel momento in cui essa viene inflitta al termine del processo. Risulta auspicata, tuttavia, una rivisitazione in senso programmatico-progettuale del concetto stesso di sanzione penale (nel cui ambito il ricorso al carcere costituisca effettivamente *extrema ratio*): individuandosi quale vero e proprio principio del diritto penale – desumibile dalla Costituzione – il fatto che essa non possa comportare un'insignificanza del tempo nella vita del condannato.*

*Based on a brief reflection about the concept of time, it is pointed out that the classical penal system has conceived the penalty, in its prison form, as pure chronological time ( $\chi\rho\acute{o}\nu\omicron\varsigma$  -  $\text{chrónos}$ ), depriving of a significantly lived time ( $\kappa\alpha\iota\rho\acute{o}\varsigma$  -  $\text{kairós}$ ). The text therefore describes the various areas in which Italian criminal law has considered relevant, as regards the methods of response in concrete to the crime, behaviour over time that assumes value in a re-educational and reparative sense: although it remains anchored to the traditional view of punishment at the time it is imposed at the end of the trial. Hence the need to revisit the concept of criminal sanction in a programmatic-projective sense (where recourse to imprisonment is indeed an *extrema ratio*): identifying as a real principle of criminal law – deductible from the Constitution – the fact that it cannot lead to an insignificance of time in the life of the convicted person.*

SOMMARIO: 1. Circa la nozione di tempo. – 2. La 'fissità', dal punto di vista temporale, dell'approccio penalistico classico al reato. – 3. La natura di mera durata cronologica della condanna detentiva. – 4. Il ruolo, antitetico, che assume l'art. 27, terzo comma, della Costituzione. – 5. Sul recupero, faticoso e incompiuto, di una significatività del tempo relativo all'esecuzione penale entro il vigente sistema carcerocentrico: a) l'ambito delle

\* Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 L. Eusebi. 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>

pene eseguite in forma detentiva. – (Segue) *b*) le forme di risposta al reato aventi natura programmatica e le pene sostitutive. – 7. (Segue) *c*) l'apporto della giustizia riparativa, in senso esteso e in senso ristretto. – 8. La non insignificanza del tempo come requisito di umanità della risposta al reato e presupposto per una riforma complessiva del sistema sanzionatorio penale.

1. *Circa la nozione di tempo.* – Si discute da sempre se il tempo costituisca un dato della realtà oppure – sulla scorta di Leibnitz<sup>1</sup> – un concetto attraverso il quale si descrive, ordinandolo, il succedersi degli accadimenti. Quel che daremmo per certo (nonostante Parmenide e Zenone), invece, è il carattere *dinamico*, più o meno frenetico, dei fenomeni naturali, come pure quello, in continuo divenire, del vivere e, con ciò, dell'agire umano.

Il tempo come concetto ancillare rispetto all'evolversi degli accadimenti meglio si armonizza, del resto, con le acquisizioni della fisica moderna, *in primis* con quelle della relatività ristretta e generale, che riferiscono – relativizzandolo – il calcolo degli intervalli temporali, entro l'ambito dello *spaziotempo* quadrimensionale, alla posizione di ciascun osservatore. Dovendosi altresì tener conto di come il campo gravitazionale produca una curvatura che incide sulla traiettoria della luce ed è in grado di *rallentare* la misura del tempo.

I problemi affrontati dalla fisica in merito all'accertamento degli intervalli temporali esulano, peraltro, dall'orizzonte del nostro tema. Semmai, si tratta di considerare che la nozione del tempo risulta comunque correlata all'evolversi, circa il loro manifestarsi, delle cose nel mondo (in un universo del tutto *statico*, parlare di tempo non avrebbe senso).

Un'evoluzione, quella di cui s'è detto, che avviene secondo rapporti di causalità. Non da intendersi, tuttavia, come se il fattore causante celasse una forza ineffabile di incidenza sul fattore causato (quasi che un *homunculus* agisse all'interno del primo fattore avendo il potere di produrre il secondo), bensì come interazione fra le caratteristiche fisico/chimiche/biologiche di elementi che vengono a stabilire fra loro forme, plurivoche, di contatto.

Salvo tuttavia un caso, ai nostri fini, però, decisivo. Quello in cui il fattore causante è dato dall'instaurarsi nella mente umana della decisione di adottare una condotta finalizzata a realizzare modifiche nella realtà naturalistica (o arricchimenti spirituali soggettivi), attivando interazioni che, diversamente, non si sarebbero prodotte. Per cui solo l'essere umano appare in grado di innovare il corso naturalistico delle cose (anche gli animali, invero, prendono decisioni rispetto all'agire, però attraverso condotte che non si diversificano e che non perseguono fini costantemente nuovi: tanto da non potersi constatare lo sviluppo di civiltà proprie del mondo animale).

Le decisioni umane, nondimeno, si realizzano nel quadro complesso di presupposti (situazionali, psicologici, culturali, etc.) che le motivano o le

---

<sup>1</sup> Cfr., anche in merito alla sua disputa, sul tema, con Isaac Newton, G.W. LEIBNIZ, *Saggi di teodicea - Ultimi scritti*, a cura di M. Mugnai, E. Pasini, Torino, 2000.

favoriscono, il cui dipanarsi può essere di lunga o anche di lunghissima durata. D'altra parte, circa le decisioni umane noi possiamo accertare empiricamente, nella misura del possibile, solo gli elementi che, può ritenersi, abbiano inciso su di esse. Mentre non possiamo *fotografare* l'esprimersi dell'autonomia individuale: quanto, cioè, di *totalmente suo*, di *totalmente libero*, un individuo abbia posto in una determinata scelta, ancorché si ritenga, come chi scrive ritiene, che simile ambito di autonomia esista<sup>2</sup>.

L'iter, poi, degli accadimenti che coinvolgono direttamente una data persona, o di cui la medesima viene a conoscenza senza esserne coinvolta, si fissa, attraverso la memoria, nella sua mente, insieme a quanto tale persona valuti come causa del loro essersi verificati. E ciò dà luogo all'esperienza – reale, rimarca Bergson<sup>3</sup> – del tempo concretamente vissuto. Che, non a caso, ci sembra essere trascorso meno rapidamente se riempito da attività molteplici e dense di significato (un pomeriggio passato sul divano *vola via* come un soffio): potremmo dire, riprendendo le due principali espressioni del vocabolo nella lingua greca, se il tempo che avvertiamo scorrere (*χρόνος* - *chrónos*) si rende denso di tempo qualitativo, di opportunità colte le quali assumano valore (*καιρός* - *kairós*)<sup>4</sup>.

Ne consegue che la commissione stessa di un reato si colloca nel contesto dinamico che caratterizza tutti i fatti umani, vale a dire nella trama multiforme di elementi soggettivi ed esterni che si succedono, concorrendo sia all'adozione della condotta penalmente significativa e al prodursi, quando rilevi, dell'evento naturalistico offensivo, sia all'impatto del reato stesso sulla tenuta dei vincoli di convivenza sociale e sul vissuto delle eventuali vittime.

Ma, se tutto quanto si può fare, in ambito umano e dunque nella stessa vita associata, ha la caratteristica della dinamicità (del succedersi di atti in contesti a variabili composite), anche l'intento di operare affinché accadimenti indesiderati non accadano e affinché il loro essere accaduti venga gestito in modo da riconfermare la validità degli indirizzi comportamentali insiti nelle regole violate, come pure in modo da superare la connessa frattura di relazioni interpersonali e sociali, necessiterà di realizzarsi in termini dinamici. Vale a dire, di assumere contorni aventi natura progettuale.

2. *La 'fissità', dal punto di vista temporale, dell'approccio penalistico classico al reato e alla pena.* – Se dunque la commissione di un reato corrisponde a una dinamica multifattoriale la quale si svolge nel tempo, parrebbe derivarne che la risposta al reato, per risultare efficace, debba a sua volta essere intesa come promozione di una dinamica coinvolgente l'autore del reato stesso nel suo rapporto con la comunità sociale e (salve le precisazioni delle quali diremo) con la

<sup>2</sup> L. EUSEBI, *La condotta umana come volizione di eventi*, in *Dinamiche della volizione e libertà*, a cura di Id., Milano, 2008, pp. 7 ss.

<sup>3</sup> H. BERGSON, *Saggio sui dati immediati della coscienza*, trad. it. Milano, 2001.

<sup>4</sup> Le ulteriori espressioni sono αἰών (*aión*), riferibile al tempo eterno, e ἐνιαυτός (*eniautós*), riferibile a un periodo di tempo definito, per esempio l'anno.

vittima: così da assumere le caratteristiche di atti rispondenti in concreto ai fini poco sopra richiamati o, se si vuole, di un tempo (*kairós*) umanamente significativo.

Il diritto penale classico e tuttora largamente vitale, che determina il contenuto della pena inflitta al termine del processo come un corrispettivo aritmetico – in termini di tempo detentivo (*chrónos*) o, marginalmente, di entità pecuniaria – rispetto al fatto colpevole, disattende tuttavia in modo radicale la considerazione di quanto sin qui s'è detto. Esprimendo, con ciò, una visione *irrealistica* sia dell'oggetto, il reato, in merito alla quale vuole intervenire, sia dello strumento, la pena, attraverso il quale simile intervento dovrebbe realizzarsi: con riflessi inevitabili circa l'attendibilità dei risultati preventivi che asserisce di coltivare.

Si tratta di una visione del reato e, per converso, della pena avente carattere *punitiforme*. Lo schema è molto semplice: presupposto che un soggetto imputabile, in un dato momento, abbia scelto di delinquere, se ne deduce che il fatto colpevole posto in essere debba tradursi in una cifra quantitativa che (convenzionalmente) ne rifletta la gravità. Secondo un paradigma il quale si configura inesorabilmente ritorsivo: se i due poli, reato e pena, vengono astratti da qualsiasi contesto dinamico-relazionale, il loro rapporto non può che essere di corrispettività analogica (*negativo per negativo*).

Per tale via, il reato risulta preso in esame come una sorta di monade irrelata, senza tempo, il cui nucleo d'imputazione al condannato è ricondotto al mero istante dell'avvenuta scelta di adottare, da parte sua, una condotta rilevante ai fini penali<sup>5</sup>.

In effetti, le finalità a monte perseguite con tale condotta vengono considerate soltanto ai fini del distinguo fra dolo e colpa, oppure dell'accertamento di un eventuale dolo specifico oppure, talora, di un loro rilievo sul piano delle circostanze del reato o delle scriminanti.

Mentre dei fattori che si reputa possano aver inciso sulla condotta criminosa dovrebbe sì tenersi conto onde modulare, ai fini della pena, il giudizio di colpevolezza circa l'autore del reato: ma di fatto, una volta giunti a non escludere, in lui, la capacità d'intendere e di volere, lo sguardo su quei fattori viene ampiamente eluso e, d'altra parte, potrebbe condurre soltanto a circoscritte modulazioni della dosimetria punitiva.

Qualcosa di analogo vale, nonostante quanto afferma l'art. 133, co. 2, c.p., per la vita pregressa del medesimo autore. Il diritto penale italiano rifugge addirittura dalla sua conoscenza, precludendo attraverso il ben noto divieto di cui all'art. 220, co. 2, c.p.p., le perizie sulla personalità e sul carattere dell'imputato: in nome della condivisibile esigenza garantistica intesa a evitare l'incidenza

---

<sup>5</sup> «L'autore [...] viene inchiodato alla sua responsabilità e quindi al fatto di cui porta la macchia»: così R. BARTOLI, *Decorso del tempo e ragioni del punire*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2022, 4, (*Il tempo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*), p. 217.

sfavorevole di tali approfondimenti sul giudizio inerente alla responsabilità per il reato, ma dimenticando che il problema potrebbe essere risolto nel contesto di una *bifasicità* del processo (rivolta a separare le conclusioni sul fatto e sulla colpevolezza da quelle sulle eventuali conseguenze sanzionatorie). Per cui prima si condanna, e solo poi, in fase di esecuzione penitenziaria, si cerca di capire qualcosa, *ex art. 13 ord. penit.*, della persona che è stata condannata.

Ne deriva l'esito, pressoché obbligato, degli scarsissimi rapporti fra sistema penale (in ordine alla legislazione, al processo, alla fase esecutiva) e studi criminologici, del resto assai meno presenti, nelle stesse sedi accademiche, rispetto a quelli concernenti il diritto penale positivo. Come altresì ne deriva l'essere rimasto ampiamente negletto il rapporto tra quest'ultimo e la prevenzione primaria nonché, in genere, la politica criminale, di cui le norme penali dovrebbero costituire soltanto un ambito, e neppure il più importante: data l'importanza fondamentale che sarebbe necessario attribuire, in proposito, sia all'impegno di carattere educativo-culturale e politico-sociale, sia alla legislazione non penalistica rivolta a contrastare gli spazi di percorribilità dell'agire criminoso.

Profili, tutti questi, che riguardano la commissione dei reati – e, *a fortiori*, la loro prevenzione – quale insieme di accadimenti e di azioni: secondo l'estendersi di ogni vicenda riguardante esseri umani in quello che definiamo il tempo.

3. *La natura di mera durata cronologica della condanna detentiva.* – Come già si osservava, la fissità atemporale dell'approccio penalistico al reato, disgiunto dalla sua realtà vivente, si riflette, implicandolo, sul modo d'intendere la pena.

Quest'ultima, infatti, non costituisce, nella prospettiva che il diritto penale classico fa propria, una vicenda interattiva, un programma da attivare, un progetto. Rappresenta solo, relativamente all'offesa, un corrispettivo (se si vuole, *simbolico*), tutto concentrato nella pronuncia della condanna: che, nondimeno, si sostanzierà in un vissuto temporale di patimento per il trasgressore.

Un vissuto costituito dalla mera traduzione, nel percorso esistenziale di chi sia punito, dell'istante in cui è stato letto il dispositivo della sentenza: che è pronunciata avendo riguardo a un tempo cronologico, ma che, in tale quadro, si materializza come condanna a un'insignificanza – a una *sottrazione* – del tempo inteso come *kairós*, nei confronti dell'autore di reato<sup>6</sup>.

Secondo le parole di Antolisei lette a suo tempo da un'intera generazione di studenti, la pena «indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha violato un comando»<sup>7</sup>. Non gli richiede, e non gli offre, alcunché di significativo sul piano umano. Esige di essere meramente subita, cioè – se detentiva – di essere

---

<sup>6</sup> «Affollamento, promiscuità, scarsa igiene, orari rigidi, regole fisse, ripetitività dei giorni (resi vuoti dalla scarsa offerta di opportunità di risocializzazione o di lavoro) fanno della pena detentiva un lasso di tempo percepito diversamente da quello della vita attiva»: così G. MANNOZZI, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2022, 4, p. 209.

<sup>7</sup> Parole che riprendiamo dalla sedicesima edizione, aggiornata e integrata da Luigi Conti, del suo *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 675.

scontata in modo passivo, in una sorta di *sospensione del tempo*. E proprio per questo risulta disperante: il che trova tragica conferma nei tassi agghiaccianti dei suicidi in carcere.

Del pari, la pena così intesa non implica alcun profilo dialogico, circa i suoi contenuti, tra ordinamento giuridico e autore del reato, né con riguardo ai rapporti personali e sociali su cui quest'ultimo abbia inciso. Il dialogo, infatti, si sostanzia in un succedersi di gesti e di parole, cioè in un tempo relazionale che assurge a *kairós*, non compatibile rispetto alla pena predefinita, in forma di corrispettivo, nell'istante della condanna. Una pena, questa, unilateralmente inflitta e unilateralmente sofferta.

Non sorprende, allora, che alla pena sia possibile attribuire, in un tale contesto, solo effetti ipotetici – di presunta deterrenza e difesa della società – posticipati nel tempo, e dunque *estrinseci* rispetto ai modi del suo manifestarsi: ciò, per l'appunto, in quanto essa non è intesa come fatto (ancora, se si vuole, *kairós*) che cerchi di ricomporre *attualmente* la cesura prodotta in sede sociale e interpersonale dalla oggettiva irrevocabilità del reato, che motivi il condannato a recuperare, anche assumendo impegni riparativi, una scelta autonoma di probità legale, che permetta, nel contempo, la restituzione al medesimo di opportunità basilari delle quali sia rimasto privo; ma, altresì, in quanto la pena concepita quale risposta esaustiva nei confronti del reato – a sua volta concepito quale scelta individuale apodittica di malvagità – funge da alibi per eludere lo sforzo onde migliorare costantemente, traendo esperienza dai reati commessi, i mezzi volti a contenere l'incidenza dei fattori criminogenetici.

Ravvisare la pena susseguente al reato come fosse un colpo fulmineo d'artiglieria esplosivo – in base alle risultanze del processo – secondo una certa gittata, confidando che attraverso la sua parabola solitaria e maligna saprà produrre, a distanza, effetti costruttivi di prevenzione, non pare, invero, strategia particolarmente attendibile.

4. *Il ruolo, antitetico, che assume l'art. 27, terzo comma, della Costituzione.* – Il punto di riferimento (potrebbe dirsi la *pietra d'inciampo*) per un approccio diverso al tempo segnato dall'esecuzione di una pena è costituito per il sistema penale italiano, com'è ovvio, dall'art. 27, co. 3, Cost. Esigendo, infatti, che le pene debbano «tendere alla rieducazione del condannato», esso impone che l'esecuzione penale rappresenti un tempo *non vuoto*, bensì tale da favorire un risultato umanamente significativo: così che il condannato non rappresenti più mero strumento di un'esemplarità intimidativa o mero oggetto di una coercizione neutralizzativa. Attraverso tale norma, dunque, la sua vita torna ad avere rilievo per il diritto penale.

Non si tratta, peraltro, di una regola soltanto accessoria o, per così dire, di *seconda battuta*, come a lungo, purtroppo, è stata intesa: nel senso per cui l'essenza, in particolare, della pena carceraria resterebbe pur sempre da ravvisarsi nella sua durata cronologica corrispettiva rispetto al fatto colpevole, ma dovrebbe

rimanere aperta, favorendola, a una post-detenzione di responsabile reinserimento sociale da parte del condannato.

Piuttosto, si tratta di una regola *strategica*, non a caso l'unica riferita, in ambito costituzionale, ai contenuti del punire: la quale coglie che il fulcro di una prevenzione efficacemente praticabile (anche) mediante norme penali non si colloca sul piano della *coazione esterna* – intimidazione e neutralizzazione – nei confronti dei loro destinatari, bensì sul piano della *motivazione* verso scelte personali, liberamente assunte, di adesione alla legalità. Così da esigere che le pene vengano *costruite*, e non solo finalizzate in astratto, secondo intenti rieducativi (ferma l'esigenza di una valida prevenzione primaria e di un serio contrasto dei profitti criminosi, costituenti l'obiettivo di gran parte dei reati).

Data l'inevitabilità della *cifra oscura*, cioè della consistente probabilità per ciascuna condotta singolarmente considerata (omicidio volontario a parte) di restare impunita, vi saranno sempre, infatti, molti individui che, in assenza di una motivazione personale, sfrutteranno gli spazi percorribili per l'agire antiggiuridico; del resto, le scelte criminose non rispondono mai, neppure in ambito economico e tanto più rispetto ai reati segnati dalla rabbia o dall'odio, a una fredda ponderazione fra i fini illecitamente perseguiti e l'entità del rischio sanzionatorio: anzi, come accade in modo paradigmatico con riguardo alla pena di morte, modalità sanzionatorie dal contenuto antitetico rispetto ai valori che asseriscono di tutelare finiscono per deprimere nella coscienza sociale la tenuta stessa dell'ossequio prestato a quei medesimi valori<sup>8</sup>.

Le stesse politiche, poi, fondate sull'incapacitazione dei condannati – il *buttar via*, quanto più a lungo possibile, *le chiavi* – non hanno mai dimostrato di ridurre in modo significativo i tassi di criminalità, dato che il numero degli agenti di reato neutralizzati finisce ordinariamente per essere ripristinato, in assenza di misure riconducibili alla prevenzione primaria, attraverso nuovi soggetti. Mentre l'agente che operi una scelta consapevole di abbandono dei percorsi criminali mina, nel territorio da cui proviene, l'attrattività (la forza seduttiva) dell'agire criminoso e, nell'ambito delle organizzazioni criminali, la solidità stessa dei vincoli di appartenenza: posto che il suo percorso viene a manifestarsi come praticabile anche agli occhi di altri membri.

La conformazione rieducativo-motivazionale del tempo in cui dovrebbe sostanziersi la pena assume rilievo, pertanto, anche come elemento di prevenzione generale: così che la separazione tra quest'ultima e la prevenzione speciale risulta

---

<sup>8</sup> Valgano sempre le parole di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. I, Milano, 1984, § XXVIII, pp. 92 s.: «Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio».



artificiosa e va superata (nel solco di quella che può definirsi una finalità di prevenzione generale *reintegratrice*)<sup>9</sup>.

A ben vedere, d'altra parte, la stessa previsione, nel momento edittale, di una mera durata cronologica della reazione detentiva al reato finisce per rendersi percepibile, da parte dei consociati, soltanto come il *prezzo* di una disubbidienza nei confronti dei pubblici poteri, quale che sia il reato. Mentre ove, già in quel momento, la pena risulti proposta secondo modalità di valorizzazione in senso rieducativo del percorso sanzionatorio (per esempio attraverso contenuti riparativi in favore del bene offeso), essa *motiva* a comprendere, e a recepire, le ragioni del divieto penale.

Che quindi la pena, in conformità all'art. 27, co. 3, Cost., assuma caratteristiche di un tempo da concepirsi come *kairós* – piuttosto che come mero *chrónos* – appare del tutto conforme alle esigenze della prevenzione.

Eppure, il ruolo di simile articolo risulta inevitabilmente relativizzato dal fatto che la pena principale inflitta al termine del processo nei confronti del soggetto ritenuto colpevole resta quella di tipo aritmetico-corrispettivo, vale a dire, se detentiva, quella di tipo esclusivamente cronologico. Il che riflette la configurazione retributiva della giustizia che tuttora soggiace, nonostante quell'articolo cardine, al nostro sistema penale.

Non s'è tuttora compiuto, pertanto, il passaggio di principio dalla pena concepita in termini di corrispettività, alla pena concepita in termini progettuali, come *programma*. Passaggio che muterebbe, si noti, anche il modo d'intendere il ricorso alla detenzione, quando effettivamente non evitabile (per il rischio concreto, altrimenti, di recidive gravi o al fine, connesso, di troncane il collegamento dell'autore di reato con la criminalità organizzata): posto che, una volta effettuato simile passaggio, la stessa condanna a un certo *quantum* di detenzione non potrebbe più essere considerata come la pena *giusta*, secondo l'ottica – ancorché arbitraria nei suoi criteri – della corrispettività retributiva, bensì, pur sempre, come pena rispondente a un progetto risocializzativo che si ritiene non possa prescindere, in determinati contesti, dal ricorso temporaneo alla detenzione.

Una situazione, questa, la quale fa sì che rimanga socialmente diffusa l'idea per cui qualsiasi rinuncia ad eseguire la pena detentiva nell'esatta forma temporale determinata *ex art. 133 c.p.* costituirebbe una defezione rispetto alla giustizia e alle esigenze preventive.

Una situazione, inoltre, la quale ha condotto per anni a ravvisare l'incidenza della summenzionata norma costituzionale solo nei termini asfittici, e sovente poco più che retorici, di una sua efficacia mitigativa della pena da infliggersi entro i limiti edittali di cui alla fattispecie incriminatrice: quando, invece, la finalità rieducativa assume spessore solo nel contesto di una progettualità che investa,

---

<sup>9</sup> Si consenta il richiamo a L. EUSEBI, *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, in *Criminalia*, 2023, pp. 139 ss.

conformemente a tale indirizzo, l'intero contenuto della pena e dunque, prioritariamente, nel contesto di un modello sanzionatorio prescrittivo.

5. *Sul recupero, faticoso e incompiuto, di una significatività del tempo relativo all'esecuzione penale entro il vigente sistema carcerocentrico: a) l'ambito delle pene eseguite in forma detentiva.* – Il diritto penale italiano degli ultimi decenni delinea in realtà, ai fini del nostro tema, un quadro di compromesso in sé contraddittorio, ma nel cui ambito è necessario continuare a operare in senso propositivo, affinché il cammino prosegua verso modalità di prevenzione dei reati nel contempo più efficienti e più umane.

In sostanza, il nostro ordinamento giuridico da un lato continua a prevedere che tutti i reati, tranne quelli minori punibili con la sola multa o ammenda, vadano incontro, nel caso di condanna, alla inflizione di una certa durata della pena detentiva (fino all'estremo dell'ergastolo), secondo un indirizzo nient'affatto mitigatosi negli ultimi anni: stanti, soprattutto, le politiche securitarie di continuo innalzamento dei livelli di pena applicabili in concreto e foriere, altresì, della creazione di sempre nuove fattispecie incriminatrici, nel solco, per la gran parte, del c.d. *populismo penale*.

Dall'altro lato si sono via via fatti strada istituti che hanno introdotto, nell'ambito del suddetto impianto sanzionatorio di tipo *cronologico*, il rilievo di comportamenti o percorsi cui si attribuisce un significato risocializzativo o riparativo, tale da permettere di derogare in tutto o in parte all'esecuzione della pena in forma detentiva: vale a dire il rilievo di un agire – si parla non a caso di *pena agita*<sup>10</sup> – che definisce un tempo pregnante sul piano sostanziale (*kairós*) e suscettibile di essere valutato alla luce di questa sua caratteristica.

Gli istituti rispondenti a simile indirizzo sono molteplici: ci soffermeremo, quindi, su alcuni nodi che appaiono, in questo momento, di particolare importanza.

La prima emersione sostanziale di questa apertura al fatto che la pena rivesta contenuti non puramente cronologici, i quali assumano rilievo giuridico per il condannato (non soltanto, quindi, per il tempo successivo al fine-pena), si è avuta con l'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario, nel 1975, e con le sue successive modifiche.

Il profilo fondamentale di novità derivatone risulta costituito dal fatto che, attraverso le norme di quell'ordinamento, il detenuto torna a essere, in parte, artefice del suo futuro (o meglio, rispetto alle conseguenze giuridicamente sancite per il suo futuro) anche attraverso il tempo detentivo: in quanto il modo con cui esso viene vissuto – tramite la partecipazione a quello che, con termine invero non felice, è definito *trattamento* rieducativo – può comportare, diversamente dal passato (se si eccettua ciò che già prevedeva l'art. 176 c.p.), una pur circoscritta

---

<sup>10</sup> Per questa terminologia M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in A. BONDI, G. FIANDACA, G. P. FLETCHER, *et al.*, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, pp. 2 ss.

modifica nella durata della detenzione stabilita in sede di condanna e un'esecuzione della pena in forma non più detentiva o totalmente detentiva, secondo la disciplina delle *misure alternative* (che rende possibile anche una progressione nell'accesso alle medesime).

Già nell'ambito del *trattamento*, d'altra parte, è previsto il rilievo di attività particolarmente coinvolgenti l'impegno del detenuto nel tempo, quali il lavoro o il lavoro esterno (sebbene ne manchi, com'è ben noto, un'offerta adeguata) e il lavoro di pubblica utilità; come pure il rilievo di una fruizione proficua degli eventuali permessi premio.

In proposito, si pone oggi, peraltro, una questione spinosa, che riguarda le pene detentive di maggior durata. Il sistema come sopra delineato dall'ordinamento penitenziario appariva perseguire originariamente, infatti, un tentativo di conciliazione delle pene detentive (soprattutto) non brevi col fine risocializzativo, cioè col fine di un reinserimento pur progressivo del condannato entro il contesto sociale, sussistendone date condizioni *sostanziali*: senza attendere il decorso *formale* della pena *cronologica* originariamente inflitta, di fatto, secondo il dogma retributivo.

Nel tempo, invece, l'interesse del legislatore (per motivi imposti, soprattutto, da esigenze ineludibili di deflazione penitenziaria), ma anche della dottrina, è parso concentrarsi sulla creazione di strumenti – beninteso, necessari – volti a evitare l'effettiva esecuzione in carcere di condanne detentive medio-brevi: risultando assorbita, ai fini delle decisioni da adottarsi a tal proposito, anche gran parte dell'attività della magistratura di sorveglianza.

Il rischio è, dunque, quello di una tendenza strisciante a reintrodurre il distinguo, caro ai cultori di un diritto penale *del nemico*, tra condannati da non desocializzare o, comunque, reintegrabili e condannati almeno tendenzialmente irrecuperabili. In forza, talora, dell'argomento insidioso per cui, riconosciuto che il carcere non costituisce lo strumento *elettivo* onde conseguire risocializzazione, se ne desume che nei casi in cui si ricorre al carcere simile obiettivo verrebbe meno, tornando in tal modo a imporsi la logica di un'irrilevanza giuridica del vissuto temporale di chi sia recluso.

Simile atteggiamento è stato favorito dalle difficoltà che s'incontrano nel destrutturare, soprattutto, organizzazioni criminali responsabili di delitti particolarmente gravi. Eppure non si deve dimenticare che proprio rispetto a tali realtà, come già si accennava, un conseguito esito rieducativo riveste il massimo rilievo anche sul piano della prevenzione generale. Esito il cui conseguimento, tuttavia, risulta fortemente ostacolato ove si renda a priori irrilevante dal punto di vista giuridico il vissuto temporale in carcere: così che quel medesimo esito corre il pericolo, in determinati contesti, del non essere neppure perseguito.

Per questo le norme degli stessi artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. non dovrebbero implicare, anche attraverso una loro ristrutturazione complessiva, effetti che disincentivino l'affrancamento dalle appartenenze criminose, tanto più rispetto ai

gregari delle suddette organizzazioni: ferma, ovviamente, ogni necessaria cautela nel valutare la fondatezza dei percorsi rieducativi.

Ciò da cui deriva, fra l'altro, l'esigenza che i requisiti rigorosissimi richiesti, nel caso di condanna per reati c.d. ostativi, onde ammettere il detenuto e, in particolare, l'ergastolano non collaborante ai benefici penitenziari, secondo quanto previsto dal d.l. n. 162/2022, convertito ai sensi della l. n. 199/2022 (stanti le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale che hanno escluso, in proposito, la presunzione assoluta di mancata rieducazione), non siano letti in un senso, di fatto, pur sempre aprioristicamente preclusivo: potendosi forse intravedere una via evolutiva *de iure condendo*, peraltro, nel fondare anche in sede penitenziaria, come durante il processo, la promozione di condotte collaborative su benefici premiali, piuttosto che sulla deroga rispetto a norme penitenziarie altrimenti applicabili.

Sulla base di quanto s'è detto, non può comunque trascurarsi, nel quadro complessivo delle pene detentive di lunga durata, il problema in sé dell'ergastolo, sebbene esso appaia largamente rimosso, in questi anni, nella coscienza sociale.

Si tratta, infatti, della pena che, nella sua idea portante, intende mimare l'*irrimediabilità* del reato commesso in quanto fatto storico (costituente, peraltro, caratteristica relativa al collocarsi nel tempo proprio della condizione umana, rispetto alla quale *nulla torna indietro*): posto che a simile irrimediabilità l'ergastolo contrappone l'*irrimediabilità della pena*, cioè l'assoluta irrilevanza del vissuto, e, quindi, del tempo detentivo, per il futuro del condannato, ormai indefettibilmente segnato dalla natura cronologica indeterminata della condanna<sup>11</sup>. Così che l'ergastolo costituisce la pena *statica* per eccellenza, la quale guarda solo al passato ed è insensibile all'età stessa della persona condannata: come espressione estrema dell'intento retributivo (essendo del resto disposto non di rado, più che in forza di un possibile protrarsi nel tempo della pericolosità del condannato membro di qualche potente organizzazione criminosa, in forza della mera efferatezza del reato commesso, sebbene in presenza di condizioni difficilmente ripetibili nel lungo periodo).

Né si può dire che il problema sia ormai accantonabile in quanto l'ergastolano, pur secondo tempi alquanto dilatati, può accedere ai benefici penitenziari e, attraverso la liberazione condizionale (ma con estrema difficoltà nel caso di ergastolano non collaborante recluso a seguito di un reato "ostativo"), allo stesso fine-pena: come richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ove sia constatabile, dopo anni, una conseguita rieducazione. Mentre il condannato a una detenzione temporalmente predefinita, infatti, può far conto, se la vita lo assiste, su un sicuro fine-pena, a prescindere dal giudizio stesso circa la sua rieducazione, non è così per l'ergastolano. Il che dà luogo a uno *status* molto particolare del medesimo con riguardo al tempo detentivo: quello per cui la possibilità stessa di

---

<sup>11</sup> *Amplius*, sul punto, L. EUSEBI, *Irrimediabilità della pena e irrimediabilità del reato*, in *PQM. Il Riformista*, 2024, 49, pp. 1 e 3.

una fine della condizione di detenuto è posta in mani altrui. Non senza effetti in merito all'impegno nel coltivare progettualità risocializzative.

Peraltro non può escludersi, in assoluto, l'esistenza di condannati circa i quali, pur dopo moltissimi anni di reclusione, risulti che possano tuttora rivestire, in libertà, ruoli attivi nell'ambito di attività criminose gravi: e di ciò si fecero carico, nelle loro proposte di mediazione in materia, sia la commissione Pisapia di riforma del codice penale, sia la commissione Palazzo di riforma del sistema sanzionatorio penale<sup>12</sup>.

Ma forse potrebbe giungersi a stabilire che la pena detentiva inflitta debba avere sempre un termine massimo (umanamente realistico) predeterminato, oltre il quale non possa protrarsi secondo le forme sue proprie e le relative modalità esecutive. Salvo introdurre, per reati puniti finora con l'ergastolo e sussistendo in concreto il pericolo predetto, forme di controllo anche stringenti, dopo il fine-pena, da rivalutarsi nel corso del tempo: oggi maggiormente praticabili, del resto, rispetto al passato.

Da ultimo, appare necessario un accenno alle peculiarità del tempo detentivo trascorso in regime di custodia cautelare: con riguardo a simile misura, adottata prima del giudizio definitivo sulla colpevolezza del suo destinatario, viene meno, infatti, qualsiasi rilievo circa il suo protrarsi e le sue modalità – diversamente da quanto vale per la pena – di attività significative svolte dal detenuto nel tempo in cui si trova ristretto (a parte le forme di collaborazione, che si vorrebbero non indotte attraverso lo stato detentivo, alle attività d'indagine); come altresì manca qualsiasi certezza circa la durata del provvedimento stesso, salve le soglie massime previste. Il che manifesta la problematicità, anche dal punto di vista psicologico, di un provvedimento che sfugge completamente, salva la suddetta collaborazione, alla possibilità d'incidere su di esso da parte dell'imputato sottopostovi, rimanendo la gestione del medesimo, pure per lassi di tempo tutt'altro che brevi, esclusivamente in capo all'autorità giudiziaria.

6. (*Segue*) b) *le forme di risposta al reato aventi natura programmatica e le pene sostitutive*. – La risposta al reato che consista in un tempo avente le caratteristiche di un *kairós* significativo trova indubbiamente la sua espressione più coerente, già lo si osservava, nel suo concretizzarsi in un programma di impegni e di aiuto.

---

<sup>12</sup> La prima sostituendo l'ergastolo con una c.d. pena di massima durata, ricompresa tra i 28 e i 32 anni di reclusione (elevabili fino a 38 anni in caso di concorso con reati essi pure punibili con tale pena), ma con possibili riduzioni all'esito di verifiche periodiche circa i risultati dell'osservazione della personalità del condannato; la seconda – dopo aver evidenziato un orientamento dei commissari contrario a mantenere la pena in oggetto, tuttavia conservata per mere ragioni di praticabilità politica delle proposte di riforma – limitando l'ergastolo ai soli casi di concorso tra più reati puniti con l'innovativa detenzione speciale da 24 a 28 anni, ma prevedendo nel contempo l'estinzione dell'ergastolo stesso dopo 30 anni, salvo il permanere di esigenze di prevenzione speciale da rivalutare con periodicità almeno annuale.

Ora, il nostro ordinamento conosce già, in effetti, modalità di gestione del reato che si sostanziano totalmente, in caso di esito positivo, nel senso predetto, vale a dire la messa alla prova disposta a seguito di sospensione del processo *ex art. 168-bis c.p.*<sup>13</sup> e l'affidamento in prova al servizio sociale in quanto misura alternativa che sia applicata, *ex art. 656, co. 5, c.p.p.*, fin dall'inizio della fase esecutiva della pena.

E tuttavia, se è possibile una risposta di natura programmatica al reato *senza addivenire alla condanna* oppure *dopo la condanna*, nei limiti in cui i suddetti istituti risultino applicabili, ciò resta sorprendentemente impossibile *nel momento stesso della condanna*, che si vuole resti legata all'immagine di una risposta sanzionatoria corrispettiva, definita in termini meramente cronologici.

Da cui la conseguenza sorprendente della creazione di decine e decine di migliaia di *liberi sospesi*, cioè di condannati definitivi che attendono per lungo tempo di apprendere dal tribunale di sorveglianza, ordinariamente dopo molti anni dalla commissione del reato, se potranno scontare la pena in regime di affidamento o in carcere. Con un aggravio notevolissimo degli stessi carichi giudiziari, non solo riferito alla magistratura di sorveglianza, ma anche all'iter processuale ordinario: essendo lecito supporre che, ove fosse definito già in primo grado un programma sanzionatorio in certa misura accettabile per lo stesso condannato, sarebbe meno probabile l'attivazione delle impugnazioni.

Una situazione, questa, cui non s'è voluto porre rimedio in sede d'introduzione a seguito del d.lgs. n. 150/2022 (la c.d. riforma Cartabia) delle nuove pene sostitutive, applicabili al termine del processo dal giudice stesso della cognizione: non essendo stata recepita, come ben si sa, la proposta della commissione preparatoria Lattanzi intesa a configurare applicabile con il consenso dell'imputato, circa condanne detentive di durata non superiore a quattro anni, anche lo stesso affidamento in prova al servizio sociale, in aggiunta all'introduzione della detenzione domiciliare e della semilibertà sostitutive.

Non si è ritenuto sufficiente, pertanto, mantenere la natura corrispettiva della pena principale *commisurata*, in termini di durata temporale della reclusione, a seguito del processo che abbia riconosciuto la colpevolezza dell'imputato, ma si è voluta altresì sancire l'impossibilità di principio del poter *uscire dal processo* attraverso la determinazione, pur in veste sostitutiva, di una risposta al reato avente natura programmatica: tanto è forte la resistenza a distaccarsi dall'immagine summenzionata di un diritto penale retributivo.

In tal modo i carichi giudiziari sono stati ulteriormente appesantiti, risultando prevedibile un tasso non marginale di ritrosia, negli imputati, a prestare il consenso circa l'applicazione delle suddette pene sostitutive, in quanto

---

<sup>13</sup> «Nella concessione della messa alla prova il giudice non è “cronocratore” bensì “profeta”: non deve calcolare il tempo della pena, ma elaborare, con il supporto dei servizi per la giustizia, un progetto che si svolge nel tempo e che, qualora abbia esito positivo, rende inutile il giudizio e azzera la pretesa punitiva»: così MANNOZZI, *Gli ingranaggi*, cit., p. 197.

immediatamente eseguibili dopo la definitività della condanna. Così che potrebbe risultare ragionevole far conto, da parte della difesa, su una condanna definitiva (non sostituita) entro i quattro anni di reclusione, onde poi richiedere l'affidamento in prova, posto che esso comporta una contrazione assai minore della libertà personale rispetto a quanto previsto da tali pene sostitutive (senza che appaia decisivo in senso contrario il nuovo comma 3-ter dell'art. 47 ord. penit., secondo cui «l'affidamento in prova può essere concesso al condannato alle pene sostitutive» sopra richiamate «dopo l'espiazione di almeno metà della pena»).

E tuttavia le due pene sostitutive in parola, esse pure rispondenti a una conformazione essenzialmente cronologica, contengono – in quanto elemento innovativo di natura compromissoria – l'apertura a una componente programmatica la quale attribuisce rilievo all'agire del condannato, cioè a un tempo che riveste, nell'ambito dell'esecuzione, connotati di ordine sostanziale. Ciò sia perché, in entrambi i casi, dev'essere previsto un «programma di trattamento» a cura dell'ufficio di esecuzione penale esterna, sia perché con riguardo alla stessa detenzione domiciliare (che tra tali pene risulta quella di gran lunga preminente) è previsto un tempo di quattro ore giornaliere in cui il condannato non è tenuto a permanere nel domicilio, estendibile dal giudice fino a dodici ore, conformemente al programma summenzionato (circa la detenzione domiciliare sostitutiva è previsto invece, parallelamente, che la permanenza quotidiana in un istituto di pena non possa essere inferiore a otto ore).

Per cui simili pene sostitutive, e in particolare la detenzione domiciliare, possono assumere contenuti che in qualche modo si avvicinano a quelli dell'affidamento in prova al servizio sociale, ma anche a quelli tipicamente programmatici che contraddistinguono l'ulteriore pena sostitutiva rappresentata, circa condanne detentive fino a tre anni, dal lavoro di pubblica utilità (la quale pure richiede il consenso dell'imputato, a differenza della pena pecuniaria sostitutiva, applicabile per pene detentive entro il limite di un anno).

Vi è peraltro un ulteriore elemento di estremo interesse ai nostri fini, riguardante le pene sostitutive: il fatto cioè che – onde decidere sulla loro applicazione e sulle prescrizioni suscettibili di accompagnarle – si ammette per la prima volta nel nostro sistema penale un'articolazione *bifasica* del processo. A tale scopo infatti, come prevede l'art. 545-*bis*, co. 1, c.p.p., il giudice, dopo aver determinato la pena principale, può «fissare una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente» (essendo il processo, in tal caso, sospeso).

Al che s'aggiunge un inedito profilo d'interlocuzione – *scil.*, di *dialogo* – circa i contenuti sanzionatori tra il giudice e la difesa: posto che nell'eventualità predetta, ai sensi dell'art. 545-*bis*, co. 2, c.p.p., «le parti possono depositare documentazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e, fino a cinque giorni prima dell'udienza, possono presentare memorie in cancelleria».

Nel contesto delle pene sostitutive diverse dalla pena pecuniaria, dunque, l'interesse per i profili sostanziali del tempo di esecuzione della pena (cioè non riducibili al mero suo decorso cronologico) manifesta, in concreto, un rilievo almeno potenzialmente centrale: essendo in tale ambito configurabile, all'interno del processo stesso, un tempo *autonomo* dedicato alle decisioni riguardanti il contenuto della risposta al reato, tempo reso tanto più pregnante in rapporto al possibile coinvolgimento propositivo della difesa.

7. (Segue) c) *l'apporto della giustizia riparativa, in senso esteso e in senso ristretto.* – La giustizia riparativa non incide direttamente sull'esecuzione della pena principale prevista per i reati commessi, ma di tale pena contribuisce a ridurre l'estensione applicativa, in forza di attività significative dal punto di vista della prevenzione. Essa pure, quindi, rappresenta una risorsa che comporta modalità di risposta temporalmente pregnanti nei confronti del reato, alternative rispetto al modello cronologico-retributivo.

Proprio in tal senso, anzi, il ruolo della giustizia riparativa si colloca oltre il mero orizzonte di un'evoluzione riferita alle forme esecutive della condanna penale, configurando un ambito di *erosione* dei confini in cui si ritiene necessario l'intervento penale o, comunque, dell'entità di quest'ultimo.

Innanzitutto va considerata da un tale punto di vista la giustizia riparativa intesa in senso ampio, e in particolare quella che si sostanzia in previsioni premiali relative a comportamenti *post-delictum* di carattere risarcitorio o ripristinatorio ovvero orientati, comunque, alla riaffermazione e alla salvaguardia del ruolo che compete al bene giuridico offeso dal reato<sup>14</sup>.

Ma la forma della giustizia riparativa che esprime nel modo più pregnante l'idea per cui la risposta al reato dovrebbe cercare di tradursi in un tempo (*kairós*) fatto di attività e di gesti aventi significato opposto alla frattura rappresentata dal reato stesso è quella che si esprime nei programmi internazionalmente definiti di

---

<sup>14</sup> R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. Catenacci, R. Rampioni, V. N. D'Ascola, I, Roma, 2021, pp. 467 ss.; M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, a cura di G. Dodaro, M. Dova, C. Pecorella, R. Riva, Torino, 2022, pp. 426 ss.; D. PULITANÒ, *Il diritto penale e il tempo. Tempi della norma, del giudizio, della pena*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2022, 4, pp. 79 s. Da altro punto di vista tale ultimo Autore aveva altresì fatto cenno in precedenza (p. 78), oltre che alle normative sui c.d. collaboratori di giustizia, alla disciplina temporanea favorevole introdotta dalla l. n. 34/1987 per la mera *dissociazione* dal terrorismo, disciplina cui riconosce «un significato di riequilibrio equitativo legato al tempo, a mutamenti significativi di persone uscite dal mondo della violenza politica, a possibilità di ricomposizione di rapporti personali e sociali».



c.d. *restorative justice*<sup>15</sup> e che hanno trovato considerazione sistemica, in Italia, mediante i “programmi di giustizia riparativa” di cui al d.lgs. n. 150/2022<sup>16</sup>.

Attraverso di essi, infatti, viene perseguita non solo la possibilità di una responsabilizzazione dell’agente di reato rispetto al fatto commesso, ma anche quella del ristabilirsi, grazie a un terzo equidistante facilitatore (che la riforma Cartabia individua come *mediatore*), di un reciproco riconoscimento personale tra «la persona alla quale il reato è attribuito» e la vittima del reato o un soggetto esponenziale dei beni aggrediti<sup>17</sup>.

Ciò secondo una procedura accuratamente definita dal suddetto decreto (e che resta *riservata*, per evidenti esigenze garantistiche, quanto al contenuto degli enunciati in essa espressi), la quale si affianca al processo, nel frattempo sospeso (ma che può anche precederlo, ove si tratti di un reato perseguibile a querela), o alla fase esecutiva della pena. Di modo che l’eventuale esito positivo, comunicato al giudice e da questi valutato, può condurre all’applicazione di una circostanza attenuante o essere tenuto in considerazione nell’ambito del giudizio *ex art. 133 c.p.*, ai fini dell’eventuale sentenza di condanna, oppure costituire elemento favorevole quanto alla concessione dei c.d. benefici penitenziari.

Rimanendo fermo che simile esito positivo non assume rilievo giuridico in una prospettiva di *privatizzazione* della giustizia penale, ma pur sempre in quanto significativo ai fini sociali, sul piano della summenzionata prevenzione generale *reintegratrice* (se una frattura relazionale tradottasi in un reato viene punita per il suo rilievo anche sociale, non può stupire che, a sua volta, l’eventuale ricucitura di quella frattura assuma un rilievo analogo): da cui l’esigenza di evitare, comunque, che la natura e l’entità delle conseguenze sanzionatorie di un reato vengano fatte dipendere dal volere della vittima.

La considerazione attribuita ai programmi di giustizia riparativa, quindi, rappresenta pur sempre, a sua volta, un compromesso nei confronti del sistema sanzionatorio penale vigente. Posto che il ricorso a quei programmi non costituisce, in Italia, una modalità di gestione del reato alternativa all’inflizione o all’esecuzione di una pena tradizionale, né esclude la verifica in sede processuale circa i fatti addebitati e le connesse responsabilità (salva soltanto un’efficacia indiretta di tali programmi in senso preclusivo della condanna ove siano attivati entro l’ambito di una messa alla prova al cui valido espletamento abbiano per tale via contribuito oppure riguardino un reato perseguibile a querela, circa il quale

---

<sup>15</sup> «La giustizia riparativa abita il mondo di Kairos e mal tollera le rigidità di Kronos»: così MANNOZZI, *Gli ingranaggi*, cit., p. 212.

<sup>16</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2023, pp. 1-21; F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *Riflessioni sulla giustizia penale*, cit., pp. 433 ss.

<sup>17</sup> «Se la giustizia pubblica estromette la persona e quindi il divenire relazionale, la giustizia riparativa recupera la persona e quindi il divenire e il tempo della dinamica relazionale [...]. Nella giustizia riparativa, il tempo non è impiegato per ricostruire il fatto, operazione che determinerebbe soltanto conflittualità, ma per ricostruire la dimensione interrelazionale»: così R. BARTOLI, *Decorso del tempo e ragioni del punire*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2022, 4, p. 229.

l'esito positivo del programma comporta la mancata presentazione o la remissione della querela stessa).

Risultando necessario, altresì, precisare che, dato il carattere non sostitutivo che assume il ricorso ai programmi di giustizia riparativa rispetto agli strumenti classici del diritto e dell'esecuzione penale, l'esito positivo di tali programmi *non si sostituisce* al ruolo che rivestono, nell'ambito di quegli strumenti, la finalità rieducativa e l'eventuale giudizio sui percorsi rieducativi compiuti: così che non si potrà in alcun modo identificare il concetto di rieducazione, sostituendone il contenuto quale finora descritto in giurisprudenza e dottrina, con l'esito favorevole di un programma di giustizia riparativa, né esigere, per il riconoscimento della validità di un percorso rieducativo, il conseguimento di un simile esito<sup>18</sup>.

8. *La non insignificanza del tempo come requisito di umanità della risposta al reato e presupposto per una riforma complessiva del sistema sanzionatorio penale.* – Quanto sin qui s'è detto circa il faticoso cammino verso forme di risposta al reato le quali non consistano in una mera sottrazione del significato del tempo, inteso come *kairós*, per chi sia condannato (*scil.*, della possibilità di continuare ad avere un'esperienza di vita significativa anche nel contesto di provvedimenti penali) conduce a individuare quello che potrebbe reputarsi un vero e proprio principio penalistico cui dare definitiva attuazione: non solo in rapporto alla citata seconda parte dell'art. 27, co. 3, Cost., ma anche in rapporto alla sua prima parte («de pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»).

Si tratterebbe dunque di riconoscere l'inaccettabilità – rispetto alla dignità sociale che compete al condannato: non dimenticando che simile dignità sussiste, *ex art. 3, co. 1, Cost.*, «senza distinzione» circa «condizioni personali e sociali» – dell'infliczione di forme punitive che si risolvano nell'insignificanza del tempo vissuto dal condannato stesso durante la loro esecuzione e nell'irrilevanza giuridica del suo agire in quel medesimo tempo.

Ciò implicando che i provvedimenti penali assumano un'effettiva potenzialità risocializzativa, riparativa e, se possibile, riconciliativa. La garanzia del condannato, del resto, non è reperibile in limiti esterni di ordine retributivo rispetto a quella finalizzazione intimidativa e neutralizzativa delle pene che deriva proprio dalla configurazione di queste ultime come un *male* che risponde al male (un male lo si può solo temere e può essere applicato solo in termini di coercizione), bensì nella scelta di una configurazione delle sanzioni penali la quale sia effettivamente interessata (anche) al futuro del condannato stesso, promuovendone un inserimento nella vita sociale conforme a legalità.

Il che torna a segnalare la centralità di una visione della risposta al reato avente carattere *programmatico-progettuale* (escludendosi, ovviamente, qualsiasi

---

<sup>18</sup> In proposito G. FIANDACA, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, in *Sistema penale*, 2023, 10, pp. 13 ss.

riedizione del punire retributivo attraverso prescrizioni meramente vessatorie). Un orientamento, questo, che di certo non potrà garantire *in ogni caso* il risultato rieducativo, ma che ben di rado, nella sua prassi applicativa già esistente, vede un'opposizione aprioristica da parte dell'agente di reato: con risultati in termini di contenimento della recidiva che tutte le indagini indicano di gran lunga migliori rispetto a quelli del punire tradizionale (e con una percentuale modesta dell'adozione stessa di provvedimenti relativi a inadempienze gravi). Non potendosi trascurare, inoltre, che già simile orientamento dell'apparato sanzionatorio riveste, al di là dei suoi stessi risultati in ciascun caso concreto, una portata di prevenzione generale "positiva" nel contesto sociale.

Va d'altra parte evidenziata l'incongruenza del brandire, contro il medesimo indirizzo, l'argomento garantistico, utilizzandolo paradossalmente, al di là della sua funzione propria, come presidio del punire attraverso la ritorsione del male (la stessa pena di morte, si noti, può ben applicarsi in maniera del tutto garantistica), e dunque attraverso una temporalità detentiva priva di contenuti pregnanti sul piano umano.

Le garanzie classiche, infatti, riguardanti l'apparato punitivo – definizione legale dei percorsi sanzionatori, indicazione di limiti edittali circa la durata di quei percorsi rispetto alle fattispecie incriminatrici, riferimento agli elementi della colpevolezza del fatto onde determinare l'entità massima dei contenuti e della durata di un dato percorso nel caso concreto – resterebbero inalterate anche nel contesto di una risposta al reato di tipo progettuale. Non potendosi comprendere perché dovrebbe considerarsi ragionevole la fissazione di limiti sanzionatori fondati su ineffabili valutazioni di corrispettività retributiva, e non la determinazione di quei limiti in rapporto a ben più controllabili valutazioni sull'adeguatezza di un dato percorso sanzionatorio a conseguire effetti credibili di carattere riparativo e risocializzativo, nonché sull'effettiva necessità, onde scongiurare il rischio concreto di recidive gravi, che quei medesimi obiettivi debbano essere perseguiti non escludendo un tempo di restrizione della libertà personale.

Risultando conseguentemente plausibile, ad avviso di chi scrive, che in un sistema come quello descritto la popolazione penitenziaria possa essere ridotta a meno di un terzo rispetto alla sua entità attuale.

Certamente, pertanto, anche percorsi sanzionatori di carattere programmatico-progettuale necessitano di prevedere limiti aventi natura cronologica: che in tale contesto, tuttavia, recuperano la loro funzione propria di carattere garantistico, non assumendo più, come invece nel diritto penale tradizionale, quella intesa a quantificare un tempo vuoto di detenzione in quanto ritenuto espressivo della *ratio* stessa del punire.

## IL TEMPO NELLA CRISI D'IMPRESA

ILARIA PAGNI\*

*Attraverso il filo conduttore del “tempo” si comprendono meglio anche le scelte compiute dal legislatore nel disciplinare la crisi dell’impresa, nella consapevolezza che solo imprimendo tempi rapidi alla reazione dell’impresa in crisi e alla risposta, stragiudiziale o giudiziale, dell’ordinamento si può tentare di salvaguardare contemporaneamente, nei limiti del possibile, la posizione del debitore, dei creditori e di tutti coloro che sono interessati alla sistemazione della crisi. Il tempo è centrale rispetto ai primi segnali di crisi, se si vuole evitare che questa si aggravi, e diventi dissesto. Ma è centrale anche nella durata delle misure protettive, perché il divieto per i creditori di agire, esecutivamente o nelle forme cautelari, contrasta col diritto d’azione, e nei procedimenti, che si devono concludere rapidamente perché solo la velocità della risposta giudiziale assicura l’effettività della tutela. Lo scritto analizza così i diversi momenti nei quali il tempo assume importanza e cerca di mostrare come una cultura moderna del recupero dell’impresa in crisi passi attraverso la consapevolezza dell’essenzialità di quel fattore, fondamentale ad evitare il pregiudizio per la tutela dei creditori e di tutte le parti interessate al processo di ristrutturazione.*

*Through the leitmotif of ‘time’ one can also better understand the choices made by the legislator in regulating the crisis of the enterprise, in the awareness that only by imparting rapidity to the reaction of the enterprise in crisis and to the response, out-of-court or judicial, of the legal system can one attempt to simultaneously safeguard, as far as possible, the position of the debtor, the creditors and all those interested in the settlement of the crisis. Time is central with respect to the first signs of a crisis, if one wants to prevent it from worsening and becoming insolvency. But it is also central with respect to the duration of protective measures, because the prohibition of creditors to act, either executively or in precautionary forms, conflicts with the right of action, and in proceedings, which must be concluded rapidly because only the speed of the judicial response ensures the effectiveness of protection. The paper thus analyses the various moments in which time assumes importance and seeks to show how a modern culture of the recovery of a company in crisis passes through an awareness of the essentiality of that factor, which is fundamental to avoid prejudice for the protection of creditors and all parties involved in the restructuring process.*

\* Professore ordinario di Diritto processuale civile presso l’Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 I. Pagni. 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>

SOMMARIO: 1. Il tempo nella crisi d'impresa. - 2. Il tempo nella risposta alla crisi. - 3. Il tempo nelle misure protettive. - 4. Il tempo dei procedimenti. - 5. Il tempo e il valore dell'azienda tra un grado e l'altro del giudizio. - 6. Il tempo nella liquidazione. - 7. Conclusioni.

1. *Il tempo nella crisi d'impresa.* - Il tempo, nella crisi d'impresa, è tutto. Lo è nell'allerta, rispetto ai primi segnali di crisi, perché non accorgersi per tempo della condizione in cui versa l'impresa impedisce una pronta reazione, quando ancora sono possibili misure non radicali. Lo è nella scelta della risposta alla crisi, perché, se la scelta non è corretta e il debitore non si muove con rapidità, la crisi si aggrava e diventa dissesto. Lo è nella durata delle misure protettive, perché il divieto per i creditori di agire, esecutivamente o nelle forme cautelari, contrasta col diritto d'azione e non può durare troppo a lungo. Lo è nei procedimenti, che si devono concludere rapidamente, perché, diversamente da quel che accade nel processo civile, qui la giustizia si misura davvero col tachimetro. Lo è nell'alternanza degli effetti tra omologazione dello strumento di regolazione e apertura della liquidazione giudiziale, perché i valori dell'azienda, tra un grado e l'altro di giudizio, rischiano di deprimersi. Lo è nella liquidazione giudiziale (e nell'esecuzione degli strumenti di regolazione quando occorre comunque liquidare), perché la vendita dei beni, per essere efficiente, dev'essere rapida.

Non deve sorprendere, quindi, imbattersi, in questa materia, in uno scritto sul tempo.

Uno scritto che non vuole esaminare le innumerevoli questioni che possono sorgere nei diversi ambiti che si sono tratteggiati, perché lo spirito del contributo è diverso: mostrare al lettore come, attraverso il filo conduttore del tempo, si comprendano meglio la prospettiva e le scelte compiute dal legislatore nel disciplinare la crisi dell'impresa. Per bilanciare i contrapposti interessi, con un sacrificio, allo stesso modo, di tutti e di nessuno, l'unica maniera è considerare il fattore "tempo", perché solo così si possono salvaguardare contemporaneamente le posizioni del debitore, dei creditori e di tutti coloro che sono interessati alla sistemazione della crisi.

Ma andiamo con ordine.

2. *Il tempo nella risposta alla crisi.* - Il tempo è un elemento fondamentale nella individuazione della crisi e nella scelta della risposta, perché, se la reazione non è rapida, la crisi si aggrava e diventa dissesto.

La diffusa e purtroppo ricorrente incapacità di intercettare tempestivamente i segnali di crisi impedisce all'imprenditore di adottare senza indugio strumenti appropriati alla soluzione dei problemi; una allerta precoce aiuta invece a indirizzare l'impresa in una direzione opposta, a intervenire prima che la crisi si trasformi in insolvenza e quest'ultima divenga irreversibile: ciò, a condizione, però, che ci sia la volontà di cogliere i segnali, o, in assenza, siano previste conseguenze, in termini di incentivi o, all'opposto, di sanzioni, per chi quei segnali non intende cogliere.

Già la Commissione Trevisanato, dai cui lavori è derivata in gran parte la riforma delle procedure concorsuali del 2005-2006, aveva proposto di istituire un sistema di misure di allerta dirette a favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio. Il progetto era mutuato dall'ordinamento francese, che conosce appunto *procédures d'alerte*<sup>1</sup>, volte a incentivare ed eventualmente imporre l'adozione di misure urgenti nei confronti delle imprese in difficoltà con finalità di prevenzione, per consentire una regolamentazione della crisi fondata più sull'adesione dei creditori che sulla liquidazione giudiziale. Alla proposta della Commissione Trevisanato, tuttavia, non fu dato seguito, per il timore di una eccessiva ingerenza nella libertà dell'imprenditore di gestire autonomamente la crisi sin quando questa non fosse sfociata in un vero e proprio stato di insolvenza.

L'introduzione di misure di allerta era comunque soltanto rimandata. A fronte di un diritto europeo che chiede strumenti che permettano alle imprese di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone così il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale, il legislatore italiano del Codice della crisi ha dapprima introdotto un sistema di allerta, interna ed esterna all'impresa, cui ha affiancato la strada obbligata della composizione assistita, e poi, dopo che la crisi determinata dalla pandemia ha indotto al rinvio dell'entrata in vigore del Codice e ha spinto il Parlamento a differire le misure di allerta esterna, ha sostituito il meccanismo originario con le nuove norme contenute nel titolo II del Codice, in cui si responsabilizza maggiormente l'imprenditore, modificando radicalmente il sistema precedente in cui, qualora il collegio di soggetti deputati alla composizione assistita non avesse individuato misure idonee a superare la crisi e avesse attestato lo stato di insolvenza, l'organismo ne avrebbe dato notizia al pubblico ministero presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha sede, ai fini del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima.

Nel nuovo sistema, l'art. 3 fornisce indicazioni su come debbono essere costruiti le misure e gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati che, oltre a consentire di rilevare la crisi, dovrebbero servire soprattutto a prevederle tempestivamente l'emersione<sup>2</sup>. Gli artt. 25-*octies*, *novies* e *decies*

---

<sup>1</sup> Su cui v. S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Milano, 2017, pp. 317 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, v. il mio *Crisi d'impresa e risanamento: la rilevazione anticipata della crisi tra adeguatezza degli assetti organizzativi e avvio della composizione negoziata*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. Callegari, S.A. Cerrato, E.R. Desana, Torino, 2022, pp. 1740 ss.; O. CAGNASSO, *I principi generali. L'adeguatezza delle misure e degli assetti*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, p. 53; F. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 26 maggio 2022, al link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/la-riforma-dellart-2086-c-c-nel-contesto-del-codice-della-crisi-e-dell-insolvenza-e-i-suoi-riflessi-sul-sistema-della-responsabilita-degli-organi-sociali#ricerca=macario>, ultima consultazione 7 marzo 2025; P. MONTALENTI, *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgement rule*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2021, pp. 11 ss.; M. ONZA, "Gestione sostenibile" dell'impresa, "adeguati assetti" e (una annotazione su

disciplinano le segnalazioni che l'organo di controllo, il soggetto incaricato della revisione legale, i creditori pubblici qualificati, le banche e gli intermediari finanziari rivolgono all'imprenditore affinché valuti la necessità o meno di accedere a un percorso, la composizione negoziata della crisi, grazie al quale l'imprenditore tratta con i creditori, anche bancari, i fornitori, gli investitori, per individuare una soluzione idonea al risanamento dell'impresa. L'art. 5-bis fornisce uno strumento che permette una valutazione preliminare della complessità del risanamento e consente di comprendere quanto lo stesso dipenda o meno dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità<sup>3</sup>.

In questo modo, quello che era stato definito "il volto arcigno dell'allerta", vista la coerenza delle procedure finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori, quale risultante dall'attuazione dell'art. 4 della L. 19 ottobre 2017, n. 155 («Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza»), si è trasformato, nella versione definitiva del Codice, in una "spinta gentile"<sup>4</sup>, accompagnata da misure premiali di natura fiscale che incentivano il ricorso alla composizione negoziata.

La composizione negoziata è un percorso negoziale di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e fornitori<sup>5</sup>.

Nel costruirlo, il legislatore è partito da due istituti non troppo lontani tra loro, la mediazione nei contratti di impresa e quella delle controversie bancarie. Nella prima, il mediatore in questi anni ha operato con successo, e se ne sono mutuati i tratti per immaginare la figura dell'esperto, che ha, tra i propri compiti, oltre a quello di stimolare gli accordi e coadiuvare le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna, anche quello di invitarle a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti di durata quando l'equilibrio del rapporto si sia alterato. Quanto alla seconda, si è osservato che la mediazione bancaria avrebbe potuto dare miglior prova di sé se la banca avesse preso parte al tentativo di mediazione con convinzione, procedendo per tempo all'istruttoria che serve per valutare quali siano gli spazi per un accordo.

---

*"interesse sociale": spunti di riflessione*, in *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, a cura di S. Ambrosini, Pisa, 2023, p. 21.

<sup>3</sup> In argomento v. S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2022, al link [https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/uploads/admin\\_files/pacchi-09-08-2022\\_RA-2aaa6.pdf](https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/uploads/admin_files/pacchi-09-08-2022_RA-2aaa6.pdf), ultima consultazione 7 marzo 2025.

<sup>4</sup> R. RORDORF, *Il tormentato iter della riforma del diritto concorsuale*, in *Questione Giustizia*, 6 ottobre 2021, al link <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-tormentato-iter-della-riforma-del-diritto-concorsuale>, ultima consultazione 7 marzo 2025.

<sup>5</sup> Sul tema, v. il mio *L'impresa collettiva tra squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, crisi e insolvenza: opportunità e criticità della composizione negoziata*, in *Le Società*, 2024, pp. 233 ss.; I. PAGNI, M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Il Fallimento*, 2021, pp. 1477 ss.; R. RANALLI, *Dall'allerta alla composizione negoziata. Flessibilità, semplificazione e trasparenza del nuovo strumento*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 24 febbraio 2022, al link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/dallallerta-alla-composizione-negoziata-flessibilita-semplificazione-e-trasparenza-del-nuovo-strumento#ricerca=ranall>, ultima consultazione 7 marzo 2025.

Inoltre, se il debitore, anziché dover trattare soltanto con chi avesse ottenuto nei suoi confronti un decreto ingiuntivo, avesse potuto allargare il tavolo delle trattative, e contare, inoltre, su una protezione del patrimonio che impedisse al singolo la costituzione di posizioni privilegiate. Entrambi questi correttivi sono stati introdotti nella disciplina del Codice: l'art. 16, comma 5, CCII impone infatti alle banche e agli intermediari finanziari di partecipare alle trattative in modo attivo e informato; l'art. 17, comma 5, prevede che l'esperto incontri tutte le parti interessate al processo di risanamento; e l'art. 18 consente l'applicazione di misure protettive del patrimonio, anche limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori, o a determinati creditori, senza viceversa inibire i pagamenti spontanei.

Con la composizione negoziata si traccia la strada verso una cultura moderna del recupero dell'impresa in crisi, che passa attraverso la consapevolezza della maggiore complessità interna dell'azienda e l'importanza della prevenzione, senza pregiudizio per la tutela dei creditori e di tutte le parti interessate al processo di ristrutturazione. Il giudice interviene solo quando sia necessario, a presidio della tutela dei diritti, senza rinunce all'intervento della giurisdizione quando occorre.

La "tempestività", parola chiave del titolo II e del Codice in generale, è stata ancor più sottolineata da ultimo, nel decreto correttivo 13 settembre 2024, n. 136/2024, che, intervenendo sugli sbocchi della composizione negoziata, ha offerto all'imprenditore ulteriori motivi per percorrere quella strada e di farlo con rapidità.

Alla necessaria velocità nel percorso, segnata dalla previsione per cui l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, prorogabili a determinate condizioni, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata al superamento della crisi, infatti, si è accompagnata l'esigenza di rapidità all'uscita.

All'art. 23, comma 2, lett. b, in fine, il decreto correttivo ha aggiunto la previsione per cui, se la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa è proposta nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione dell'esperto, la percentuale necessaria per l'estensione degli effetti dell'accordo ai terzi non aderenti è ridotta al sessanta per cento dei crediti degli aderenti. Il rispetto di tempi stretti, dunque, premia l'imprenditore, che può avvalersi con più facilità dello strumento degli accordi ad efficacia estesa.

Inoltre, l'art. 25-*sexies*, comma 1, è stato modificato<sup>6</sup> con la previsione per cui, «nel rispetto del termine di cui al primo periodo [ovvero sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 17, comma 8] l'imprenditore può proporre la domanda di cui all'articolo 40 anche con riserva di deposito della proposta e del piano» per un concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: "nel rispetto" del termine, anziché semplicemente "nel termine",

---

<sup>6</sup> S. PACCHI, *Il controllo giudiziale nel concordato semplificato quale sbocco della composizione negoziata*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2024, pp. 1037 ss.



significa che entro i sessanta giorni il ricorso dev'essere integrato con la documentazione completa, senza possibilità di ulteriori proroghe, e non già che nel termine è sufficiente proporre la domanda prenotativa: quel che può dare più tempo è solo, dunque, lo spazio occupato dall'esperto per predisporre la relazione.

L'indicazione che deriva dalla riscrittura, ad opera del decreto correttivo, delle norme sulla composizione negoziata e sul concordato semplificato, rende evidente la necessità di una allerta precoce, più ancora di quanto non potessero fare spinte verso una soluzione della crisi ad opera di creditori qualificati, non particolarmente attivi nelle segnalazioni o autori di segnalazioni indiscriminate. Come misura "premiata" per l'impresa che si muove per tempo c'è la facilitazione di alcuni sbocchi che segnano il successo del percorso negoziale o comunque consentono una sistemazione semplificata del passivo.

3. *Il tempo nelle misure protettive.* - Il tempo è un elemento che condiziona necessariamente la durata delle misure protettive, perché il divieto per i creditori di agire, esecutivamente o nelle forme cautelari, contrasta col diritto d'azione e non può durare troppo a lungo. Il legislatore permette al debitore di trattare la regolazione della crisi e dell'insolvenza al riparo da aggressioni dei creditori al proprio patrimonio, ma pone dei limiti, perché l'impedimento ai singoli creditori di acquisire vantaggi rispetto agli altri non può essere permanente.

Com'è noto, il Codice prevede sia misure protettive tipiche che misure protettive atipiche<sup>7</sup>. Sono, entrambe, misure a carattere provvisorio, rimesse alla

---

<sup>7</sup> In generale, sulle misure protettive e cautelari nel D.L. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, e poi nel Codice della crisi nella formulazione entrata in vigore nel 2022, v. la mia voce *Misure cautelari e protettive (diritto dell'insolvenza)*, in *Enciclopedia del Diritto, I tematici, VIII, Crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2024, pp. 869 ss. V., inoltre, tra gli scritti più recenti (tutti, però, salvo uno, anteriori al decreto correttivo 13 settembre 2024, n. 136), A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCII dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2022, pp. 859 ss.; in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2024, pp. 273 ss.; L. BACCAGLINI, I. PAGNI, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della Crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 4 marzo 2024, al link

<https://dirittodellacrisi.it/articolo/misure-cautelari-e-misure-protettive-nel-codice-della-crisi-una-chia-ve-di-lettura-per-limpiego-anche-combinato-dei-diversi-strumenti-di-tutela#ricerca=pagni%20bacc>, ultima consultazione 7 marzo 2025; L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 11 ottobre 2022, al link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/le-misure-protettive-e-cautelari-nel-ccii#ricerca=baccaglini>, ultima consultazione 7 marzo 2025; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, in *Diritto della crisi, speciale riforma*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), 12 ottobre 2021, al link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/misure-protettive-e-provvedimenti-cautelari-a-presidio-della-comp-osi-ione-negoziata-della-crisi-profilo-processuali#ricerca=misure%20protettive%20e%20provvedimen-ti%20cautelari>, ultima consultazione 6 marzo 2025; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2022, p. 360; C. MANCUSO, *Le misure protettive e cautelari*, in *Crisi e insolvenza dopo il correttivo* ter, cit., pp. 397 ss.; M. AIELLO, *La protezione del debitore nel codice della crisi: un approccio sistematico*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2023, pp. 311 ss.; P. FARINA, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione, nel registro delle imprese, della domanda integrativa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2023, pp. 687 ss.; M. FABIANI, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, in *Gli speciali del Foro italiano*, 3/2022, cc. 109 ss.; F. DE

legittimazione del solo debitore, volte a precludere temporaneamente ai creditori sia iniziative di natura giudiziale, sia condotte di tipo omissivo o commissivo suscettibili di ostacolare le operazioni dirette a regolare la crisi e l'insolvenza. Sono definite "di protezione", perché hanno una finalità conservativa del valore del patrimonio o del valore dell'impresa, ma, pur dovendo muoversi in quel perimetro, hanno un contenuto particolarmente ampio: la definizione della lett. p) dell'art. 2, infatti, consente di immaginare «misure protettive» che vanno oltre il divieto, per i creditori interessati, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore o sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, e che consistono, più in generale, in misure temporanee volte ad evitare che determinate azioni (e il decreto correttivo n. 139/2024 ha aggiunto «o condotte») dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il riferimento alla "condotta" consente di invocare le misure protettive anche per vincere il comportamento ostruzionistico altrui: parlando di condotta, infatti, si immagina la reazione giudiziale alla violazione di un obbligo di fare, a differenza del riferimento all'"azione", che implica un comportamento attivo e perciò necessariamente la violazione di un obbligo di non fare.

Accanto alle misure protettive, tipiche e atipiche, il Codice contempla anche misure cautelari, che l'art. 2, comma 1, lett. q), definisce come l'insieme dei provvedimenti «emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative, gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza e l'attuazione delle relative decisioni». In questo caso la legittimazione attiva è attribuita, oltre che al debitore, a tutti i soggetti titolati a chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale.

Le une e le altre misure assolvono all'unica esigenza – postulata dalle due definizioni contenute nell'art. 2, lett. p) e q), pur nella loro diversa formulazione – di assicurare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, senza lasciare scoperto alcun bisogno di tutela, permettendo ai

---

SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2021, pp. 1536 ss.; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in [www.ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it](https://ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it), 24 dicembre 2021, al link [https://ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it/uploads/admin\\_files/montanari-24-12-21.pdf](https://ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it/uploads/admin_files/montanari-24-12-21.pdf), ultima consultazione 7 marzo 2025; A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel D.L. 118/2021*, 17 novembre 2021, al link [https://ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it/uploads/admin\\_files/didone-17-11-21-RA.pdf](https://ristrutturazioniazionidali.ilcaso.it/uploads/admin_files/didone-17-11-21-RA.pdf), ultima consultazione 7 marzo 2025; R. D'ALONZO, *La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2021, pp. 874 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2022, p. 282.

provvedimenti di coprire tutte le esigenze nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale avente fondamento normativo negli artt. 24 Cost., 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE. Le misure cautelari, infatti, servono anch'esse a impedire la disgregazione o l'alterazione della consistenza del patrimonio ma, diversamente dalle misure protettive atipiche, possono rivolgersi anche a soggetti diversi dai creditori: al pari delle misure protettive atipiche, richiedono un procedimento assai simile a quello dell'art. 669-*sexies* c.p.c., in cui il giudice procede a un preventivo vaglio del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* con riferimento al contenuto del provvedimento richiesto, previo contraddittorio coi destinatari passivi della misura.

L'art. 19, comma 5, prevede che nella composizione negoziata la durata complessiva delle misure protettive non possa superare i duecentoquaranta giorni; l'art. 55 stabilisce che la durata delle misure protettive tipiche sia fissata al massimo in quattro mesi; e l'art. 8 aggiunge che la durata complessiva delle misure protettive, fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, o all'apertura della procedura di insolvenza, non possa superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, tenuto conto delle misure protettive di cui all'art. 18. Ancora una volta il fattore "tempo" è determinante.

Il legislatore vuole che la protezione del percorso, sia esso quello stragiudiziale della composizione negoziata, sia esso quello del procedimento unitario, abbia una durata predeterminata: durata, che può presentare profili di criticità, quando il termine massimo di dodici mesi sia scaduto, ma lo strumento non sia ancora approdato all'omologazione. In questo caso, dato il contenuto ampio e la finalità convergente con quella delle misure protettive, si può immaginare di utilizzare le misure cautelari in sostituzione della protezione ormai cessata, in tal modo rimettendo alla valutazione del giudice l'effettiva necessità di una estensione della protezione e l'esame della strumentalità dell'estensione rispetto all'attuazione della sentenza che omologa la soluzione negoziale. Non si avrà un abuso da parte del debitore, visto che sarà il giudice a compiere un vaglio circa l'esigenza o meno di un allungamento del termine e la necessità, o meno, di concedere più tempo al debitore<sup>8</sup>.

4. *Il tempo dei procedimenti.* - Insegnava Enrico Allorio che la giustizia non si misura col tachimetro<sup>9</sup>. Ma nei procedimenti del Codice della crisi le cose stanno diversamente, perché, visti i tempi rapidi dell'attività d'impresa, l'effettività dell'intervento giurisdizionale è necessariamente collegata alla sua tempestività. Quelli che in un processo regolato dal codice di rito sarebbero tempi fisiologici, calati nel contesto della crisi d'impresa diventano tempi incompatibili con la

---

<sup>8</sup> M. FABIANI *Le misure protettive nel codice della crisi*, in *Foro italiano*, V, 2019, cc. 227 ss.

<sup>9</sup> E. ALLORIO, *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 1, Torino, 1973, LCIII.

necessità che la risposta giudiziale vada di pari passo con un'attività d'impresa che non può aspettare.

Il legislatore ha previsto, in linea generale, all'art. 5, comma 4, che le controversie in cui è parte un organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o delle procedure di insolvenza, o comunque un soggetto nei cui confronti è aperta una procedura prevista dal Codice, siano trattati con priorità. È, questa, una sorta di corsia preferenziale, a dimostrazione dell'importanza del fattore "tempo".

Il Codice ha inoltre abbreviato i termini per l'accesso agli strumenti, quando il debitore propone una domanda prenotativa, ossia una domanda con cui accede a una forma di regolazione della crisi senza avere ancora predisposto un progetto di piano, chiedendo tempo al tribunale per farlo.

La proposizione di una domanda prenotativa<sup>10</sup> consente di chiedere la protezione del patrimonio mentre si tratta con i creditori, ma la moratoria non può avere una durata troppo lunga, perché il debitore deve accedere al procedimento unitario con le idee sufficientemente chiare, e sciogliere in tempi rapidi il nodo delle alternative che reputa maggiormente rispondenti alla propria situazione di crisi o di insolvenza, sottoponendo la propria scelta ai creditori e al tribunale. Nella legge fallimentare il primo termine che il tribunale poteva concedere era più ampio, mentre adesso è stato ridotto alla metà: è compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore fino a ulteriori sessanta giorni, purché ricorrano giustificati motivi, oggi, col decreto correttivo, comprovati necessariamente dalla predisposizione di un progetto di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Nel proporre la domanda prenotativa, infatti, il debitore, in prima battuta, non è tenuto a indicare lo strumento di cui intende chiedere l'omologazione, a meno che non si avvalga della facoltà oggi concessa dal comma 1-*quater*, introdotto dal decreto correttivo n. 136/2024, per il quale «il debitore può chiedere di giovare del regime dello strumento di regolazione della crisi di cui intende avvalersi se, unitamente alla domanda di cui al comma 1 o anche successivamente, deposita un progetto di regolazione della crisi e dell'insolvenza redatto in conformità alle disposizioni che disciplinano lo strumento prescelto». Di conseguenza, l'accesso al procedimento unitario non richiede necessariamente che la domanda sia accompagnata da un piano idoneo a consentire la ristrutturazione del debito e il rispetto degli impegni assunti con la proposta, perché quel piano,

---

<sup>10</sup> Sul regime della domanda prenotativa prima del decreto correttivo n. 136/2024 v. G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti della domanda ex art. 44 CCII, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali.*, 2023, pp. 1321 ss; L. DE SIMONE, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, in [www.dirittoellacrasi.it](http://www.dirittoellacrasi.it), 7 ottobre 2022, [link](https://www.dirittoellacrasi.it) <https://dirittodellacrasi.it/articolo/laccesso-con-riserva-al-procedimento-unitario#ricerca=1%E2%80%99%99accesso>, ultima consultazione 13 marzo 2025. Dopo il decreto correttivo, v. il mio *La domanda prenotativa di accesso a uno strumento di regolazione giudiziale della crisi e dell'insolvenza dopo il D.Lgs. n.136/2024*, in *Le Società*, 2024, pp. 1273 ss.

diverso a seconda dello strumento, potrà essere depositato in un secondo momento. Ciò non significa che con la domanda prenotativa si possa investire il tribunale dell'accertamento generalizzato ed esplorativo dello stato di crisi o di insolvenza<sup>11</sup>, ma non significa neppure che una domanda priva della indicazione dello strumento sia una domanda nulla per mancata indicazione dell'oggetto, dato che l'art. 44, comma 1-*quater*, è chiarissimo nel dare la possibilità sia di una domanda con la quale si chiede la sistemazione della crisi o dell'insolvenza in una delle forme di regolazione giudiziale delle stesse, senza specificare quale, sia di una domanda dove invece il ricorrente individua lo strumento del quale intende avvalersi.

Il decreto correttivo ha chiarito che il primo termine fissato dal tribunale, compreso tra trenta e sessanta giorni, decorre dall'iscrizione del decreto di concessione del termine nel registro delle imprese: questa previsione supera i dubbi che la giurisprudenza aveva espresso con riferimento alla decorrenza, ritenendo poi, con la Cassazione, che il termine decorresse dalla data di deposito della domanda. La previsione di un differente decorso è opportuna, considerata la ristrettezza del termine concesso al debitore.

Non è più previsto che la proroga del termine non sia possibile in presenza di domande di apertura della liquidazione giudiziale, o che il termine, in quel caso, sia abbreviato: oggi, dunque, il debitore insolvente, che pure sia destinatario di domande *ex art. 37*, comma 2, potrà certamente tentare la via della ristrutturazione sia attraverso la domanda prenotativa, potendo sperare che gli vengano concessi comunque fino a centoventi giorni, sia attraverso l'accesso alla composizione negoziata, grazie al chiarimento frutto della riscrittura dell'art. 25-*quinquies*, che esclude la possibilità di ingresso al solo imprenditore che abbia presentato domanda, anche prenotativa, di accesso a uno strumento o abbia fatto istanza di protezione del patrimonio prima del deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, ma non a quello che sia stato raggiunto da ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale.

5. *Il tempo e il valore dell'azienda tra un grado e l'altro del giudizio.* - Se il tempo è essenziale al momento dell'accesso a uno strumento di regolazione della crisi, ancor di più lo è nella alternanza degli effetti tra un grado e l'altro del giudizio, perché i valori dell'azienda, nell'attesa degli esiti del reclamo e poi del ricorso per cassazione, rischiano di deprimersi.

La sentenza che conclude il primo grado di giudizio produce effetti immediatamente, senza che occorra attendere il termine per proporre reclamo o l'esaurimento delle impugnazioni secondo il modello dell'art. 741 c.p.c.

La proposizione del reclamo e del ricorso per cassazione, infatti, non sospende l'efficacia della sentenza, sicché, per rispondere alle esigenze cautelari che possono sorgere in pendenza dell'impugnazione, è stata prevista, all'art. 52,

---

<sup>11</sup> Così, invece, A. CARRATTA, voce *Procedimento unitario (procedure concorsuali)*, in *Enciclopedia del Diritto, I tematici, VIII, Crisi d'impresa*, cit., p. 974.

una sospensiva che opera in sede di reclamo, la cui disciplina è richiamata, in quanto compatibile, dall'art. 51, comma 14, per l'ipotesi in cui il reclamo sia stato rigettato dalla Corte d'appello (quando occorre, invece, regolare gli effetti della sentenza di primo grado in caso di accoglimento del reclamo, opera una diversa disposizione, che è l'art. 53).

Con l'art. 52 il legislatore ha previsto che, in presenza di gravi e fondati motivi, in caso di reclamo verso la dichiarazione di insolvenza la formazione dello stato passivo possa essere sospesa dalla Corte d'appello, insieme alla liquidazione dell'attivo e al compimento di atti di gestione, su istanza di parte o del curatore, e, nel caso invece di reclamo avverso la sentenza che pronuncia sull'omologazione, possa essere disposta l'inibitoria dell'attuazione del piano o dei pagamenti. Si soppesa, così, il bisogno di una rapida definizione del giudizio (tanto che il termine per la proposizione del ricorso per cassazione è dimezzato, rispetto a quello previsto dall'art. 325 c.p.c.) con la considerazione della necessità di far trovare al vincitore, all'esito, una situazione che non sia definitivamente compromessa dalle attività che siano state compiute nelle more.

Quel che accade, dopo l'accoglimento del reclamo, in caso di revoca della liquidazione giudiziale o dell'omologa del concordato, degli accordi o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, lo prevede invece l'art. 53 («Effetti della revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione»)<sup>12</sup>.

La norma, che disciplina la possibile altalena degli effetti tra le pronunce che, nei diversi gradi di giudizio, regolano la crisi o l'insolvenza del debitore, rappresenta una delle novità più interessanti della riforma, perché scritta per contemperare l'esigenza di attendere la stabilizzazione della sentenza che omologa lo strumento oppure apre la liquidazione giudiziale con la necessità di consentire che, in quell'attesa, non si producano effetti irreversibili, a danno del debitore o dei suoi creditori.

Per bilanciare i contrapposti interessi ed evitare i pregiudizi che potrebbero discendere dall'altalena degli effetti qualora alla riforma del provvedimento di primo grado seguisse poi la cassazione della pronuncia, il legislatore ha dettato una apposita disciplina per regolare quel che accade in caso di revoca della liquidazione giudiziale (art. 53, comma 1) e quel che accade invece in caso di revoca dell'omologazione dello strumento (art. 53, comma 5).

Nel caso di revoca della liquidazione giudiziale e omologazione dello strumento, si avrà l'immediata restituzione dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa al debitore, sia pure sotto la vigilanza del curatore, che rimane in carica fino al momento in cui diviene definitiva la sentenza che

---

<sup>12</sup> In argomento, v. il mio commento, in *Commentario al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Santangeli, Milano, 2023, pp. 368 ss.; v., inoltre, G. FINOCCHIARO, *Le impugnazioni nel procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo* ter, cit., pp. 942 ss. e A. TEDOLDI, *Il procedimento unitario*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo* ter, cit., p. 776 ss.

pronuncia sulla revoca, con un regime autorizzatorio analogo a quello previsto dal previgente art. 99, comma 2, l. fall. In questo modo si evita che il procedere della liquidazione giudiziale arrechi un pregiudizio irreparabile a un'azienda ancora vitale.

Nel caso opposto, di revoca dell'omologazione dello strumento, l'art. 53, comma 5, stabilisce che, in presenza di domande dei soggetti a ciò legittimati proposte in primo grado, la Corte d'appello dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, rimettendo gli atti al tribunale per i provvedimenti di cui all'art. 49, comma 3. Per favorire il passaggio di consegne, il decreto correttivo ha richiamato la disposizione dell'art. 51, comma 12, per il quale la sentenza è comunicata al tribunale a cura della cancelleria della Corte d'appello.

Una volta che sia stata aperta la liquidazione giudiziale, il debitore potrà chiedere al tribunale di sospendere sia i termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo (ad evitare la complicazione originata dal procedere fino alla cassazione di giudizi condizionati dall'esito dell'impugnazione proposta nei confronti della sentenza della Corte d'appello, e destinati ad essere superati dall'eventuale accoglimento di quest'ultima), sia di sospendere la liquidazione dell'attivo (qui ad evitare il formarsi di situazioni incompatibili con l'accoglimento dell'impugnazione), mentre, per non sprecare tempo prezioso, non è impedita la formazione dello stato passivo con un decreto, che, se i termini per le impugnazioni sono sospesi, anche se non viene impugnato ha un'efficacia meramente provvisoria. Visto che analoga esigenza può sorgere nel caso di revoca della liquidazione giudiziale e conseguente omologazione dello strumento, il decreto correttivo n. 136/2024 ha inserito al comma 6 il riferimento anche a questa diversa ipotesi.

Rimane scoperto il caso in cui le impugnazioni dello stato passivo siano già state proposte e occorra sospenderle, sul quale occorrerà lavorare in via interpretativa.

6. *Il tempo nella liquidazione.* - Il tempo è un elemento centrale anche nella liquidazione giudiziale<sup>13</sup>, e in generale tutte le volte in cui, pure negli strumenti, sia prevista un'attività di liquidazione, perché la vendita dei beni, per essere efficiente, dev'essere rapida.

In questa chiave, l'art. 213 impone al curatore nella predisposizione del programma di liquidazione tempi molto stretti: entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e, in ogni caso, non oltre centocinquanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione giudiziale. Nel programma devono essere indicati i termini di inizio della liquidazione e del suo presumibile completamento; entro otto mesi dall'apertura della procedura deve aver luogo il

---

<sup>13</sup> G. CARAMIA, *La liquidazione dei beni nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e la riaffermata centralità del curatore*, in [www.dirittoellacrisi.it](http://www.dirittoellacrisi.it), 16 settembre 2022, al link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/la-liquidazione-dei-beni-nel-codice-della-crisi-di-impresa-e-dellinsolve-nza-e-la-riaffermata-centralita-del-curatore#ricerca=caramia>, ultima consultazione 7 marzo 2025.

primo esperimento di vendita e devono iniziare le attività di recupero dei crediti: secondo quanto previsto al comma 5 dell'art. 213, il mancato rispetto, senza giustificato motivo, del termine di inizio dell'attività costituisce causa di revoca dell'incarico del curatore.

La liquidazione dev'essere completata entro cinque anni al massimo: questo termine è stato spostato in un diverso comma dell'art. 213 (dal comma 5 al comma 8), per escludere che il mancato rispetto dei tempi massimi previsti dalla legge sia valutato ai fini della revoca del curatore, dato che le attività di liquidazione possono essere ostacolate o ritardate da molteplici cause indipendenti dalla volontà di chi quelle attività pone in essere. Nella stessa logica si prevede anche l'esclusione dell'applicazione della legge Pinto, purché il curatore abbia rispettato i termini indicati nel programma, siano essi quelli originari oppure quelli differiti dal giudice.

In pratica, la disposizione è in equilibrio tra esigenze di rapidità e presa d'atto che la vendita dei beni è soggetta alle possibili inefficienze del mercato: una volta rispettate le regole operative che danno garanzia di trasparenza, efficacia ed efficienza delle operazioni di liquidazione dell'attivo della procedura, i tempi di quella liquidazione non possono essere imputati al curatore, che è responsabile della individuazione delle modalità operative in base alla qualità e alle caratteristiche del bene, ma non dell'inutile esperimento dei tentativi di vendita.

Anche l'intervento sull'art. 216 ad opera del decreto correttivo n. 136/2024 risponde alla medesima logica di razionalizzare le procedure di liquidazione, non essendo ragionevole immaginare che nel primo anno dall'apertura della procedura si riescano ad attuare tre tentativi di vendita. La modifica non comporta un allungamento dei tempi, ma realizza un meccanismo più efficace e maggiormente verificabile da parte di chi vigila sulla procedura.

*7. Conclusioni.* - Siamo abituati a ripetere che il diritto europeo, espresso dalla Direttiva UE 2019/1023, voleva che fosse salvato il valore esternato dall'impresa, la continuità aziendale, e che il Codice della crisi ha declinato questa indicazione. E ci si è chiesti, perciò, se il Codice sia orientato a favore del debitore, con pregiudizio per le ragioni dei creditori. Ancora, se la disciplina introdotta dal legislatore sia più privatistica o più pubblicistica, e se l'intervento del giudice sia arretrato o avanzato rispetto allo spazio riconosciuto all'autonomia negoziale, sovrana nell'individuare il modo migliore di attribuzione delle risorse.

A ben vedere, tuttavia, la vera novità del Codice della crisi non sta tanto nella tutela della continuità aziendale, e nella considerazione che la continuità è strumento capace di aumentare il tasso di recupero dei creditori, sia pure in concomitanza con la tutela degli altri soggetti interessati alla ristrutturazione, dato che l'idea dell'impresa fallibile come fatto sociale, in quanto coinvolgente una pluralità di interessi differenziati ma interdipendenti, era già nel codice civile del



1942<sup>14</sup>. È vero che la coeva legge fallimentare era fedele alla tradizione napoleonica e all'ideologia che nel fallimento ravvisava una sanzione per l'imprenditore che non sa stare sul mercato, ma la considerazione della rilevanza sociale dell'impresa fallibile e dei valori racchiusi nell'impresa intesa in senso oggettivo era emersa già prima del Codice della crisi, con le riforme del 2005 e del 2006, che avevano messo in secondo piano la liquidazione ad ogni costo, riconoscendo che dal valore della continuità aziendale dipendono tutti gli altri, a cominciare dalla soddisfazione dei creditori, passando attraverso la tutela dei posti di lavoro, per finire alla preservazione della stessa imprenditorialità.

La vera intuizione del Codice sta nell'importanza attribuita al fattore "tempo": la tempestività nel cogliere i primi segnali di crisi, e l'importanza delle misure e degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati che, oltre a consentire di rilevare la crisi, debbono servire soprattutto a prevederne tempestivamente l'emersione, sono sottolineate nei principi che aprono il Codice perché il legislatore è consapevole che solo se la reazione alla crisi è rapida, si può dire davvero che la continuità aziendale tuteli l'interesse dei creditori e preservi i posti di lavoro: altrimenti, la prosecuzione dell'attività è solo un modo per bruciare risorse.

Il messaggio del Codice è che le imprese debbono ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce, prevenire l'insolvenza ed evitare la liquidazione finché ci sono spazi di recupero. In questo modo, senza pregiudizio per i creditori, e, anzi, massimizzando il valore totale per questi ultimi rispetto a quanto deriverebbe dalla mera liquidazione degli attivi, si evita la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze, con vantaggio per l'economia nel suo complesso. L'apparente minore centralità dei creditori è compensata dal beneficio collettivo dell'agire dell'impresa definitivamente risanata: una cultura moderna del recupero dell'impresa in crisi passa attraverso la consapevolezza dell'importanza della prevenzione, e della essenzialità del tempo, fondamentale ad evitare il pregiudizio per la tutela dei creditori e di tutte le parti interessate al processo di ristrutturazione.

---

<sup>14</sup> A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, pp. 815 ss., spec. p. 819.

**L'ETERNITÀ DI UN *PROVISORIUM*: APPUNTI SUI LIMITI DELLA  
REVISIONE COSTITUZIONALE A PARTIRE DAL MODELLO DELL'ART. 79,  
COMMA 3, DELLA LEGGE FONDAMENTALE TEDESCA**

EDOARDO CATERINA\*

*L'articolo, partendo da un esame della genesi e del significato della c.d. "clausola d'eternità" della Legge fondamentale tedesca (art. 79, comma 3), espone e discute brevemente, anche in chiave comparativa, alcune problematiche legate al concetto di identità costituzionale.*

*The article, building on a survey of the genesis and meaning of the so-called "eternity clause" of the German Basic Law (Art. 79(3)), briefly sets out and discusses, also in comparative perspective, some issues related to the concept of constitutional identity.*

SOMMARIO: 1. Un apparente paradosso. – 2. Le origini della "clausola di eternità". – 3. Perché la Costituzione italiana non ha una "clausola d'eternità"? – 4. Quanto è schmittiana la "clausola d'eternità"? – 5. Art. 79, comma 3, GG, art. 44, comma 3, B-VG e art. 139 Cost.: diversi spartiti per una stessa musica? – 6. Dall'eternità all'identità. – 7. La "clausola d'eternità" come briglia dell'integrazione europea. – 8. A mo' di conclusione: l'identità costituzionale come problema di diritto intergenerazionale.

1. *Un apparente paradosso.* – La Legge fondamentale tedesca (il *Grundgesetz* – GG) nacque come una carta provvisoria, un *Provisorium*, in un contesto storico, gli anni 1948-1949, in cui ancora molti ritenevano possibile una riunificazione del Paese in tempi brevi. Chiara indicazione ne dava l'ultimo articolo della carta, l'art. 146 («La presente Legge fondamentale cesserà di aver vigore il giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata con libera deliberazione dal popolo tedesco») che alludeva a un futuro momento costituente successivo alla riunificazione<sup>1</sup>. Può quindi sembrare bizzarro che una carta provvisoria ambisse all'eternità. Il riferimento va ovviamente all'art. 79, comma 3, GG, la c.d. "clausola di eternità" (*Ewigkeitsgarantie*): «Non è ammissibile una modifica di questa Legge fondamentale che tocchi la ripartizione della Federazione in *Länder*, la partecipazione fondamentale dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati

---

<sup>1</sup> Ora l'art. 146 GG, modificato *Staatsrecht* nel 1990 dopo la riunificazione, recita: «La presente Legge fondamentale, che in seguito al conseguimento dell'unità e della libertà della Germania è valida per l'intero popolo tedesco, perderà la sua efficacia il giorno in cui entrerà in vigore una Costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione».

\* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Macerata.

negli artt. 1 e 20»<sup>2</sup>. Il paradosso è apparente, perché la c.d. “clausola di eternità” non introduce la pretesa – irrealizzabile – di creare un ordinamento costituzionale perpetuo, ma soltanto uno strumento per evitare che l’ordinamento costituzionale muti determinati suoi connotati *senza alcuna rottura della legalità formale*<sup>3</sup>. La sua funzione non è quindi quella di eternare, ma quella di ammonire indicando chiaramente i limiti, talora sfuggenti, che corrono tra potere costituente e potere costituito. Essa fa parte di quel complessivo disegno costituzionale all’insegna della c.d. “democrazia militante”<sup>4</sup>, con cui si intende sventare la possibilità di “rivoluzioni legalizzate” dell’ordinamento costituzionale fondato sul rispetto delle libertà e della democrazia<sup>5</sup>. Da questo intento originario discende, come verrà approfondito più avanti, l’idea dell’identità costituzionale, e cioè del nucleo essenziale dei valori costituzionali non mutabile neppure con la revisione costituzionale.

2. *Le origini della “clausola di eternità”*. – La Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 non conteneva alcuna clausola analoga all’attuale art. 79, comma 3, GG e la dottrina escludeva che si potessero configurare limiti materiali alla revisione costituzionale<sup>6</sup>. Sulla stessa linea anche la coeva e tuttora vigente costituzione austriaca del 1920 la quale, ispirandosi alla Costituzione svizzera del 1874 (art. 119), prevede due distinti procedimenti per la revisione costituzionale (cfr. art. 44 B-VG): quello di “revisione parziale” (*Teiländerung*) e quello di “revisione totale” (*Gesamtänderung*). Con il procedimento di revisione totale, che si distingue per il fatto che si deve far luogo in ogni caso a un referendum, è possibile, secondo la dottrina più autorevole, mutare addirittura la forma di Stato<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> N.B. l’art. 79, comma 3, GG sottrae a revisione costituzionale soltanto i principi enunciati agli artt. 1 e 20, e non, come talora erroneamente si dice, agli artt. 1-20 (e cioè dall’1 al 20). Tali principi sono: il rispetto della dignità umana, l’assetto federale dello Stato (e cioè la suddivisione in *Länder* e la partecipazione di questi alla legislazione federale), la democrazia, lo Stato di diritto, e lo Stato sociale. In italiano sull’art. 79, comma 3, GG, si legga per tutti: P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, pp. 46 ss.

<sup>3</sup> La formula “clausola di eternità” è quindi imprecisa: K.F. GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung (§ 11)*, in *Das der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, vol. I, a cura di K. Stern, H. Sodan, M. Möstl, München, 2022, II ed., pp. 435 ss. (in part. p. 439), il quale nota che il Tribunale costituzionale federale l’ha impiegata una volta soltanto (BVerfGE 123, 267, 343). Rigetta parimenti la formula *Ewigkeitsgarantie*: H. DREIER, *Art. 79 III*, in *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, a cura di Id., Tübingen, 2015, III ed., Rn. 14.

<sup>4</sup> Sulla connessione tra “clausola d’eternità” e “democrazia militante”: J.W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford, 2012, pp. 1253 ss. (in part. p. 1258); A. GATTI, *La democrazia che si difende*, Padova, 2023, pp. 167 ss.

<sup>5</sup> Invece una clausola costituzionale che vieti *ogni* rivoluzione sarebbe del tutto velleitaria. Il primo a notarcelo fu forse Walter Jellinek: W. JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlin, 1931, p. 15. L’osservazione tornò varie volte nei dibattiti costituenti tedeschi, come si leggerà di seguito.

<sup>6</sup> Era questa l’opinione sostenuta autorevolmente da Gerhard Anschütz: G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, 1933, XIV ed., p. 403, dove si qualifica come “*gegenständlich unbeschränkt*” la potestà di revisione costituzionale di cui all’art. 76 della Costituzione di Weimar.

<sup>7</sup> Questa almeno è l’opinione più tradizionale e maggioritaria. Cfr. L. ADAMOVICH, *Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts*, Wien, 1957, pp. 103 e 111; H. MAYER, *Gibt es ein unabänderliches Verfassungsrecht?*, in *Staat und Recht in Europäischer Perspektive*, a cura di M. Akyürek, G. Baumgartner, D. Jahnel, e. al., Wien, 2006, pp. 473 ss. Oggi, tuttavia, parte della dottrina vuole

Vi erano tuttavia, all'epoca della stesura della Legge fondamentale, anche alcuni precedenti di costituzioni che prevedevano espressamente limiti alla revisione costituzionale: oltre agli esempi, piuttosto noti, della Costituzione norvegese del 1814 e della legge costituzionale francese del 1875<sup>8</sup>, va segnalato il caso, assai meno noto, della Costituzione del *Land* Mecklenburg-Schwerin del 1920. Qui la premessa al capo secondo, dedicato ai diritti fondamentali, affermava che questi rappresentano “la norma e il limite” non solo della legislazione e dell'amministrazione, ma anche della Costituzione («*Sie bilden Richtschnur und Schranke für Verfassung*»). Tale inciso non poté sfuggire all'erudizione di uno studioso come Mirkine-Guetzévitch che vi lesse una certa tendenza del “nuovo” diritto costituzionale<sup>9</sup>; Walter Jellinek la considerava invece solo una “voce del sen fuggita”, frutto della “sconsideratezza” del costituente mecklenburghese<sup>10</sup>.

Veniamo all'art. 79, comma 3, GG. Questa disposizione pare originare innanzitutto nell'art. 108 della bozza di Herrenchiemsee (HChE), il primo progetto di costituzione tedesco che poi sarebbe stato rielaborato dal Consiglio Parlamentare a Bonn. Tale disposizione recitava: «sono inammissibili le proposte di revisioni della Legge Fondamentale con cui verrebbe eliminato l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia». La bozza di Herrenchiemsee, inoltre, all'art. 21, comma 1, disponeva: «I diritti fondamentali non possono essere abrogati. Le iniziative che si propongono tal fine sono inammissibili». Come ho già cercato di dimostrare, fu Hans Nawiasky il principale fautore di questo approccio sul Chiemsee<sup>11</sup>.

I Costituenti di Bonn reagirono inizialmente con scetticismo. Nella diciannovesima seduta dell'*Organisationsausschuss* (3 novembre 1948) si domandarono chi dovesse far valere l'inammissibilità di simili proposte di revisione costituzionale e non avendo trovato una risposta soddisfacente proposero lo stralcio dell'art. 108 HChE, apponendo la seguente motivazione: «la norma della bozza di Herrenchiemsee appare poco realistica, dal momento che eventuali tentativi rivoluzionari non darebbero alle loro finalità la forma di proposte di legge e non viene inoltre determinato chi dovrebbe decidere circa l'inammissibilità di simili proposte»<sup>12</sup>. A metà dicembre il comitato di redazione (*Allgemeiner Redaktionsausschuss*) ripropose la formulazione dell'art. 108 HChE togliendo il riferimento all'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia e sostituendolo con gli articoli 1 e 21 della Legge fondamentale. Merita riportare per

---

rileggere l'art. 44 in modo diverso. Cfr. A. GAMPER, *Die „letzten Dinge“ des Verfassungsrechts: VfSlg 2455/1952*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2021, LXXVI, 1, pp. 41 ss.; M. STELZER, *The Constitution of the Republic of Austria*, London, 2022, pp. 30 s.

<sup>8</sup> Che si trovano puntualmente citati nei commenti all'art. 79, comma 3, GG: cfr. ad. es. K.-E. HAIN, *Art. 79, Abs. 3*, in *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, a cura di P.M. Huber, A. Vosskuhle, München, 2024, Rn. 28.

<sup>9</sup> B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, pp. 108 s.

<sup>10</sup> JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, cit., p. 12.

<sup>11</sup> Sia consentito il rinvio a E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023, pp. 127 ss.

<sup>12</sup> *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. XIII. Ausschuß für Organisation des Bundes / Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege*, München, 2002, p. 716.

esteso l'illustrazione della proposta, che peraltro indica chiaramente quella connessione, cui si è già fatto riferimento sopra, tra "democrazia militante" e "clausola d'eternità"<sup>13</sup>:

«Questa previsione vuole significare che questa Legge fondamentale non può fornire gli strumenti per la propria eliminazione o distruzione; in particolare che un movimento rivoluzionario antidemocratico può utilizzare mezzi democratici in modo apparentemente "legale" per trasformare l'ordinamento costituzionale democratico di base qui normato nel suo opposto. Ciò non può e non deve impedire una rivoluzione. Un movimento rivoluzionario può, se necessario, anche produrre nuovo diritto, ma non è in grado di sostituire una legittimità e una qualità giuridica che gli mancano - ad esempio per mancanza di ogni concezione del diritto - invocando la sua creazione esteriormente "legale".

Inoltre, dalle disposizioni degli articoli 20c e 21a si evince in particolare che l'eliminazione dell'ordine di base democratico e liberale è considerata di per sé incostituzionale e quindi non dovrebbe essere possibile attraverso una "revisione costituzionale". Solo la sostanza fondamentale, cioè i principi stabiliti negli articoli 1 e 21, dovrebbe essere sottratta a qualsiasi revisione costituzionale»<sup>14</sup>.

Fu quindi per primo il Comitato di redazione (composto da Heinrich von Brentano, Thomas Dehler, e Georg August Zinn, rispettivamente appartenenti alla CDU, alla FDP e alla SPD) a individuare la "sostanza fondamentale" della Legge fondamentale, la *Grundsatz* del *Grundgesetz*, nel principio della dignità umana e nella democrazia. La proposta del Comitato di redazione fu tuttavia dapprima respinta nuovamente dall'*Organisationsausschuss*, nella sua seduta dell'11 gennaio 1949, con la consueta motivazione, sostenuta in particolare dal socialdemocratico Katz, che era una previsione inutile per contrastare movimenti rivoluzionari. Il giorno successivo, in sede di *Hauptausschuss*, il comitato di coordinamento, fu Dehler a difendere la versione del Comitato di redazione riproponendola come emendamento «per costruire una barriera, non già nella convinzione che essa serva a evitare una rivoluzione, ma con la volontà di togliere alla rivoluzione la maschera della legalità»<sup>15</sup>. Katz insistette quasi motteggiando

---

<sup>13</sup> Nell'originale: «Diese Bestimmung soll zum Ausdruck bringen, daß dieses Grundgesetz nicht die Hand bieten darf zu seiner eigenen Totalbeseitigung oder - vernichtung, insbesondere dazu, daß ggf. eine revolutionäre antidemokratische Bewegung mit demokratischen Mitteln auf scheinbar „legalem“ Wege die hier normierte demokratisch rechtsstaatliche Grundordnung ins Gegenteil verkehrt. Eine Revolution kann und soll dadurch nicht verhindert werden. Eine revolutionäre Bewegung kann ggf. auch ein neues Recht schaffen, aber sie soll nicht instande sein, eine ihr selbst fehlende Legitimität und Rechtsqualität - z. B. infolge Mangels jedes Rechtsgedankens - zu ersetzen durch Berufung auf ihr äußerlich „legales“ Zustandekommen.

*Im übrigen ergibt sich insbesondere aus den Bestimmungen der Artikel 20c und 21a, daß eine Beseitigung der demokratischen und freiheitlichen Grundordnung schlechthin als verfassungswidrig angesehen wird, also auch nicht im Wege einer „Verfassungsänderung“ möglich sein soll. Jeder Verfassungsänderung soll nur die Grundsatz entzogen sein, d. h. die in den Artikeln 1 und 21 niedergelegten Grundsätze».*

<sup>14</sup> *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle - Bd. VII. Entwürfe zum Grundgesetz*, München, 1995, p. 172.

<sup>15</sup> *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle - Bd. XIV. Hauptausschuss*, München, 2009, p. 118.

Dehler: «nessuno si asterrà dal fare un colpo di Stato dopo aver sentito di questo articolo 108»<sup>16</sup>. Carlo Schmid si oppose tuttavia al compagno di partito osservando che vi era una notevole differenza tra il costringere i rivoluzionari a muoversi in modo scoperto oppure consentire loro di muoversi protetti da una pseudolegalità. Il comitato approvò a larga maggioranza la proposta di Dehler (18 favorevoli, 1 contrario, 2 astenuti). Da questo punto in poi dei lavori costituenti la formulazione rimase ferma e non vi furono ulteriori significative discussioni; si deve solo segnalare l'aggiunta alla *Ewigkeitsgarantie* (avvenuta sempre in sede di *Hauptausschuss* il 5 maggio 1949) della suddivisione della Federazione in *Länder* e la partecipazione di questi alla legislazione, e lo spostamento della disposizione dall'art. 108 all'art. 79, comma 3.

Dai lavori costituenti si può quindi concludere che in Germania l'art. 79, comma 3, GG era stato ideato soprattutto con riferimento all'ipotesi della soppressione de "l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia", in un'ottica di "democrazia militante" (o protetta, come si dice anche in Italia). Di questo si discusse pressoché esclusivamente al *Parlamentarischer Rat*. L'ovvia preoccupazione era data dal possibile ripetersi degli *Ermächtigungsgesetze* con cui Hitler aveva posto fine alla Repubblica di Weimar dietro la parvenza di legalità data dalla formale revisione costituzionale. Altra preoccupazione ben presente davanti agli occhi dei costituenti di Bonn, e forse oggi meno ovvia, era costituita dal pericolo di un colpo di Stato comunista (successivamente alla riunificazione con la parte orientale). I costituenti erano consapevoli che non bastava mettere un articolo nella nuova Legge fondamentale per sventare il pericolo, ma volevano che, eventualmente, ciò non avvenisse "dietro la maschera della legalità".

3. *Perché la Costituzione italiana non ha una "clausola d'eternità"?* – L'idea di una "clausola d'eternità" era balenata pure nei lavori costituenti italiani<sup>17</sup>, ma si trattò di apparizioni fugaci, ben lontane dalla solidità teorica con cui venivano formulate in Germania. È significativo, ad esempio, notare che in Italia Mortati, ponendosi nel 1945 proprio la questione dei limiti alla revisione costituzionale con riferimento ai diritti fondamentali, escludeva che tali limiti potessero essere posti, se non al costo di un "governo dei giudici"<sup>18</sup> (e forse Mortati non sbagliava). Sul punto in Assemblea Costituente si ebbe la vicenda dell'emendamento Benvenuti-Laconi. Già nella discussione generale, Lodovico Benvenuti, ispirandosi a Calamandrei, aveva espresso il parere che i diritti fondamentali dovessero essere sottratti alla revisione costituzionale. Successivamente, il 3 dicembre del 1947 propose un emendamento<sup>19</sup> volto a introdurre un art. 130-*bis* del seguente tenore:

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Su cui v. *amplius* F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, pp. 204 ss.

<sup>18</sup> C. MORTATI, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945, pp. 212 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Assemblea Costituente, *Discussioni*, [Roma, s.e., 1947], pp. 2769 ss.

«Le disposizioni della presente Costituzione che riconoscono o garantiscono diritti di libertà, rappresentando l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie».

Benvenuti motivava la proposta da un lato secondo l'ottica giusnaturalistica della anteriorità dei diritti fondamentali allo Stato, dall'altro riprendendo la considerazione di Calamandrei per la quale i diritti fondamentali vanno intesi non come limite alla sovranità popolare, «ma come il presupposto necessario al suo esercizio». L'emendamento Benvenuti trovò la contrarietà di Moro e, nonostante l'appoggio di Laconi e dei comunisti (che lo riproposero con l'aggiunta «diritti di libertà e del lavoro»), fu rigettato. Nell'intervento di Moro si tocca con mano la differenza tra l'approccio tedesco e quello italiano. Moro fa intendere che la norma sarebbe stata in primo luogo inutile in quanto aggirabile con una doppia revisione, in secondo luogo addirittura pericolosa «perché diventa ostacolo a quelle riforme di dettaglio che attengono a quel tanto di storico e di mutevole che è in questi diritti assoluti»<sup>20</sup>.

Quanto all'art. 139 Cost., che forse potrebbe essere qualificato come la nostra “clausola d'eternità”, esso fu indubbiamente concepito da alcuni Costituenti come norma prefigurante una «terza categoria di leggi [...] che non si potranno giuridicamente modificare nemmeno attraverso i metodi più complicati che la Costituzione stessa stabilisce per la revisione» (così Calamandrei il 4 marzo 1947)<sup>21</sup>, ma, come vedremo anche nel prosieguo, l'opinione prevalente alla fine fu, nel solco della vicenda dell'emendamento Benvenuti, che esso non prefigurasse in realtà un limite insuperabile alla revisione costituzionale perfino della forma di Stato.

4. *Quanto è schmittiana la “clausola d'eternità”?* – Già come ben desumibile dall'esempio della Costituzione austriaca, la concezione dei limiti alla revisione costituzionale è del tutto estranea alla prospettiva kelseniana. Del resto, secondo Kelsen il tema dell'identità dello Stato e della successione di diversi regimi politici è un tema squisitamente di diritto internazionale, non già di diritto costituzionale<sup>22</sup>. Di converso, sono non pochi gli elementi che avvicinano la concezione della “clausola di eternità” al pensiero di Carl Schmitt<sup>23</sup>, e in

---

<sup>20</sup> Ivi, pp. 2770 s.

<sup>21</sup> Ivi, p. 1754. Per una rassegna alle numerose, feroci, critiche emerse a questa tesi alla Costituente: G. VOLPE, *Art. 139*, in *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, p. 732.

<sup>22</sup> Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963, pp. 224 s.; nel corso di questa ponderosa opera l'A. si sofferma solo in un breve passaggio a considerare la possibilità di limiti alla revisione costituzionale (lo fa menzionando l'art. 8 della Costituzione francese del 1875; cfr. p. 264).

<sup>23</sup> Anche qui mi sia consentito di riprendere alcune riflessioni sviluppate in CATERINA, *Personalismo vivente*, cit., pp. 204 ss.

particolare alle tesi del celebre volume *Legalità e legittimità* (1932)<sup>24</sup>, dove viene sviluppata la distinzione tra costituzione e leggi costituzionali già contenuta nella *Dottrina della Costituzione* (1928)<sup>25</sup>.

A Herrenchiemsee Nawiasy parlò ripetutamente della necessità di evitare una “democrazia intesa come suicidio” (*Demokratie als Selbstmord*). Schmid sottolineava invece lo strabismo della Costituzione di Weimar che da un lato proclamava solennemente i diritti fondamentali e dall’altro ne sanciva la modificabilità con la maggioranza dei due terzi. Si tratta appunto di due posizioni schmittiane, che si ritrovano sia nella *Verfassungslehre*, sia, soprattutto, in *Legalität und Legitimität*. Qui Schmitt usa proprio la locuzione “*Neutralität bis zum Selbstmord*”<sup>26</sup> per polemizzare contro le concezioni giuspositivistiche e la “neutralità valoriale” della Costituzione di Weimar e mette in evidenza la contraddizione tra la parte sui diritti fondamentali “inviolabili” e la assenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale<sup>27</sup>. Non si può mettere in dubbio che Schmitt sia stato «il primo giuspubblicista di lingua tedesca che abbia fornito una elaborazione teorica della tesi per cui anche il legislatore costituzionale incontra determinati limiti»<sup>28</sup>.

Data questa consonanza teorica, la risposta all’interrogativo circa il ruolo di Schmitt rimane ardua.

Nawiasy faceva sicuramente parte di una cerchia ostile a Schmitt. L’opera schmittiana d’altro canto era celebre e letta tra i cultori del diritto pubblico dell’epoca. Contrariamente a quanto è stato detto<sup>29</sup>, Schmitt fu anche citato espressamente nei lavori dei *Parlamentarischer Rat*; anche se ciò avvenne in modo polemico<sup>30</sup>, la circostanza mette in luce come le sue tesi fossero ben note ai costituenti di Bonn. In questa sede è possibile solo fare notare due elementi. Il primo è che, come chiarissimo dalle parole di Süsterhenn, i costituenti tedeschi volevano rompere non tanto e non solo con il passato totalitario, ma anche con la tradizione del positivismo giuridico. L’idea di una costituzione ancorata nel diritto di natura non può che postulare la presenza di contenuti indisponibili a

<sup>24</sup> La questione è già stata posta ed è assai controversa. Cfr. per tutti: V. NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, 2015, pp. 116 ss. Neumann conclude che la dottrina di Schmitt sia stata il presupposto teorico fondamentale dell’art. 79 III GG.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, pp. 18 ss.

<sup>26</sup> ID., *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932, p. 50. In italiano: C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018, p. 81.

<sup>27</sup> A questa polemica è dedicato in sostanza tutto il secondo capitolo dell’opera, *I tre legislatori straordinari della Costituzione di Weimar*.

<sup>28</sup> Così NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, cit., p. 117.

<sup>29</sup> Come, ad esempio, da Neumann (cfr. *ibidem*).

<sup>30</sup> Lo menziona Süsterhenn nel suo intervento al *Plenum* dell’8 settembre 1948 (cfr. *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. IX. Plenum*, München, 1996, p. 67). Süsterhenn parla della necessità di una giustizia costituzionale e dice di non temere quel rischio di una “giustizia politica” denunciato da Schmitt nel suo celebre *Custode della Costituzione*. Non senza ironia Süsterhenn si riferisce a Schmitt chiamandolo «l’omonimo con due ‘t’ del collega Carlo Schmid». L’idea di affidare al *Bundesverfassungsgericht* il ruolo di “custode della Costituzione” è contenuta anche nella relazione finale del *Verfassungskonvent* di Herrenchiemsee: cfr. *Der Parlamentarische Rat : 1948 - 1949 ; Akten und Protokolle – Bd. II. Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, München, 1981, p. 554.



qualsivoglia legislatore o istituzione umana – e non c'è bisogno di richiamarsi a Schmitt per questo. Pur rimanendo al di fuori dell'ottica giusnaturalistica, il problema era in qualche modo auto-evidente all'occhio del giurista: anche in Italia era stato posto alla Costituente. Il primo a segnalarlo fu Calamandrei durante la discussione del progetto dei 75, il 4 marzo 1947<sup>31</sup>, né si può credere che Calamandrei si fosse ispirato a Schmitt! In secondo luogo, Schmitt polemizzava sì con la contraddittorietà della Costituzione di Weimar, ma era una polemica del tutto fuori fuoco dal punto di vista del successivo costituzionalismo del dopoguerra<sup>32</sup>. Schmitt non espresse mai la posizione per cui il catalogo di diritti fondamentali di Weimar dovesse essere sottratto alla revisione costituzionale o che esso rappresentasse un limite sostanziale per il legislatore costituzionale<sup>33</sup>. Schmitt, se mai, fece sue le posizioni della “democrazia militante” giustificando la legittimità di provvedimenti avverso partiti “anticostituzionali”<sup>34</sup>. Per non parlare poi delle posizioni di Schmitt in materia di giustizia costituzionale, che trovano nel disegno del *Grundgesetz* il loro opposto speculare.

5. *Art. 79, comma 3, GG, art. 44, comma 3, B-VG e art. 139 Cost.: diversi spartiti per una stessa musica?* – Resta da mettere meglio in luce quale sia il significato pratico di una “clausola di eternità”. Essa, come visto, non serve veramente a eternare alcunché, né riuscirà da sola a evitare che in un qualche futuro i principi cui si riferisce possano perdere di normatività<sup>35</sup>. Né serve a chiarire che esiste un nucleo di “principi supremi”, dato che esso può essere pure desunto in via interpretativa in assenza di un'apposita clausola. Primo significato pratico della “clausola di eternità” pare quello di consentire all'organo di giustizia costituzionale di scrutinare la legittimità costituzionale di leggi costituzionali e di revisione costituzionale. È questa l'applicazione concreta (sebbene limitata a pochissimi casi) che si è avuta delle “clausole di eternità”. In questo, due norme costituzionali tanto diverse, se non apparentemente speculari, come l'art. 44, comma 3, della Costituzione austriaca e l'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca, producono in realtà effetti simili. Difatti, la Corte costituzionale austriaca ha da tempo affermato che una legge costituzionale “ordinaria” contraria ai principi supremi (in Austria noti come *Bauprinzipien*) risulta costituzionalmente illegittima in quanto non approvata con l'apposito procedimento previsto per la *Gesamtänderung*<sup>36</sup>. Si potrebbe obiettare allora che una “clausola di eternità” si distingue per il fatto di individuare in modo puntuale i principi supremi sottratti a revisione costituzionale. Senonché, come notato dalla dottrina più attenta, i contorni dei principi individuati dall'art. 79, comma 3, GG sono tutt'altro che netti ed è in ultima analisi l'opera interpretativa del Tribunale

---

<sup>31</sup> Cfr. Assemblea Costituente, *Discussioni*, cit., p. 1754.

<sup>32</sup> In questo senso anche: GÄRDITZ, *Verfassungsidetität und Schutz der Verfassung*, cit., pp. 436 ss.

<sup>33</sup> Così anche DREIER, *Art. 79 III*, cit., Rn. 3. *Contra*: NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, cit., p. 117.

<sup>34</sup> Sull'idea tedesca di democrazia militante e le sue origini concettuali: GATTI, *La democrazia che si difende*, cit., pp. 104 ss.

<sup>35</sup> Si legga, con i relativi riferimenti: HAIN, *Art. 79, Abs. 3*, cit., Rn. 33 s. (p. 2554).

<sup>36</sup> Cfr. A. GAMPER, *Das Argument der letzten Instanz*, Wien, 2023, pp. 173 ss.

costituzionale a risultare decisiva<sup>37</sup>. Lo stesso risultato pratico lo abbiamo nell'ordinamento italiano, in cui la "clausola di eternità" c'è e riguarda esclusivamente la forma repubblicana, e in cui tuttavia i limiti alla revisione costituzionale postulati da giurisprudenza e dottrina sono assai più ampi<sup>38</sup>. D'altra parte, Mortati notava che assume un rilievo secondario se il limite alla revisione costituzionale sia espressamente formulato o solo implicitamente deducibile dall'insieme delle norme costituzionali<sup>39</sup> e sminuiva la differenza tra costituzioni che prevedono un procedimento di "revisione totale" e quelle che invece non lo prevedono<sup>40</sup>. Dovrebbe quindi far riflettere che tre ordinamenti costituzionali in cui sono state adottate soluzioni teoriche del tutto diverse tra di loro (uno, quello tedesco, con "clausola di eternità"; uno, quello italiano, senza "clausola di eternità"<sup>41</sup>, e uno, quello austriaco, con una "anti-clausola di eternità") sono giunti a soluzioni pratiche in sostanza affini.

6. *Dall'eternità all'identità*. – Se il significato pratico dell'art. 79, comma 3, GG può risultare dunque sfuggente, il significato simbolico è invece innegabile. La "clausola di eternità" costituisce indubbiamente la proclamazione dei più solenni valori costituzionali, il cui rispetto sta alla base dello stesso patto sociale che regge l'ordinamento. Essa costituisce il *credo dello Stato* (ma non il *credo di Stato*, anche se, grazie alla *Drittwirkung*, i valori possono irradiarsi anche ai rapporti tra privati), ciò che ormai ha preso il nome più laico di "identità costituzionale"<sup>42</sup>. Ciò in quanto, come affermato dal Tribunale costituzionale nel celebre *Lissabon-Urteil*, «la costituzione dei tedeschi possiede [...] un fondamento universale che non può essere mutato dal diritto positivo» (BVerfGE 123, 267, 344). E così come la religione, anche la costituzione ha i suoi dogmi e perfino i suoi misteri trinitari. I valori costituzionali "dogmatici" racchiusi nella formula «ordinamento fondamentale di libertà e democrazia» (*freiheitliche und demokratische Grundordnung* – cfr. Art. 21, comma 2, GG) sono stati intesi come sotto-insieme degli oggetti contenuti nella "clausola di eternità" e compendati dal Tribunale costituzionale federale in tre super-principi: dignità umana, democrazia e Stato di diritto<sup>43</sup>. Da questo punto di vista appare forse un po' enfatica la

<sup>37</sup> Cfr. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., pp. 46 ss.

<sup>38</sup> Data l'ampiezza del tema si rinvia, per una panoramica completa e ragionata, a FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., *passim*.

<sup>39</sup> C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, p. 17.

<sup>40</sup> ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1967, p. 974 (si fa riferimento all'art. 119 della Costituzione svizzera).

<sup>41</sup> O forse con una "clausola di eternità" minimale (art. 139 Cost.).

<sup>42</sup> A tal proposito parla appunto (in modo critico) di una "sacralizzazione costituzionale" (*Verfassungssakralisierung*): H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München, 2009, pp. 98 ss.; sull'ampio tema dell'identità costituzionale si rinvia per tutti all'estesa trattazione fatta di recente in lingua tedesca da Klaus Ferdinand Gärditz: GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., *passim*; in italiano si fa invece rinvio a P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3, pp. 197 ss. (in part. pp. 200 ss.).

<sup>43</sup> Si legga la sentenza NPD del 2017: BVerfGE 144, 20. Il Tribunale chiarisce che la *freiheitliche und demokratische Grundordnung* è cosa distinta dai limiti materiali alla revisione costituzionale, ma nella

conclusione di quanti vedono nell'art. 79, comma 3, GG una «vittoria del positivismo moderno»<sup>44</sup>. Certo, i limiti materiali alla revisione costituzionale sono sottratti da quell'aura di mistica ineffabilità in cui Schmitt involgeva il concetto di “costituzione”, ma le linee di confine sono molto sfumate e in ultima analisi rimesse all'interpretazione dei giudici costituzionali<sup>45</sup> (e qui le parole di Mortati del 1945 si rivelano oggi fatidiche), cosicché ciò che è stato cacciato dalla porta, torna dalla finestra. Si pensi solo all'indefinitezza del concetto di “dignità umana”<sup>46</sup>, che può potenzialmente prestarsi, a seconda di come viene inteso, ai più svariati e confliggenti argomenti sulle questioni eticamente sensibili. Ma anche il principio democratico, in apparenza di più facile definizione, può essere declinato in modo più o meno ampio. Un esempio può essere a tal proposito illuminante. Nella già citata sentenza NPD del 2017 il Tribunale costituzionale aveva chiarito che parte irrinunciabile del principio democratico è rappresentata dalla posizione paritaria con cui tutti i cittadini possono partecipare al processo politico (Rn. 543)<sup>47</sup>. Sette anni dopo, il Tribunale si è dovuto pronunciare sull'esclusione dal finanziamento pubblico dello stesso partito che aveva già rifiutato di sciogliere<sup>48</sup>, stavolta sulla base di una revisione costituzionale approvata nel 2017 che istituiva un apposito procedimento per l'esclusione dei partiti dal finanziamento pubblico. Questa sentenza costituisce uno dei rari casi in cui l'art. 79, comma 3, GG è stato impiegato come parametro di legittimità costituzionale (finora l'esempio principale era costituito dal celebre *Abhörurteil* del 1970<sup>49</sup>). Quel che qui interessa è che il Tribunale, scrutinata la legittimità costituzionale della legge di revisione costituzionale alla luce dei “principi supremi” contenuti nella c.d. “clausola di eternità”, ha rilevato che essa non contrastava con il principio democratico, nonostante l'evidente pregiudizio del principio delle pari opportunità dei partiti. L'*escamotage* usato dal Tribunale per evitare di contraddirsi è l'argomento per il quale il principio democratico include sì il principio delle pari opportunità per i partiti politici, ma soltanto con riferimento ai partiti che riconoscono e rispettano i principi democratici fondamentali.

Da queste poche battute si può intuire come quello dell'identità costituzionale sia un terreno assai sdruciolevole. Richiamandosi all'identità

---

sua argomentazione (cfr. Rn. 537) dà a intendere che i contenuti dell'ordinamento fondamentale siano un sottoinsieme di quelli dell'art. 79, comma 3. Su ciò sia consentito il rinvio a: E. CATERINA, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, XX, 1, pp. 239 ss.

<sup>44</sup> Così GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 437.

<sup>45</sup> In questo senso si legga FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., p. 50.

<sup>46</sup> Su cui: M. BALDUS, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, Berlin, 2016.

<sup>47</sup> Il principio delle pari opportunità dei partiti politici è stato inoltre riconosciuto come parte integrante de «l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia» nella sentenza SRP del 1952 (BVerfGE 2, 1, 13).

<sup>48</sup> BVerfG, *Urteil des Zweiten Senats vom 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19 -*, Rn. 1-510.

<sup>49</sup> BVerfGE 30, 1; su cui in italiano: FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 48 ss. Altre note pronunce in cui l'art. 79, comma 3, è stato impiegato come parametro sono il *Bodenreformurteil* del 1991 (BVerfGE 84, 90) e la sentenza del 3 marzo 2004 (BVerfGE 109, 279 - *Großer Lauschangriff*).

costituzionale si vuole evitare la rivoluzione legalizzata, senza tuttavia precludere il mutamento costituzionale. Eppure, ogni rivoluzione mira a un mutamento costituzionale<sup>50</sup> e ogni mutamento costituzionale è una rivoluzione in piccolo. L'identità deve rimanere, o la costituzione non è più; lo Stato può invece rimanere, e il suo destino è disgiunto da quello della sua costituzione.

7. *La “clausola d’eternità” come briglia dell’integrazione europea.* – Questa idea dell’identità costituzionale ha varcato i confini della Germania e si è estesa allo spazio costituzionale europeo, e non solo nel senso che altre corti costituzionali (come la nostra) ne hanno tratto ispirazione. Come noto, il Tribunale costituzionale federale, facendo leva sull’art. 79, comma 3, GG ha posto precisi limiti all’integrazione europea. Difatti, la stragrande maggioranza di pronunce costituzionali tedesche in cui è venuto in rilievo il contenuto dell’art. 79, comma 3, GG avevano ad oggetto disposizioni dell’ordinamento della UE. Al 2022, secondo il conto fatto da Klaus Ferdinand Gärditz<sup>51</sup>, il Tribunale costituzionale si era cimentato con la “clausola d’eternità” in 31 decisioni; di queste ben 25 erano successive al Trattato di Maastricht e 18 si riferivano all’ordinamento europeo. L’identità costituzionale non può infatti venire meno neppure ad opera del legislatore europeo e il Tribunale costituzionale, con la sentenza sul Trattato di Lisbona (BVerfGE 123, 267) si è arrogato il compito di svolgere l’*Identitätskontrolle*: «il *Bundesverfassungsgericht* controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell’identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell’art. 23 comma 1 per. 3 in combinazione con art. 79 comma 3 Legge fondamentale»<sup>52</sup>. Con questa stessa sentenza il Tribunale costituzionale ha tra l’altro escluso che sia compatibile con l’art. 79, comma 3, GG la trasformazione della Repubblica federale in uno Stato federato membro di una federazione europea (BVerfGE 123, 267, 347 s.)<sup>53</sup>. Anche il controllo *ultra vires*, parimenti rivendicato dal Tribunale costituzionale, si fonda sull’art. 79, comma 3, GG<sup>54</sup>. Così, la “clausola d’eternità” ha assunto una nuova funzione pratica: quella di imbrigliare l’integrazione

<sup>50</sup> Così G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin, 1906, p. 3.

<sup>51</sup> GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 450 (nel conto sono solo incluse le decisioni dei Senati).

<sup>52</sup> Dal *Leitsatz* n. 4 della sentenza, nella traduzione fatta da J. Luther per il Servizio Studi della Corte costituzionale (online al seguente link: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Traduzione\\_senenza.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_senenza.pdf), data ultima consultazione 19.02.2025)

<sup>53</sup> Si legga in particolare il Rn. 228: «L’integrazione presuppone una volontà di gestione comune e l’accettazione di una formazione autonoma della volontà nella comunità. L’integrazione in una comunità della libertà, tuttavia, non pretende né una subordinazione sottratta ai limiti e al controllo del diritto costituzionale, né una rinuncia alla propria identità. La Legge fondamentale non autorizza gli organi attivi della Germania a rinunciare al diritto di autodeterminazione del popolo tedesco nella forma della sovranità internazionale della Germania, entrando in uno stato federale. Questo passo, implicando il trasferimento della sovranità a un nuovo soggetto di legittimazione, è riservato esclusivamente a una dichiarazione immediata di volontà del popolo tedesco» (traduzione di J. Luther).

<sup>54</sup> Cfr. ad. es. BVerfGE 123, 267, 349 ss.

europea contenendola nei limiti tracciati dai principi supremi della costituzione nazionale (sull'assunto che gli Stati membri rimangono "signori dei trattati").

8. *A mo' di conclusione: l'identità costituzionale come problema di diritto intergenerazionale.* – Se l'art. 79, comma 3, GG riguarda non tanto l'eternità, quanto l'identità costituzionale, dobbiamo allora concludere che esso non dovrebbe in realtà trovare posto nel fascicolo di una rivista dedicato al fattore temporale? Non è così: il tempo è estremamente rilevante in un discorso sull'art. 79, comma 3, GG. Non già nel senso, come sopra chiarito, che la c.d. *Ewigkeitsgarantie* affermi assurde pretese di a-temporalità normativa, ma in un'ottica diversa. Il divieto di revisione costituzionale rappresenterebbe, in un certo qual modo, il dominio legale di una generazione di defunti su quella dei viventi<sup>55</sup>. Nella *constitutional theory* americana si parla a tal proposito del "problema della mano morta" (*dead hand problem*)<sup>56</sup> e si richiama il famoso passaggio di una lettera di Jefferson a Madison: «*I set out on this ground, which I suppose to be self-evident, 'that the earth belongs in usufruct to the living': that the dead have neither powers nor rights over it. [...] On similar ground it may be proved, that no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation*»<sup>57</sup>. Analoghe tesi si ritrovano, come noto, in Thomas Paine («La vana presunzione di governare dalla tomba è la più ridicola e oltraggiosa di tutte le tirannidi»)<sup>58</sup>, in Condorcet<sup>59</sup> e in Gian Domenico Romagnosi<sup>60</sup>. Quello dell'identità costituzionale diventa quindi, in prospettiva temporale, un problema di democrazia intergenerazionale<sup>61</sup>, in quanto la c.d. "clausola di eternità" limita l'autodeterminazione dei viventi ed esclude la "reversibilità democratica"<sup>62</sup> delle scelte costituzionali più importanti. È quindi, secondo questo modo di vedere, il passato che domina sul presente e, se vogliamo, lo tiene in ostaggio. Nella trama del costituzionalismo contemporaneo, e in particolare di quello tedesco, spunterebbe allora il filo di un principio molto arcaico e che oggi tutti noi respingiamo con forza, quello per cui le colpe dei padri (in Germania: orrori del nazionalsocialismo) ricadono sui figli (*sub specie*

<sup>55</sup> Tale posizione è stata sostenuta in Germania, con riferimento all'art. 79, comma 3, GG, da C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1972, pp. 108 ss.

<sup>56</sup> Cfr. ad es. J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA)-London, 1980, pp. 11 s.

<sup>57</sup> T. JEFFERSON, *Lettera a James Madison del 6 settembre 1789*, in *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XV, a cura di J. P. Boyd, Princeton, 1958, p. 392.

<sup>58</sup> T. PAINE, *I diritti dell'uomo*, Roma, 1978, p. 121.

<sup>59</sup> Cfr. G. MAGRIN, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano, 2001, pp. 110 ss.

<sup>60</sup> Cfr. G. ROMAGNOSI, *La scienza delle costituzioni*, Firenze, 1850, p. 600 («Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cangiare la sua costituzione. [...] Niuna generazione può assoggettare alle sue leggi le generazioni future. Tutte le leggi di diritto o di ordine pubblico, e tutte quelle che versano sopra oggetti che passano da una ad altra generazione sono rivocabili dalla generazione vivente»).

<sup>61</sup> Parla di un problema di "legittimazione intertemporale": GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 447.

<sup>62</sup> Su questo concetto, molto amato dalla dottrina tedesca, si legga il ponderoso volume di J. HOHNERLEIN, *Recht und demokratische Revisibilität*, Tübingen, 2020.

impossibilità di autodeterminarsi in relazione ad alcuni principi costituzionali supremi), secondo il detto veterotestamentario «I nostri padri peccarono e non sono più, noi portiamo la pena delle loro iniquità»<sup>63</sup>.

In questa sede tale dilemma, su cui sono stati sparsi fiumi di inchiostro, può essere solo posto e non certo risolto<sup>64</sup>. È però interessante notare come la questione assuma, nel particolare contesto italiano, tratti del tutto singolari. I nostri Costituenti, discutendo di quello che sarebbe divenuto l'art. 139 Cost., si posero espressamente il problema della democraticità della “pietrificazione costituzionale” della forma repubblicana e la conclusione a cui pervennero, e cioè che la forma repubblicana sarebbe comunque mutabile con una doppia revisione, è oggi per noi inaccettabile<sup>65</sup>. Non sono dunque le generazioni passate a vincolarci, ma lo facciamo noi stessi dando un'interpretazione della Costituzione che i Costituenti avevano escluso.

---

<sup>63</sup> *Lamentazioni* (5,7).

<sup>64</sup> Fonda molto acutamente il valore dell'identità costituzionale nell'esigenza di una “autopreservazione minimale della democrazia” GÄRDITZ, *Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung*, cit., p. 448.

<sup>65</sup> Su questo si legga per tutti: VOLPE, *Art. 139*, cit., pp. 729 ss. La posizione di Calamandrei fu invece diversa (cfr. *ivi*, 732), come anche già ricordato sopra, ma quella di Calamandrei era una voce del tutto isolata e minoritaria. Si noti che l'idea di una doppia revisione per modificare la forma repubblicana avvicina la nostra costituzione all'impostazione austriaca.

## IL SENSO DELLA STORIA, I TEMPI DEL DIRITTO

Nota su diritto e tempo nella riflessione programmatica di Friedrich Carl von Savigny

PAOLO CORONA\*

*Tramite una sintetica ricognizione di alcune teorie fondamentali della Scuola storica del diritto, il saggio intende offrire spunti sul tema del rapporto tra diritto e tempo, cogliendolo in un momento decisivo per lo sviluppo dello storicismo giuridico contemporaneo. Il progetto inaugurato da Savigny negli scritti programmatici degli anni Dieci dell'Ottocento, attorno al quale si raccolgono i lavori della Scuola, vede infatti nel continuo fluire della storia la dimensione naturale del fenomeno giuridico e la legittimazione delle sue manifestazioni positive; ma secondo quali caratteri e modalità? La tensione ideale fra le nature 'storica' e 'sistemica' del diritto, suggerita da Savigny, e la 'stilizzazione' delle epoche storiche funzionale a leggere le 'vocazioni' del presente costituiscono tratti salienti di teorizzazioni destinate a influenzare in maniera profonda e duratura la scienza giuridica.*

*Through a synthetical survey of the fundamental theories developed by the Historical School of Law, the essay aims at offering some cues on the relationship between law and time, observing it in a crucial moment for the definition of contemporary legal historicism. F.C. von Savigny, in his early-nineteenth century writings, launched a successful scientific project involving the flow of history as the natural dimension of the legal phenomenon along with its positive expressions; but according to what characters and modes? The ideal balance, which he suggested, between the 'historical' and 'systematic' natures of law, and the 'stylization' of historical eras, aimed at reading the 'vocations' of the present times, represent some of the main features of critical ideas which were to deeply and lastingly influence legal sciences.*

SOMMARIO: 1. «Divenire» e senso della storia. – 2. I tempi del diritto. – 3. Cenni conclusivi.

1. «Divenire» e senso della storia. – «Questa dunque è la questione generale: in quale rapporto sta il passato con il presente, o il divenire con l'essere?»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «Dieses also ist die allgemeine Frage: in welchem Verhältniß steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Seyn?»: F.C. VON SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, I, p. 2. Un'ottima versione in italiano dell'articolo è leggibile in

\* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Firenze.

Con queste parole, Friedrich Carl von Savigny<sup>2</sup> varava nel 1815 la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (*Rivista per la scienza del diritto storica*), destinata a farsi organo ufficiale della neonata Scuola storica del diritto<sup>3</sup>. Proprio

---

appendice a A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica fra storia e sistema*, Napoli, 1974, pp. 96-103.

<sup>2</sup> La letteratura direttamente o parzialmente dedicata alla figura e all'opera di Savigny (1779-1861), docente a Marburg (1801-08), Landshut (1808-10) e Berlino (1810-42), Ministro per la riforma legislativa del Regno di Prussia (1842-48) e Membro del Consiglio di Stato (1847-48), annoverato fra i massimi e più influenti giuristi di tutti i tempi, è davvero sconfinata; se ne offrono di séguito alcune indicazioni introduttive. Tra la produzione in lingua italiana (che nei riferimenti offerti nel presente articolo si è scelto di privilegiare), punti di riferimento utili a un primo approccio sono rappresentati dai lavori di G. MARINI, in particolare *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978 (per un inquadramento generale) e MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit. (per una introduzione al metodo storico-sistematico savigniano). Nell'ampilissimo panorama in lingua tedesca può fungere da agile orientamento il recente B. LAHUSEN, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, Weilerswist-Metternich, 2020; per notizie biografiche più specifiche si rimanda invece ai molto risalenti E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III Abt., II Halbbd., Text, Berlin, 1810, pp. 186-199 e A. STOLL, *Friedrich Carl von Savigny. Ein bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, 3 Bde., Berlin, 1927, 1929, 1939. Negli ultimi trent'anni si è distinta la prestigiosa collana di volumi *Savignyana*, di carattere precipuamente tecnico, diretta da Joachim Rückert e sostenuta dal Max-Planck-Institut für Europäischen Rechtsgeschichte, dalla quale si segnala J. RÜCKERT, *Savigny-Studien*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2011. Una collezione di prospettive di altissimo livello sull'opera di Savigny, che in qualche modo ricapitola la stagione di grande fioritura degli studi savigniani avutasi tra gli anni Cinquanta e Settanta del Novecento (cfr. anche *infra*, n. 34), è rappresentata dagli atti del partecipatissimo *Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny* tenutosi a Firenze nell'ottobre 1980, pubblicati in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1980, IX.

<sup>3</sup> La Scuola storica tedesca, raccolta attorno al progetto savigniano di rifondazione della scienza giuridica a partire dagli anni Dieci dell'Ottocento, operò per lo più nella prima metà del secolo, lasciando poi campo alla Pandettistica che pure da essa prese le mosse. Affondando le radici nel clima particolarmente fertile dello storicismo germanico di fine Settecento (prestigiosa tradizione di rigore accademico, che univa slanci ideali e patriottici a orizzonti di apertura internazionale e universalistica: per un'ampia panoramica si veda C. BEISER, *The German Historicist Tradition*, Oxford, 2011; più specificamente invece i classici L. MARINO, *I maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975, e *Scienza dello Stato e metodo storiografico nella Scuola storica di Göttinga*, a cura di G. Valera, Napoli, 1980), e favorita dalla sinergia con fenomeni culturalmente pervasivi in quegli anni (come Classicismo e Romanticismo), che riusciva a inglobare convincentemente nella propria fisionomia, la Scuola estese però la propria influenza ben oltre tali confini cronologici e, già a partire dai suoi primi anni di operatività, travalicò decisamente anche confini geografici e linguistici, influenzando grandissima parte degli studi giuridici ottocenteschi e primo-novecenteschi, e ponendo le basi per molte declinazioni dello storicismo giuridico dei nostri tempi. Per un'ampia lettura complessiva della vicenda della Scuola storica, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980, vol. 2 (ed. or.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, vol. 2); per una decifrazione molto acuta della progettualità e dell'accorto e instancabile 'stile' operativo della Scuola (già nei primissimi anni premiati da straordinari successi) si veda C. VANO, «*Il nostro autentico Gaio*». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000. In lingua tedesca, una prospettiva di studio recente e avanzata sulla Scuola è offerta da H.-P. HAFERKAMP, *Die historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main, 2018.

La *Rivista*, fondata e diretta da Savigny insieme al cultore del diritto pubblico germanico Carl Friedrich Eichhorn e al romanista Johann Friedrich Göschen, tenne le proprie uscite dal 1815 al 1850, per un totale di 15 numeri, fungendo da vero e proprio punto di riferimento non solo per gli studiosi strettamente aderenti all'indirizzo storicistico, ma per la scienza giuridica tedesca in generale. Dopo la metà del secolo, la tradizione scientifica con essa inaugurata venne raccolta dalla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (già, dal 1861, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*), che dal 1880 continua ancora oggi le proprie pubblicazioni, suddivise in una *romanistische* e una *germanistische Abteilung* (dal 1911 affiancate da una sezione canonistica). Sulla 'problematicità' e le implicazioni



nel denso articolo inaugurale che le conteneva, l'autore, allora trentaseienne ma già maestro celebre e stimatissimo in Germania e all'estero, constatava la contrapposizione ormai creatasi fra due distinte 'scuole' di pensiero e di prassi, portatrici di due approcci inconciliabili al problema dello scorrere del tempo, del senso e del peso da assegnare alla sua considerazione, del suo effetto sulle espressioni delle comunità umane, diritto compreso.

La «scuola non-storica» (*«ungeschichtliche Schule»*), da una parte, sosteneva che «ogni epoca crea da sé stessa la propria esistenza e il proprio mondo, in maniera libera e arbitraria, bene e felicemente, oppure male e infelicemente, secondo la misura del proprio giudizio e della propria forza»<sup>4</sup>. Pur senza rifiutare «la considerazione del passato»<sup>5</sup>, essa era disposta ad accedervi solo in quanto le consentisse di comprendere la genesi e i caratteri di tale attività creativa, che rimaneva prerogativa assolutamente libera di «ogni epoca», facendo sostanzialmente della storia un mero «repertorio di esempi morali-politici»<sup>6</sup>.

A ben vedere – sottintendeva Savigny, come avremo modo di accennare –, secondo quell'ottica ottimista e unilaterale non era davvero «ogni epoca» ad aver avuto simili forza e volontà autocreative: a poter riuscire nell'intento era in realtà soltanto un ipertrofizzato 'presente', finalmente liberato dalle oscurità e pastoie del passato medievale e presuntuosamente impegnato nell'autocompiacimento per una novità tutta da progettare. Il riferimento di Savigny, velato agli occhi dei lettori suoi contemporanei ancor meno che ai nostri, si dirigeva certamente alle filosofie dei Lumi, e in particolare alle loro ricadute politiche tardo-settecentesche, che esaltavano la volontà e la possibilità (tanto individuali quanto collettive) di progettare e operare secondo una razionalità intesa come valevole di per sé, assoluta rispetto alle condizioni spaziali e temporali da cui si volesse attingervi; razionalità tracotante nei confronti di un passato che pure le aveva consentito di affermarsi, pronta a cancellarne con mano rivoluzionaria elementi più o meno consistenti, qualora li avesse identificati come errori da non ripetere. Tuttavia, a vedersi etichettate come «non-storiche» dal discorso di Savigny non erano soltanto le dottrine politiche conseguenti alla diffusione del tardo Giusnaturalismo e dell'Illuminismo: la definizione abbracciava, con estensione ben maggiore, tutti i modi di pensare e operare scarsamente 'attenti' al valore della dimensione storica, che riconoscevano nel passato un indistinto serbatoio di fatti e idee di cui servirsi o da rifiutare alla bisogna, un insieme di curiosità ora gloriose ora grottesche sulle generazioni antenate; modi di pensare e operare, in definitiva, che vedevano il

---

dell'intitolazione della *Rivista* (quasi «impossible to translate»), si veda, sinteticissimamente, J. RÜCKERT, *History of Law and Legal Science*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto*. Firenze, 13-19 ottobre 2012, a cura di B. Sordi, Milano, 2013, pp. 399-414 (specialmente le pp. 401-404). Riguardo alla scelta, di per sé non scontata (e infatti lo stesso Savigny si preoccupava di 'giustificarla' nell'articolo di cui ci stiamo occupando), di raccogliere gli importanti lavori della Scuola attorno a una pubblicazione in forma di rivista, cfr. VANO, «Il nostro autentico Gaio», cit., pp. 151-153.

<sup>4</sup> SAVIGNY, *Ueber den Zweck*, cit., p. 3.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

proprio tempo come il migliore di sempre, svincolato da tutto, capace di progettare e creare autonomamente sé stesso.

Dall'altra parte, e in maniera molto più accurata, Savigny presentava invece la «Scuola storica» («*geschichtliche Schule*») come promotrice di studi e prassi innervati da una consapevolezza fondamentale: quella della intrinseca storicità dei fenomeni umani, i quali nel tempo nascono e lungo il tempo si sviluppano, modificano, perfino decadono, in continuo susseguirsi di manifestazioni e forme tipiche delle singole comunità che li esprimono. Non vi è infatti

«alcuna esistenza umana affatto autonoma e isolata: anzi, ciò che può esser visto come autonomo, se considerato da altro punto di osservazione, è articolazione di un tutto più alto [*Glied eines höheren Ganzen*]. Così [...] ogni età di un popolo [dev'esser pensata] come la prosecuzione e lo sviluppo di tutti i tempi passati; un'opinione diversa da questa è per forza di cose unilaterale, e, qualora pretendesse di esser l'unica valevole, persino falsa e dannosa. Se questo è vero, allora ciascuna epoca non produce da sé e arbitrariamente il proprio mondo, ma lo fa in comunione inscindibile con l'intero passato. Ogni epoca deve perciò riconoscere qualcosa di dato, che è al contempo necessario e libero: necessario, in quanto non dipende dal particolare arbitrio del presente; libero, poiché nemmeno deriva da un particolare arbitrio estraneo (come il comando del padrone al proprio schiavo), bensì è prodotto dalla natura più alta del popolo, quale tutto sempre in continuo sviluppo e divenire. Di tale più alto popolo anche l'epoca presente è certamente un'articolazione, la quale vuole e opera in quel tutto e con quel tutto [...]. La storia non è dunque più una mera raccolta di esempi, bensì l'unica via per la vera conoscenza della nostra stessa condizione»<sup>7</sup>.

La Scuola storica definita da Savigny non si distingueva dunque solo per il *maggior peso* che intendeva assegnare alla considerazione storica, ma per la *diversa qualità* di tale considerazione. Essa coltivava cioè la concezione della storia di un popolo come un 'intero', un «tutto» in costante e necessario sviluppo attraverso il tempo, di cui ogni singola espressione o «articolazione» (il termine *Glied* e l'idea stessa di uno *höheres Ganze* rimandavano a panorami organicisti, non certo sconosciuti alla cultura giuridica dell'epoca<sup>8</sup>) è degna di essere ricompresa e di integrare l'esperienza delle epoche successive. I 'vincoli' che legano in modo «inscindibile» il presente a *tutto* il passato non venivano in quell'ottica rifiutati come impedimenti allo sviluppo del futuro, ma anzi accolti come realtà concrete e vivificanti: condotti linfatici che consentono a ogni epoca di vivere nutrendosi di ciò che l'ha preceduta e di evolvere a propria volta, invece di pietrificarsi in una condizione immobile ed eternizzata. Il pensare storicamente le espressioni di una determinata comunità (e il diritto fra queste) diveniva così,

---

<sup>7</sup> Ivi, pp. 3 ss.

<sup>8</sup> Sulle concezioni organiciste dello Stato e della comunità circolanti in Germania tra fine Settecento e inizio Ottocento, cfr. in generale F. FERRARESI, *Figure dell'organicismo tedesco. Lineamenti di storia del concetto di comunità da Kant a Jellinek*, in *Filosofia politica*, 1999, XIII, 1, pp. 39-68.

nella dottrina basilare della Scuola, l'unica chiave per comprenderne la verità più profonda e dunque per operare efficacemente nel presente.

Il breve articolo del redattore, in quell'occasione inaugurale, si manteneva volutamente su simili riflessioni di fondo, intercettando il 'cuore' ideale del problema della considerazione storica senza spingersi, più in superficie, a osservazioni di carattere prettamente giuridico.

Quanto l'elegante prosa di Savigny poteva conclamare presentando al pubblico la *Rivista* e la Scuola stessa, si ricollegava tuttavia direttamente al suo celeberrimo scritto dell'anno precedente, *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica*, comunemente conosciuto col nome abbreviato di *Beruf*<sup>9</sup>. Il libretto, pubblicato in un momento di profondo ripensamento sugli assetti giuridici di cui dotare il popolo tedesco (anni caratterizzati, per richiamare solo un paio di elementi noti e per così dire 'estrinseci', dalla conclusione della vicenda napoleonica e dai lavori del Congresso di Vienna), aveva incontrato un clima fertile di speranze e progettualità, che aveva visto svilupparsi in Germania la celebre 'polemica sulla codificazione' del diritto civile<sup>10</sup>. In risposta allo snello

<sup>9</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. La breve ma determinante opera costituì il personale contributo di Savigny alla polemica sulla codificazione (cfr. nota successiva), ma la sua stesura e le idee che ne stavano alla base prescindevano dall'occasione della *querelle*: come dimostrano alcuni scambi epistolari, era già da anni intenzione dello studioso pubblicare un'«opera sullo spirito della legislazione», da affiancare a più estesi studi di carattere sistematico e storico (come emerge dalla lettera del dicembre 1810 riprodotta in A. STOLL, *Der junge Savigny. Kinderjahre, Marburger und Landshuter Zeit Friedrich Karl von Savignys. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Romantik*, Berlin, 1927, p. 415; quei progetti si sarebbero poi concretati nei monumentali *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-1831) e *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849)). Comunemente considerato il 'manifesto' della Scuola storica del diritto, il *Beruf* ha goduto di traduzioni in numerose lingue, e (quale tassello fondamentale della complessiva teoresi savignyana) di innumerevoli tentativi di adattamento in contesti culturali e giuridici anche diversissimi da quello d'origine: si vedano panoramicamente su questo i recenti *Savigny International?*, a cura di J. Rückert, T. Duve, Frankfurt am Main, 2015; *Savigny Global 1814-2014. Vom Beruf unsrer Zeit zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, a cura di S. Meder, C.-E. Mecke, Göttingen, 2016; C. VANO, *Della vocazione dei nostri...luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny*, in *Historia et ius*, 2016, X, paper 21, consultabile al link [https://www.historiaetius.eu/uploads/5/g/4/8/5g48821/vano\\_10.pdf](https://www.historiaetius.eu/uploads/5/g/4/8/5g48821/vano_10.pdf), data ultima consultazione 21.02.2025. Il libretto savignyano, il cui peso specifico sollecitò alcune operazioni di versione italiana già nel corso dell'Ottocento, non prive di intenti politici o politico-accademici, è ora consultabile in italiano nell'ottima e più distaccata traduzione di M. Peretti, in G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, Napoli, 1982, pp. 93-197 (segnalata nel séguito come 'tr. it.').

<sup>10</sup> Con il termine '*Kodifikationsstreit*', sulla scorta di un'ormai affermatissima tradizione storiografica, si fa riferimento al vivace dibattito che coinvolse numerosi intellettuali, giuristi e non, sviluppatosi in Germania tra il 1813 e il 1816 (almeno se ci riferisce alla sua fase 'acuta' e maggiormente formalizzata), riguardante l'opportunità o meno di elaborare una codificazione civile moderna e unitaria per gli Stati tedeschi. Lungi dal limitarsi alla sola 'contrapposizione' tra i libretti di Thibaut e Savigny (peraltro meno netta e frontale di quanto si suole ritenere, giacché i due celebri civilisti concordavano su diversi punti nodali; il livello e gli stessi toni del loro dibattito furono assai misurati rispetto a ben più aspre posizioni assunte in quegli anni da loro colleghi), la polemica aveva dunque sullo sfondo, specialmente nella fase iniziale, prospettive più o meno realistiche di riscossa nazionale dalle conquiste napoleoniche (e dalle influenze francesi) dopo la fine del Sacro Romano Impero. Per una sinossi in italiano della vicenda si rimanda al già citato MARINI, *La polemica sulla codificazione*, cit. pp. 7-44; per spunti sulle conseguenze della posizione savignyana riguardo al codice, inseriti entro una raccolta di ampie riflessioni sulla portata storica della codificazione moderna, v. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998.

*pamphlet* di Thibaut<sup>11</sup>, che propugnava una soluzione codificatoria elaborata sul modello napoleonico (ma, come l'autore teneva patriotticamente a sottolineare, dotata di carattere autenticamente tedesco<sup>12</sup>) esaltandone i profili di opportunità e utilità pratica, Savigny non si era accontentato di valutare un'ipotesi 'precostituita' di codice, esplorandone invece il senso alla luce di un ben più strutturato e profondo discorso complessivo sulla natura stessa del diritto.

Alla rassicurazione, che apriva lo scritto, di voler condurre «una polemica amichevole» per favorire «una visione più approfondita dell'intera questione» seguiva una critica, in quell'occasione ben esplicita, all'«ardore creativo assolutamente cieco» destatosi in Europa nei decenni immediatamente precedenti, per cui

«Si era perduto il senso della grandezza e della peculiarità di altre epoche, nonché dell'evoluzione naturale dei popoli e delle costituzioni, di tutto quanto insomma deve rendere la storia salutare e proficua: vi erano subentrate aspettative illimitate verso l'epoca presente, che si credeva destinata a niente di meno che alla realizzazione della perfezione assoluta. [...] Si volevano nuovi codici, che con la loro completezza garantissero una sicurezza automatica all'amministrazione della giustizia, dispensando il magistrato da ogni giudizio proprio e limitando le sue funzioni all'applicazione letterale della legge: al tempo stesso essi dovevano rinunciare a ogni peculiarità storica, ed essere ugualmente utilizzabili in pura astrazione per tutti i popoli e in tutti i tempi»<sup>13</sup>.

Tale mentalità, che i primi anni del secolo avevano ereditato da un Settecento proiettato verso l'abbattimento del 'vecchio e caotico' mondo di antico regime, veniva acutamente letta da Savigny come strettamente legata al protagonismo della fonte legislativa, che essa stessa contribuiva ad alimentare: progettata *ex novo* e redatta una volta per tutte in modo chiaro e inequivocabile, la Legge avrebbe finalmente dispensato gli operatori del diritto dalle loro oscure avventure interpretative, risparmiando ai destinatari l'incertezza di un diritto che

---

<sup>11</sup> Si tratta di A.F.J. THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* [Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania], Heidelberg, 1814; anche di quest'opera è consultabile la traduzione in italiano in MARINI, *La polemica sulla codificazione*, cit., pp. 51-85. Sulla figura di Thibaut, certamente da ricomprendere fra le più rilevanti per la civilistica del tempo, si vedano la grossa ricerca biografico-letteraria di R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (A.D. 1772-1840), in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Frankfurt am Main – Bern, 1982, e il volume collettaneo *Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Bürger und Gelehrter*, hrsg. von C. Hattenhauer, K.-P. Schroeder, C. Baldus, Tübingen, 2017. In lingua italiana mancano ricostruzioni complessive dell'opera thibautiana; si segnala però 'collateralmente' la recente pubblicazione sulle concezioni estetico-musicali del giurista (Thibaut era infatti anche musicista dilettante e apprezzato musicologo) di E. FAVA, *A.F. Justus Thibaut e la "Purezza della musica". Prima versione italiana di Über Reinheit der Tonkunst (1826)*, Firenze, 2018: 'collateralmente' ma non troppo, se si pensa che gli stessi Polley (*Anton Friedrich Justus Thibaut*, cit., pp. 91-124) e Marini consideravano la tematica non inutile, anzi rilevante «più di quanto comunemente si creda per una adeguata comprensione storica complessiva della sua fisionomia culturale» (MARINI, *La polemica sulla codificazione*, cit., p. 24).

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio THIBAUT, *Über die Nothwendigkeit*, cit., p. 26 (p. 64 nella traduzione italiana segnalata alla nota precedente).

<sup>13</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf*; cit., pp. 4 ss. (tr. it. p. 95).

sempre più faticosamente traeva le proprie risorse da radici sommerse in secoli lontani. Secondo la lettura savignyana, una simile centralità della legislazione, intesa come puro atto di progetto e volontà statuali, non era del resto episodica, ma esprimeva una sottostante «concezione generale dell'origine di ogni diritto positivo»<sup>14</sup>, per cui «in condizioni normali fonte di ogni diritto sono le leggi, cioè norme esplicitamente emanate dalla potestà suprema dello stato»<sup>15</sup>, e di conseguenza «La scienza giuridica ha per oggetto esclusivamente il contenuto delle leggi. Pertanto la legislazione stessa, così come la scienza giuridica, ha un contenuto del tutto accidentale e variabile»<sup>16</sup>, scollegato da qualsiasi principio di necessità o causalità storica.

Constatando tuttavia che finalmente, contro le astrattezze e la «sconfinata presunzione»<sup>17</sup> di quella concezione, si stava ormai ovunque ridestando «il senso della storia»<sup>18</sup>, Savigny iniziava a costruire nel *Beruf* una teoria complessiva sul diritto come fenomeno storico, destinata ad enorme successo:

«ovunque noi troviamo storia documentata, il diritto civile ha già un carattere determinato, peculiare per quel popolo così come lo sono la lingua, i costumi, la costituzione. Tutte queste manifestazioni non hanno in effetti un'esistenza separata, ma sono singole energie e attività di un unico popolo, nella loro natura indissolubilmente connesse, che solo alla nostra osservazione si presentano come elementi dissociati. Ciò che le collega in un tutto unico è il comune convincimento del popolo, l'uguale sentimento di una necessità interiore che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria»<sup>19</sup>.

Secondo il maestro francofortese, il diritto, lungi dal rappresentare un fenomeno estemporaneo, casuale, astratto dalle condizioni storiche in cui si manifesta, sgorga sempre spontaneamente (e necessariamente) dalla comune coscienza di un popolo, insieme alle altre sue più genuine espressioni come la lingua e i costumi, dalle quali era del resto inseparabile<sup>20</sup>. Oltre a inaugurare, in forme nuove, quel confronto fra diritto e linguaggio che successivamente avrebbe

---

<sup>14</sup> Ivi, p. 6 (tr. it. pp. 96 ss.).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Ivi, p. 5 (tr. it. p. 96).

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ivi, p. 8 (tr. it. p. 97).

<sup>20</sup> Occorre precisare che il carattere di 'inscindibilità' con cui Savigny descriveva l'insieme delle manifestazioni storicamente determinanti della coscienza di un popolo (tra le quali il diritto), così come non corrisponde ad una loro confusione indistinta, non rappresenta nemmeno il sintomo di una concezione pangiuridica, quasi che un 'principio' giuridico permei la totalità dei frutti della coscienza popolare: essa va più correttamente interpretata (come suggerisce il prosieguo del *Beruf*, e come evidenzia il complesso dell'opera savignyana precedente e successiva al fortunato libretto) come il presupposto stesso del lavoro scientifico sul diritto, teso a comprenderne la intrinseca natura storica ed al contempo sistematica, e facendo ciò a individuare e trattare tecnicamente le manifestazioni giuridiche dello spirito popolare, ma senza reciderne i molteplici legami con la concretezza della vita del popolo e con la sua storia, come si vedrà *infra*.

goduto di approfonditi studi in seno alla Scuola<sup>21</sup>, quelle parole offrivano ai lettori l'idea del diritto come fenomeno vivo, profondamente radicato nel sentire di un popolo, ma al contempo continuamente progrediente attraverso la storia, nelle sue più varie, e storicamente determinate, manifestazioni esteriori. Nella composita restituzione savignyana (che anche sotto questo profilo si rivelava fortemente organicistica), il diritto infatti non rappresenta un elemento estraneo al sentire profondo di un popolo, non accede al *Volk* come qualcosa di esterno, ma è tutt'uno con esso: non può esistere separato da esso né dalle altre sue espressioni spontanee. «Per Savigny dal popolo promana il diritto e il diritto è una totalità complessa»<sup>22</sup>; il suo sviluppo ininterrotto – chiariva più innanzi il *Beruf*<sup>23</sup> – può certo valersi anche di singoli atti di volontà positiva, i quali tuttavia non devono né possono rappresentare di per sé il principio primo della giuridicità, esaurirne lo spazio, occuparne il molteplice panorama espressivo. Alla pluralità delle forme storicamente assunte faceva insomma da specchio, nella teoresi savignyana, un medesimo principio 'spirituale', pertinente al popolo nel suo insieme: quel «tutto più alto», quell'«intero» che, come abbiamo visto, Savigny avrebbe esplicitamente richiamato l'anno successivo, e che non dev'esser confuso con un principio idealistico, a-storico ed immutabile, giacché esso stesso *vive nel tempo*, non potendo esistere se non attraverso quelle mutevoli forme storiche, immanente alla storia di un popolo, definito dalle caratteristiche spaziali e temporali irripetibili entro cui quel popolo svolge la propria avventura<sup>24</sup>.

2. *I tempi del diritto*. – Il tempo del diritto – occorre sottolinearlo, giacché su questo punto si sarebbero nei decenni seguenti manifestate diversità di vedute

---

<sup>21</sup> Tale filone di ricerche sarebbe stato percorso con esiti estremamente rilevanti da uno dei più fedeli e cari allievi di Savigny, il grande filologo, linguista e lessicografo Jacob Grimm (noto al grande pubblico internazionale soprattutto per le raccolte di *Fiabe* curate insieme al fratello Wilhelm), i cui studi sulle antiche parole, sui costumi germanici, sulla natura poetica del diritto (non di rado pubblicati proprio sulla *Rivista della Scuola*) tesero a dimostrare la profonda compenetrazione fra le espressioni giuridiche e linguistico-letterarie di un popolo. Sulla sua figura e su questi temi si vedano, in italiano, gli studi di G. MARINI, *Jakob Grimm*, Napoli, 1972; ID., *Diritto romano e diritto germanico, teoria e pratica, e il destino personale di Jacob Grimm*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1972, XLIX, pp. 528-539 (ora in ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987, pp. 211-247); ID., *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in *Atti e memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria*, 1975, XL, pp. 231-256 (anch'esso ora in ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, cit., pp. 27-54); M.C. FOI, *Heine e la vecchia Germania. La questione tedesca fra poesia e diritto*, Trieste, 2015; EAD., *La questione tedesca del primo Ottocento: un paradigma giusletterario*, in *Diritto e letterature a confronto. Paradigmi, processi, transizioni*, a cura di M.C. Foi, Trieste, 2016.

<sup>22</sup> Come sintetizza magistralmente P. COSTA, *Storiografia giuridica e storia medievale: convergenze e divergenze*, in *Agli inizi della storiografia medievistica in Italia*, a cura di R. Delle Donne, Napoli, 2020, p. 43 (saggio ora disponibile anche nella raccolta ID., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, [https://doi.org/10.60134/QFArchiviO\\_24\\_11](https://doi.org/10.60134/QFArchiviO_24_11), data ultima consultazione 10.03.2025).

<sup>23</sup> Cfr. SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., pp. 16 ss. (tr. it. pp. 102 ss.).

<sup>24</sup> Considerazioni sulla dimensione 'spaziale', oltre che temporale, del messaggio di Savigny sono offerte da F. RUSCHI, *Giurista del tempo e dello spazio. Riflessioni su Carl von Savigny*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2020, XXII, 2, pp. 749-772.

anche in seno alla Scuola<sup>25</sup> – rappresentava così per Savigny un fluire continuo e privo di fratture, in perfetta aderenza alla coscienza di un popolo. Nondimeno, l'autore del *Beruf* si premurava di esemplificare l'ininterrotta dinamica attraverso cui il diritto di un popolo sorge, cresce, si raffina e rinnova, invecchia, «e infine si estingue man mano che il popolo perde la sua peculiarità»<sup>26</sup>: lo faceva descrivendola secondo uno schema tripartito di giovinezza, maturità e senescenza, anch'esso pienamente conforme a un gusto tipico dell'epoca.

La «giovinanza dei popoli», idea particolarmente cara al sentire romantico, rappresentava un momento primigenio e fondativo, in cui i caratteri giuridici del popolo sono già presenti e nel quale il diritto, senza alcuna complicazione, «vive nella coscienza del popolo»: si trattava di un'epoca «povera di concetti, ma [che] gode di una chiara coscienza della sua situazione, la sente e la vive in profondità, mentre noi nella nostra esistenza artificiosamente complicata siamo sopraffatti dalla nostra stessa ricchezza invece di goderla e dominarla»<sup>27</sup>. In questa età di primitiva freschezza, il popolo è in grado di apprezzare e praticare spontaneamente le regole della convivenza, «oggetto di fede popolare» al pari della lingua e dei legami familiari. L'elaborazione tecnica di veri e propri principi giuridici (che, vedremo, caratterizza invece la fase successiva) non è propria della rudimentale capacità di astrazione di un popolo giovane: al suo posto

«troviamo invece dappertutto atti simbolici dove i rapporti giuridici nascono o declinano [...] [la cui] serietà e dignità corrisponde all'importanza dei rapporti giuridici stessi [...]. L'uso esteso di tali atti formali accomuna ad esempio le genti germaniche e le genti italiche antiche [...]. Questi atti formali possono essere considerati la vera grammatica del diritto di quel periodo, ed è molto significativo il fatto che l'attività principale degli antichi giuristi romani consistesse nella tutela e nell'esatta applicazione di essi. In tempi moderni li abbiamo spesso disprezzati come espressione di barbarie e superstizione, e ci siamo gloriati di non averli, senza considerare che anche noi siamo ben provvisti di forme giuridiche, alle quali mancano per l'appunto i vantaggi principali delle forme antiche, ovvero la chiarezza e la generale

<sup>25</sup> Ci si riferisce ai dissidi che avrebbero avuto luogo tra gli anni Trenta e Quaranta nell'ambito di rapporti sempre più polemici tra la parte romanistica e quella germanistica della Scuola, specialmente ad opera di allievi di 'seconda generazione', molto meno affezionati dei fondatori alla sua unità interna e molto più proiettati verso i *côtés* politici delle sue propugnazioni. In particolare sarebbe stato Georg Christoph von Beseler, a partire dagli anni Trenta animatore 'politico' dell'ala germanista, a coltivare una concezione di storia come passibile di accelerazioni, fratture e persino errori (tra i quali l'assegnazione di eccessivo peso al diritto romano 'dotto', un «Juristenrecht» non più in sintonia con il vero «Volksrecht» dei tedeschi: ciò che lo pose in polemica diretta con Puchta), ben diversa dall'irenica continuità dell'idea savignyana (che puntava invece a considerare la recezione del diritto romano come un processo sostanzialmente armonico avvenuto lungo i secoli nella storia del popolo tedesco), in particolare con le sue opere giovanili: G.C. von BESELER, *Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker (akademische Antrittsrede)*, Basel, 1836 (poi raccolta in Id., *Erlebtes und Erstrebtes 1809-1859*, Berlin, 1884, pp. 119-130) e Id., *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843.

<sup>26</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 11 (tr. it. p. 99).

<sup>27</sup> Ivi, p. 9 (tr. it. p. 98).

fede popolare, e che sono sentite da tutti come qualcosa di arbitrario e quindi come un peso»<sup>28</sup>.

La prima epoca che Savigny descriveva era insomma un'età di ingenua naturalezza, dipinta tuttavia in maniera ben diversa dal teorico 'stato di natura' di marca giusnaturalistica, da un esperimento astratto, cioè, che mirava a studiare l'individuo umano calandolo in una ipotetica condizione a-storica: si trattava qui, al contrario, di descrivere non i caratteri di singolarità irrelate, immaginate fuori dal tempo storico, bensì la condizione collettiva di un popolo già presente storicamente e già in fase di sviluppo. Perfino nel tratteggiare quella sintetica tripartizione di epoche, in effetti, l'autore del *Beruf* faceva mostra di rifiutare un approccio puramente 'filosofico', volendo piuttosto – come egli stesso teneva a precisare – «interrogare la storia per sapere come sia veramente avvenuta l'evoluzione del diritto»<sup>29</sup>. Non a caso, già descrivendo questa prima fase, Savigny aveva cura di agganciarne la dimensione giuridica, anche solo per cenni, ad esperienze storiche determinate: quelle cioè delle «antiche genti germaniche e italiche» (in particolare, e notevolmente, quella della Roma arcaica<sup>30</sup>), tutte impegnate nel tutelare e applicare con precisione le elementari forme giuridiche sgorgate dalla coscienza popolare.

È possibile inoltre notare, riservandoci di tornare più avanti sul punto, come in entrambi i passi appena citati Savigny mettesse direttamente in comunicazione il proprio presente con un passato remoto (e certamente idealizzato), operando una sorta di raffronto tra la promettente spontaneità di questo e il senso di complicazione che tratteneva l'oggi. Conformemente ai paradigmi storicisti e organicisti già da lui professati nelle pagine precedenti, non si trattava tuttavia di un modo per giudicare il presente, ma semmai per ricollegarlo direttamente alle proprie radici più profonde e vive. Confrontandolo con un passato tanto distante, l'autore ne mostrava certo la reciproca irriducibile diversità, ma anche (stante

---

<sup>28</sup> Ivi, pp. 10 ss. (tr. it. pp. 98 ss.).

<sup>29</sup> Ivi, p. 8 (tr. it. p. 97).

<sup>30</sup> I frequenti riferimenti all'esperienza giuridica dell'antica Roma, di cui il *Beruf* è disseminato, non dipendevano solo dalle predilezioni disciplinari e professionali di Savigny, dalla rispondenza alla sensibilità classicista del tempo, dal fatto che il diritto romano vigesse ancora come diritto comune in molti territori tedeschi, o dalla volontà di rispondere alla 'crisi di legittimazione' che aveva colpito quella tradizione giuridica dopo il crollo dell'Impero (cfr. HAFERKAMP, *Die historische Rechtsschule*, cit., pp. 62-74): la scienza del diritto intesa da Savigny, per operare adeguatamente nel presente, doveva inevitabilmente servirsi di categorie raffinate come quelle romanistiche, mettere a partito le loro rielaborazioni medievali, e adoperarsi ulteriormente alla loro sistemazione. Non era del resto alieno alle pagine savignyane (né lo sarebbe stato ai lavori dell'ala romanistica della Scuola, con ancor maggiore evidenza, nei decenni successivi: cfr. ad esempio *infra*, nota 37) un certo intento attualizzante nei confronti di quel grande monumento di civiltà giuridica, duraturo nei millenni, che l'esperienza storica di Roma, con i suoi giuristi cui una *scientia* esattissima consentiva di «calcolare con i concetti» (cfr. SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 29), aveva saputo edificare. Tale concezione di fondo, poi sostanzialmente replicata e forse ampliata dalla romanistica conseguente, produsse un effetto tale per cui «Sospesi fra l'impiego paradigmatico e la memoria antiquaria, i giureconsulti antichi sembrano condannati in eterno a vivere come fantasmi», secondo l'efficace espressione di M. BRETONNE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, VI, p. 208.



l'appartenenza di entrambe le epoche alla medesima 'superiore totalità') ne metteva in rilievo le ampie possibilità di comunicazione, suggerendo come alcuni tratti basilari, al di là dell'attuale perdita di immediatezza, rimanessero in fondo gli stessi. Nell'infanzia dei popoli Savigny ritrovava così molti elementi che avrebbero caratterizzato anche le epoche successive: rapporti giuridici e simboli, sempre accompagnati da atti formali; ritrovava già perfino una rudimentale 'giurisprudenza', impersonata dagli «antichi giuristi», a custodirne l'esattezza.

Proprio attorno alla crescente importanza di un sapere e di una tecnica giuridici specialistici, l'autore del *Beruf* ricostruiva il secondo momento notevole dell'evoluzione della vita popolare. Se infatti nello stadio della giovinezza «la vera sede del diritto è la coscienza comune del popolo»<sup>31</sup>, in quella della «civiltà in sviluppo», frutto di una progressiva specializzazione di competenze inizialmente comuni, esso «appartiene alla coscienza dei giuristi»:

«Il diritto perfeziona d'ora in poi il suo linguaggio, prende un orientamento scientifico. L'esistenza del diritto diventa più artificiosa e complicata, in quanto esso ha ora una doppia vita: continua ad essere un aspetto della vita complessiva del popolo, ma è anche una scienza particolare nelle mani dei giuristi. L'interazione di questi due principî vitali è la chiave di tutte le vicende successive [...]. Pertanto in tempi diversi il diritto sarà presso lo stesso popolo diritto naturale (in un senso diverso dal nostro diritto naturale) o diritto scientifico, a seconda del prevalere dell'uno o dell'altro principio: *una distinzione rigorosa è di per sé impossibile*»<sup>32</sup>.

A fronte di esigenze maggiormente complesse, nella fase della maturità del popolo sorge la necessità di una trattazione scientifica del diritto: trattazione che richiede l'elaborazione di strumenti adatti, e che rappresenta incarico e appannaggio di un apposito ceto di esperti. La comunità dei giuristi, a tutti gli effetti parte integrante del *Volk*, diviene così in questa fase 'custode' del diritto nel suo aspetto «tecnico», giacché quello definito «politico»<sup>33</sup> continua a vivere riposto nel profondo dell'animo popolare. Entrambe le dimensioni, ammoniva ancora Savigny, rimangono intrinseche al diritto nel suo complesso, mai del tutto separabili l'una dall'altra e mai assolutamente prevalenti l'una sull'altra; è proprio la loro sinergia a vivificare e a permettere al popolo di progredire attraverso il tempo. Il diritto, pur continuando a derivare dallo spirito popolare, si compone insomma in questa seconda fase anche di elementi 'raffinati' dalla competenza specifica dei giuristi: scienza che opera cogliendo ciò che emerge spontaneamente dal sentire popolare, interpretandolo, coniando concetti e tecniche capaci di esprimerlo e svolgerlo compiutamente.

Anche quest'età della 'maturità' giuridica del popolo veniva illustrata da Savigny con tratti certamente idealizzati, come un momento di irenico equilibrio

---

<sup>31</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 11 (tr. it. p. 99).

<sup>32</sup> Ivi, pp. 12 ss. (tr. it. p. 100, corsivo mio).

<sup>33</sup> *Ibidem* Savigny definisce la portata dei due termini per il suo discorso.

fra scienza, prassi e sentire comune: non era alieno a quelle pagine – era anzi scoperto – l'intento di evidenziare il ruolo insostituibile di una scienza giuridica che, operando con perfetta contezza di ciò che si muove nel profondo dello spirito popolare, è in grado di integrare felicemente le proprie elaborazioni dotte con le esigenze quotidiane della pratica. Persino la legislazione, nell'epoca della 'maturità' descritta nel *Beruf*, riusciva a corrispondere perfettamente alla missione affidatale dallo spirito popolare: elaborata secondo gli schemi offerti dalla scienza dei giuristi, essa si inseriva armonicamente nella trama delle espressioni giuridiche della vita popolare, non rappresentando una sorta di corpo estraneo imposto al popolo da una volontà ad esso 'esterna', ma favorendo anzi il fluire del suo sviluppo attraverso il tempo<sup>34</sup>.

Una simile capacità di equilibrare le forze in gioco è invece proprio ciò che si sarebbe smarrito nella successiva fase, determinando fatalmente un momento di decadenza della vita del *Volk* e l'arresto del suo sviluppo giuridico: fatale preludio al 'dissolversi' di un popolo assorbito nelle astrattezze di un eterno presente, e non più in contatto con la propria storia. L'età della 'senescenza' non veniva descritta partitamente ed esplicitamente da Savigny nel *Beruf*, ma da quelle pagine risultava evidente come l'autore ne riconoscesse i sintomi nella stagione a lui immediatamente precedente, e il rischio di una esiziale affermazione nel proprio presente. La 'corsa' alla legislazione e – di più – alla codificazione, quali soluzioni estemporanee a tutti i problemi dell'esistenza di una comunità (quella presuntuosa urgenza di «tutto governare e sempre più voler governare», come avrebbe scritto in séguito<sup>35</sup>); la conseguente svalutazione del ruolo del giurista e del suo sapere specifico; la prevalenza insomma totale e definitiva di un principio volontaristico (e intenzionato a trancare i legami con le 'zavorre' del passato) sul principio scientifico del diritto, l'unico ancóra in grado di attingere e interpretare armonicamente lo spirito popolare e di operare congruamente nel presente: questo era ciò che Savigny intendeva risparmiare al popolo tedesco con la sua proposta di rifondazione scientifica del diritto su basi storicistiche e sistematiche.

Nel proprio tempo, minacciato dallo smarrimento di molta consapevolezza storica e delle proprie radici giuridiche, dal venir meno di sapere tecnico-concettuale, e quindi dall'affievolimento del contatto con la coscienza comune del popolo, il fondatore della Scuola storica constatava un'evidente mancanza di «vocazione» a codificare il diritto civile:

---

<sup>34</sup> Alla discussione delle tipologie di legislazione (o «modifica del diritto vigente») e della loro maggiore o minore rispondenza alle esigenze di un popolo in continuo sviluppo è dedicato il Capitolo Terzo del *Beruf*, intitolato appunto «Gesetze und Gesetzbücher» («Leggi e codici»). Anche in questo caso, Savigny si serviva di un riferimento storico all'esperienza di Roma antica, ravvisando un chiaro esempio di questa dinamica in quel particolarissimo tipo di 'legislazione' rappresentato dall'editto pretorio: cfr. ivi, p. 17 (tr. it. p. 103); v. sul tema le acute riflessioni di M. BRETONE, *Il «Beruf» e la ricerca del «tempo classico»*, in *Quaderni fiorentini*, 1980, IX, pp. 189-216.

<sup>35</sup> «[...] alles zu regieren, und immer mehr regieren zu wollen» (F.C. VON SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1817, III, p. 44), enfaticizzato nel testo dallo stesso autore, e citato qui secondo la felice traduzione, molto riutilizzata in letteratura, di MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica*, cit., p. 80.

«Se in quest'epoca maturano infatti presupposti più propizi per la trattazione del diritto, non vi è niente di più benefico dei molteplici contatti con i tempi antichi e sapienti: ma vi si frapperà il codice, che impedirà e ostacolerà tali contatti in tutti i modi. [...] Un codice mediocre non fa che consolidare più che mai il predominio di una concezione del diritto rigida e inanimata»<sup>36</sup>.

Un nuovo codice basato sulla mera utilità per il presente avrebbe mortificato non solo la considerazione del passato, ma persino qualsiasi promessa di sviluppo futuro; pur rimanendo formalmente in vigore, infatti, esso avrebbe presto finito per emarginarsi dal sentimento di un popolo alla ricerca di una dimensione giuridica a sé confacente, poiché «se il codice si forma in un'epoca che non conosce a fondo quest'arte [storico-sistemica], sono inevitabili gravi conseguenze. L'amministrazione della giustizia sarà guidata apparentemente dal codice, ma di fatto da qualcosa d'altro, esterno al codice, che sarà la vera fonte principe del diritto. Questa falsa apparenza è quanto mai funesta»<sup>37</sup>.

3. *Cenni conclusivi.* – La lotta di Savigny 'contro' la legislazione e la codificazione, quale emerge da quanto sinteticamente ripercorso, era in realtà una lotta per il riconoscimento della vera 'vocazione' del suo tempo, quella alla coltivazione di una scienza giuridica che, recuperando il passato, potesse corrispondere alle esigenze del presente. Contro il pericolo sempre più attuale di precipitare in un'età di senescenza e decadimento, l'antidoto sicuro veniva individuato dal giurista nella paziente costruzione di un metodo di approccio scientifico al diritto che ne valorizzasse entrambe le dimensioni intrinseche, quella storica e quella sistematica, e che favorisse finalmente l'unione, sufficientemente plastica e non immobilizzante, di scienza e prassi. Altri tempi sarebbero forse arrivati, più propizi all'elaborazione di un codice civile nazionale, ma non prima che una rinnovata *scientia iuris* ne avesse disposte le basi, ricostruendo l'unità sistematica del diritto del popolo tedesco, non isolandolo bensì ricollegandolo alla grande e 'universale' tradizione romanistica che costituiva parte integrante della sua storia. L'unificazione nazionale su base giuridica (giacché quella politica si mostrava ancora lungi a venire) doveva così essere pazientemente guidata dall'elemento scientifico, e non da un improvvisato strumento legislativo. I tempi del diritto, anche in questo frangente, non richiedevano scosse e accelerazioni indebite, ma continuità.

Com'è noto, il richiamo e, insieme, la previsione di Savigny si sarebbero in effetti avverati sul finire del secolo, quando la 'vocazione' del tempo per la codificazione si sarebbe infine manifestata, e una *Rechtswissenschaft* fattasi ormai estremamente robusta e avanzatissima in ogni campo, e divenuta faro per gli studi giuridici a livello globale, sarebbe stata pronta a rispondere<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., p. 24 (tr. it. pp. 107 ss.)

<sup>37</sup> Ivi, pp. 22 ss. (tr. it. pp. 106 ss.).

<sup>38</sup> Com'è noto, alla redazione del codice civile tedesco, a séguito dell'unificazione politica avvenuta nel 1871, mise mano la Pandettistica, sotto più profili erede e sviluppatrice di premesse già contenute

Ancora alcune parole ‘conclusive’ aiuteranno forse a cogliere la portata delle teorie storicistiche contenute negli ‘scritti programmatici’ savignyani: teorie che, come avevano preceduto l’aprirsi della polemica tedesca sulla codificazione, ne superarono di molto le contingenze geografiche e cronologiche, divenendo strumenti che molti dei giuristi più sensibili di quel secolo (da Scialoja, a Simoncelli, a Orlando, per fare solo alcuni nomi italiani determinanti), civilisti e pubblicisti, anche a decenni di distanza, avrebbero tenuto abitualmente sul proprio tavolo di lavoro<sup>39</sup>. Quelle argomentazioni, che avevano incontrato in più punti (e in maniera assai suadente, nonostante la sobrietà del discorso savignyano) la sensibilità culturale del periodo, nella misura in cui evocavano l’idea di ‘storia’ come tempo significativo, come un susseguirsi cioè di ‘tempi opportuni’ allo sviluppo giuridico secondo certe forme e non altre, così diversa da una semplice constatazione cronologica o dal nudo affastellamento cronachistico; nella misura in cui sottolineavano al contempo l’idea di ‘popolo’ come un’unità concreta in

---

nelle teorie e nei lavori della Scuola storica (cfr. su tale indirizzo WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. 2, cit.; un’approfondita ricognizione sulla genesi e sui modi del metodo pandettistico è offerta da P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll. (I: *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*; II: *Dal sistema alla teoria generale*), Milano 1984-1985). La lunga fase preparatoria del codice, passata attraverso più redazioni provvisorie, giunse al termine nel 1896, con la promulgazione del testo definitivo; il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, frutto della più consolidata scienza sistematico-costruttivo (di cui conserva ampie e riconoscibili tracce), entrò infine in vigore il 1° gennaio 1900, a suggello di un secolo di profonda e raffinata riflessione giuridica.

<sup>39</sup> Sul ruolo svolto dalle intuizioni e dalle teorie savignyane (in campo metodologico, ma anche ideale) sugli sviluppi della scienza giuridica e, notevolmente, sulla nascita della scienza del diritto pubblico, si vedano le ricostruzioni ormai classiche di W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (ed. orig.: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1958); E.W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono: problematica e modelli dell’epoca*, Milano, 1970 (ed. orig.: *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1961); P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco*, Milano, 1979; ID., *Savigny e la scienza del diritto pubblico nel Diciannovesimo secolo*, in *Quaderni fiorentini*, 1980, IX, pp. 319-338; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I: *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, 2002; O. JOUANIAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2005. Un inquadramento dei rapporti accademici di Savigny con la cultura giuridica italiana coeva è offerto da L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l’Unità*, Roma, 1984 e EAD., *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2000; per una panoramica sulle influenze savignyane nei confronti della scienza giuridica italiana dell’Ottocento, specialmente postunitaria, si vedano *passim*: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Milano, 2018; A. SPINOSA, “*Civili in diversissimo modo*”. *Modello napoleonico e culture giuridiche nazionali nell’Italia dell’Ottocento*, Milano, 2017.

Il peso e l’influenza di quelle teorizzazioni non rimasero del resto confinate entro il solo secolo Diciannovesimo («secolo giuridico» per eccellenza, come scriveva FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 3, sulla scorta di Schnabel e Böckenförde), se si considera la grande ripresa dell’interesse per Savigny iniziata a metà Novecento, non soltanto dovuta a generici interessi di scavo storico: in quegli anni, «Di fronte a quanto appariva allora come un vero e proprio tramonto dei “valori giuridici”, risuonò ripetutamente l’invito a tornare a Savigny e alla sua lezione di storicismo», come chiariva incidentalmente Aldo Mazzacane in un suo intervento a un altro convegno fiorentino (di alcuni anni successivo a quello dedicato a Savigny: cfr. supra, nota 2), i cui lavori sono pubblicati in *La storiografia giuridica scandinava. Atti dell’incontro di studio, Firenze 22-23 maggio 1987*, Milano, 1988 (p. 78 per il passo in questione).

cammino lungo la storia, di per sé scaturigine e depositaria di diritto, dischiudevano prospettive inesplorate per una scienza giuridica che in diverse aree d'Europa si stava scoprendo coinvolta in avventure di riscossa nazionale, e che sarebbe poi stata protagonista nella colossale edificazione dello Stato di diritto.

L'operazione ideale che il Savigny programmatico aveva messo in atto, e che (quale che fosse il suo grado di intenzionalità) in certa parte aveva garantito successo alla sua proposta, era consistita sostanzialmente nell'ancorare l'essenza e la 'legittimazione' del diritto non al passato prossimo, in cui giganteggiavano la figura del legislatore e lo spettro del *pouvoir constituant*, né tanto meno al presente (ancoraggio ben fragile, nella sua prospettiva), bensì ad un passato remoto e inattaccabile<sup>40</sup>, idealizzato tanto da trasfigurarne (e quindi, paradossalmente e nonostante i tentativi in senso contrario, de-storicizzarne) i tratti: una 'messa al sicuro' delle radici profonde del diritto che, in quella particolare congiuntura storica e culturale, doveva passare anche attraverso la stilizzazione delle epoche della vita popolare, l'attualizzazione dei loro elementi basilari e la loro funzionalizzazione alle esigenze del presente.

Quella che all'osservatore odierno può apparire come una schematizzazione grossolana ed ingenua, una sorta di tassonomia fantasiosa e dotata di scarso rigore storiografico, fu in realtà una lettura esplorata e variamente declinata lungo tutto l'Ottocento: non di rado con tali declinazioni, specialmente nel periodo di massima circolazione del Positivismo filosofico (e specialmente sotto una prospettiva appunto statualistica, non estranea ad influssi 'hegeliani' postumi, per cui non si mancò di considerare la storia come un progresso graduale da stadi primitivi e meno perfezionati di convivenza fino alla definitiva affermazione dello Stato di diritto) si trattò di operare sostanziali torsioni e deformazioni dell'originario messaggio savignyano, un messaggio dal quale tuttavia non si poteva più prescindere, neanche per procedere ad operazioni puramente tecniche.

Già negli anni immediatamente successivi alla sua pubblicazione, del resto, gli spunti contenuti nel *Beruf* sarebbero stati sviluppati secondo molteplici percorsi dagli stessi allievi e più stretti collaboratori di Savigny. Jacob Grimm, animatore spirituale del germanismo, si sarebbe incaricato coi suoi scritti di tenere aperta la comunicazione del presente con quel radicale passato remoto, con la poetica giovinezza del popolo tedesco, schiudendo inconsapevolmente vie di elaborazione politica tese al futuro<sup>41</sup>; il 'sistematico' Georg Friedrich Puchta (e

<sup>40</sup> Lo nota acutamente G. DILCHER, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt am Main, 2017, pp. 13 ss.

<sup>41</sup> Lo avrebbe fatto sin da subito, conclamando la dimensione poetica del diritto specialmente presso i popoli giovani (uscì già per il secondo numero della Rivista il suo saggio J. GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1816, II, pp. 25-99, raccolto poi in ID., *Kleinere Schriften*, VI, Berlin, 1882, pp. 152-191), ma anche con i suoi approfonditi studi sulle antichità giuridiche dei popoli germanici: ID., *Deutsche Rechtsaltertümer*, 2 Bde., Göttingen, 1828. L'idealità evocata dagli scritti di Grimm mise in moto, superando le sue intenzioni iniziali, una certa protensione politica dei germanisti afferenti alla Scuola storica, che si trovarono in molti casi legati a istanze liberali moderate e promossero il tentativo rivoluzionario del 1848-49. Lo stesso Grimm,

insieme a lui buona parte dell'ala romanistica della Scuola) sarebbe tornato sulla tripartizione delle epoche, rivedendola con ben più marcate caratterizzazioni e funzionalizzandola ancor più al presente, nel tentativo di accreditare definitivamente il proprio tempo come un'età di rinascita per la *scientia iuris*, guidata da un dotto ceto di giuristi ricostruttori e costruttori<sup>42</sup>.

Lungo quel densissimo Ottocento, la *'poetische Epoche'* delle origini avrebbe forse lasciato spazio ad una più fredda 'età della prosa'<sup>43</sup>, il Romanticismo al Realismo, la colorata idealizzazione del passato alla asettica e strumentale applicazione tecnica, ma l'indagine sui tempi e sulla storia del diritto poteva dirsi ormai parte integrante delle discipline giuridiche, e lo sarebbe rimasta a lungo.

---

ormai riconosciuto e acclamato dall'intero movimento germanista come proprio animatore ideale, fu deputato alla Assemblea nazionale della Paulskirche.

<sup>42</sup> Cfr. lo scritto giovanile G.F. PUCHTA, *Über die Perioden in der Rechtsgeschichte*, in ID. *Civilistische Abhandlungen*, Leipzig-Berlin, 1823, pp. 173-191 (confluito poi nella raccolta postuma di scritti minori: ID., *Kleine civilistische Schriften*, hrsg. von A.A.F. Rudorff, Leipzig, 1851, pp. 135-148), in cui il maestro bavarese propugnava il susseguirsi di tre «gradi di formazione» nella vita giuridica di un popolo (secondo una ricostruzione esplicitamente applicata alla storia costituzionale romana), l'ultimo dei quali, caratterizzato dalla gestione scientifica e sistematica del diritto guidata dal ceto dei giuristi, rappresentava un momento di sintesi definitiva. Il primato del diritto romano, elaborato secondo il metodo sistematico-costruttivo da una comunità di giuristi-scienziati, sarebbe rimasto una costante della sua opera nei decenni successivi, con esiti che si incontrano assai espliciti ad esempio in ID., *Das Gewohnheitsrecht*, 2 Bde., Erlangen, 1828, 1837 e ID., *Cursus der Institutionen*, I, Leipzig, 1841.

<sup>43</sup> Si prende a prestito questa 'nomenclatura' dalle categorie (ad ulteriore conferma delle fascinazioni primo-ottocentesche per la classificazione delle epoche) proposte nel brevissimo saggio di J.W. GOETHE, *Geistes-Epochen nach Hermanns neusten Mittheilungen*, in ID., *Über Kunst und Alterthum in den Rhein und Mayn gegenden*, 1, 3, Stuttgart, 1817, pp. 107-112, la cui segnalazione 'incidentale' si deve a A. FAMBRINI, *L'età del realismo. La letteratura tedesca dell'Ottocento*, Roma, 2006.

## IL FATTORE TEMPORALE NELL'ACQUISIZIONE TRANSFRONTALIERA DELLE *E-EVIDENCE*: IL BILANCIAMENTO OPERATO NEL SECONDO PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CONVENZIONE DI BUDAPEST

MARTINA CONVERSANO\*

*Il contributo esamina il ruolo cruciale del fattore temporale nella cooperazione internazionale per l'acquisizione transfrontaliera delle e-evidence, focalizzandosi sull'evoluzione dei meccanismi di voluntary disclosure tra autorità pubbliche e service providers. Questo nuovo paradigma, sviluppatosi per superare la lentezza dei tradizionali meccanismi di mutua assistenza giudiziaria, ha trovato un precedente riconoscimento nella Convenzione di Budapest ed è stato recentemente implementato nel Secondo Protocollo Addizionale. L'analisi verte sugli articoli 6, 7 e 8 del nuovo Protocollo aperto alla firma nel maggio 2022, esaminando come questi meccanismi bilancino efficienza temporale e tutela dei diritti, limitando l'acquisizione diretta a e-evidence non particolarmente invasive della sfera privata, come nomi di dominio e informazioni sugli abbonati. Lo studio affronta questa evoluzione come avanzamento significativo nella cooperazione internazionale, delineandone limiti e prospettive.*

*This paper examines the crucial role of time in international cooperation for the cross-border acquisition of e-evidence, focusing on the development of voluntary disclosure mechanisms between authorities and service providers. This new paradigm was developed to overcome the slowness of traditional Mutual Legal Assistance mechanisms. First, It was recognized in the Budapest Convention and has recently been implemented in the Second Additional Protocol. The analysis focuses on Articles 6, 7 and 8 of the new Protocol, which was opened for signature in May 2022, and examines how these mechanisms balance temporal efficiency and the protection of rights by limiting direct acquisition to e-evidence, that is not particularly invasive of privacy, such as domain names and subscriber information. This study addresses the said development as a significant advancement in international cooperation and outlines its limitations and perspectives.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il contesto giuridico e il fattore temporale nella cooperazione internazionale per l'acquisizione transfrontaliera delle *e-evidence*. — 2. L'evoluzione dei meccanismi di cooperazione: dalla mutua assistenza giudiziaria alla *voluntary disclosure*. — 3. I meccanismi di cooperazione previsti nella Convenzione di Budapest sulla criminalità

\* Dottoranda in Diritto e Innovazione presso l'Università di Macerata.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2024 M. Conversano. 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>

informatica del 2001. — 4. Gli articoli 6, 7 e 8 del Secondo Protocollo Addizionale sulla cooperazione rafforzata e la divulgazione delle prove elettroniche. — 4.1 Il bilanciamento tra efficienza temporale e tutela dei diritti. — 5. Limiti e prospettive della nuova disciplina. — 6. Conclusioni.

1. *Introduzione: il contesto giuridico e il fattore temporale nella cooperazione internazionale per l'acquisizione transfrontaliera delle e-evidence.* — L'era digitale ha introdotto una nuova dimensione temporale nelle dinamiche giuridiche, rendendo il tempo un elemento ancor più cruciale nelle indagini e nei procedimenti penali. Caratterizzata dalla rapidità delle connessioni e delle comunicazioni, questa nuova era ha profondamente trasformato non solo le dinamiche criminali, ma anche le attività statali collegate alla repressione penale. Pensare al Cyberspazio o alla diffusione delle c.d. *Information and Communication Technologies* (ICT) evoca l'idea di un'eliminazione delle barriere territoriali in campo tecnologico, in quanto è possibile oggi connettersi in tempo reale con persone in ogni parte del mondo, archiviare da remoto *file* tramite dispositivi fisici e lasciare "ovunque" tracce delle proprie attività *online*<sup>1</sup>. Tuttavia, l'a-territorialità del mondo digitale si scontra inevitabilmente con la realtà giuridica e territoriale degli Stati. L'utilizzo quotidiano di dispositivi collegati a Internet con accesso a servizi di diversa natura come *cloud*, messaggistica e molto altro, forniti da società con sedi e infrastrutture (*server*) per la memorizzazione di dati informatici dislocate in varie giurisdizioni, comporta, infatti, la necessità per le autorità di rapportarsi sempre più frequentemente con altri territori statali<sup>2</sup>. Da questi scenari interconnessi discende la possibilità di rinvenire all'estero tracce relative a qualsiasi tipologia di reato, attesa la sempre più frequente delocalizzazione delle prove elettroniche (c.d. *e-evidence*); da intendersi con quest'ultimo concetto «qualsiasi dato memorizzato o trasmesso usando un dispositivo o la rete Internet che supporta o respinge una teoria su come è avvenuto un fatto offensivo o individua elementi critici dell'offesa»<sup>3</sup>. Quello delineato rappresenta un contesto che importa la conseguenza per gli Stati di dover esercitare la propria giurisdizione oltre frontiera, e in particolare la giurisdizione investigativa (la c.d. *investigative jurisdiction*), quale

---

<sup>1</sup> Tali tracce includono, ad esempio, dati personali, registrazioni di indirizzi IP associate alle connessioni effettuate, *log* di accesso a siti *web* e servizi *online*, informazioni di geolocalizzazione e molto altro.

<sup>2</sup> Per approfondimenti F. SPIEZIA, *Minaccia cibernetica e nuovi paradigmi della cooperazione giudiziaria internazionale: il ruolo di Eurojust*, in *Sistema Penale*, 2023, pp. 1-41.

<sup>3</sup> P. PALMIERI, *L'acquisizione delle prove elettroniche, la voluntary disclosure dei providers, e l'ordine europeo di produzione e conservazione dell'e-evidence in materia penale*, in *Filodiritto*, 2021, II, n. 2, pp. 129-145.



possibile sottocategoria dell'*enforcement jurisdiction*<sup>4</sup>. Tuttavia, l'esercizio della giurisdizione esecutiva storicamente rappresenta un potere strettamente territoriale dello Stato e un esercizio oltre i confini geografici in assenza di una regola permissiva di natura consuetudinaria o pattizia configura una violazione del principio di sovranità territoriale<sup>5</sup>. Per comprendere le sfide giurisdizionali nell'ambito digitale è possibile considerare tre diversi scenari: è chiaro figurarsi la violazione del principio di territorialità nel caso in cui le autorità di uno Stato si rechino fisicamente in un altro Paese per l'acquisizione di elementi utili alle indagini; ma qualcosa di diverso sembrerebbe essere l'accesso da remoto ai dati digitali, e ancor più complessa sembra la valutazione di una possibile violazione nel caso in cui vi sia la condivisione di informazioni digitali da parte di entità private nei confronti di autorità estere. Si tratta di sfide significative per le autorità, che prima della digitalizzazione si trovavano nella maggior parte dei casi a ricercare le fonti di prova nella stessa giurisdizione in cui il reato era commesso<sup>6</sup>. Questi scenari importano, pertanto, la necessità di dover bilanciare l'urgenza di acquisire prove elettroniche - ontologicamente fragili e volatili in relazione alla loro capacità di transitare repentinamente da un luogo all'altro<sup>7</sup> - con l'obbligo di rispettare i confini giurisdizionali e le norme generali di diritto internazionale. Di conseguenza, i meccanismi di cooperazione internazionale hanno assunto un ruolo cruciale nei procedimenti penali e, parimenti, ha assunto notevole rilevanza anche il fattore temporale. Eppure, come rilevato già nel 2014 dal *Cybercrime Convention Committee* (T-CY)<sup>8</sup>, i meccanismi di mutua assistenza giudiziaria sono considerati inefficienti, soprattutto con riferimento all'ottenimento delle *e-evidence*, considerando che richieste di cooperazione giudiziaria possono richiedere tempistiche dai sei a ventiquattro mesi. «Un problema che influisce

---

<sup>4</sup> Non vi è, all'attualità, condivisione in dottrina rispetto a questa ripartizione. In favore di questa distinzione, abbracciata in questo contributo, si vedano R.J. CURRIE, *Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the "Next Frontier?"*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2017, pp. 10-11; D. SVANTESSON, *Preliminary Report: Law Enforcement Cross-Border Access to Data*, SSRN, 2016, pp. 1-17, reperibile in <https://ssrn.com/abstract=2874238>, ultima consultazione 9.10.2024; D. SVANTESSON, F. GERRY, *Access to extraterritorial evidence: The Microsoft cloud case and beyond*, in *Computer Law & Security Review*, 2015, XXXI, pp. 478-489. Uno degli argomenti a favore dell'autonomia della *jurisdiction to investigate* vede il riferimento alla circostanza per cui uno Stato potrebbe voler indagare su una determinata questione senza poi necessariamente esercitare la *jurisdiction to enforce*.

<sup>5</sup> CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE, *S.S. Lotus* (Francia c. Turchia), 7 settembre 1927.

<sup>6</sup> A.K. WOODS, *Mutual Legal Assistance in the Digital Age*, in *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, a cura di D. Gray, S. E. Henderson, Cambridge, 2017, pp. 660 ss.

<sup>7</sup> G. SOANA, *L'accesso transfrontaliero alla prova informatica. Oltre il principio di territorialità*, in *Rivista semestrale di diritto*, 2020, II, pp. 254-271.

<sup>8</sup> Il *Cybercrime Convention Committee* (T-CY) rappresenta gli Stati Parte della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica e, con riferimento a quanto previsto dall'articolo 46 della Convenzione, le consultazioni di questo organismo mirano a facilitare l'uso efficace e l'attuazione della Convenzione, mediante lo scambio di informazioni e la valutazione di eventuali futuri emendamenti.

negativamente sull'obbligo dei governi di proteggere la società e gli individui contro la criminalità informatica e altri reati che coinvolgono le *e-evidence*»<sup>9</sup>.

2. *L'evoluzione dei meccanismi di cooperazione: dalla mutua assistenza giudiziaria alla voluntary disclosure.* – Per soddisfare l'esigenza di acquisire all'estero elementi probatori utili alle indagini e ai processi penali, nel rispetto dei principi e delle regole di diritto internazionale, gli Stati sovente stipulano accordi bilaterali e multilaterali: i Trattati di mutua assistenza giudiziaria (*Mutual Legal Assistance Treaties* – MLAT). A livello multilaterale, benché su scala regionale, il Consiglio d'Europa si è da sempre adoperato nella negoziazione di specifiche clausole di cooperazione in convenzioni destinate alla repressione di determinate condotte criminose (c.d. *Suppression Convention*<sup>10</sup>), oltre che ad elaborare specifici accordi internazionali destinati a favorire la cooperazione internazionale in queste materie. Uno storico esempio è rappresentato dalla Convenzione europea sulla Mutua Assistenza Giudiziaria in materia penale del 1959<sup>11</sup>. Si tratta di un accordo multilaterale che ha delineato anche l'istituto della rogatoria internazionale, ancora oggi utilizzato in situazioni in cui tra Paesi non esistono accordi più specifici o moderni. Nonostante la sua diffusa applicazione a livello globale, la rogatoria ha mostrato negli anni punti di debolezza, specialmente in seguito all'avvento delle tecnologie digitali e, al pari degli altri meccanismi di cooperazione giudiziaria più tradizionali, si è rivelato un sistema troppo lento e complesso per l'acquisizione delle *e-evidence*<sup>12</sup>. Posto che in sistemi più integrati come l'Unione Europea sono stati sviluppati nel tempo strumenti più rapidi e flessibili come, ad esempio, l'Ordine Europeo di Indagine (OEI)<sup>13</sup>, deve comunque essere considerato che quando si tratta di fornitori di servizi ci si rapporta molto spesso con territori *extra*-europei, sicché si è iniziata ad avvertire la necessità di nuovi istituti internazionali in materia. In risposta a queste limitazioni si è resa necessaria l'elaborazione di una nuova Convenzione e nel 1996, sempre a livello del Consiglio d'Europa, sono iniziati i lavori per concludere un nuovo accordo multilaterale: una Convenzione sulla criminalità informatica. Questo strumento, conosciuto come Convenzione di Budapest del 2001, è entrato in vigore nel 2004 per far fronte a una duplice necessità: istituire una nuova *Suppression Convention* riguardante il fenomeno transnazionale della criminalità informatica; e

---

<sup>9</sup> CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE, *T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime*, adottato alla 12a Plenaria (2-3 dicembre 2014), p. 123. Si veda in particolare la conclusione 1.

<sup>10</sup> C. PONTI, *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 14-22.

<sup>11</sup> COUNCIL OF EUROPE, *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, ETS No.030,20/04/1959, reperibile in <https://www.coe.int/en/web/conventions/-/council-of-europe-european-convention-on-mutual-assistance-in-criminal-matters-ets-no-030-translations>, data ultima consultazione 1.10.2024.

<sup>12</sup> N. ALLAHRAKHA *Addressing Barriers to Cross-Border Collection of E-Evidence in Criminal Investigations*, in *International Journal of Law and Policy*, 2024, II, n. 6, pp. 1-9.

<sup>13</sup> C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n.149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *La legislazione penale*, 2017, pp. 1-36.

regolamentare nuovi istituti di cooperazione internazionale per la raccolta di *e-evidence* relative a qualsiasi tipo di reato. Nel corso degli anni, oltre a questo strumento, ed anche sulla scia di alcune disposizioni in esso contenute e che verranno trattate nel prossimo paragrafo, si è, inoltre, iniziata a diffondere e rafforzare un'inedita prassi che vede la cooperazione diretta transfrontaliera tra le autorità statali e alcuni soggetti terzi: i fornitori di servizi<sup>14</sup>. Una pratica che assicura un maggiore celerità in fase investigativa, soprattutto in considerazione del ruolo in prima linea nel settore tecnologico assunto da questi nuovi soggetti. I fornitori di servizi sono, infatti, identificati come «qualsiasi entità pubblica o privata che fornisce agli utenti del suo servizio la capacità di comunicare per mezzo di un sistema informatico e qualsiasi altra entità che elabora o memorizza dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o degli utenti di tale servizio»<sup>15</sup>. Si tratta, dunque, di entità stabilite in diversi Stati che, in ragione dei servizi che offrono, si trovano inevitabilmente nella disponibilità di grandi quantità di dati digitali associati agli utenti. La cooperazione diretta si è iniziata a diffondere in via informale, sulla base di politiche interne delle stesse società (c.d. *voluntary disclosure*). Pertanto, è rimessa ai fornitori di servizi la valutazione dell'opportunità di collaborare o meno con le autorità estere che presentino loro delle richieste di divulgazione di *e-evidence*<sup>16</sup>. Quello illustrato è divenuto, tuttavia, uno scenario che ha dato origine inevitabilmente a una situazione di incertezza e confusione giuridica<sup>17</sup>, aprendo anche la strada a possibili conflitti tra giurisdizioni, oltre che a situazioni di particolare vulnerabilità per la tutela dei diritti degli individui coinvolti.

3. *I meccanismi di cooperazione previsti nella Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica del 2001*. – La Convenzione di Budapest già menzionata rappresenta dunque il primo e il più rilevante strumento internazionale multilaterale ad aver regolamentato nuovi istituti *ad hoc* per questi ambiti. Aperto anche all'adesione di Stati non Membri del Consiglio d'Europa, questo accordo internazionale ha ottenuto un ampio consenso, con ratifica anche da parte del Canada, Giappone, e alcuni Paesi del sud-America, oltre che degli USA; con partecipazione attiva di questi Paesi agli sviluppi del sistema ivi delineato<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> M. DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, V, n. 3, pp. 1277-1296, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971417005>, data ultima consultazione 1.10.2024.

<sup>15</sup> Definizione offerta dall'art. 1, par. 1, lett. c) della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, Consiglio d'Europa, 23 novembre 2001, reperibile in <https://rm.coe.int/1680081561>, data ultima consultazione 2.10.2024.

<sup>16</sup> S. SIGNORATO, *Le indagini digitali: profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, p. 160, nota 84.

<sup>17</sup> SOANA, *L'accesso transfrontaliero*, cit., p. 255.

<sup>18</sup> Si veda in merito all'impatto globale della Convenzione di Budapest, CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE (T-CY), *The Budapest Convention on Cybercrime: benefits and impact in practice*, 2020, reperibile in <https://rm.coe.int/t-cy-2020-16-bc-benefits-rep-provisional/16809ef6ac>, data ultima consultazione 6.10.2024.

Focalizzandosi ora sui meccanismi previsti, occorre preliminarmente rilevare che, per quanto concerne le misure di cooperazione internazionale per le *e-evidence*, la Convenzione di Budapest ha introdotto principalmente meccanismi di mutua assistenza giudiziaria da attuare nel rapporto tra pubbliche autorità di diversi Stati: dalla conservazione rapida di dati informatici archiviati, all'assistenza reciproca riguardante l'accesso ai dati informatici archiviati per assicurare la rapida acquisizione etc. Tuttavia, delle vere e proprie eccezioni al paradigma classico della cooperazione internazionale sono rinvenibili nell'art. 32 della Convenzione, rubricato «*Trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available*», all'interno del quale è possibile rilevare due differenti contenuti. Da un lato la lettera a), in cui viene riconosciuto il libero accesso ai dati informatici pubblicamente disponibili in rete, senza dover presentare alcuna richiesta ad autorità estere<sup>19</sup>; atteso che, trattandosi di una fonte aperta e accessibile a tutti, il regime giuridico applicato a questi dati risulta differente rispetto alle tradizionali regole di giurisdizione e prescinde alla loro conservazione o effettiva ubicazione geografica nel sistema delle ICT. Dall'altro, la lettera b), in cui viene prevista la possibilità di non richiedere alcuna autorizzazione statale per l'acquisizione transfrontaliera di *e-evidence* nel caso in cui vi sia il «consenso legittimo e volontario della persona che ha l'autorità legale di divulgare i dati a quella Parte», potendo intendere con questo concetto anche il consenso legale e volontario di chi gestisce i servizi cui i dati si ricollegano<sup>20</sup>. Viene quindi inserito per la prima volta in una Convenzione relativa alla cooperazione internazionale un meccanismo che ammette l'esercizio unilaterale transfrontaliero del potere investigativo<sup>21</sup>. Una previsione innovativa, in quanto anche volta ad offrire una prima (seppur molto generica) base giuridica per la più rapida pratica della cooperazione diretta transfrontaliera: benché i dati si trovino fisicamente nell'altrui territorio non vi è alcuna richiesta di cooperazione nei confronti delle autorità estere. Tra le diverse criticità sollevate rispetto all'applicazione in

---

<sup>19</sup> CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE (T-CY), *Guidance Note #3 Transborder access to data (Article 32)*, 2014, p. 4, reperibile in <https://rm.coe.int/16802e726a>, data ultima consultazione 1.10.2024. Nel documento è esplicitamente indicato che «i funzionari delle forze dell'ordine possono accedere a qualsiasi dato a cui il pubblico può accedere, e a questo scopo possono abbonarsi o registrarsi per servizi disponibili al pubblico».

<sup>20</sup> Si veda l'*Explanatory Report* della Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa, 23 novembre 2001, par. 294, reperibile in <https://rm.coe.int/16800cc25b>, data ultima consultazione 11.10.2024. Sul punto viene specificato che «Chi sia una persona "legalmente autorizzata" a divulgare dati può variare a seconda delle circostanze, della natura della persona e della legge applicabile in questione. Per esempio, l'e-mail di una persona può essere archiviata in un altro paese da un fornitore di servizi o una persona può intenzionalmente archiviare dati in un altro paese. Queste persone possono recuperare i dati e, a condizione che abbiano l'autorità legale, possono volontariamente divulgare i dati alle autorità di polizia o permettere a tali funzionari di accedere ai dati, come previsto nell'Articolo».

<sup>21</sup> Il titolo di legittimazione all'esercizio extra-frontaliero della giurisdizione sarebbe in tal caso rappresentato in via preventiva in occasione della ratifica della Convenzione, come rilevato da G.M. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi internazionali e norme interne di adattamento*, in *La comunità internazionale*, 2016, LXXI, n. 2, pp. 183-201.

concreto di tale previsione, oltre alla questione del regime giuridico sul consenso che dovesse applicarsi al soggetto legittimato a divulgare i dati<sup>22</sup>, vi è anche la carenza di una specifica forma per la presentazione delle richieste. Difatti, sebbene interessante, questo tentativo di regolamentazione presenta lacune e disomogeneità, potendo essere soggetto a interpretazioni differenti in contesti giuridici diversi. Lo stesso *Explanatory Report* della Convenzione ammetteva l'impossibilità di prevedere un regime completo e giuridicamente vincolante in quest'area in ragione della mancanza, al tempo, di esperienze concrete in materia<sup>23</sup>. Sempre con riferimento ai primi istituti in materia di cooperazione diretta con i fornitori di servizi, appare fondamentale ricordare il meccanismo inserito nell'art. 18 della Convenzione, relativo agli ordini di produzione. Tale istituto, inserito tra le misure volte a regolamentare l'esercizio dei poteri procedurali nazionali delle Parti, consente alle autorità competenti, rispettivamente, di poter ordinare a una persona nel loro territorio di fornire specifici dati informatici archiviati, ovvero, a un fornitore che offre i suoi servizi nel territorio della Parte di presentare le informazioni sugli abbonati (*subscriber information*). A differenza del meccanismo di cui all'art. 32(b) già trattato, infatti, l'articolo 18 fa espresso riferimento a un'ipotesi di richiesta diretta ai fornitori di servizi, motivo per cui si è discusso a lungo della possibilità del suo utilizzo quale base giuridica per la pratica transfrontaliera. Benché sia previsto un collegamento territoriale, questo non è relativo alla sede del fornitore o all'ubicazione dei *server* e delle *e-evidence* che conserva, ma alla prestazione di servizi in un determinato territorio. Va inoltre sottolineato che il meccanismo di cui all'art. 18 è relativo esclusivamente alle informazioni sugli abbonati, descritte nei documenti ufficiali del Consiglio d'Europa come «il dato più spesso ricercato nelle indagini penali»<sup>24</sup>. È poi il paragrafo 3 dell'articolo 18 a definire le informazioni sugli abbonati, includendo sostanzialmente qualsiasi dato posseduto dal fornitore di servizi

---

<sup>22</sup> CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE (T-CY), *Guidance Note #3 Transborder access to data (Article 32)*, adottata alla 12a Plenaria del T-CY (2-3 dicembre 2014), reperibile in <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e726a>, ultima consultazione 2.10.2024. Nel documento, dopo aver riconosciuto che l'articolo 32(b) rappresenta un'eccezione al principio di territorialità permettendo l'accesso transfrontaliero unilaterale senza la necessità di assistenza giudiziaria reciproca (seppur relativamente a circostanze limitate), viene affrontata la questione del consenso. Con riferimento ai fornitori di servizi viene indicato che: «è improbabile che i fornitori di servizi possano acconsentire validamente e volontariamente alla divulgazione dei dati dei loro utenti ai sensi dell'Articolo 32. Normalmente, i fornitori di servizi saranno solo detentori di tali dati; non controlleranno né possederanno i dati, e quindi non saranno in grado di acconsentire validamente». Sostanzialmente, la Guidance Note del 2014 offre una visione diversa rispetto a quella espressa nell'*Explanatory Report*, citato nella nota 21. e cerca di circoscrivere la portata dell'articolo 32(b) affermando che è "improbabile" che i fornitori di servizi possano dare un consenso valido; sfumando ancor più i contorni della materia e ciò sicuramente in considerazione delle preoccupazioni sollevate in quegli anni riguardo a questa pratica.

<sup>23</sup> *Explanatory Report* della Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa, 23 novembre 2001, par. 293, reperibile in <https://rm.coe.int/16800ce5b>, data ultima consultazione 11.10.2024.

<sup>24</sup> CYBERCRIME CONVENTION COMMITTEE (T-CY), *Guidance Note #10 Production orders for subscriber information (Article 18 Budapest Convention)*, 1 marzo 2017, p. 3, reperibile in <https://rm.coe.int/16806f943e>, data ultima consultazione 11.10.2024.

rispetto ai propri utenti, con esclusione espressa dei dati sul traffico e dei dati di contenuto. Qualche coordinata più puntuale è offerta con la successiva specificazione per cui esse possono includere i dati del servizio, i dati personali dell'abbonato come identità, indirizzi, contatti e informazioni di pagamento ed anche le informazioni sull'installazione dell'apparecchiatura, se previste dal contratto. Come emerge da quanto illustrato, anche in questo caso la formulazione è risultata ambigua e poco definita, aprendo la strada a numerose perplessità relativamente ai contorni giuridici di questo istituto e al ruolo dei fornitori di servizi, i quali sono risultati essere sempre più coinvolti nelle indagini relative alle *e-evidence*, trovandosi a dover bilanciare il rispetto delle norme nazionali sulla protezione dei dati con l'importanza e l'urgenza degli ordini di produzione di dati provenienti dall'estero<sup>25</sup>. Nonostante l'innovatività sottesa alle disposizioni trattate, la loro effettiva applicazione ha creato incertezze, al punto che nel 2016 diversi Paesi europei si sono mostrati preoccupati per la spinta verso la cooperazione diretta con i fornitori di servizi come di norma, piuttosto che utilizzare i canali dell'assistenza legale reciproca<sup>26</sup>. Ed è proprio nella consapevolezza dei necessari adattamenti alla materia che gli stessi sottoscrittori della Convenzione avevano rimandato ulteriori discussioni in ordine a meccanismi simili, in un momento in cui vi sarebbe stata più esperienza sul tema dell'accesso unilaterale.

4. *Gli articoli 6, 7 e 8 del Secondo Protocollo Addizionale sulla cooperazione rafforzata e la divulgazione delle prove elettroniche.* – Seppur nel mese di agosto 2024 sia stato raggiunto un accordo a livello delle Nazioni Unite nel corso dell'ultima sessione di negoziati dell'*ad hoc committee* per l'adozione del testo della Convenzione sulla criminalità informatica, il Consiglio d'Europa e la regolamentazione contenuta nella Convenzione di Budapest continuano a rivestire un ruolo cruciale a livello internazionale da oltre vent'anni. Il *Cybercrime Convention Committee* (T-CY), in qualità di organismo di rappresentanti degli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Budapest, ha continuato a discutere in ordine alle nuove politiche dell'uso della tecnologia e a prospettare possibili emendamenti dell'accordo multilaterale, sia per quanto concerne il tema della cybercriminalità che la cooperazione per le *e-evidence*. A tal proposito vengono in rilievo le negoziati per il Secondo Protocollo Addizionale, volte a raggiungere una regolamentazione comune proprio sul tema della cooperazione internazionale per le *e-evidence*, assicurando strumenti sempre più moderni e rapidi. Tale Protocollo, nonostante i ritardi nelle negoziati a causa anche della pandemia da COVID-19, è stato aperto alla sottoscrizione degli Stati nel maggio 2022 ed è

---

<sup>25</sup> P. DE HERT, C. PARLAR, J. SAJFERT, *The Cybercrime Convention Committee's 2017 Guidance Note on Production Orders: Unilateralist Transborder Access to Electronic Evidence Promoted Via Soft Law*, in *Computer Law and Security Review*, 2018, 34/2, p. 334.

<sup>26</sup> Nel corso dei lavori e le consultazioni per l'adozione della *Guidance Note* citata nella nota 25.

attualmente in attesa di entrare in vigore a seguito delle prime 5 ratifiche<sup>27</sup>. Il testo si presenta articolato in diverse sezioni, distinguendo tra misure di cooperazione da attuare tra soggetti differenti. Esso include, infatti, una sezione relativa alla cooperazione diretta con entità private, e anche una sezione relativa alle forme di cooperazione internazionale rafforzata tra autorità per la divulgazione di dati memorizzati. Specificatamente, sono gli articoli 6 e 7 ad offrire le nuove basi giuridiche per la cooperazione diretta transfrontaliera tra pubbliche autorità e *service providers* all'estero (purché chiaramente sempre in Stati che ratificheranno il Protocollo). L'articolo 6 persegue questo scopo introducendo un meccanismo di cooperazione diretta transfrontaliera per le richieste di informazioni sui nomi di dominio (*domain name*), da presentare ai fornitori di servizi che si trovino nel territorio di un'altra Parte. In tal senso, al fine di accelerare le procedure, il Protocollo richiede che ogni Parte adotti misure per consentire alle entità nel suo territorio di divulgare tali informazioni in risposta a tali richieste, che tuttavia, non sono vincolanti (*voluntary disclosure*). Tutt'al più, in caso di mancata collaborazione è previsto che lo Stato possa richiederne le motivazioni al fornitore di servizi, consultando eventualmente anche la Parte in cui ha sede per valutare le misure disponibili al fine di ottenere le informazioni. In modo simile, l'art. 7 prevede una procedura di cooperazione diretta transfrontaliera con i fornitori di servizi per l'ottenimento di informazioni sugli abbonati (*subscriber information*). Si ricorderà che è l'articolo 18 della Convenzione di Budapest a definire la portata del concetto di informazioni sugli abbonati, oltre che a prevedere già un meccanismo di richiesta per l'ottenimento diretto di queste *e-evidence*. Tuttavia, il nuovo articolo 7 supera la portata dell'Articolo 18 della Convenzione di Budapest, eliminando del tutto il collegamento territoriale tra lo Stato richiedente e il fornitore<sup>28</sup> ed anche prevedendo una serie di requisiti per le richieste al fine di garantire una maggiore tutela dei soggetti interessati. Eppure, l'aspetto di maggiore rilievo nella nuova previsione, che differenzia in modo significativo il meccanismo di cui all'art. 7 sia dall'art. 18 della Convenzione di Budapest, che dal nuovo articolo 6 per le richieste di nomi di dominio, è relativo al fatto che le richieste di divulgazione di prove elettroniche in questo caso prevedono anche specifici meccanismi di *enforcement*; sicché la collaborazione non è più solo

---

<sup>27</sup> Risultando finora sottoscritto da 47 Stati, tra Paesi Membri e non Membri del Consiglio d'Europa e ratificato da Serbia e Giappone. CONSIGLIO D'EUROPA, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 224*, reperibile in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=224>, data ultima consultazione 2.10.2024.

<sup>28</sup> Si ricordi che l'articolo 18, paragrafo 1, lett. b) della Convenzione di Budapest indica «*a service provider offering its services in the territory of the Party*», sicché il collegamento viene individuato nella fornitura del servizio e pertanto, anche con questa formulazione le richieste potevano essere transfrontaliere.

rimessa alla volontà dei fornitori di servizi (*voluntary disclosure*)<sup>29</sup>. Se il fornitore di servizi non ottempera alla richiesta di divulgazione presentata in via diretta nei suoi confronti, è possibile per lo Stato richiedente ricorrere al meccanismo di cooperazione tra pubbliche autorità di cui all'art. 8 del Protocollo Aggiuntivo o ad altre forme di assistenza reciproca<sup>30</sup>. Tale istituto di cooperazione internazionale tra pubbliche autorità, come si rileva dalla rubrica dell'articolo, è infatti preposto a «*giving effect to orders from another Party for expedited production of subscriber information and traffic data*»<sup>31</sup> stabilendo una procedura di accelerata per rendere vincolanti le richieste dirette precedentemente presentate. La cooperazione diretta transfrontaliera con i fornitori di servizi, pertanto, non risulta più una mera pratica basata sulla libera collaborazione rimessa in capo all'azienda, essendo adesso possibile l'attuazione di un meccanismo successivo per l'ottemperamento della richiesta estera nello Stato in cui il fornitore si trova. In tal senso, nei limiti delineati dall'istituto (quindi con riferimento alle *subscriber information* e i *traffic data*) le entità che operano servizi digitali non potranno limitarsi a dichiarare di non voler divulgare le prove elettroniche o non rispondere alle richieste di divulgazione presentate nei loro confronti entro i termini previsti, accelerando ulteriormente le tempistiche in questi ambiti. Il funzionamento di questi meccanismi, oltre che di interesse ai fini della valutazione della maggiore celerità che assicurano, appare di rilievo anche per riflettere in generale sul loro impatto rispetto al contesto giuridico internazionale delineato in apertura. L'esercizio transfrontaliero dell'attività investigativa risulta oggi sicuramente reso più flessibile grazie a questi nuovi strumenti e alle pratiche di cooperazione diretta diffusosi ma, come dimostra il meccanismo di cui all'art. 8, l'esercizio effettivo della giurisdizione esecutiva resiste a queste aperture e non può essere esercitato extra-territorialmente<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> G. DALIA, *La Natura Transnazionale della Digital Evidence tra Richieste di Cooperazione e Pretese di Sovranità*, in *i-lex - Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, 2023, XVI n.1, pp. 37-48; C. PIROZZOLI, *Acquisizione del subscriber data: dalla Convenzione di Budapest al Protocollo addizionale (art. 7)*, in *Diritto penale e processo, Speciale Cybercrime*, 2022, VIII, pp. 1045-1049.

<sup>30</sup> Occorre rilevare, infatti, che il Protocollo non elimina né limita alcuna cooperazione tra le Parti o tra le Parti ed entità private che sia altrimenti disponibile – sia attraverso accordi applicabili, intese, leggi nazionali o anche pratiche informali.

<sup>31</sup> È importante ora rilevare anche la differenza di trattamento dei *traffic data* tra la Convenzione di Budapest e il Secondo Protocollo Addizionale. La Convenzione, nell'articolo 20, prevedeva la raccolta in tempo reale di *traffic data*, anche mediante richiesta ai fornitori di servizi, ma limitatamente all'ambito nazionale, senza contemplare espressamente un meccanismo per la richiesta transfrontaliera diretta di questi dati. Il Secondo Protocollo Addizionale, con l'articolo 8, introduce invece una procedura per dare effetto agli ordini tra le Parti per la produzione accelerata di *traffic data* in un contesto transnazionale. Tuttavia, a differenza di quanto previsto per le *subscriber information* (art. 7), il Protocollo non introduce un meccanismo di richiesta diretta transfrontaliera ai fornitori di servizi per i *traffic data*. Questa distinzione nel trattamento delle diverse tipologie di dati solleva interrogativi sulle ragioni di tale approccio differenziato e sulle sue possibili implicazioni pratiche. Sarà dunque fondamentale valutare attentamente lo sviluppo e l'applicazione di questi meccanismi nella prassi, considerando le apparenti incongruità.

<sup>32</sup> Se nel 2016 veniva definita come interessante la distinzione tra *investigative jurisdiction* ed *enforcement jurisdiction*, ma risultavano carenti elementi nella prassi rispetto a questa distinzione,



4.1. *Il bilanciamento tra efficienza temporale e tutela dei diritti.* – A prescindere dai possibili sviluppi che deriveranno nella prassi grazie all'entrata in vigore del Protocollo Addizionale, nuovi meccanismi di cooperazione internazionale più completi e con contorni più chiari risultavano ormai necessari. L'esigenza di celerità che si è discussa all'inizio del contributo è, infatti, esponenzialmente aumentata nel tempo, in considerazione del volume sempre più frequente delle richieste di *e-evidence* di rilievo per indagini e procedimenti penali<sup>33</sup>. Sulla scia di queste considerazioni, dopo aver trattato in via generale degli istituti inseriti nel Protocollo, e aver sottolineato la maggiore celerità che assicurano nel contesto dell'acquisizione transfrontaliera, occorre ora trattare del bilanciamento sotteso a queste novità. Sebbene la collaborazione diretta assicuri una maggiore rapidità, essa solleva il problema della privatizzazione della tutela dei diritti<sup>34</sup> a causa delle minori garanzie rispetto ai classici meccanismi di cooperazione tra parti pubbliche. Il Protocollo affronta questa tematica operando un doppio bilanciamento: da un lato prevede l'implementazione di questi meccanismi più snelli e diretti solo per alcuni tipi di prove elettroniche considerate meno invasive (si vedrà, infatti, che non sono inclusi i c.d. dati di contenuto); e dall'altro, indica le specifiche modalità di richiesta, cercando di mantenere un equilibrio tra efficienza investigativa e protezione dei diritti fondamentali. Partendo dalla possibilità di richiedere direttamente ai fornitori di servizi i nomi di dominio, deve essere considerato che con questo concetto si intendono i dati relativi al soggetto che ha effettuato la registrazione di un determinato dominio (quale informazione in ordine alfabetico, come esempio.com, associata a una serie di dati che permettono di risalire al responsabile del servizio, sito o contenuto associato, come il nome del registrante, e-mail etc.). Si tratta di informazioni che fino a qualche tempo fa erano addirittura pubblicamente accessibili attraverso sistemi come il WHOIS, che ha subito profonde trasformazioni per essere adattato alla crescente tutela della sfera privata; sicché oggi la registrazione e la gestione dei nomi di dominio sono regolate da un sistema gerarchico internazionale, supervisionato dall'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Quelle associate ai nomi di dominio sono informazioni che possono rivelarsi cruciali per le indagini relative ad attività illecite online, e la loro divulgazione può permettere l'identificazione di potenziali indirizzi sospetti o connessioni tra attività online illecite. Oltre al fatto che è stata circoscritta la portata di questo meccanismo di cooperazione a queste informazioni, l'ulteriore

---

come rilevato da RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale*, cit., p. 186, questa differenza di approcci delineata rafforza una distinzione crescente tra i criteri e le logiche della giurisdizione investigativa rispetto a quella esecutiva.

<sup>33</sup> Come rilevato da SPIEZIA, *Minaccia cibernetica*, cit., p. 16 la richiesta di «*e-evidence* è rilevante in circa 85% del totale delle indagini penali; inoltre, in quasi il 65% delle indagini dove viene in rilievo l'esigenza di acquisire una prova elettronica, occorre una richiesta ad un *service provider across borders* (basato in altra giurisdizione). Combinando le due percentuali risulta che il 55% di tutte le indagini include una richiesta per *cross-border access e-evidence*».

<sup>34</sup> DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali*, cit., p. 1288.

bilanciamento tra esigenza investigativa e tutela dei diritti individuali è rinvenibile nel procedimento di richiesta delineato nell'articolo 6. Invero, ogni domanda di acquisizione deve includere: i dettagli identificativi dell'autorità richiedente; le specifiche precise sul nome di dominio e sulle informazioni richieste; una dichiarazione che attesti la necessità e la pertinenza delle informazioni per una specifica indagine penale; le istruzioni procedurali. Un approccio volto ad assicurare che le richieste siano mirate e proporzionate, evitando indagini a largo spettro, garantendo altresì la possibilità di un controllo procedurale. Un bilanciamento simile sembra essere stato operato anche con riferimento alle richieste dirette di cooperazione transfrontaliera per l'acquisizione delle informazioni sui sottoscrittori di un servizio (*subscriber information*). Seppur, come detto in occasione del riferimento all'articolo 18 della Convenzione di Budapest, si tratti di una categoria più ampia rispetto ai nomi di dominio - anche perché riferita generalmente a qualsiasi tipo di servizio - nei documenti ufficiali del Consiglio d'Europa viene affermato che anche in questo caso «non si tratti di dati particolarmente incisivi sulla vita privata degli interessati, poiché nulla dicono circa abitudini o altre scelte personali». Pertanto, anche per queste richieste viene bilanciata l'esigenza di celerità investigativa con una base giuridica sovranazionale che prevede l'indicazione puntuale dei contenuti delle richieste. In realtà, l'oggettivazione dei requisiti delle richieste non offre solo maggiori garanzie in favore dei soggetti interessati, ma offre anche una tutela nei confronti dei *service providers* esteri, che si troveranno a divulgare i dati in questione in forza di meccanismi più strutturati. L'ulteriore bilanciamento operato è relativo all'inserimento della misura di cui all'art. 8, che permette, come visto, di instaurare un sistema progressivo di cooperazione, sfruttando inizialmente la rapidità del paradigma della cooperazione diretta transfrontaliera, ed eventualmente di instaurare la cooperazione tra pubbliche autorità, cercando di accelerare anche quest'ultima. In tal senso, a livello internazionale si fa riferimento a un *paradigm shift* in questo settore<sup>35</sup>, in cui non viene rinnegata la cooperazione pubblica, ma a cui si affianca e, anzi, si cerca di anticipare una cooperazione in ambito penale tra attori pubblici e privati. Una tendenza recentemente confermata anche nel sistema dell'Unione Europea con la previsione di analoghi istituti<sup>36</sup>. Proprio con la consapevolezza di questa ormai consolidata tendenza, dei continui bilanciamenti risultano necessari, al fine di attuare nuove cornici legali nel rispetto dei diritti e degli avanzamenti tecnologici. Da ultimo, appare di interesse sottolineare che il Protocollo tenta di offrire nel suo

---

<sup>35</sup> S. TOSZA, *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, XLIII, pp. 1-9.

<sup>36</sup> A. SACHOULIDOU, *Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of 'judicial' cooperation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2024, pp. 1-19. Per approfondimenti in relazione all'Unione Europea si veda O. MARANDICI, Ș. MILICENCO, C. IORDAN, A. OGANESAN, *Transnational gathering of electronic evidences: challenges and perspectives in the European Union*, in *Revista Institutului Național al Justiției*, 2022, III (62), p. 54.

complesso un'impostazione di bilanciamento tra esigenze di repressione e tutela dei diritti, facendo anche esplicito riferimento ai dati personali. Sul punto, gli articoli 13 e 14, rispettivamente rubricati “*Conditions and safeguards*” e “*Protection of Personal Data*” prevedono non solo che le Parti della Convenzione assicurino tutte le tutele riconosciute dal proprio diritto interno, i diritti umani e le libertà fondamentali (quali valori fondanti del Consiglio d'Europa) ma è, altresì, enucleata una serie specifica di tutele da attuare in ordine alla protezione dei dati personali. Invero, l'art. 14, riflette in larga misura i principi del GDPR dell'Unione Europea<sup>37</sup>, e ciò è anche dovuto al ruolo attivo di questa organizzazione sovranazionale alle negoziazioni per il Secondo Protocollo Addizionale<sup>38</sup>. Questa impostazione di garanzie e tutele generale assume particolare rilievo oggi, atteso l'impegno di questa organizzazione nel corso dei lavori per un'analogha convenzione a livello delle Nazioni Unite, che ha portato a insistere per l'inserimento nel nuovo testo di diverse garanzie per i diritti umani (aspetto sul quale vi era un forte disaccordo) e al raggiungimento di una sostanziale riproduzione della Convenzione di Budapest in relazione a molti aspetti.

5. *Limiti e prospettive della nuova disciplina.* – Nonostante gli sforzi compiuti dagli Stati nelle negoziazioni per l'approvazione del Secondo Protocollo Addizionale in argomento, vengono in rilievo alcune criticità e limitazioni, che mettono in luce la complessità del tema, oltre che la necessità di continui sviluppi in questo campo. Il sistema delineato dal Consiglio d'Europa introduce meccanismi nuovi e specifici senza, tuttavia, affrontare in modo complessivo e armonizzato il concetto di prova elettronica<sup>39</sup>. Le uniche (e frammentarie) definizioni sono quelle di: *computer data*, *traffic data* e *subscriber information*. Invero, la definizione di *computer data*, contenuta nell'art. 1(b) della Convenzione di Budapest, è particolarmente ampia e costituisce piuttosto la base su cui si fondano le altre categorie di dati considerate: i *traffic data* definiti nell'art. 1(d) e le *subscriber information* che, come più volte ricordato, sono indicate nell'art. 18 paragrafo 3. Tuttavia, oltre a queste indicazioni talvolta è anche apparso nei documenti e nei testi ufficiali dei lavori del Consiglio d'Europa il concetto di *content data*; individuato come una delle tre categorie di dati che rileva in casi di

---

<sup>37</sup> Per un'analisi dettagliata della relazione tra l'art. 14 del Secondo Protocollo e i principi del GDPR, nonché per una discussione critica sulle possibili implicazioni per la protezione dei dati personali nell'UE, si veda M. BUCCARELLA, *Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest e le nuove frontiere della cooperazione internazionale in ambito digitale. Quali rischi per la protezione dei dati personali nell'Unione europea?*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, pp. 184-203.

<sup>38</sup> Si ricordi che l'Unione Europea è riconosciuta come Membro Osservatore della Convenzione di Budapest e per questo prende parte alle attività del *Convention Committee*. Inoltre, gli Stati Membri sono anche Stati Parte della Convenzione. Per tali motivi la Commissione europea inviava nel febbraio 2019 una raccomandazione al Consiglio richiedendo un mandato per negoziare in favore dell'Unione le disposizioni del nuovo Protocollo in seno al T-CY. Nella raccomandazione in argomento veniva addotta la motivazione della particolare comunanza di interessi tra l'UE e il CoE, oltre che la parziale sovrapposizione del nuovo Secondo Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione di Budapest con gli sviluppi della materia all'interno dell'UE. Si veda COM(2019) 71 final, p. 5-6.

<sup>39</sup> ALLAHRAKHA, *Addressing Barriers to Cross-Border Collection of E-Evidence*, cit., p. 5.

investigazioni digitali assieme alle *subscriber information* e i *traffic data*. Di dato di contenuto, però, la Convenzione di Budapest non offre specifiche definizioni se non indirettamente quando nell'articolo 18 par. 3 indica che le informazioni sui sottoscrittori di un servizio sono qualcosa di diverso rispetto ai dati sul traffico (*traffic data*) e ai dati di contenuto (*content data*); ed anche quando nell'articolo 21 intende come dati di contenuto quegli elementi ottenuti dalle conversazioni e comunicazioni intercettate. I dati di contenuto di rilievo nelle indagini penali oggi risultano essere non solo quelle informazioni legate al contenuto delle intercettazioni, rientrando potenzialmente in questa categoria anche tutto ciò che può essere archiviato digitalmente come testi, video, immagini o suoni. Si tratta chiaramente di una parte massiccia del problema legato al mondo digitale interconnesso in quanto anche questi possono essere conservati da remoto. Il nuovo Protocollo Addizionale tace rispetto a questi dati e non introduce nuove misure di cooperazione neppure tra pubbliche autorità, e ciò è sicuramente dovuto alla maggiore invasività che li caratterizza, atteso che, rispetto ai dati finora menzionati e trattati, questi contengono il contenuto effettivo della comunicazione piuttosto che i soli metadati o le informazioni sull'utente. Quello che appare di interesse, tuttavia, è che un approccio maggiormente integrato in tal senso è stato adottato nella *Draft United Nations Convention against Cybercrime*, approvata dall'*ad hoc committee* l'8 agosto 2024. Invero, nell'art. 2 relativo alle definizioni vengono esplicitati i concetti di dati sul traffico, informazioni sul sottoscrittore, dati di contenuto, ed altre ancora; sicché il nuovo strumento ONU sulla cybercriminalità rappresenta un interessante tentativo di sistematizzare le definizioni. Tuttavia, anche in questo caso è risultato necessario mantenere una certa flessibilità nelle sue formulazioni, ad esempio, aggiungendo elenchi esplicativi affiancati da frasi come «include ma non si limita a», lasciando spazio a interpretazioni più ampie. Un'apertura che, da un lato offre la flessibilità necessaria per adattarsi a future sfide tecnologiche ma, dall'altro potrebbe portare a nuove questioni interpretative e applicative tra Stati. Restano, dunque, da valutare gli sviluppi che si verificheranno nella materia o i limiti che si porranno nella prassi rispetto a questi strumenti. Sicuramente, il Consiglio d'Europa con la sua lunga tradizione in materia di repressione della minaccia *cyber* e di cooperazione per le *e-evidence*, continua ad offrire un contesto unico per l'armonizzazione delle norme in questi settori e il nuovo Protocollo Addizionale rafforza la volontà di continuare a progredire mantenendo un equilibrio tra efficacia investigativa e tutela dei diritti individuali.

6. *Conclusioni*. – L'analisi condotta in questo contributo ha evidenziato il ruolo cruciale del fattore temporale nell'evoluzione del quadro normativo relativo all'acquisizione transfrontaliera delle *e-evidence*, con particolare attenzione al diritto penale e internazionale. Questi settori, tradizionalmente caratterizzati da una lenta evoluzione, si trovano oggi a dover affrontare la necessità di un adattamento rapido e continuo, imposto dalla velocità con cui le tecnologie

digitali si sviluppano e dalla natura immediata e globale delle minacce informatiche. Il Secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Budapest rappresenta un tentativo significativo di bilanciare l'urgenza dell'acquisizione delle prove elettroniche con la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, come emerso dall'analisi, l'accelerazione delle procedure, da sola, non è sufficiente a risolvere le complesse problematiche legate all'acquisizione transfrontaliera, poiché le dinamiche cambiano costantemente e coinvolgono nuovi attori, richiedendo nuovi bilanciamenti dei valori e dei principi in gioco. Il fattore temporale impone quindi un ripensamento degli strumenti investigativi tradizionali. Ogni volta che il mondo digitale fa un nuovo passo avanti, cambiano le dinamiche della società<sup>40</sup> e con essi necessariamente anche il diritto. La sfida per il futuro sarà, pertanto, non solo di sviluppare quadri normativi sufficientemente flessibili da adattarsi rapidamente ai cambiamenti tecnologici, ma anche promuovere competenze interdisciplinari che integrino aspetti giuridici e tecnici, al fine di rispondere efficacemente alla velocità dei nuovi scenari. In definitiva, solo attraverso un equilibrio dinamico tra innovazione giuridica e competenze adeguate sarà possibile affrontare con successo le sfide della criminalità nell'era digitale nel rispetto della tutela dei diritti.

---

<sup>40</sup> B. JERMAN BLAZICNIELE, T. KLOBUČAR, *Removing the barriers in cross-border crime investigation by gathering e-evidence in an interconnected society*, in *Information & Communications Technology Law*, 2020, XXIX, pp. 66-81.

## IL TEMPO DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO NELLA TRANSIZIONE DIGITALE

STEFANIA RACIOPPI\*

*Il presente articolo si propone di esaminare il valore del bene tempo nell'agire amministrativo, definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come bene della vita avente dignità di interesse risarcibile. Dopo una breve ricostruzione degli elementi che caratterizzano la responsabilità della pubblica amministrazione per danno da ritardo, ci si interroga sulla relazione fra tempo e digitalizzazione della pubblica amministrazione. Ai sensi degli articoli 3 bis L. n. 241/1990 e 5 bis, 12 e 41 d.lgs. n. 82/2005, le amministrazioni hanno infatti l'obbligo di ricorrere a strumenti tecnologici nello svolgimento delle attività sia di front-office che di back-office, allo scopo di migliorare l'efficienza, ridurre le tempistiche e, di conseguenza, generare risparmi economici, in ossequio ai principi di buon andamento, economicità ed efficacia.*

*The article examines the value of time in administrative action, defined by the Adunanza Plenaria of the Consiglio di Stato as an asset of life having the dignity of a compensable interest. After a brief reconstruction of the elements that characterise the liability of the public administration for damage caused by delay, we turn our attention to the relationship between time and the digitalisation of the public administration. Pursuant to articles 3 bis L. n. 241/1990 and 5 bis, 12 and 41 d.lgs. n. 82/2005, administrations are obliged to resort to technological tools in the performance of both front-office and back-office activities, in order to improve efficiency, reduce time and, consequently, generate economic savings, in deference to the principles of good performance, economy and effectiveness.*

SOMMARIO: 1. Il tempo nell'agire amministrativo. – 2. Le fonti sovranazionali e nazionali. – 3. La responsabilità amministrativa per danno da ritardo (brevi cenni). – 4. Il tempo nell'amministrazione digitale. – 5. Conclusioni.

\* Dottoranda in diritto amministrativo presso l'Università Sapienza di Roma.

*Siamo usualmente così abituati a vivere nel presente, cioè nel microtempo del presente, che ci sfuggono non solo i grandi tempi dell'evoluzione, ma la stessa influenza del tempo sulle strutture.*

Feliciano Benvenuti<sup>1</sup>

1. *Il tempo nell'agire amministrativo.* – Il tempo costituisce da sempre oggetto di dibattito e di discussione. Nell'antichità, i greci utilizzavano diversi termini per indicare il tempo: *χρόνος* (Chronos), *καιρός* (Kairos) e *αἰών* (Aion). Mentre Chronos si riferiva alla dimensione quantitativa dello scorrere dei minuti<sup>2</sup>, Kairos era la personificazione del momento opportuno e designava la natura qualitativa del tempo<sup>3</sup>. Infine, Aion alludeva al tempo in senso assoluto<sup>4</sup>. Nella società moderna, il concetto di Chronos ha assunto una posizione dominante su Kairos, in quanto la velocità di esecuzione di un compito è associata ad un aumento di produttività ed efficienza<sup>5</sup>. Si può affermare che «nelle società industriali avanzate il valore centrale non è il denaro in sé ma il tempo come fonte di denaro»<sup>6</sup>.

Il tempo rispetto al diritto acquisisce connotati differenti, divenendo «ora elemento qualificatore della attività, ora elemento propulsore ed ora, infine, elemento ritardatore»<sup>7</sup>. Dell'incidenza del fattore tempo sull'attività amministrativa è espressione il principio *tempus regit actum*, in forza del quale il

---

<sup>1</sup> F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 462.

<sup>2</sup> Secondo la *Theogonia* di Esiodo, Kronos è il più giovane dei Titani e l'unico ad aiutare la madre Gea a spodestare il padre Urano dal suo trono, cfr. G. BENDINELLI, *Crono* (voce), in *Treccani - Enciclopedia Italiana*, 1931, [https://www.treccani.it/enciclopedia/crono\\_\(Enciclopedia-Italiana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/crono_(Enciclopedia-Italiana)/), data ultima consultazione 10.03.2025.

<sup>3</sup> Cfr. *Kairos* (voce), in *Treccani - Enciclopedia on line*, <https://www.treccani.it/enciclopedia/kairos/>, data ultima consultazione 26.01.2025.

<sup>4</sup> L. MUSSO, *Aion* (voce), in *Treccani - Enciclopedia dell'Arte Antica*, 1994, [https://www.treccani.it/enciclopedia/aion\\_\(Enciclopedia-dell'-Arte-Antica\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/aion_(Enciclopedia-dell'-Arte-Antica)/), data ultima consultazione 26.01.2025: «concetto subordinato a quello di Chronos secondo la definizione datane in età classica da Euripide (Heracl., V. 900: *χρόνου παύς*); 'Tempo trascendente e assoluto', eternità immobile e una per Platone (Tint., 37d), contrapposto a Chronos, il Tempo empirico in movimento continuo, che ne è l'immagine; 'principio cosmico immobile e immutabile', *ἀθάνατος καὶ θεός*, 'qualità stessa del Cielo' per Aristotele (Cael., I, 9, 279a, 22 ss.; II, I, 283b, 26 ss.), in opposizione al tempo come principio del movimento e della mutazione», .

<sup>5</sup> Cfr. A. CRAVERA, *Chronos e Kairos: il tempo come strategia quantitativa o qualitativa?*, in *IlSole24ore*, 29 marzo 2022.

<sup>6</sup> S. LESCHIUTTA, R. CIPRIANI, *Tempo* (voce), in *Treccani - Enciclopedia Italiana - V Appendice*, 1995, [https://www.treccani.it/enciclopedia/tempo\\_res-37codib2-87eb-1dc-8e9d-0016357eee51\\_\(Enciclopedia-Italiana\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/tempo_res-37codib2-87eb-1dc-8e9d-0016357eee51_(Enciclopedia-Italiana)/), data ultima consultazione 26.01.2025.

<sup>7</sup> BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, cit., p. 465; sulla relazione fra tempo e diritto v. V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, pp. 431 ss.; P. QUINTO, *Il tempo "bene della vita" nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2011, <https://www.segretariientilocali.it/nuovo/A2011/Doc/GAQuinto2.pdf>, data ultima consultazione 26.01.2025; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in *Giustizia amministrativa*, 2014, <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/il-tempo-come-bene-della-vita>, e dello stesso A., *I comportamenti taciti della p.a.*, in *Giustizia amministrativa*, 2020, <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/caponigro-i-comportamenti-taciti-della-p-a->, data ultima consultazione 26.01.2025.

diritto che le pubbliche amministrazioni applicano è quello vigente al momento in cui si compie l'azione<sup>8</sup>. Del pari, su una rivalutazione dei motivi di pubblico interesse ovvero su un mutamento della situazione di fatto nel tempo si basano gli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca dei provvedimenti amministrativi<sup>9</sup>. Nel procedimento amministrativo, inteso come sede di individuazione e comparazione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa<sup>10</sup>, dando luogo ad un rapporto giuridico fra più soggetti, «il tempo rappresenta un requisito intrinseco alla stessa funzione del procedimento perché contribuisce ad assicurare la certezza e la stabilità dell'assetto di interessi, così delineato nel provvedimento amministrativo»<sup>11</sup>. È stato osservato come i cittadini, quali interlocutori dell'amministrazione sulla base di un rapporto fondato su doveri e obblighi reciproci, devono poter confidare nella certezza della qualità e della tempestività dell'azione amministrativa, a prescindere dal fatto che tale azione si atteggi come risposta alle istanze di parte, ovvero come dovuto intervento autoritativo<sup>12</sup>. La disciplina del termine, entro cui il procedimento deve concludersi, assume altresì rilevanza dal punto di vista economico. Ad esempio, la ritardata conclusione del procedimento di rilascio di un'autorizzazione può comportare l'antieconomicità di un investimento da parte dei privati<sup>13</sup>.

Nell'ambito del procedimento amministrativo, quindi, la mancata adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento espresso può ingenerare incertezza nei rapporti tra amministrazione e cittadini. In altre parole, il tempo diviene il «bene della vita»<sup>14</sup> che ove lesa «ha dignità di interesse risarcibile se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un danno ingiusto»<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, pp. 337-377.

<sup>9</sup> Sull'influenza del tempo nell'istituto dell'annullamento d'ufficio, v. S. D'ANCONA, *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amministrativo - TAR*, 2008, 5, p. 1521.

<sup>10</sup> La definizione è di M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 72; per la concezione sostanziale e la dimensione dinamica del procedimento si veda BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, cit., pp. 232-235.

<sup>11</sup> G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2017, 1, p. 4.

<sup>12</sup> N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del «nuovo» art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro Amministrativo*, 2014, 4, pp. 1338 ss..

<sup>13</sup> Questo era il caso posto a fondamento della sentenza non definitiva pronunciata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, Sez. giurisdizionale, 15 dicembre 2020, n. 1136, con cui veniva deferita all'Adunanza Plenaria *ex art. 99 c.p.a.* la questione concernente la domanda di risarcimento dei danni conseguenti al ritardo nel rilascio delle autorizzazioni uniche ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, per la costruzione e la gestione di quattro impianti fotovoltaici. Più risalenti nel tempo le sentenze: Cons. Giust. Amm. Reg. siciliana, Sez. giurisdizionale, 4 novembre 2010, n. 1368, e Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, nella quale «il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica». In dottrina, v. D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 3, pp. 779 ss.

<sup>14</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n.7.

<sup>15</sup> *Ibidem*.



Prima di proseguire oltre, sia concessa una breve precisazione terminologica. Con l'espressione "tempo del procedimento" si farà riferimento alla durata complessiva del procedimento amministrativo, ossia al termine entro il quale il provvedimento deve essere adottato a conclusione dello stesso «con un determinato assetto di interessi che porti certezza ai rapporti giuridici amministrativi oltreché stabilità e definitività».<sup>16</sup>

2. *Le fonti sovranazionali e nazionali.* – L'importanza dell'aspetto temporale nel procedimento amministrativo si coglie sia dalle fonti sovranazionali sia da quelle nazionali.

Ai sensi dell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea «[o]gni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Come notato dall'avvocato generale Mischo nelle conclusioni del 25 ottobre 2001, «[...] il fatto di esigere che l'amministrazione prenda posizione entro un termine ragionevole è già acquisito in diritto comunitario»<sup>17</sup>, la cui ragion d'essere si rinviene «[nel]l'esigenza di tutelare gli operatori da un'incertezza giuridica protratta»<sup>18</sup>. A livello europeo è pacifico che «[u]n'amministrazione lenta è una cattiva amministrazione», pertanto nella Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente, si ribadisce la doverosità di giustificare qualsiasi ritardo nell'adozione di un atto amministrativo<sup>19</sup>.

In ordine alla nozione di "termine ragionevole", la Corte di giustizia ha da sempre ritenuto che, nell'ipotesi in cui la durata non sia fissata dalla legge, l'aggettivo "ragionevole" debba essere «valutato in funzione dell'insieme delle circostanze proprie di ciascuna causa e, segnatamente, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità del procedimento e del

---

<sup>16</sup> SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita*, cit., p. 7.

<sup>17</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Mischo, 25 ottobre 2001, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, C-244/99 P, EU:C:2001:575, punto 83.

<sup>18</sup> Ivi, punto 84.

<sup>19</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)), GU C 86 del 6.3.2018, pp. 126-139, v. (30) «L'amministrazione dell'Unione dovrebbe adottare gli atti amministrativi in tempi ragionevoli. Un'amministrazione lenta è una cattiva amministrazione. Qualsiasi ritardo nell'adozione di un atto amministrativo dovrebbe essere giustificato, e la parte del procedimento amministrativo dovrebbe essere debitamente informata del ritardo stesso e della data prevista per l'adozione dell'atto amministrativo». È interessante notare come le stesse parole fossero state pronunciate già nel 2001, v. Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, 22 marzo 2001, *Z c. Parlamento europeo*, C-270/99 P, EU:C:2001:80, raccolta della giurisprudenza 2001, pagina I-09197, punto 40: «Occorre riconoscere, [...], che un'amministrazione lenta è una cattiva amministrazione. Non vi è alcun dubbio sul fatto che i principi di buona amministrazione impongono all'amministrazione comunitaria, in tutti i procedimenti che possono condurre all'adozione di una misura che incida negativamente sugli interessi di uno o più individui, di evitare ritardi ingiustificati e di garantire che ciascuna fase del procedimento venga conclusa entro un termine ragionevole dopo la fase precedente».

comportamento delle parti in causa»<sup>20</sup>. Tuttavia, è bene ricordare che un giudizio circa la durata ragionevole dei procedimenti amministrativi può essere espresso dalla Corte di giustizia solo con riferimento alle fattispecie che implicino una rilevanza europea. In una recente sentenza, la Corte ha così statuito che la durata eccessiva di un procedimento può determinare l'annullamento della decisione amministrativa solo qualora il mancato rispetto di un termine ragionevole abbia comportato una lesione dei diritti fondamentali, fra i quali ad esempio il diritto di difesa<sup>21</sup>.

Nell'ordinamento nazionale, la legge sul procedimento amministrativo e le successive modifiche intervenute hanno dato sempre più rilievo al fattore temporale<sup>22</sup>. Nella formulazione originaria, l'articolo 2 della L. n. 241/1990 prevedeva al comma 1 l'obbligo delle amministrazioni di concludere il procedimento con un provvedimento espresso; al comma 2, la determinazione della durata del singolo procedimento, ove non disposta per legge o regolamento, veniva rimessa alle singole amministrazioni e, in caso di inadempimento delle stesse, il termine veniva fissato al comma 3 in trenta giorni. In dottrina è stato affermato come la disposizione in esame abbia dato corpo al principio della

---

<sup>20</sup> CGUE, 28 febbraio 2013, *Oscar Orlando Arango Jaramillo e a. c. BEI*, C-334/12, EU:C:2013:134, punto 28; v. *ex multis*, sentenza CGCE, 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punti 187 e 192, in cui la Corte ha precisato che il carattere ragionevole di un termine non può essere esaminato facendo riferimento ad un limite massimo preciso, determinato astrattamente, bensì deve essere valutato di volta in volta alla luce delle circostanze del caso di specie; v. per il rispetto dell'obbligo in questione da parte delle Istituzioni e degli organi dell'Unione, nell'ambito di procedimenti amministrativi: sentenze CGCE, 30 novembre 2006, *Commissione c. Italia*, C-293/05, EU:C:2006:750, punto 25 e giurisprudenza ivi citata, nonché CGUE, 7 aprile 2011, *Grecia c. Commissione*, C-321/09 P, EU:C:2011:218, punti 33 e 34; CGUE, 25 giugno 2020, *SATCEN/KF*, C-14/19 P, EU:C:2020:492, punto 122. In dottrina v. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, II, pp. 165 ss.

<sup>21</sup> Così sentenza del 29 giugno 2023, *International Protection Appeals Tribunal e a. (Attentat au Pakistan)*, C-756/21, EU:C:2023:523, punto 83; v., anche, sentenza del 25 ottobre 2011, *Solvay c. Commissione*, C-110/10 P, EU:C:2011:687, punti da 47 a 52.

<sup>22</sup> Le riforme che hanno modificato l'originaria impostazione dell'art. 2 L. n. 241/990 sono state diverse, tanto che oggi l'articolo 2 è composto da ben 15 commi. In dottrina per un inquadramento dell'art. 2, L. n. 241/1990: A. TRAVI, *Art. 2, Legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Nuove leggi civili*, 1995, pp. 8 ss.; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Diritto amministrativo*, 2003, pp. 291 ss.; più recentemente, v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, pp. 244 ss.; C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, 2021, pp. 896 ss.; A. BLASINI, *Tempo e azione della P.A.: un nuovo paradigma del c.d. "danno da ritardo"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, pp. 458 ss. Più in generale in ordine all'incidenza del fattore temporale sulla L. n. 241/1990 ci si limita a richiamare F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 4, pp. 527 ss., il quale osserva: «il legislatore della legge sul procedimento, e delle leggi che ne hanno integrato la disciplina, ha previsto ogni possibile garanzia per rendere certo il tempo del procedimento. C'è la garanzia interna alla stessa Pubblica Amministrazione: 1) il ricorso gerarchico al Dirigente Generale o al Ministro, che, in deroga al principio della separazione fra indirizzo politico e attività amministrativa, può avocare a sé la decisione (art. 3-ter della l. 11 luglio 1995, n. 273); 2) le sanzioni nei confronti dei dirigenti responsabili dell'inosservanza dei termini (comma 2 dell'art. di cui sopra)».

certezza del tempo dell'agire amministrativo<sup>23</sup>. Un principio che risponde tanto all'esigenza dell'amministrazione alla cura sollecita dell'interesse pubblico di cui è portatrice, quanto al bisogno dei privati di fare affidamento sulla tempestività degli atti amministrativi per programmare e intraprendere le proprie attività<sup>24</sup>. La giurisprudenza, tuttavia, sin dai primi tempi ha interpretato i suddetti termini alla stregua di termini acceleratori, non contenendo la norma citata «alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà del termine stesso, né alla decadenza della potestà amministrativa né tampoco all'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato»<sup>25</sup>.

Al fine di ridurre i termini di conclusione dei procedimenti e assicurare l'effettività del loro rispetto da parte delle amministrazioni, le successive novelle legislative hanno dapprima previsto che i procedimenti dovessero concludersi nel termine di trenta giorni, salvo che non sia previsto per legge o tramite provvedimenti aventi natura regolamentare un termine differente, che non può eccedere comunque i novanta giorni (ovvero i centottanta in situazioni particolari). Successivamente sono stati adottati approcci “rimediali”<sup>26</sup>, volti ad assicurare la conclusione del procedimento, ad esempio attraverso l'esercizio del potere sostitutivo<sup>27</sup>. Infine, il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, L. conv. 11 settembre 2020, n. 120, ha introdotto il comma 4 *bis* ai sensi del quale

«[l]e pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, i tempi

---

<sup>23</sup> CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 244-245.

<sup>24</sup> Si veda SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita*, cit., p. 5, che osserva come «La previsione normativa di uno specifico termine di conclusione del procedimento mira a contemperare legalità, efficienza e garanzia delle pretese dei terzi, sottraendo la possibilità all'amministrazione di dilatare i tempi del provvedere per il perseguimento del pubblico interesse, con minor sacrificio possibile per le pretese giuridiche dei cittadini toccati dall'azione amministrativa».

<sup>25</sup> Cons. St., Sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amministrativo*, 1996, p. 186g; cfr. T.A.R. Abruzzo, 18 febbraio 1997, n. 43, in *Foro amministrativo*, 1997, p. 2473; Cons. St., Sez. IV, 1 giugno 2002, n. 3256, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2002, p. 2037 con nota di Lamberti. In dottrina, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, pp. 146 ss., criticava fortemente il suddetto orientamento, ritenendo che la tesi giurisprudenziale non potesse essere condivisa sia per la dubbia applicabilità al settore del diritto amministrativo sostanziale del principio della generale natura acceleratoria dei termini, proprio delle sole norme processuali civili (art. 152 c.p.c.), sia in quanto si finiva per attribuire all'Amministrazione un autentico privilegio. Cfr. sul punto S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 3, p. 785, nota come la disciplina prevista dal legislatore nel 1990: «non ha consentito di ottenere ciò che, almeno nelle intenzioni, si sarebbe voluto garantire: il principale profilo di incertezza ha riguardato l'esatta qualificazione del termine finale come ordinatorio o perentorio».

<sup>26</sup> Espressione di DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti*, cit., p. 787.

<sup>27</sup> Il comma 9 *ter* dell'art. 2, come novellato dall'art. 61, comma 1, lett. b), D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, prevede che, decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento, sia il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9 *bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, ad esercitare il potere sostitutivo. Nella vecchia formulazione il comma 9 *ter* prevedeva che: «Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario».

effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente».

La L. n. 69/2009, oltre a rideterminare i termini del procedimento, nell'intento di dare di dare effettività a tali disposizioni, ha disciplinato le conseguenze del ritardo nel provvedere da parte dell'amministrazione, sia nei riguardi dei dirigenti, ai quali si possa far risalire la responsabilità del ritardo medesimo, sia nei confronti dei cittadini destinatari dell'azione amministrativa.

In merito al primo profilo, è stato previsto che la mancata emanazione del provvedimento nei termini previsti costituisca un elemento di valutazione ai fini della responsabilità dirigenziale. Questa previsione è stata superata dalla novella apportata dal D.L. 5/2012, che – con una piena riformulazione del comma 9 dell'art. 2 della legge 241 – precisa che l'inerzia dell'amministrazione costituisce elemento ai fini della valutazione della responsabilità disciplinare, della *performance* individuale e della responsabilità amministrativo-contabile.

Con riguardo al secondo profilo, è stato introdotto l'articolo 2 *bis*, ai sensi del quale «[l]e pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento» (comma 1). Nel 2013, con il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, L. conv. 9 agosto 2013, n. 98, è stato poi riconosciuto il diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo (comma 1 *bis*). Parte della dottrina ha sottolineato come, con la previsione in esame, oltre a fornire un fondamento normativo al c.d. danno da ritardo<sup>28</sup>, «il legislatore abbia acconsentito a che l'elemento temporale faccia pieno ingresso nel novero delle categorie cui l'ordinamento amministrativo ricollega il sistema di tutele per il privato che entra in relazione con i pubblici poteri»<sup>29</sup>. Altra parte ritiene, invece, che la previsione normativa in commento non abbia generalizzato

---

<sup>28</sup> La disciplina è stata in realtà adottata con estremo ritardo, anche considerato che l'articolo 17, comma 1, lett. f), della L. 15 marzo 1997, n. 59, già prevedeva la delega (poi rimasta inattuata) al Governo per l'adozione della «previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfetario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso». In dottrina è stato osservato, P.M. ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, [https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/studio\\_zerman\\_02\\_chk](https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/studio_zerman_02_chk), data ultima consultazione 26.01.2025: «A più di dieci anni di distanza dalla legge delega n. 59/1997 (art. 17, lett. f)), rimasta inattuata, in cui si prevedeva il pagamento di un indennizzo in caso di mancato rispetto del termine di procedimento da parte della p.a. (art. 17 comma 1 lett. f)), riemerge lo spinoso problema del danno da ritardo, questa volta risolto normativamente con la configurazione di un illecito aquiliano. La previsione del danno ingiusto causato dall'inosservanza del termine, unitamente all'elemento soggettivo (dolo o colpa) alla base di tale inosservanza e alla previsione di una prescrizione quinquennale per la richiesta del risarcimento del danno, riconducono la fattispecie all'illecito di cui all'art. 2043 c.c.».

<sup>29</sup> VESE, *Termine del procedimento*, cit., p. 814.

la risarcibilità del danno da mero ritardo, anzi «sembra piuttosto testimoniare [...] che la violazione delle regole sul tempo dell'azione procedimentale rappresenta *uno soltanto* degli elementi costitutivi della fattispecie foriera del danno ingiusto»<sup>30</sup>.

Sulle forme di tutela previste dall'ordinamento in caso di inosservanza dei termini procedurali da parte dell'amministrazione, è comunque opportuno considerare che la giurisprudenza ritiene che il termine procedimentale «non può rivestire carattere perentorio - tale, cioè, da determinare la consumazione del potere di provvedere in capo all'Amministrazione in caso di suo superamento - se non in presenza di una puntuale ed espressa previsione normativa ovvero di una evidente, manifesta ed univoca *ratio legis* in tal senso»<sup>31</sup>. A tale assunto consegue che rivestono carattere eccezionale le ipotesi in cui la violazione del suddetto termine possa determinare l'annullamento o, addirittura, la nullità per carenza di potere in assoluto *ex art. 21 septies* della L. n. 241 del 1990, come ad esempio nel caso dell'esercizio della speciale prelazione dei beni culturali di cui all'art. 62, comma 3, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42<sup>32</sup>.

Dunque, l'inutile decorso del tempo procedimentale, senza che l'amministrazione provveda, legittima il privato ad esperire non l'azione di annullamento del provvedimento tardivamente adottato dall'amministrazione<sup>33</sup>, bensì l'azione avverso il silenzio, ove ricorrano le condizioni previste ai sensi dell'art. 31 c.p.a., nonché l'azione di risarcimento per il danno da ritardo, sebbene solo in presenza di tutti i necessari presupposti, come di seguito illustrati<sup>34</sup>.

Dal punto di vista processuale, ai sensi dell'articolo 30 c.p.a., la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi può essere avanzata anche autonomamente, nel termine di 120 giorni. Secondo il comma 4 dell'articolo citato, per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento, il suddetto termine non decorre fino a che perdura l'inadempimento e comunque decorre dopo un anno dalla scadenza del termine a provvedere. La giurisprudenza, però, ritiene che la scelta del privato di non

---

<sup>30</sup> CONTESSA, LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 905.

<sup>31</sup> Così T.A.R. Lazio, Sez. V *bis*, 24 maggio 2024, n. 10517; cfr. anche Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2024, n. 3569; Cons. St., Sez. IV, 6 giugno 2017, n. 2718; Cons. St., Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 2264; Cons. St., Sez. VI, 1° dicembre 2010, n. 8371.

<sup>32</sup> V. T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 14 settembre 2011, n. 1605; T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3762.

<sup>33</sup> Si intende: salvo che non vi siano ragioni di invalidità proprie del provvedimento, al di là dell'adozione oltre i termini procedurali.

<sup>34</sup> Sul punto, cfr. S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 4, pp. 1189 ss., che osserva come l'articolo 2 L.241/1990 non abbia raggiunto lo scopo sperato, spec. p. 1215: «Tale disposizione sembra aver complessivamente fallito, soprattutto con riferimento all'adozione e all'aggiornamento dei regolamenti attuativi e alla misurazione sistematica dei tempi procedurali effettivi. Ne discende un generale depotenziamento, dal punto di vista dell'effettività, dei principi generali di certezza e tempestività dell'azione amministrativa, aggravata peraltro da una concezione essenzialmente ordinatoria del termine procedurale e dalla coesistenza di molteplici strumenti contro inerzie e ritardi che, da un lato, rafforzano e diversificano le forme di tutela del privato, ma, dall'altro, non sembrano funzionare come un efficace deterrente contro i suddetti comportamenti patologici».

avvalersi di una forma di tutela specifica, quale ad esempio l'azione avverso il silenzio, integri una violazione dell'obbligo di cooperazione tale da interrompere il nesso causale e per l'effetto impedire il risarcimento del danno che sarebbe stato evitabile, secondo quanto sancito dall'articolo 30, comma 3, c.p.a.<sup>35</sup>.

Il quadro normativo illustrato conduce a ritenere che la regola della tempestività dell'azione amministrativa «abbia raggiunto oggi una dignità tale da imporre una autonoma considerazione sul piano dei principi fondamentali dell'azione pubblica risultando la sua violazione sanzionata non più solo sul piano organizzativo [...] bensì anche quale fatto al cui verificarsi l'interessato è in grado di attivare puntuali strumenti di reazione, anche processuali, ed in ultima analisi persino quale fatto idoneo ad ingenerare una puntuale responsabilità civile dell'apparato amministrativo stesso nei riguardi di colui che, a causa di tale violazione, possa dimostrare di aver subito dei danni ingiusti»<sup>36</sup>.

3. *La responsabilità amministrativa per danno da ritardo (breve cenni).* – Nell'espressione “danno da ritardo”, quale lesione di un interesse legittimo pretensivo, sono inglobati da un lato il diritto ad una prestazione (la tempestiva conclusione del procedimento) e dall'altro l'interesse al bene della vita che l'esecuzione della prestazione soddisfa (il rilascio del provvedimento)<sup>37</sup>.

Mentre la dottrina ritiene che lo scarno disposto del comma 1 dell'art. 2 della L. n. 241/1990 non chiarisca in modo adeguato se il superamento del termine sia di

<sup>35</sup> Cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 22 maggio 2020, n. 3227; Cons. St., Sez. IV, sent. 7 ottobre 2019, n. 6740; Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968; Cons. St., Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750.

<sup>36</sup> D. VALANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2013, pp. 477 ss., in particolare p. 489. Si veda anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., pp. 527 ss.: «il tempo del piano non è più impunemente violabile da parte della Pubblica Amministrazione e ha perciò acquistato una piena ed effettiva valenza giuridica».

<sup>37</sup> Per ragioni di spazio ci si limiterà in questa sede a fornire le nozioni di base della responsabilità amministrativa per danno da ritardo, tracciando una distinzione basilare con il danno da mero ritardo, sui temi relativi alla natura, al riparto di giurisdizione e all'onere probatorio, v. (oltre quelle sin qui citate) *ex multis* in dottrina M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 67 ss; F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *federalismi.it*, 2009, 2, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=11898>, data ultima consultazione 26.01.2025; R. CHIEPPA, *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento)*, in *Giustizia amministrativa*, 2011, [https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/studio\\_chieppa\\_07\\_chk](https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/studio_chieppa_07_chk), data ultima consultazione 26.01.2025; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La “nuova” responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 3, pp. 968 ss.; S. OSELLA, *La centralità del «tempo» nella valutazione della correttezza della Pubblica Amministrazione. The central role of «time» in the evaluation of Public Administration's fairness. Nota a: Consiglio di Stato, 28 febbraio 2011, n.1271, sez. V*, in *Foro amministrativo - C.d.S.*, 2012, 3, p. 649; M.L. MADDALENA, *Il punto sul danno da ritardo*, in *Giustizia amministrativa*, 2014, <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/il-punto-sul-danno-da-ritardo>, data ultima consultazione 26.01.2025; A. BIFANI SCONOSCCHIA, *Il danno da mero ritardo è risarcibile? Necessità di un intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria. Nota a: T.A.R. Pescara, 28 novembre 2014, n.473, sez. I*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 1, p. 83; M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile? Nota a: Consiglio di Stato ad. plen., 23 aprile 2021, n.7*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2022, 1, p. 143.

per sé foriero di un obbligo risarcitorio ovvero tale dato rappresenti solo una delle possibili fattispecie sintomatiche di danno, in assenza di qualsiasi automatismo<sup>38</sup>; in giurisprudenza, già prima dell'introduzione dell'articolo 2 *bis*, il Consiglio di Stato aveva ricostruito il danno da ritardo come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento. Si argomentava che

«[t]ale interesse procedimentale, che si fonda sull'esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione - tale valutata positivamente nella norma - riceve tutela distinta e autonoma rispetto alla tutela accordata alla utilità finale perseguita dal cittadino richiedente e conseguibile all'esito (positivo) del procedimento ed è ascrivibile a un più generale dovere di correttezza procedimentale posto a carico dell'amministrazione nell'esercizio di pubbliche potestà, cui è correlata la tutela dell'affidamento del cittadino che viene a "contatto" con l'amministrazione»<sup>39</sup>.

Il danno da ritardo è una medaglia con molte facce, posto che il pregiudizio lamentato può consistere<sup>40</sup>: a) nel fatto che l'amministrazione non emani alcun provvedimento; b) nel ritardo con cui l'amministrazione ha emanato il provvedimento favorevole richiesto; c) nel danno prodottosi *medio tempore* fra l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo (sfavorevole al privato) e la riedizione del potere amministrativo conseguente all'annullamento, che conduca al rilascio del provvedimento favorevole richiesto; d) nel fatto che l'amministrazione emani un provvedimento amministrativo legittimo, ma con ritardo, seppur sfavorevole per il privato, in quanto quest'ultimo potrebbe aver subito dei danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e d) si tratta di danni da ritardo procedimentali non direttamente causati da un provvedimento illegittimo, o perché lo stesso non è stato adottato oppure perché legittimo, ma adottato oltre i termini normativamente previsti. Nell'ipotesi di cui alla lettera c) invece vi è una

<sup>38</sup> CONTESSA, LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 903.

<sup>39</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875, con nota a sentenza a cura di L. CARBONE, M. D'ADAMO, in *Il Corriere Giuridico*, 2005, 6, p. 777.

<sup>40</sup> R. CHIEPPA, *Responsabilità della pubblica amministrazione (principi di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento, Tomo II - L-Z*, Milano, 2008, pp. 768 ss.; e ID., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 3, pp. 691 ss.; v. anche F.G. SCOCA, *Il silenzio della p.a. alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, pp. 239 ss., spec. 250: «la mancata o ritardata adozione del provvedimento formale costituiscono ipotesi di lesione dell'interesse legittimo, in quanto, in violazione di regole procedimentali di esercizio del potere tra cui rientrano anche le previsioni della l. 241/90 sulla fissazione del termine per la conclusione del procedimento, impediscono al privato di ottenere la definizione del precetto che possa assicurare la realizzazione dell'interesse finale cui aspira [...] E la lesione si verifica sempre, anche se successivamente l'azione amministrativa si conclude con un provvedimento espresso tardivo, favorevole o sfavorevole, legittimo o illegittimo che sia». In giurisprudenza: la prima classificazione risale alla già citata Cons. St., Sez. IV, ord., 7 marzo 2005, n. 875; Cons. Giust. Amm. Reg. siciliana, 4 novembre 2010, n. 1368; in quella più recente, sentenza Cons. St., Sez. V, 8 novembre 2021, n. 7428; Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648.

responsabilità da provvedimento, in quanto il danno è causato da un primo provvedimento illegittimo e dal conseguente ritardo nella riedizione del potere e pertanto, nel rilascio del provvedimento legittimo (favorevole).

La questione maggiormente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza riguarda la risarcibilità del c.d. danno da mero ritardo. Si tratta di una figura in forza della quale vengono risarciti i danni derivanti dal puro e semplice superamento dei termini di conclusione del procedimento, a prescindere dall'accertamento della spettanza del bene della vita finale<sup>41</sup>.

Secondo un primo filone, la responsabilità dell'amministrazione va riconosciuta anche nelle ipotesi di danno da mero ritardo, posto che non sarebbe «ontologicamente corretto limitare le lesioni dell'interesse legittimo al solo provvedimento (allorché esso sia non solo illegittimo, ma anche sfavorevole)»<sup>42</sup>. Un altro filone ritiene invece che il privato vanta solo un interesse legittimo di tipo pretensivo all'ottenimento del bene della vita e non anche un mero interesse alla conclusione del procedimento nei termini<sup>43</sup>.

Per diverso tempo la giurisprudenza ne ha negato la tutela risarcitoria. Difatti, mentre nell'ipotesi in cui sia stato adottato un provvedimento favorevole, ma tardivo, il risarcimento del danno da ritardo si sostanzia nel risarcimento di un interesse legittimo pretensivo (ipotesi riconosciuta sin dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999); nelle altre ipotesi di mancata adozione, ovvero di provvedimento tardivo sfavorevole per il privato, il ritardo procedimentale viene in rilievo indipendentemente dalla spettanza del bene della

<sup>41</sup> Si rinvia sul punto integralmente a MADDALENA, *Il punto sul danno da ritardo*, cit., *passim*; ID., *Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo*, in *Giustizia amministrativa*, 2020, <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/maddalena-gli-incentivi-a-decidere-tempestivamente-e-il-danno-da-ritardo>, data ultima consultazione 26.01.2025, ove osserva che «L'ancoraggio al tema della spettanza del bene della vita, infatti, finisce per svuotare e svilire il processo interpretativo che si regge proprio sul modello della atipicità dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c. e che ha consentito di superare il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi». Sul tempo come autonomo bene giuridico, cfr. V. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Diritto amministrativo*, 2003, pp. 370 ss.

<sup>42</sup> F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1, pp. 35 ss. Più di recente si veda N. POSTERARO, *Brevissime riflessioni sul danno da ritardo (alla luce di Cons. St., sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468)*, in *federalismi.it*, 2015, 4, pp. 1- 13, che ritiene ammissibile il danno da mero ritardo, ma aggiunge: «se è vero che è possibile ammettere una “commistione” tra indennizzo e risarcimento del danno mero, perché scaturiscono entrambi dal mero trascorrere del tempo (*recte*, dalla lesione del medesimo interesse - alla conclusione del procedimento nei termini-), non sarebbe invece possibile ammettere una “commistione” tra indennizzo e risarcimento del danno qualificato, posto che essi vengono riconosciuti per motivi differenti (*recte*, per lesioni di interessi differenti): mentre il primo si correla al mero trascorrere del tempo (e, come visto, si sostanzia a fronte della lesione dell'interesse alla conclusione del procedimento nei termini), il secondo spetta -laddove si sia sostanziato un danno conseguenza- per la lesione dell'interesse a ottenere, nei tempi giusti, il bene della vita legittimamente anelato». Si veda anche A. BLASINI, *Tempo e azione della P.A.: un nuovo paradigma del c.d. “danno da ritardo”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, pp. 458 ss., che afferma «[b]isogna finalmente comprendere che è possibile dissociare responsabilità risarcitoria e spettanza del bene finale, conseguibile per mezzo del provvedimento, senza ritrovarsi necessariamente a dare rilevanza al mero decorso del tempo nel procedimento».

<sup>43</sup> G. SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della p.a. per danno da ritardo?*, in *Giustamm*, 2009, [https://www.giustamm.it/private/new\\_2009/ART\\_3512.pdf](https://www.giustamm.it/private/new_2009/ART_3512.pdf), data ultima consultazione 10.03.2025.



vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento. In questi casi non vi è un danno da provvedimento, bensì da comportamento dell'amministrazione.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5, partendo dall'interpretazione dell'articolo 2 *bis* L. n. 241/1990 e dell'art. 133, comma 1, lett. a), c.p.a., ha affermato che la violazione del termine di conclusione del procedimento «rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali»<sup>44</sup>. In conclusione, l'inosservanza dolosa o colposa dei termini di definizione del procedimento amministrativo ha come presupposto la considerazione per cui, per il cittadino, il tempo è un bene della vita<sup>45</sup>.

Il ritardo dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni come lesione del bene “tempo” è stato oggetto anche di una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria. Nella sentenza 23 aprile 2021, n. 7, tuttavia, il tempo non costituisce un bene risarcibile *ex se*, ma lo diviene solo laddove il ritardo nel provvedere abbia prodotto un «danno ingiusto»<sup>46</sup>. Le affermazioni della sentenza dell'Adunanza Plenaria del 2018 e quelle della pronuncia del 2021 trovano raccordo nella circostanza per cui, anche laddove si riconosca la risarcibilità del danno da c.d. mero ritardo, come fattispecie di danno da comportamento e non da provvedimento, comunque è necessario che sia provato «sia il danno evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione»<sup>47</sup>. La giurisprudenza è, infatti, compatta nell'affermare che il privato, che lamenti di aver subito un danno da ritardo, debba fornire la prova specifica degli elementi costitutivi della fattispecie e dei danni<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 (§ 45).

<sup>45</sup> Così già Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5663; v. nota di P. SAGGIANI, *Alcuni spunti di riflessione sulla responsabilità della pubblica amministrazione per il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 4, pp. 1229 ss..

<sup>46</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7 (§ 19). Cfr. Cons. St., Sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3119, che ha accordato il risarcimento del danno derivante da una procedura concorsuale che si era conclusa dopo svariati anni dalla pubblicazione del bando, sulla base dell'assunto che «il mancato rispetto di quel termine, ricordato a quanto previsto dall'art. 2-bis della L. n. 241 del 1990, rappresentino elementi compositivi del danno da ritardo allorché quando da quest'ultimo scaturisca una lesione effettiva nel patrimonio del privato». Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. II, 1° ottobre 2020, n. 10025, che «non ha disposto il risarcimento di un mero danno da ritardo, ma ha circoscritto precisamente la portata di un danno effettivo, rinvenendolo nel predetto differenziale economico cagionato dall'illegittima protrazione della procedura concorsuale, temporalmente inquadrata nei due momenti dello sfioramento del termine legale (inizio) e della definitiva approvazione della graduatoria (fine del fatto illecito)».

<sup>47</sup> Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 (§ 45).

<sup>48</sup> *Ex multis*, Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239; Cons. St., Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63; Cons. St., Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406; Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2675; Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648.

Data la natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo, da ultimo riaffermata dall'Adunanza Plenaria con la citata sentenza del 2021<sup>49</sup>, incombe sul privato l'onere di provare: i) il fatto illecito costituito da una condotta antiggiuridica della pubblica amministrazione, che *ex art. 2 bis* è integrato dalla violazione del termine per la conclusione del procedimento; ii) l'evento dannoso, ossia il danno ingiusto rappresentato dalla lesione della situazione sostanziale protetta di cui il privato è titolare; iii) il nesso di causalità tra illegittimità e danno, anche sotto il profilo della quantificazione delle conseguenze dannose risarcibili, per la quale si applicano, in virtù del rinvio operato dall'art. 2056 del codice civile, i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; iv) l'elemento soggettivo, nel senso che l'attività illegittima deve essere imputabile all'apparato amministrativo a titolo di dolo o colpa, come testualmente confermato dall'art. 2 *bis*. In ordine all'elemento soggettivo, valga precisare che esso consiste in un colpevole comportamento dilatorio addebitabile quanto meno a grave negligenza o imperizia degli uffici dell'amministrazione complessivamente considerati<sup>50</sup>. Non è invece necessario provare la sussistenza dell'elemento psicologico in capo ad ogni singolo agente che ha contribuito anche causalmente ai singoli atti e/o comportamenti commissivi od omissivi. Ciò si tradurrebbe, infatti, in una irragionevole e inammissibile limitazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione. In giurisprudenza viene sostenuto che la valutazione in termini di colpa o dolo non può essere fondata soltanto sul dato oggettivo del superamento del termine di conclusione del procedimento amministrativo. Ciò poiché occorre quantomeno verificare se il comportamento dell'apparato amministrativo abbia travalicato i canoni della correttezza e della buona amministrazione, ovvero sia trasmodato in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Con la conseguenza che la responsabilità deve essere negata quando la violazione dei termini procedurali sia dipesa dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o dall'incertezza del quadro normativo di riferimento o dalla complessità della situazione di fatto<sup>51</sup>.

4. *Il tempo nell'amministrazione digitale*. – Nel contesto sopra delineato ci si chiede in quale modo i nuovi modelli informatici, incentrati sui caratteri di semplificazione ed istantaneità, incidano sul fattore tempo e, in definitiva, sulla responsabilità per danno da ritardo della pubblica amministrazione.

Sul finire del secolo scorso, guardando al futuro, Feliciano Benvenuti rilevava come, fra il bisogno di garanzia e dunque, tra la ricerca della decisione

---

<sup>49</sup> Va evidenziato come in dottrina non vi sia omogeneità di vedute, sul punto si veda M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, Nota a: Consiglio di Stato, *ad. plen.*, 23 aprile 2021, n. 7, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2022, 1, pp. 143-161.

<sup>50</sup> MADDALENA, *Il punto sul danno da ritardo*, cit., *passim*.

<sup>51</sup> Cons. St., Sez. IV, 2 gennaio 2019, n. 20.

migliore e la sua tempestività, «nei tempi attuali e soprattutto quelli futuri, dovrà essere privilegiata la seconda»<sup>52</sup>. Si è visto come, ai sensi dell'articolo 2, la diminuzione dei tempi del decidere si ricollega al principio di certezza dell'agire amministrativo. I termini per la conclusione del procedimento sono applicazione del principio fondamentale di correttezza, riconducibile al buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione<sup>53</sup>. La previsione dei termini del procedimento delinea un'amministrazione efficiente ed efficace, in grado di soddisfare i bisogni dei cittadini. Un provvedimento amministrativo intempestivo, indipendentemente dal suo contenuto, è sovente inutile e controproducente per il privato. La possibilità di poter fare affidamento su una tempistica certa realizza non solo gli interessi dei privati, che sarebbero così posti nelle condizioni di pianificare le proprie attività, facendo leva sulla rapidità nell'adozione dei provvedimenti amministrativi necessari per intraprenderla, ma consente anche alla pubblica amministrazione di perseguire celermente la cura in concreto dell'interesse pubblico<sup>54</sup>.

Proprio allo scopo di realizzare gli obiettivi di «efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese»<sup>55</sup> il legislatore, nella legge generale sul procedimento amministrativo e nel decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (di seguito anche solo CAD), ha previsto l'obbligo delle amministrazioni di agire mediante «strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»<sup>56</sup>. L'implementazione delle *ICTs* consentirebbe, alle amministrazioni di adottare decisioni in linea con il tempo «degli affari»<sup>57</sup>. Si pensi, ad esempio, all'utilizzo della posta elettronica certificata nello scambio di informazioni e documenti fra pubblica amministrazione e cittadini, a cui fa riferimento l'articolo 5 *bis* del CAD, ovvero al sistema delle notificazioni, di cui all'articolo 45 del CAD.

---

<sup>52</sup> BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, cit., p. 470.

<sup>53</sup> OSELLA, *La centralità del «tempo»*, cit.

<sup>54</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in cui si afferma che il tempo è un bene della vita per il cittadino. In base all'articolo 2 *bis* della L. n. 241/1990 «si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica». Nel caso di specie, è stato risarcito anche il danno biologico, quale danno non patrimoniale.

<sup>55</sup> Citato testualmente l'articolo 12, comma 1 del CAD.

<sup>56</sup> Così art. 3 *bis* L. n. 241/1990.

<sup>57</sup> BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana.*, cit., p. 470. Si veda A. MANZONI, *I tempi dell'agire amministrativo alla luce delle nuove regole sui termini del procedimento*, in *Giustizia amministrativa*, 2024, <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/158189-137>, data ultima consultazione 26.01.2025, che afferma: «[n]ell'era dell'intelligenza artificiale, che richiede moduli organizzativi sempre più sofisticati anche a tutela della sicurezza delle proprie banche dati, non si può non pretendere la capacità di un'istruttoria celere, per quanto possibile partecipata, che per ciò solo garantisce legalità, e nel contempo favorisce lo sviluppo socio-economico delle collettività sotteso al quadro delle riforme».

In termini di efficienza, è chiaro che l'uso delle *ICTs* può servire a semplificare i procedimenti amministrativi, rendendoli più rapidi. In tal senso un valido strumento è rappresentato dai fascicoli informatici. Nell'Allegato 1 al documento "Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici", dal titolo "Glossario dei termini e degli acronimi", redatto dall'AgID, il fascicolo informatico è definito come «aggregazione documentale informatica strutturata e univocamente identificata contenente atti, documenti o dati informatici prodotti e funzionali all'esercizio di una attività o allo svolgimento di uno specifico procedimento»<sup>58</sup>. Secondo quanto disposto dall'articolo 41, comma 2 *quater*, il fascicolo informatico è formato in modo da garantire la corretta collocazione, la facile reperibilità e la collegabilità, in relazione al contenuto ed alle finalità, dei singoli documenti ed è inoltre costituito in modo da garantire l'esercizio in via telematica dei diritti di accesso, nonché l'immediata conoscibilità, anche attraverso i servizi di cui agli articoli 40 *ter* e 64 *bis*, sempre per via telematica, dello stato di avanzamento del procedimento, del nominativo e del recapito elettronico del responsabile del procedimento.

Un esempio di procedimento e fascicolo informatico è quello dalla piattaforma istituita ai sensi dell'articolo dell'art. 33 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, per consentire agli uffici pubblici coinvolti nei procedimenti di rilascio della cittadinanza l'acquisizione e la trasmissione di dati e documenti in via esclusivamente informatica. Ad oggi, l'unica modalità di presentazione delle istanze ammessa è costituita dalla compilazione e dall'inoltro della domanda attraverso l'apposito sito internet del Ministero dell'Interno. Le domande così acquisite confluiscono in un applicativo informatico che ne consente la trattazione in formato esclusivamente digitale. Tale modalità procedimentale favorisce, da un lato, la partecipazione e, dall'altro, impone in capo al cittadino un preciso onere collaborativo. Grava, infatti, sul cittadino l'onere di consultare l'indirizzo di posta elettronica fornito al momento dell'inoltro della domanda, al quale vengono inviate le notifiche di recapito di corrispondenza. Ciò consente un monitoraggio e una lettura in tempo reale delle fasi del procedimento. Così la giurisprudenza ha escluso che vi fosse una violazione dell'articolo 10 *bis* della L. n. 241/1990 nel caso in cui il preavviso di rigetto sia stato notificato nell'area riservata del portale del Ministero dell'Interno<sup>59</sup>.

È interessante notare come l'articolo 41 del CAD parli di "conoscibilità" legata al fattore temporale dello stato di avanzamento del procedimento. Di fatti non si può tralasciare la circostanza per cui alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa si collega una maggiore trasparenza della stessa. Sul punto, M.

---

<sup>58</sup> Cfr. AgID, *Glossario dei termini e degli acronimi. Allegato 1 al documento "Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici"*; [https://www.agid.gov.it/sites/agid/files/2024-06/allegato\\_1\\_glossario\\_dei\\_termine\\_e\\_degli\\_acronimi.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/agid/files/2024-06/allegato_1_glossario_dei_termine_e_degli_acronimi.pdf), data ultima consultazione 10.03.2025.

<sup>59</sup> T.A.R. Lazio, 7 ottobre 2024, n. 17208; T.A.R. Lazio, Sez. V *bis*, 17 gennaio 2022, n. 2914.

Nigro ha evidenziato come le norme sul procedimento mettano in luce tempi e modalità attraverso cui si forma la scelta dell'amministrazione proprio al fine di esteriorescere e rendere conoscibile l'intero processo della sua formazione<sup>60</sup>. Con la conseguenza che sarebbe possibile individuare lesioni delle situazioni soggettive dei cittadini già in un tempo antecedente a quello dell'emanazione del provvedimento, attraverso strumenti di tutela preventivi.

Dal punto di vista normativo, l'esigenza di garantire maggiore trasparenza e certezza dei tempi del procedimento si coniugano nel nuovo comma 4 *bis* dell'articolo 2 della L. n. 241/1990. Prima dell'introduzione di tale norma, gravava sulle amministrazioni l'obbligo di provvedere al monitoraggio periodico del rispetto dei tempi procedurali attraverso la tempestiva eliminazione delle anomalie, con successiva pubblicazione dei risultati sui siti web istituzionali, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, della L. 6 novembre 2012, n. 190. Il monitoraggio periodico si riferiva, però, solo al rispetto dei tempi procedurali e non anche dei tempi effettivi. Si aggiunga che, anche a seguito dell'abrogazione dell'art. 24 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ad opera del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, diverse amministrazioni non provvedevano a pubblicare i risultati del monitoraggio. Ne conseguiva che non solo le informazioni sui tempi massimi di risposta della pubblica amministrazione non fossero di immediato accesso per gli utenti, ma mancasse anche qualsivoglia evidenza sull'effettiva durata dei procedimenti. Il nuovo comma 4 *bis* ha sancito l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di misurare e pubblicare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Le modalità e i criteri di misurazione sono rimessi a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e previa intesa in Conferenza Unificata.

A fronte del quadro normativo richiamato sembra che l'amministrazione debba agire nel mondo digitale, nel quale tutto è connesso e quindi simultaneo e istantaneo<sup>61</sup>, proprio in ossequio al principio della tempestività. Questo è un approccio alla dimensione temporale che, abbracciando il principio di efficienza delle pubbliche amministrazioni, quale declinazione del principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*, ispira profondamente la digitalizzazione del settore pubblico. Ciò emerge con forza da una semplice interpretazione letterale dell'art. 13 del disegno di legge sull'uso dell'intelligenza artificiale<sup>62</sup>. Ai sensi del comma 1, le amministrazioni utilizzano l'IA «allo scopo di incrementare l'efficienza della

---

<sup>60</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1980, XXXV, 2, pp. 252 ss.

<sup>61</sup> V.N. LIPARI, *A proposito del tempo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2024, 3, p. 817.

<sup>62</sup> Senato della Repubblica, XIX Legislatura, Atto n. 1146, presentato in data 20 maggio 2024, annunciato nella seduta n. 191 del 21 maggio 2024. È stato assegnato alle commissioni riunite 8<sup>a</sup> (Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica) e 10<sup>a</sup> (Affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato, previdenza sociale).

propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese».

In dottrina è stato osservato come l'efficienza comprenda due concetti: la relazione fra quanto è stato fatto e quanto si poteva fare e la relazione fra quanto si deve fare e i mezzi di cui si dispone per raggiungere il risultato voluto<sup>63</sup>. Da un punto di vista prettamente giuridico, ciò che interessa è l'adeguatezza dei mezzi giuridici disponibili rispetto al raggiungimento del fine<sup>64</sup>. La possibilità (o meglio, il prescritto obbligo) per le amministrazioni di utilizzare le nuove tecnologie potrebbe rappresentare un valido aiuto per supplire alla cronica inadempienza rispetto ai termini procedimentali. Proprio in questo senso, nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2022-2024, l'AgID evidenzia che l'intelligenza artificiale «sembra essere la risposta alla crescente necessità di migliorare l'efficienza e l'efficacia nella gestione e nell'erogazione dei servizi pubblici»<sup>65</sup>.

Affinché le amministrazioni sviluppino adeguate capacità digitali, tali da consentire un'effettiva riduzione dei tempi procedimentali, è necessario che adottino opportune misure tecniche e organizzative<sup>66</sup>. I modelli di buona organizzazione, funzionali al corretto perseguimento dell'interesse pubblico, assumono una particolare rilevanza con riferimento alla digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni. Nell'ordinamento positivo ciò è chiaramente affermato dal legislatore. Ai sensi dell'art. 15 del CAD gli obiettivi (già richiamati) di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, da perseguire attraverso la digitalizzazione, impongono alle amministrazioni una «riorganizzazione strutturale e gestionale».

A questo punto ci si domanda come il quadro descritto incida sulla responsabilità per danno da ritardo. Si accolga come presupposto che l'ingiustizia del danno da ritardo si fonda in realtà «sull'assunzione di decisioni finali, che costituiscono l'epilogo di procedimenti scanditi da una molteplicità di fasi che, a loro volta, prevedono l'intervento di una pluralità di soggetti»<sup>67</sup>. Se ne deduce che spesso la responsabilità da ritardo è determinata prevalentemente da disfunzioni dei modelli di organizzazione della pubblica amministrazione<sup>68</sup>. Pertanto,

---

<sup>63</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, pp. 84-85, v. anche pp. 91 ss. Si veda anche D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano, 2018, *passim*.

<sup>64</sup> NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p. 85.

<sup>65</sup> AgID, *Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione. Aggiornamento 2022-2024*, pubblicato il 23.01.2023, adottato il 22.12.2022 con decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio con delega all'innovazione tecnologica e alla transizione digitale, [https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository\\_files/piano\\_triennale\\_per\\_linformatica\\_nella\\_pa\\_2022-2024.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/piano_triennale_per_linformatica_nella_pa_2022-2024.pdf), data ultima consultazione 10.03.2025.

<sup>66</sup> Si veda art. 13, comma 3, d.d.l. sull'intelligenza artificiale.

<sup>67</sup> SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale*, cit., *passim*.

<sup>68</sup> Si noti che le disfunzioni organizzative quasi mai integrano l'elemento del dolo e della colpa menzionati dall'art. 2 *bis* della L. n. 241/1990. In giurisprudenza si segnala T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 febbraio 2012, n. 111, nella quale in ordine all'elemento soggettivo della colpa della p.a. si legge: «Inoltre, perché la Pubblica amministrazione non può addurre eventuali disfunzioni della

premessi che il mancato rispetto del termine di adozione del provvedimento finale comporta la violazione delle regole di buon andamento e costituisce una presunzione semplice di colpa<sup>69</sup>, incomberebbe conseguentemente sull'amministrazione l'onere di provare l'adozione di modelli di organizzazione degli uffici e di gestione, in cui rientrano anche soluzioni digitali, volti a prevenire il danno. Ciò sarebbe peraltro in linea con la già menzionata Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente, ove si ribadisce la doverosità di giustificare qualsiasi ritardo nell'adozione di un atto amministrativo<sup>70</sup>. Tale interpretazione si ispira al principio della parità delle parti, di cui all'art. 111 Cost. Difatti, pur ammettendo che la tutela risarcitoria prescinde dalla valutazione della spettanza del bene della vita finale, la prova degli effettivi danni cagionati dalla violazione del termine del procedimento grava sul cittadino, il quale non può spingersi sino a conoscere i modelli organizzativi che la pubblica amministrazione ha adottato (o meglio, avrebbe dovuto adottare) per prevenire i danni. In questo modo si recupera la piena ed effettiva valenza giuridica del tempo dell'agire amministrativo, come già affermato da F. Merusi<sup>71</sup>.

Si è consapevoli che quanto sostenuto continua a scontrarsi con la prevalente concezione giurisprudenziale, per la quale la risarcibilità del danno da ritardo si configura come angolazione non tanto celata del più vasto tema

---

organizzazione dei propri uffici perché, tra l'altro, incombe su di essa adottare modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire gli illeciti e, in definitiva, delle misure idonee ad evitare il danno. Non si può, difatti, pretendere che sia il cittadino leso a dare la prova della cattiva organizzazione dei pubblici uffici. Nello spirito della riforma di cui all'art. 2 bis della L. n. 241 del 1990 è, ad avviso del Collegio, più corretto ritenere che incombe sulla pubblica amministrazione, per sottrarsi alla responsabilità, l'onere di provare che il lesivo comportamento del funzionario agente non le è imputabile, avendo essa adottato modelli di organizzazione degli uffici e di gestione del procedimento amministrativo conformi alle regole di proporzionalità, affidamento, ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità, idonei a prevenire eventi di danno».

<sup>69</sup> SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale*, cit., *passim*.

<sup>70</sup> Si veda nota 19.

<sup>71</sup> MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., pp. 527 ss.





favorevoli, ecc»<sup>73</sup>. Da tale prospettiva, la tutela risarcitoria può prescindere dalla valutazione della spettanza del bene della vita finale, salva comunque la prova degli effettivi danni cagionati dalla violazione del termine del procedimento. Si realizza quel raccordo, sopra evidenziato, fra le sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2018 e del 2021 per cui, anche laddove si riconosca la risarcibilità del danno da c.d. mero ritardo, come fattispecie di danno da comportamento e non da provvedimento, comunque è necessario che sia provato «sia il danno evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione»<sup>74</sup>. Con la precisazione che, stante l'obbligo delle amministrazioni di ricorrere a strumenti digitali, in presenza di un danno da ritardo, dovrebbe essere onere delle stesse amministrazioni provare di aver adottato adeguati modelli di organizzazione degli uffici e di gestione, in cui rientrano anche soluzioni digitali, volti a prevenire il danno.

---

<sup>73</sup> Così MADDALENA, *Gli incentivi*, cit., *passim*, in cui si evidenzia come in passato la dottrina aveva sostenuto che il danno da mero ritardo dovesse essere inquadrato nella categoria della responsabilità da contatto, quale lesione della situazione soggettiva procedimentale correlata all'obbligo di conclusione tempestiva del procedimento. Tesi successivamente superata, anche in virtù dell'attuale quadro normativo.

<sup>74</sup> Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 (§ 45).

## LA CALENDARIZZAZIONE DELLE UDIENZE NELLA MATERIA PENALE: DISCORSO ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

GAIA ORLANDINI\*

*Il tempo, rappresentando la prima preoccupazione ogniqualvolta si parli di giustizia, è ormai diventato una delle misure della bontà degli epiloghi processuali. Un processo penale oltremodo duraturo non può esser giusto. La Riforma Cartabia, con la modifica degli articoli 477 c.p.p. e 145 disp. att. c.p.p., ha introdotto in campo penale la figura, già nota al rito civile, della calendarizzazione delle udienze, con il proposito di scardinare il metodo della trattazione “parallela” dei casi, in favore della sequenzialità. Il contributo vuole analizzare l’opportunità della scelta, inquadrandola nel prisma del principio della ragionevole durata del processo e dei valori ad esso sottesi.*

*Time, representing the first concern whenever we talk about justice, has now become one of the measures of the quality of the trial outcomes. An overly long-lasting criminal trial cannot be fair. The Cartabia Reform, with the modifications of articles 477 c.p.p. and 145 implementing provisions c.p.p., introduced into the criminal field the figure, already known in civil trials, of the scheduling of hearings, with the aim of dismantling the method of conducting “parallel” cases, in favor of sequentiality. The paper aims to analyze the opportunity of the choice, framing it in the prism of the principle of the reasonable duration of the process and the values underlying it.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La ragionevole durata del processo. — 3. La concentrazione dibattimentale in rapporto con i principi di oralità e immediatezza. — 3.1. Progetto, aspettative e disillusioni. — 3.2. Il tentativo Cartabia: la calendarizzazione delle udienze. — 3.3. L’importanza della comunicazione con le parti. — 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* — «Molti han giustizia in cuore, e tardi scocca per non venir senza consiglio a l’arco»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia*, Purgatorio, VI, 130-131. Le parole sono pronunciate dal poeta in occasione dell’invettiva contro l’Italia e la sua sventura, rallegrandosi costui ironicamente del fatto che Firenze non sia toccata da tal digressione in quanto i suoi cittadini, nonostante la giustizia si esprima tarda per non rischiare di non essere ponderata, la hanno sempre e comunque sul sommo della bocca.

\* Studentessa di Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Firenze.

Il procedimento penale, serie cronologicamente ordinata e necessitata di atti<sup>2</sup>, costituisce il sistema, se non perfetto, migliore, con cui la società delega ad un uomo il giudizio su un altro uomo. «Il giudice deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze, e forse le bassezze dell'uomo»<sup>3</sup>. Giustizia chiama ponderazione, ponderazione chiama dispendio di tempo. Il rito penale, nelle regole che lo governano e che ne scandiscono il progredire, deve necessariamente tenere di conto dell'imprescindibile bilanciamento tra garanzie processuali ed efficienza dell'apparato giudiziario. Il trascorrere del tempo non è indifferente alle vicende del reato e della pena e non è indifferente alle vicende del processo<sup>4</sup>. Se è vero, come le scienze relativistiche ci insegnano, che esistono tante mutevoli realtà quanti sono i diversi punti di osservazione, vestendo i panni di un comune operatore della giustizia ci renderemmo conto di come, da tale prospettiva, lo scorrere del tempo, di regola celere e cadenzato, appaia al contrario lento e dilatato, quando abbia la sventura di imbrigliarsi nelle maglie degli uffici giudiziari. La congenita flemma con cui la giustizia si muove nel nostro Paese è ormai tristemente nota ai più ed è causa del generale sentimento di diffidenza che il *quivis de populo* (e forse, anche, ancor più gravemente, il giurista) nutre nei confronti dell'apparato giudiziario tutto. Se ai ritardi e alle inefficienze pubbliche possiamo dirci usi nelle questioni burocratiche della quotidianità, il discorso muta quando oggetto del contendere è la libertà personale all'interno del procedimento penale, ove la misura del tempo acquista un diverso peso e pretende maggiore attenzione. Nel settore processuale penale, dove è pressoché incontestata la confusione tra tempo "del processo" e tempo "nel processo"<sup>5</sup>, è fondamentale che la macchina della giustizia sia ben oliata, in modo da evitare a tutti i costi inceppi che, come è tristemente noto, si manifestano con conseguenze dirette sulla libertà fisica e psichica dei soggetti coinvolti. È infatti ormai acquisizione comune quella per cui il processo costituisca di per sé una pena<sup>6</sup>. «Nel tempo necessario per giungere a sentenza, un uomo è sottoposto a giudizio, si sente oggetto di ricerca e materia di studio. Propriamente giudicata non è una singola azione, un frammento, ma l'intera vita, spogliata, denudata, ridotta a schema, tipizzata in

---

<sup>2</sup> G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pp. 132 ss. Più precisamente definisce il procedimento penale come «una serie cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale, ciascuno dei quali, in quanto validamente compiuto, fa sorgere il dovere di porre in essere il successivo ed, al contempo, è esso stesso realizzato in adempimento di un dovere posto dal suo antecedente».

<sup>3</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1949, (prima ed. 1935).

<sup>4</sup> A. DE CARO, *Tempo, punizione e processo: le indubbe connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione*, in *SistemaPenale*,

<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/de-caro-tempo-punizione-processo-prescrizione-ragionevole-durata>, data ultima consultazione 5.01.2025.

<sup>5</sup> L'espressione è di G. RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cassazione Penale*, 2011, XII, pp. 4524 ss.

<sup>6</sup> Uno per tutti: F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, pp. 34 ss.

base alla ‘figura’ di ciascun reato»<sup>7</sup>. È dunque compito ineludibile dello Stato quello di garantire un celere svolgimento del processo penale, sulla spinta non tanto delle necessità di efficienza del sistema e fermezza della risposta sanzionatoria (che, pur se fondamentali, passano nel discorso in esame in secondo luogo), quanto in ragione delle fragilità e debolezze umane che il processo inevitabilmente disvela.

2. *La ragionevole durata del processo.* — Il principio di ragionevole durata del processo, nel nostro ordinamento, ha genesi sovranazionale: trova infatti la prima autorevole affermazione con la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell’uomo<sup>8</sup>, il cui art. 6, § 1 prevede che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale [...]». Si tratta di un diritto soggettivo<sup>9</sup>, assoluto ed incompressibile, di cui il cittadino può avvalersi direttamente innanzi all’autorità giudiziaria<sup>10</sup>. Successivamente suddetto principio troverà esplicito riferimento in Costituzione con la legge costituzionale n. 2 del 1999<sup>11</sup> che ha inserito all’art. 111, comma 2, la previsione secondo la quale: «la legge ne assicura [del processo] la ragionevole durata». Pur vincolando il legislatore, il precetto, così espresso, non contiene alcuna indicazione sul contenuto concreto e sulle modalità di attuazione, che dovrebbero concretizzarsi in interventi acceleratori o in sanzioni a seguito di violazioni. Il solo faro, per colui che fosse stato soggetto ad un processo “irragionevolmente duraturo”, rimaneva il ricorso *ex art.* 34 CEDU; di talché, anche in conseguenza di reiterati richiami da parte dei giudici europei in ragione delle innumerevoli richieste di indennizzo che ostruivano la Corte EDU<sup>12</sup>,

<sup>7</sup> N. IRTI, *I tempi del processo, l’attesa come pena e il ruolo della prescrizione*, in *Il Sole 24 ore*, i-tempi-processo-l-attesa-come-pena-e-ruolo-prescrizione-AEw3HDE, p. 13, data ultima consultazione 5.01.2025. Continua Irti: «Non basta ‘sentirsi innocenti’, poiché il giudizio solleva la domanda sull’innocenza: e già questo interrogarsi scuote l’animo e reca dolore».

<sup>8</sup> Ratificata dalla Legge 4 agosto 1955, n. 848, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, in G.U. 24 settembre 1955, n. 221.

<sup>9</sup> B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in *La legislazione penale*, 2019, I. Per una ricostruzione del dibattito sulle due visioni, oggettiva e soggettiva, P. MOSCARINI, *L’istituto della prescrizione ed il ‘giusto processo’*, in *Diritto penale e processo*, 2021, XI, p. 1453. Cfr. RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, cit., 4524-4534, in cui l’autore ricostruisce la natura e il significato del principio della ragionevole durata del processo nel sistema processuale penale, superando e andando oltre le tesi soggettivistiche (ragionevole durata come diritto dell’imputato, come risulta dalla CEDU) e oggettivistiche (ragionevole durata come qualità del processo, come traspare dalla Costituzione) e qualificandolo come “metagiuridico”, evidenziandone cioè il carattere giuridico di obbligazione di risultato: il legislatore deve organizzare il processo e le linee di tutela della persona in modo da consentire che la giurisdizione manifesti i suoi detti in tempi ragionevoli.

<sup>10</sup> Con il *Protocollo n. 11 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali*, che ristrutturava il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione, STE n. 155, 11 maggio 1994 (entrato in vigore il 10 novembre 1998), un soggetto può ricorrere individualmente direttamente dinanzi alla Corte di Strasburgo per la tutela dei suoi diritti, sia nei confronti del proprio Paese che avverso Stati stranieri.

<sup>11</sup> Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 2, “Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione”, in G.U. 23 dicembre 1999, n. 300.

<sup>12</sup> Bottazzi, A.P., Di Mauro, Ferrari c. Italia, application n. 24884/1997, ECHR, 28 luglio 1999; Capuano c. Italia, application n. 9381/1981, ECHR, 25 giugno 1987.

il legislatore italiano, con la Legge 89/2001, c.d. Legge Pinto<sup>13</sup>, ha introdotto un rimedio nazionale all'eccessiva durata delle procedure giudiziarie. Tuttavia, quello che doveva essere, se non la soluzione, comunque un argine a “le problème italien”, anche alla luce delle modifiche apportate con le leggi 134/2012<sup>14</sup> e 208/2015<sup>15</sup>, si è rivelato completamente inadatto a riportare la durata dei processi italiani entro i binari della ragionevole durata.

Il principio in esame è stato, nel corso del tempo, crocevia di discussioni, riforme, aspirazioni e bilanciamenti, inserendosi nel più ampio quadro del “giusto processo”<sup>16</sup> delineato dall'art. 111 Cost<sup>17</sup>. Il comma secondo di suddetta norma è formato da due periodi, alla ragionevole durata del processo è dedicato il secondo. Nel primo invece troviamo altri principi, tutti concorrenti alla costruzione del giusto processo: il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e imparzialità del giudice. Il disegno costituzionale è congegnato in modo tale da permettere un continuo disallineamento e riequilibrio dell'assetto. Un processo di durata contenuta è senz'altro l'obiettivo a cui tendere, ma non può essere raggiunto a tutti i costi con patologico efficientismo. La ragionevole durata sarà quindi molto spesso destinata a soccombere al confronto con altri valori altrettanto fondamentali. Del resto, è lo stesso aggettivo “ragionevole”<sup>18</sup> che, appellandosi al razio-cinismo e alla capacità umana di percepire le diverse “pulsazioni” della realtà giuridica, ci restituisce la natura programmatica del principio in oggetto, che

---

<sup>13</sup> Legge 24 marzo 2001, n. 89, “Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile”, in G.U. 3 aprile 2001, n. 78. Con l'entrata in vigore della legge si è creato un ricorso interno, in modo che il cittadino debba adire la corte di Strasburgo solo in via sussidiaria.

<sup>14</sup> Decreto-legge 22 giugno 1983, n. 83, convertito in Legge 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>15</sup> Legge 28 dicembre 2015, n. 208, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)”, in G.U. 30 dicembre 2015, n. 302.

<sup>16</sup> Ci si è chiesti a che cosa alluda la formula “giusto processo”. Taluni reputano che sia una sorta di crasi dei valori e delle regole espresse nei commi successivi, P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2012, III ed., p. 32; altri invece ritengono che l'espressione richiami un concetto di Giustizia in senso giusnaturalistico, come un ideale preesistente all'ordine dell'uomo, *ex multis* E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, XLVI, 1/2, pp. 93-108.

<sup>17</sup> Sulla modifica dell'articolo 111 Cost. e il suo carattere più o meno innovativo: AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n.63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, pp. 49-95; A. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II ed., Padova, 1995; P. FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 1; sulla ricostruzione dell'evoluzione dottrinale sul tema M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, V, Milano, 2001; sul comma terzo in particolare C. CONTI, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto, Appendice*, V, Milano, 2001.

<sup>18</sup> Il termine “ragionevole” deriva da “ragione” e viene dal latino *ratio-onis* ossia la facoltà di pensare, mettendo in rapporto i concetti e le loro enunciazioni, e insieme la facoltà che guida a ben giudicare, a discernere cioè il vero e il falso, il giusto e l'ingiusto (...). Nel linguaggio filosofico, derivando dal latino *ratio*, traduzione del greco *lògos*, ne mantiene il duplice significato di ragione e discorso, determinandosi in vario modo come la facoltà di conoscere attraverso la parola e il discorso piuttosto che mediante l'intuizione: si veda la voce *Ragione* in *Treccani Vocabolario on line*, <https://www.treccani.it/vocabolario/ragione/>, ultima consultazione 24.01.2025.

risulta dunque modellabile sulle diverse esigenze del caso concreto<sup>19</sup>. La mente va alla distinzione dworkiniana tra il concetto di “principio” e quello di “regola”: i principi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del “più-o-meno”, quindi con la massima espansione o restrizione; le regole sono invece proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa, secondo il modello «Se A, allora segue B»), applicabili nella forma del “tutto-o-niente”, quindi destinate ad essere osservate o trasgredite, senza scelte intermedie<sup>20</sup>.

3. *La concentrazione dibattimentale in rapporto con i principi di oralità e immediatezza.* — La Riforma Cartabia<sup>21</sup>, com'è noto, si è fatta carico dell'istanza deflattiva del sistema giudiziario, con interventi ad ampio raggio che hanno modificato la generale fisionomia del rito penale. Tra questi, uno in particolare pare essere passato in sordina, sebbene si incastrino in realtà su uno dei pilastri del modello accusatorio: il principio di concentrazione. La riforma di più recente conio, all'articolo 30, comma 1, lett. a), sulla traccia fissata dalla delega all'articolo 1, comma 11, lett. a), ha infatti modificato il comma primo dell'art. 477 c.p.p. che nella formulazione originale recitava: «Quando non è assolutamente possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che esso venga proseguito nel giorno seguente non festivo», con un nuovo dettato normativo secondo cui: «Quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente, dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova, sentite le parti, stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna le attività da svolgere». Il principio della concentrazione dibattimentale impone che non vi siano intervalli di tempo tra l'assunzione delle prove in udienza, la discussione finale e la deliberazione della sentenza<sup>22</sup>. L'epistemologia del sistema accusatorio, informata ai principi di oralità e immediatezza<sup>23</sup>, si fonda sulla dialettica processuale quale miglior metodo di

<sup>19</sup> A sostenerlo è l'ormai costante giurisprudenza costituzionale a partire dalla lapidaria Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317; da ultimo Corte cost., 9 maggio 2022, n. 111 (nella quale si evidenzia come il principio di ragionevole durata del processo non potrebbe porsi in contrasto col diritto di difesa, sottolineando la stretta relazione di tali garanzie con l'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo); ma anche la giurisprudenza della Corte Suprema (solo esemplificativa): Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2023, n. 39097.

<sup>20</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Cambridge, 1977, trad. it., Bologna, 1982, pp. 93 ss. Distinzione ripresa da P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Questione giustizia*, 2017, I, pp. 109 ss.; R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II ed., Milano, 2000, pp. 558 ss.

<sup>21</sup> D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*.

<sup>22</sup> P. TONINI e C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIV ed., Milano, 2023, p. 756.

<sup>23</sup> *Ex multis*: F. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, I ed., 1965; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005; M. MENNA, *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994, IV, p. 187; D. SIRACUSANO e F. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in F. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA e. al., *Diritto Processuale Penale*, Milano, 2013, p. 660; TONINI e CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 753; G. UBERTIS,

conoscenza<sup>24</sup> e vuole, in funzione di ciò, che l'organo giudicante percepisca direttamente e personalmente le prove che fonderanno la sua decisione, essendo un dato acquisito dalle scienze psicologiche come il giudice, soltanto ascoltando a voce viva il dichiarante, possa trarre dalla deposizione elementi utili e imprescindibili per il giudizio di credibilità del medesimo e attendibilità del racconto. I valori e le necessità pratiche che le regole dell'oralità e dell'immediatezza vogliono realizzare, dipendono tuttavia da una corretta applicazione del principio di concentrazione.

«L'interporsi di un ampio iato temporale tra il momento di assunzione della prova (in particolare, di quella dichiarativa) e della deliberazione inficia l'effettiva estrinsecazione di un simile fenomeno euristico; giacché il giudice, anche nell'ipotesi in cui abbia personalmente assistito all'assunzione della medesima, è costretto a rinverdire il proprio ricordo, verosimilmente ormai assai 'sfumato', attraverso la lettura dei verbali di udienza»<sup>25</sup>.

In questa prospettiva, perde di rilevanza anche l'annosa questione della rinnovazione dibattimentale in caso di mutamento del collegio giudicante. A cosa servirebbe la diretta percezione della parola se alla fine dei giochi, in camera di consiglio, a far da protagonista sono le trascrizioni stenotipiche e non la voce, la fisiognomica, il gergo, l'intonazione e in generale i tratti prosodici del discorso? Al

---

*Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale, in Digesto delle discipline penalistiche, III ed., Torino, 1989, p. 453; G. LOZZI, I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1997, I, p. 670.*

<sup>24</sup> Sempre in TONINI e CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 38-42, si ricostruisce il principio del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost., come declinabile in due diverse accezioni: nella sua forma "debole", di cui al comma 2, è comune a tutti i tipi di processo (civile, amministrativo, tributario...) e rappresenta il diritto di un individuo di essere messo al corrente dei presupposti di fatto e di diritto sui quali si baserà il provvedimento giurisdizionale che lo riguarderà. Consiste in sostanza nella possibilità di esporre le proprie difese prima della decisione del giudice. Il contraddittorio "forte" invece, di cui ai commi 3 e 4, si riferisce al processo penale e riguarda la materia della prova. Quest'ultimo si divide a sua volta in contraddittorio in senso "oggettivo" e "soggettivo". Il primo, al primo periodo del comma 4, sancisce il metodo dialettico, che prende vita nell'esame incrociato, come l'unico strumento capace di formare una prova che sia attendibile: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova»; il secondo, esplicitato nei commi 3 e 4, fa riferimento al diritto a confrontarsi con l'accusatore, avendo l'imputato la «facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico [...]» e non potendo la sua colpevolezza «essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». La stessa Corte costituzionale ha recepito la distinzione tra contraddittorio in senso oggettivo e soggettivo in Corte cost., 12 ottobre 2000, n. 440.

<sup>25</sup> In questo senso: G. GALLUCCIO MEZIO, *Efficienza e oralità: la riorganizzazione dei ruoli delle udienze penali*, in *Cassazione penale*, 2023, IV, p. 1348; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in AA. VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 33, secondo il quale: «da violazione del principio di continuità, da un lato, svuota di significato l'immediatezza posto che il susseguirsi di rinvii a udienza fissa e la conseguente protrazione dell'istruzione dibattimentale per lunghi periodi fa sì che il giudice decida quando non è più in condizioni di ricordare le modalità di assunzione della prova avanti a lui verificatasi e, dall'altro, tale violazione altera sia il contraddittorio per la prova (che avviene quando non si ricordano le modalità delle prove in precedenza effettuate) sia il contraddittorio sulla prova che in virtù di tali ritardi viene ad essere un contraddittorio basato sulle trascrizioni e sui verbali».

riguardo, con la Riforma Cartabia, che ha recepito i dettami della più recente giurisprudenza della Consulta e delle Sezioni Unite<sup>26</sup>, si è virato verso un annebbiamento delle regole di oralità e immediatezza in favore dell'efficienza processuale. Invero, ad una prima lettura del nuovo comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p., sembrerebbe che le parti conservino di regola il diritto all'ottenimento dell'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni davanti al collegio nella precedente composizione. Questo tuttavia, «salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva». Vista però la nuova modalità di documentazione delle udienze dibattimentali di cui all'articolo 510 comma 2-bis c.p.p., che pone come regola l'utilizzo di mezzi di riproduzione audiovisiva, si capisce come, da ora in poi, le parti avranno diritto alla riassunzione solo nei remoti casi in cui tali mezzi non siano stati adottati per «la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico». La nuova documentazione «rafforzata», se da un lato tutela il valore accertativo della deposizione, facendola all'occorrenza rivivere integralmente e fedelmente nei contenuti, dall'altro, nel caso di mutamento del collegio giudicante, attribuisce alla videoripresa «valenza sostituiva»<sup>27</sup> rispetto alla diretta percezione del giudice dell'atto di acquisizione della prova. Prescindendo dalla questione della rinnovazione dibattimentale, non essendo questa la sede conveniente per gli opportuni approfondimenti, emerge comunque con nitore come, senza continuità dibattimentale, oralità e immediatezza si svuotino di contenuto, rimanendo «mero simulacro»<sup>28</sup> del principio del contraddittorio<sup>29</sup>.

3.1. *Progetto, aspettative e disillusioni.* — La precedente formulazione del 477 c.p.p., accoglieva speranzosa la scommessa secondo la quale il processo pendente avrebbe dovuto concludersi nell'arco di una singola giornata d'udienza, e nel caso in cui questo non fosse stato possibile, sarebbe proseguito nella giornata non festiva successiva. Era chiara l'ispirazione ai modelli puramente accusatori di matrice anglosassone, primo tra tutti quello americano, che professa un processo

<sup>26</sup> Si fa riferimento a: Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132; Cass. S. U., 10 ottobre 2019, n. 41736. Entrambe le pronunce sono state oggetto di cospicue critiche.

<sup>27</sup> Continua in questi termini GALLUCCIO MEZIO, *Efficienza e oralità*, cit., p. 1349.

<sup>28</sup> Così la Consulta nella richiamata sentenza n. 132 del 2019. Testuale: «I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni [...]. In una simile situazione, il principio di immediatezza rischia di divenire un mero simulacro: anche se il giudice che decide resta il medesimo, il suo convincimento al momento della decisione finirà – in pratica – per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo».

<sup>29</sup> Come, del resto, affermato nella stessa *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435* del 24.05.2021 della *Commissione Lattanzi*, in *SistemaPenale*, <https://sistemapenale.it/it/documenti/relazione-commissione-lattanzi-riforma-giustizia-penale>, ultima consultazione 23.01.2025, p. 29, la quale testualmente: «All'interno di quest'ultima [la fase del giudizio], tuttavia, si propongono alcuni interventi tutti mirati al potenziamento dell'esercizio del diritto alla prova delle parti, nel contesto della decisa riaffermazione del canone di concentrazione, quale presupposto di tutti i corollari del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111, comma 4, Cost.».



penale composto da un ristretto numero di udienze tra loro estremamente ravvicinate e che si conclude in media nell'arco di una settimana<sup>30</sup>. Di regola, infatti, negli USA le udienze si celebrano una dietro l'altra senza soluzione di continuità ed il giudice non si dedica alla trattazione di un processo prima di aver concluso il dibattimento precedente.

Tornando alla realtà italiana, l'osservazione della procedura penale vivente ci restituisce una totale disapplicazione del principio di concentrazione così come in vigore sino al 31 dicembre 2022<sup>31</sup>, con prassi che si pongono in totale contrasto con la disciplina dei rinvii *ex art.* 477, comma 2, c.p.<sup>32</sup>. Essa è il prodotto di un meccanismo di organizzazione del lavoro giudiziario basato sull'individuazione *ex ante* del calendario delle udienze che il giudice dovrà tenere nelle settimane, nei mesi e negli anni a venire. Tale programmazione, legata ad esigenze meramente burocratiche, non tiene conto delle attività da svolgersi nel singolo processo, le quali vengono, pertanto, di volta in volta "distribuite" sulla base di uno schema preconfezionato e immodificabile, sino al riempimento di tutti gli "spazi" disponibili<sup>33</sup>. Procedimenti che potrebbero esaurirsi in una o poche giornate di udienza vengono in questo modo forzatamente frazionati in una molteplicità di appuntamenti, spesso programmati anche a notevole distanza di tempo tra loro. Le conseguenze si riflettono *in primis* su magistrati e difensori, i quali, per non perdere il *fil rouge* del caso e ben svolgere l'acquisizione delle prove, dovranno riprendere in mano e studiare ancora le carte processuali. Ma la ripercussione più

---

<sup>30</sup> Oltreoceano, tuttavia, la percentuale dei procedimenti penali che giungono fino alla fase dibattimentale è estremamente esigua e si aggira intorno al 5-10%; risulterà in forza di ciò meno ostica l'organizzazione delle giornate di udienza (che prevede inoltre, in linea di principio, la presenza della giuria popolare e dunque l'esigenza di programmare la tendenziale durata del dibattimento, che dovrà avere tempi contenuti). È comunque doveroso tenere presente che il sistema americano, puramente accusatorio, sia molto diverso dal nostro. Discrezionalità dell'azione penale, un *prosecutor* fortemente politicizzato e, soprattutto, assenza di motivazione, sono solo alcuni (ma forse i principali) dei fattori che contribuiscono alla realizzazione dello *speedy trial* e che, probabilmente, non mutueremmo altrettanto volentieri. Il nodo della questione è, ancora una volta, il ricercatissimo punto di equilibrio tra garanzie ed efficienza. Per un quadro generale comparatistico sul processo penale americano, tra gli altri: V. FANCHINOTTI, *La giustizia penale statunitense. Procedure v. Antiprocedure*, I ed., Torino, 2022; M. GRIFFO, *Il processo penale nel sistema statunitense*, collana *Quaderni de «Il Foro napoletano»*, Napoli, 2015; A. LANDOLFI, *La sintesi del processo penale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2021.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. pen., sez. II, 26 settembre 2007, n. 39784: «Il rinvio di udienza va modulato in relazione alle singole evenienze processuali ed alle esigenze di ruolo, e la determinazione della sua durata attiene al potere ordinatorio del giudice di merito, che si sottrae al sindacato della Cassazione, a nulla potendo rilevare la durata più o meno breve dei rinvii di udienza precedenti o successivi, poiché sarebbe incongruo pretendere una cadenza fissa delle varie udienze». In applicazione del principio, la Suprema Corte ha ritenuto non ravvisabile alcun eccesso in un rinvio a sessanta giorni, con sospensione dei termini massimi di custodia cautelare, disposto a seguito di adesione del difensore dell'imputato ad astensione collettiva forense dalle udienze.

<sup>32</sup> G. LATTAZZI, *Passato, presente e futuro dell'oralità dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 2022, III, pp. 931 ss.: «Dibattimenti che si trascinano stancamente per mesi e anche per anni, con le prove che si assumono in udienze intervallate da settimane o anche da mesi, con giudici che naturalmente negli intervalli hanno altro da fare, altri processi da seguire, altre decisioni da prendere; con la discussione che non sempre avviene nell'udienza in cui è esaurita l'assunzione delle prove e che a sua volta può essere frazionata in udienze distanziate nel tempo».

<sup>33</sup> Ancora GALLUZZO MEZIO, *Efficienza e oralità*, cit., pp. 1353-1354.

grave si ha nei confronti di coloro che nel processo sono coinvolti e più in generale sul sistema giustizia. Se pensiamo infatti a quante volte si faccia ricorso al “rinvio ad altra udienza”<sup>34</sup> - tanto per ragioni fisiologiche (udienza di sola ammissione delle prove, prosecuzione dell’istruttoria, discussione finale etc.), quanto per cause patologiche (omessa o irregolare notifica all’imputato, assenza del giudice titolare) - e le sommiamo ad una non funzionale programmazione degli incombenti, l’effettivo svolgimento dei dibattimenti si protrae potenzialmente per anni.

3.2. *Il tentativo Cartabia: la calendarizzazione delle udienze.* — Il cambio di rotta che la Riforma Cartabia ha tentato di attuare è scaturito dalla realizzazione che i ritardi e le inefficienze della giustizia penale vedono come principale causa la pessima organizzazione delle udienze. Modificando il comma 1 del 477 c.p.p., si sono potenziati i compiti di “direzione formale” del giudice dibattimentale in chiave di riduzione e razionalizzazione dei tempi<sup>35</sup>, codificando una figura già nota alla disciplina normativa del rito civile e una prassi virtuosa già in uso in buona parte degli uffici giudiziari penali: la calendarizzazione delle udienze. A cascata è stata apportata modifica alla normativa di attuazione, novellando l’art 145, comma 2, disp. att. c.p.p., in forza del quale il giudice, laddove il dibattimento debba protrarsi per più udienze, sentiti il pubblico ministero e i difensori, stabilisce il giorno in cui ciascuna persona deve comparire. Rispetto alla formulazione precedente, il giudice non ha più “facoltà” (come restituiva invece la norma in vigore sino al termine del 2022, che riportava la particella “può”, prima del verbo “stabilire”) di fissare il giorno in cui ciascuna persona debba presentarsi, bensì è gravato da un vero e proprio dovere. Sotto l’apparentemente innocua modifica normativa, si cela in realtà un tentativo molto più ambizioso<sup>36</sup>, come d’altronde

---

<sup>34</sup> I *Risultati del 2° Rapporto sul processo penale in Italia. Eurispes-Unione Camere Penali*, condotto nel 2021, e disponibile al link <https://eurispes.eu/ricerca-rapporto/2-rapporto-sul-processo-penale-eurispes-unione-delle-camere-penali-italiane/>, ultima consultazione 24.01.2025, evidenziano come il 78,7% dei processi penali di primo grado terminino con un rinvio ad altra udienza, con un aumento del 9,4% rispetto al 2008. La situazione è peggiorata anche per quanto riguarda i tempi del rinvio ad altra udienza, che risultano ulteriormente allungati rispetto al 2008: da 139 nel 2008 a 154 giorni per i procedimenti in Aula monocratica e da 117 a 129 giorni per quelli davanti al Tribunale collegiale.

<sup>35</sup> P. BRONZO, *La “Riforma Cartabia” e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 2022, IV, p. 1308. Il calendario dell’udienza è definito uno «strumento per razionalizzare le attività dibattimentali» in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2023, p. 243.

<sup>36</sup> L’espressione è di M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *SistemaPenale*, gialuz-per-un-processo-piu-efficiente-e-giusto-guida-alla-lettura-della-riforma-cartabia, p. 60, data ultima consultazione 5.01.2025.

rivendicato dalla commissione Lattanzi stessa<sup>37</sup>. Un'inedita e omogeneamente diffusa, almeno in campo penale, trattazione "in sequenza" dei casi, dunque, già da tempo auspicata<sup>38</sup> e che permetterebbe di realizzare un notevole risparmio di tempo e di risorse rispetto alla confusionaria e infruttuosa trattazione "in parallelo". La calendarizzazione, infatti, rendendo prevedibili le attività da svolgere di volta in volta nelle singole udienze, permette ai giudici di calibrare al meglio il proprio ruolo in base al carico di lavoro, facilita la gestione della partecipazione di testimoni, interpreti e consulenti, evitando citazioni inutili e riduce il rischio di segnalazioni incrociate di impedimenti da parte dei difensori, i quali potrebbero programmare al meglio il proprio coinvolgimento nei diversi dibattimenti che li impegnano in un determinato periodo<sup>39</sup>. Peraltro, come magistrali studi dimostrano<sup>40</sup>, sarebbe fondata la teoria secondo cui:

«a parità di casi sopravvenuti, la durata media dei processi, [...] è minore per i magistrati che lavorano ispirandosi al suggerimento implicito nel detto latino *Age quod agis*<sup>41</sup>. Viceversa, i magistrati che lavorano in parallelo su molti casi, li esauriscono più lentamente, ne concludono meno per unità di tempo e accumulano un carico pendente crescente nel tempo».

---

<sup>37</sup> «La riaffermazione della regola generale della concentrazione del dibattimento in una sola udienza non va considerata quale pervicace - ma inutile e disincantata - rivendicazione di ciò che appare impossibile da realizzare in concreto; né l'istituzionalizzazione del calendario delle udienze rappresenta la mera codificazione di quanto già previsto dai protocolli diffusi sul territorio nazionale. Si tratta invece di due criteri che hanno un obiettivo ambizioso: quello di richiamare il legislatore delegato e i dirigenti degli uffici a sperimentare forme innovative di organizzazione delle udienze dibattimentali, che tengano conto della maggiore efficienza - dimostrata da diversi studi di analisi economica del diritto - della trattazione dei casi in sequenza e non in parallelo, sia in termini di capacità di definizione che di tempi di chiusura dei processi». Cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 29.

<sup>38</sup> Lo stesso giudice delle leggi ha sottolineato l'opportunità di modificare l'organizzazione dei ruoli delle udienze, in un'ottica di favoreggiamento della concentrazione, con la nota Corte Cost., 20 maggio 2019, n. 132 con note di E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost., 20 maggio 2019, n. 132*, in *Cassazione penale*, 2019, X, pp. 3620 ss.; M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato alla Corte costituzionale dal legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, III, pp. 1543 ss.

<sup>39</sup> Si esprime in questi termini BRONZO, *La "Riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, cit., p. 1309.

<sup>40</sup> D. COVIELLO, A. ICHINO e N. PERSICO, *Giudici in affanno*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2012, pp. 239 ss. Partendo dai dati di ogni singolo processo iscritto a ruolo nelle Sezioni Lavoro dei Tribunali di Milano (anni 2000-2005) e Torino (anno 2005), è analizzato il modo di lavorare dei singoli giudici, concludendo per una maggior efficienza del metodo di trattazione sequenziale. Gli autori: «Questa teoria contribuisce in modo rilevante a spiegare come mai all'interno di ciascuna delle due sedi, e quindi a parità di risorse, di organizzazione, e di quantità e qualità delle controversie, ci siano magistrati che impiegano da 2 a 3 volte più tempo di altri per terminare i processi a loro assegnati. La chiave della diversa performance sta nel fatto che chi tiene 'poche pentole contemporaneamente sul fuoco' riesce a 'cucinare più pasti' per unità di tempo. [...] La teoria contribuisce anche a spiegare come mai i processi a Torino durino in media 174 giorni contro i 324 di Milano, nonostante il numero di casi sopravvenuti per giudice sia maggiore nel capoluogo piemontese e le due sedi siano relativamente simili per contesto economico e qualità delle controversie».

<sup>41</sup> «Fai (solo) ciò che stai facendo» PLAUTO, *Persa*, (4.4).

Inoltre, il dedicare un intero arco temporale alla trattazione esclusiva di un caso, parrebbe più utile ad assorbire gli inevitabili contrattempi che possono verificarsi durante l'istruttoria dibattimentale (mancata presentazione di un testimone, impedimento di un giudice, astensione di un difensore, esigenza di un supplemento istruttorio...), consentendo al giudice più agili modifiche, aggiunte o sostituzioni *in itinere*<sup>42</sup>. D'altro canto, può darsi anche che un'organizzazione così minuziosa possa esser causa dell'opposto effetto, non godendo della flessibilità necessaria ad attutire simili inconvenienti, sfuggendo questi al controllo del giudice. Un semplice supplemento probatorio, officioso o su richiesta di parte, che si verifica fisiologicamente nei dibattimenti penali, rischierebbe di scardinare così l'intero impianto programmatico. Essendo l'agenda del giudice già completamente piena, specie in sedi con ruoli sovraccarichi e carenze strutturali, il rischio è quello di ottenere effetti *contra rationem legis*<sup>43</sup>. Spetterà dunque al giudice organizzare il proprio ruolo con cognizione di causa, magari prevedendo delle "valvole di sfogo" costituite da udienze lasciate di tanto in tanto libere per ovviare ai contrattempi eventualmente verificatisi.

3.3. *L'importanza della comunicazione con le parti.* — In questa operazione di ricognizione (delle attività da svolgere in udienza) e sussunzione (nel calendario dibattimentale), il giudice non opera in solitudine, bensì, come specificato solo in sede di attuazione<sup>44</sup>, di concerto con le parti (testualmente «sentite le parti»). La previsione è strettamente collegata e si muove di pari passo con la nuova formulazione dell'art. 493 c.p.p.<sup>45</sup>, così come innovato dalla Riforma in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 11, lett. b) della legge delega, il quale, novellato, stabilisce: «Il pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato nell'ordine indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1». La modifica è tesa a creare «un momento

<sup>42</sup> Di questo avviso A. CABIALE e S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più stretto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della Riforma Cartabia*, in *Giustizia Insieme*, 2598-gli-approfondimenti-della-dottrina-sulla-riforma-cartabia-2-un-filtro-piu-potente-precede-un-bivio-piu-netto-nuove-possibili-prospettive-di-equilibrio-tra-udienza-preliminare-riti-speciali-e-giudizi-o-nel-quadro-della-riforma-cartabia, par. 3.1, data ultima consultazione 5.01.2025.

<sup>43</sup> Ancora BRONZO, *La "Riforma Cartabia"*, cit., p. 1310, il quale continua «In tutti questi casi difficilmente il giudice disporrà, a tal fine, di spazi liberi nel proprio calendario, perché nel frattempo essi saranno stati destinati agli incumbenti di altri processi, cosicché questi potrebbe trovarsi di fronte alla necessità di scegliere tra due alternative entrambe disfunzionali: differire, nei giudizi in cui si siano verificati gli imprevisti, le udienze necessarie a farvi fronte in coda all'ultima di quelle fissate, così scompaginando l'articolazione dell'istruttoria, oppure rinviare una parte delle udienze relative agli altri processi del ruolo, così stravolgendo il programma di questi ultimi, e gravando le cancellerie delle relative comunicazioni».

<sup>44</sup> L'art. 1 comma 11, lett. a), L. n. 134/2021, delegava infatti l'Esecutivo a prevedere che il giudice "comunicasse" alle parti il calendario delle udienze.

<sup>45</sup> Di questo avviso CABIALE e QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più stretto*, cit.; BRONZO, *La "Riforma Cartabia"*, cit.; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit.

dialettico che accompagni le richieste di prova delle parti<sup>46</sup> in un'ottica di facilitazione del lavoro del giudice, il quale, fisiologicamente ignaro del contenuto del fascicolo delle indagini, assolverà al compito del giudizio di ammissibilità della prova con cognizione di causa. La particella “esclusivamente”, lascia trasparire la volontà di evitare un ritorno al passato, in particolare all'esposizione introduttiva, con la quale il pubblico ministero, nell'ambito delle richieste di prova, spesso veicolava elementi conoscitivi di valutazione all'attenzione del giudice, diffondendo risultanze investigative al di fuori di ogni contraddittorio. Lo sforzo delle parti dovrà dunque contenersi nel perimetro della conformità alla legge, della non manifesta superfluità o irrilevanza della prova di cui si chiede l'ammissione e, per quanto concerne quella non disciplinata dalla legge (la prova atipica), della sua idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti, senza pregiudizio per la libertà morale della persona.

4. *Conclusioni.* — Così congegnate, le tessere della fase iniziale del dibattimento sembrano incastrarsi armonicamente: rapide e funzionali richieste di prova, decisione del giudice su quest'ultime, segue un'ulteriore interlocuzione con le parti in merito alla programmazione dei lavori, la quale risulterà più agevole una volta che sia noto il numero e la tipologia dei mezzi di prova di cui le parti intendono avvalersi e che sono state già avallate dal filtro dell'ammissibilità.

Tirando le fila del discorso, è doveroso soffermarsi sul legame che intercorre tra principio di concentrazione e calendarizzazione. Parte della dottrina<sup>47</sup> identifica il rapporto in termini di incompatibilità reciproca, vedendo nel calendario delle udienze la definitiva e disillusa rinuncia ad un dibattimento retto dal principio di continuità. La programmazione, certo, renderebbe più snello lo svolgersi delle singole udienze, organizzate nelle attività da svolgervi, ma incentiverebbe, o comunque stimolerebbe il giudice ad adattarsi su un modello di calendarizzazione delle udienze a notevole distanza di tempo l'una dall'altra, tradendo lo spirito dei sistemi accusatori. Forse è necessario interrogarsi sul perché del mantenimento nel dettato normativo della previsione secondo cui, ipoteticamente, sarebbe possibile che il dibattimento si esaurisca in una singola udienza<sup>48</sup>. Stante la pratica impossibilità di realizzazione di una simile previsione, al netto di procedimenti dalla definizione particolarmente celere (che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non giungono sino alla fase dibattimentale), la lettera del 477 c.p.p. sembra voler suggerire che, tenuto saldo l'ancoraggio al principio di concentrazione, sia però necessario un ripensamento del sistema. E' necessario

---

<sup>46</sup> Così la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, p. 309.

<sup>47</sup> GALLUCCIO MEZIO, *Efficienza e oralità*, cit.; E. N. LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega 134/2021*, in *Archivio Penale*, 2021, III, p. 36; G. RANALDI, *Il dibattimento che verrà: prolegomeni di una riforma in fieri*, in *“Riforma Cartabia” e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano, 2022, p. 216.

<sup>48</sup> Secondo la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*: «La riaffermazione della regola generale della concentrazione del dibattimento in una sola udienza non va considerata quale pervicace - ma inutile e disincantata - rivendicazione di ciò che appare impossibile da realizzare in concreto».

correre il rischio che nei primi anni il meccanismo di calendarizzazione delle udienze possa sortire l'effetto di una programmazione ancora dilatata nel tempo. Le carenze di magistrati e di personale amministrativo<sup>49</sup> infatti, rendono l'apparato giudiziario in costante affanno, con un ingente carico di arretrato e un numero elevatissimo di pendenze *pro capite*. In una situazione del genere sarà difficile un'organica riprogrammazione delle cause già in corso. Più probabile sarà un cambiamento d'impostazione graduale e non omogeneo, più facilmente attuabile negli uffici con minor difetto di organico. Resta comunque indubbio il vantaggio che una simile strutturazione, nonostante tutto ponderata, rappresenterebbe rispetto ai precedenti aleatori rinvii a data da destinarsi. Se poi il meccanismo, una volta ben rodato, dovesse davvero condurre all'approdo finale<sup>50</sup>, che, come già visto, nel disegno del legislatore sarebbe il metodo di trattazione sequenziale dei casi, si potrebbe davvero parlare di una delle innovazioni «potenzialmente più importanti dell'intera riforma»<sup>51</sup>. Del resto, è niente di meno che la storia ad insegnarci che i grandi cambiamenti destinati a durare arrivano per successive progressioni e prima di ricevere generale consenso, sono solitamente osteggiati dai più e auspicati soltanto dalle menti più aperte.

---

<sup>49</sup> Il “Tasso di scopertura anni 2022-2023” dell'Ufficio Statistico del CSM, evidenzia una carenza nazionale media di magistrati del 15,54%, con picchi che arrivano fino al 30/35% in alcune sedi anche non secondarie. Per quanto riguarda il personale amministrativo e dell'Unep, i dati del Ministero della Giustizia, al marzo 2024, riportano 31.530 posti occupati a fronte dei 43.135 disponibili, con una carenza del 27% circa.

<sup>50</sup> Come osservano CABIALE e QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più stretto*, cit., ad un inadempimento a quello che è il nuovo dovere di calendarizzazione, non segue alcuna sanzione processuale. Non è dunque assurdo ritenere che, specie per i giudici più abitudinari e decisamente non stacanovisti, il cambiamento richiesto dalla novella, rimanga solo un felice auspicio.

<sup>51</sup> Così GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit.

## I PATTI IN VISTA DELLA CRISI DI COPPIA: TRA EQUITÀ' E SOPRAVVENIENZE

FRANCESCO LINARDI\*

*Il contributo è volto a sostenere l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei patti con cui i coniugi o i nubendi si accordano circa le conseguenze patrimoniali di un futuro divorzio. Si analizzano, in particolare, le ragioni sottese all'orientamento giurisprudenziale attuale che nega validità a tali accordi, mettendo in luce il timore che il passaggio del tempo, intercorrente tra la stipula del contratto e lo scioglimento del vincolo coniugale, possa alterare l'equità dell'assetto inizialmente ricostruito tra i coniugi. Alla luce di queste ed altre considerazioni si tenta di proporre una ricostruzione che permetta ai coniugi (o ai nubendi) di predeterminare con una certa dose di stabilità le conseguenze patrimoniali del divorzio, senza al contempo sacrificare le peculiarità della materia familiare.*

*The essay aims to support the admissibility in our legal system of the agreements with which spouses or spouses to be, settle out of court on the patrimonial consequences of a future divorce. In particular, we will focus on the primary justifications with which national jurisprudence usually deny validity to these agreements, and we also aim to highlight the fear that the passing of time, between the conclusion of the contract and divorce, will alter the fairness of the agreement concluded by the parties. To sum up, we will try to propose a solution that allows the spouses (or future spouses) to determine in advance the property consequences in case of divorce, without sacrificing the particularities of legal relationships held within the family.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. – 2.1. Le prime aperture: il divorzio come condizione – 2.2. L'attualità dell'accordo come cartina di tornasole di un sindacato giudiziale di equità – 3. Le ragioni (non dette) sottese all'orientamento prevalente. – 4. La negoziabilità come regola per la gestione degli interessi patrimoniali e le peculiarità dei rapporti post-coniugali. – 5. Una proposta per un accordo equo in vista della crisi. – 6. Conclusioni.

\* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 F. Linardi. This is an open access article, double blind peer reviewed, 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. *Introduzione.* – Di recente la Suprema Corte<sup>1</sup> è tornata ad esprimersi sull’annoso tema riguardante l’ammissibilità dei patti tra coniugi volti a regolare i profili di un futuro scioglimento del vincolo coniugale. L’occasione è sorta da un contrasto giurisprudenziale riguardante un tema solo apparentemente distante: è stata sottoposta all’attenzione della Corte l’ambigua formulazione di una norma di recente introduzione, ossia l’art. 473-bis.4g c.p.c.<sup>2</sup>, che prevede la possibilità per i coniugi di proporre cumulativamente in un unico atto introduttivo sia la domanda di separazione che quella di divorzio.

La questione posta dall’ordinanza di rimessione<sup>3</sup> è se tale norma si riferisca solo alla domanda contenziosa o se, al contrario, possa essere impiegata anche per cumulare le domande congiunte di separazione e divorzio<sup>4</sup>. Tra le diverse notazioni del Tribunale trevigiano c’è quella per cui la proposizione delle domande cumulate in un unico atto introduttivo, con cui le parti si accordano sin da subito sulle condizioni di separazione e divorzio, potrebbe collidere con l’orientamento di legittimità ormai consolidato per cui ai coniugi è precluso, in sede di separazione, stipulare accordi in vista del futuro divorzio<sup>5</sup>.

Ebbene, la Cassazione si esprime a favore del cumulo, affermando che la possibilità di proporre ambo le domande in un unico atto introduttivo non collide con il divieto posto dalla giurisprudenza di legittimità, argomentando sul presupposto per cui le condizioni concordate tra i coniugi in merito agli assetti post divorzili sono pur sempre sottoposte al vaglio del tribunale.

La pronuncia, per quanto condivisibile, tradisce in motivazione una certa contraddittorietà, dovuta probabilmente ad una volontà evolutiva nel senso dell’ammissibilità degli accordi preventivi volti alla gestione della crisi coniugale.

---

<sup>1</sup> Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2024, 1, pp. 56 ss., con nota di F. LAZZARA, *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio: verso l’ammissibilità degli accordi di gestione della crisi coniugale*.

<sup>2</sup> La norma è tra quelle inserite dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. «Riforma Cartabia»), il quale ha inserito nel Libro II del Codice di rito il Titolo IV-bis, rubricato “*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*” e chiamato a disciplinare un rito unico per le controversie rientranti in queste materie.

<sup>3</sup> Trib. Treviso, Sez. I, ord. 31 maggio 2023, in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 649 ss., con nota di F. DANOVÌ, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì, in attesa di una prassi giudiziaria uniforme*, e con nota di E. AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio tra privatizzazione del matrimonio e tutela inderogabile della parte debole*. La questione è stata sollevata in via pregiudiziale sfruttando il nuovo meccanismo di cui all’art. 363-bis c.p.c.

<sup>4</sup> Già prima della pronuncia la dottrina era concorde nel ritenere ammissibile il cumulo basandosi su argomenti di ordine sia testuale che sistematico. In proposito si veda DANOVÌ, *Domanda congiunta di separazione e divorzio*, cit.; AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio*, cit.; A. SPADAFORA, *Le novità del simultaneus processus e gli spunti per una riflessione antidogmatica (sulla predeterminazione negoziale degli assetti post-affettivi)*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 3, pp. 1286 ss.; C. BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio non incide su diritti indisponibili, perché la crisi familiare è unitaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2024, 1, pp. 185 ss. La giurisprudenza di merito sembrava convergere verso la soluzione affermativa: Trib. Milano, Sez. IX, 5 maggio 2023, n. 3542; Trib. Vercelli, 17 maggio 2023, n. 230; Trib. Lamezia Terme, 13 maggio 2023, n. 96549, tutte in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 643 ss. Si veda in senso contrario Trib. Firenze, Sez. I, 15 maggio 2023, n. 96547, in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 647 ss.

<sup>5</sup> Come sostenuto anche da Trib. Firenze, Sez. I, 15 maggio 2023, n. 96547, cit.



Se è vero che, come afferma la Corte, è presente un vaglio del giudice sugli accordi in questione, è anche vero che la regolazione in sede di separazione degli effetti del divorzio, come si esporrà adeguatamente a breve, è esattamente ciò che la Corte ha sempre ritenuto inammissibile. A preoccupare i giudici di legittimità non è mai stata l'assenza di un controllo di equità sul contratto<sup>6</sup>, bensì la preventiva disposizione di diritti non ancora sorti, che nel caso di cumulo di domande congiunte è palese<sup>7</sup>. Infatti, in sede di separazione i coniugi si accorderebbero, tramite la proposizione della domanda giudiziale, sulle conseguenze del divorzio, ponendo uno iato temporale tra il momento dell'accordo e il momento del sorgere dei diritti di cui dispongono.

A tal riguardo urge una precisazione terminologica. Ad oggi la giurisprudenza sugli accordi prematrimoniali annovera diverse pronunce, ma preme sottolineare che si tratta quasi sempre, salvo rare eccezioni<sup>8</sup>, di accordi che trovano il loro momento perfezionativo in una fase successiva all'insorgere della crisi. Solitamente vengono sottoposti all'attenzione delle Corti accordi stipulati in sede di separazione con cui le parti stabiliscono un certo assetto per il momento del divorzio<sup>9</sup>. Il termine patti prematrimoniali, invece, richiama alla mente una

---

<sup>6</sup> Tant'è che la giurisprudenza di legittimità ha sempre ritenuto che gli accordi tra coniugi sulle conseguenze del divorzio (eccetto, come si vedrà, quelli preventivi) non necessitino di omologazione se non si pongono in contrasto con il provvedimento del giudice. Il dato è ormai acquisito, ma tra le molteplici pronunce si vedano Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, 3, pp. 868 ss.; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Foroplus*; Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, 4, pp. 1566 ss. con nota di J. MINEO, *L'incedere dell'autonomia negoziale nei rapporti familiari: brevi considerazioni sui patti prematrimoniali*.

<sup>7</sup> Di contrario avviso è BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit. p. 189, la quale sostiene che con la proposizione delle due domande le parti non stiano disponendo preventivamente di diritti non ancora sorti, in quanto, secondo l'A. «la presentazione in un unico contesto delle domande di separazione e di divorzio conferisce [...] rilevanza al carattere unitario della crisi familiare non soltanto sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale, cosicché l'accordo sulle condizioni del divorzio raggiunto negli atti introduttivi non verte su diritti futuri, ma su diritti attuali attinenti alle conseguenze di una crisi già in atto e presenta la necessaria certezza causale».

<sup>8</sup> Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p. 323 in cui i coniugi si sono accordati poco prima del matrimonio in merito ad un trasferimento immobiliare subordinato ad un futuro ed eventuale divorzio; Cass., 3 maggio 1984, n. 2862, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, 1, p. 579 in cui l'accordo, precedente al matrimonio, era stato stipulato da due cittadini statunitensi. In quest'ultimo caso, dunque, la fattispecie perveniva all'attenzione della Corte nel prisma delle norme internazionalprivatistiche (sul punto si veda G. LIBERATI BUCCIANI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, 2021).

<sup>9</sup> È giusto il caso di sottolineare come ciò derivi da una peculiarità propria del nostro ordinamento, ossia la bipartizione della crisi coniugale tra separazione e divorzio. La separazione, conosciuta già nel codice del 1865, assume ad oggi la prevalente funzione di momento di passaggio verso lo scioglimento del matrimonio. Il divorzio, ad oggi, ha come presupposto la separazione personale per un certo lasso di tempo, per cui lo stesso dipende da due aspetti: la volontà dei coniugi e il trascorrere del tempo. Ad essere spesso negata in dottrina (SPADAFORA, *Le novità del simultaneus processus*, cit.) è l'utilità del secondo presupposto, per quanto a detta di alcuni (LAZZARA, *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio*, cit., p. 67) ciò sia indispensabile per garantire che la scelta in merito allo scioglimento del vincolo sia assunta *frigido placatoque animo*.

diversa fattispecie, ossia quella dei nubendi che si accordano preventivamente sugli assetti patrimoniali conseguenti ad una eventuale e futura crisi di coppia<sup>10</sup>.

Ciò non toglie che le ipotesi riguardanti gli accordi in sede di separazione, al netto dell'attualità della crisi, pongono il medesimo problema degli accordi propriamente "prematrimoniali": in ambo i casi c'è una disposizione preventiva dei diritti scaturenti dal futuro divorzio<sup>11</sup>. La pronuncia in questione, allora, ammettendo un simile meccanismo processuale sembra fare un passo avanti verso l'ammissibilità, già *de iure condito*, degli accordi preventivi in vista del divorzio, finora osteggiati.

Preme allora partire dalla sommaria esposizione dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale, così da poter scorgere le reali ragioni ad esso sottese e tentare di proporre, anche alla luce dell'evoluzione normativa più recente, una soluzione che renda ammissibili gli accordi in questione, ponendo agli stessi quei limiti indispensabili a salvaguardare gli interessi sottesi alle peculiarità delle relazioni familiari.

2. *L'orientamento giurisprudenziale prevalente.* – All'indomani dell'entrata in vigore della legge sul divorzio<sup>12</sup> si pose alla giurisprudenza la questione circa l'ammissibilità di una gestione negoziale della crisi di coppia. La possibilità, già adombrata in dottrina in relazione alla gestione delle conseguenze dell'annullamento del matrimonio concordatario<sup>13</sup>, non era né contemplata né tantomeno esclusa dal dettato normativo. In effetti, in un primo momento la giurisprudenza sembrò propendere per l'ammissibilità di tali accordi, ponendo come limite l'indisponibilità della componente alimentare dell'assegno di divorzio<sup>14</sup>.

A questa prima apertura fecero seguito una serie di pronunce in cui i giudici di legittimità negarono totalmente la validità di tali accordi decretandone la nullità

---

<sup>10</sup> Probabilmente, al di là dei motivi culturali sottesi all'assenza di tali fattispecie nei nostri tribunali, gioca un ruolo fondamentale in tal senso proprio la presenza di un orientamento giurisprudenziale volto a negarvi validità (V. BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, in *Rivista di diritto civile*, 2023, 1, pp. 16 ss.). Non è un caso che una delle poche occasioni in cui i giudizi nazionali si sono confrontati con tali fattispecie originava da un accordo stipulato nell'ordinamento statunitense. Similmente, l'importante apertura avvenuta nell'ordinamento inglese con la sentenza *Radmacher vs. Granatino* (2010) originava da un contratto concluso in Germania, ordinamento che riconosce tradizionalmente validità ai patti prematrimoniali.

<sup>11</sup> Ma si veda di nuovo in contrario BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit., p. 189.

<sup>12</sup> Legge 1° dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

<sup>13</sup> A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, 2, pp. 529 ss.

<sup>14</sup> Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Massimario Giustizia civile*, 1980.

per illiceità della causa<sup>15</sup>. Due, in particolare, gli argomenti utilizzati per sostenere tale posizione. Anzitutto, si sosteneva che i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio sono indisponibili ai coniugi, così come sancito dall'art. 160 c.c., e che una predeterminazione degli assetti patrimoniali post-divorzili configurerebbe un indebito “mercimonio dello *status*”, fissando un prezzo per lo scioglimento del vincolo. In secondo luogo, si sosteneva che un accordo sulle condizioni del divorzio andrebbe a ledere irrimediabilmente il diritto fondamentale di difesa nel processo di divorzio, impedendo al coniuge-contraente di far valere il proprio diritto a richiedere al giudice le prestazioni patrimoniali che la legge pone a suo favore.

Nel tempo la giurisprudenza tenderà ad enfatizzare questa seconda argomentazione a scapito della prima, avvertita probabilmente come maggiormente anacronistica alla luce dell'evoluzione normativa. L'asse argomentativo si è spostato, allora, sull'esigenza di tutela del coniuge debole, con ciò intendendo il coniuge cui la legge riconosce il diritto al mantenimento. Così la Cassazione<sup>16</sup>, nei primi anni 2000, ha configurato la nullità di tali accordi come relativa, negando la legittimazione ad agire al coniuge che non ha diritto all'assegno di mantenimento, ed allo stesso tempo ha ricavato dal sistema una sorta di termine prescrizione speciale, coincidente con l'udienza per il divorzio<sup>17</sup>.

Al di là di tale modulazione della sanzione impressa all'atto, peraltro recentemente superata da una pronuncia che ne ha riproposto la qualificazione in termini di nullità assoluta<sup>18</sup>, la propensione è rimasta quella di considerare nulle le predeterminazioni relative alle conseguenze del futuro divorzio<sup>19</sup>. Accanto a questo atteggiamento di chiusura vanno, però, segnalate una serie di aperture.

2.1. *Le prime aperture: il divorzio come condizione.* – La Cassazione dal 2012<sup>20</sup> ha tracciato una distinzione tra quegli accordi che trovano nel divorzio la propria causa genetica e quegli accordi che invece richiamano il divorzio come mero evento condizionante<sup>21</sup>. Così è stato ritenuto valido, a titolo esemplificativo,

<sup>15</sup> Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro italiano*, 1982, 1, pp. 184 ss.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro italiano*, 1986, 1, pp. 747 ss.; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giustizia Civile*, 1992, 1, pp. 1239 ss., con nota di L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*. Sin dall'inizio è bene evidenziare che la Cassazione ha sempre fatto salvo l'accordo in vista della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Foroplus*), ma sul punto si esprime criticamente in un *obiter* Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p. 323 e in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 1, pp. 445 ss. con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra “causa genetica” ed “evento condizionale” del contratto*.

<sup>16</sup> Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

<sup>17</sup> Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, cit.

<sup>18</sup> Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *personaedanno.it*.

<sup>19</sup> A onor del vero va segnalata un'unica sentenza, anche se di merito, che riconosce pienamente la validità degli accordi prematrimoniali. Il riferimento è a Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Famiglia e diritto*, 2012, 8-9, pp. 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*.

<sup>20</sup> Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

<sup>21</sup> M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, a cura di G. Conte, S. Landini, Tomo II, pp. 187 ss.; ID, *Divorce*

l'accordo con cui un coniuge si impegnava alla restituzione di un mutuo in favore dell'altro coniuge al verificarsi della crisi del matrimonio<sup>22</sup>. La Corte ha ritenuto che il divorzio rilevasse in questo caso come semplice condizione temporale a cui sottoporre la restituzione della somma data a mutuo, e che non rilevasse invece sotto il profilo causale.

Il supremo collegio ha riproposto tale orientamento in diverse pronunce successive<sup>23</sup>, ma, al netto di tale apertura, rimane saldo un limite: i coniugi non possono disporre (almeno anticipatamente) dell'assegno di divorzio. Qualificare il divorzio come mero evento condizionante in un negozio che ha ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile appare una forzatura difficilmente sostenibile: per non intaccare la causa genetica del contratto quest'ultimo non deve proporsi di «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante»<sup>24</sup>, quale sicuramente sarebbe la corresponsione della principale conseguenza economica scaturente dal divorzio.

Tale limite non deve essere sottovalutato in un discorso vertente sui patti prematrimoniali, in quanto i contraenti, con tali accordi, mirano a regolare in modo stabile e prevedibile le conseguenze patrimoniali scaturenti da una possibile futura crisi (o da una crisi imminente o già in atto), per cui la determinazione dell'assegno di mantenimento<sup>25</sup> o la sua esclusione<sup>26</sup> potrebbe essere l'aspetto principale del programma contrattuale.

Non solo: la preclusione in merito a convenzioni aventi ad oggetto l'assegno divorzile gioca un ruolo fondamentale anche per la (in)stabilità di ogni altra pattuizione intercorrente tra coniugi. Infatti, qualunque determinazione sugli assetti patrimoniali post divorzili verrebbe frustrata laddove ad uno dei coniugi fosse concesso di adire il giudice in un secondo momento per richiedere prestazioni economiche ulteriori, alterando l'equilibrio convenzionale raggiunto tra le parti.

2.2. *L'attualità dell'accordo come cartina di tornasole di un sindacato giudiziale di equità.* – Un'ultima pronuncia merita di essere sommariamente analizzata, prima di trarre una qualche conclusione sull'orientamento giurisprudenziale in

---

*Insurance e accordi pre-crisi*, in *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, a cura di V. Barba, S. Landini, Napoli, 2020, pp. 262 ss., fa notare come la Cassazione abbia sfruttato in questa sede gli approdi cui si è giunti in relazione al divieto analogo di patti successori.

<sup>22</sup> Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 103, con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

<sup>23</sup> Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit.; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4210, in *DeJure*.

<sup>24</sup> Testualmente Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

<sup>25</sup> Che era la finalità dei contraenti in Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 6, pp. 1303 ss., con nota di A. CARAVITA DI TORITTO, *Accordi in vista della crisi familiare: contemperamento del tradizionale divieto con alcune ipotesi di validità*, e in *Famiglia e diritto*, 2021, 10, pp. 885 ss., con nota di C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*.

<sup>26</sup> Come le parti ambivano a fare in Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.

questione. La Suprema Corte<sup>27</sup>, infatti, ha ritenuto valido un accordo preventivo sulle conseguenze patrimoniali del divorzio, motivando la scelta sulla presunta “attualità” dell’accordo stesso.

In particolare, i coniugi si erano accordati in sede di separazione stabilendo un trasferimento immobiliare a tacitazione di ogni altra pretesa di natura patrimoniale conseguente al divorzio, senza però sfruttare l’art. 5 comma 8 della Legge 1° dicembre 1970, n. 898. Ebbene, i coniugi in sede di divorzio non hanno chiesto la corresponsione di alcun assegno divorzile, salvo poi avanzare pretese successivamente al mutare della situazione di fatto di uno dei due.

La Cassazione riconosce che l’accordo sulla corresponsione dell’assegno *una tantum* costituisce indice di un bilanciamento raggiunto tra le situazioni economiche delle parti, così che lo stesso si rivela valido. D’altra parte, però, riconosce la possibilità di agire per la determinazione dell’assegno al mutamento delle situazioni di fatto, qualora cioè tale equilibrio venga a mancare.

Al di là dell’uso totalmente improprio della nullità contrattuale<sup>28</sup>, la Cassazione sembra ammettere in questo caso una disponibilità dell’assegno di divorzio, ma l’apertura è solo apparente, in quanto al giudice viene comunque lasciata la possibilità di (ri)determinare *an e quantum* dell’assegno al mutare delle circostanze<sup>29</sup>, così che l’accordo tra le parti viene a configurarsi come altamente instabile.

3. *Le ragioni (non dette) sottese all’orientamento prevalente.* – Da questa breve disamina dell’orientamento di legittimità sulla validità dei patti prematrimoniali può desumersi, ad avviso di chi scrive, la volontà della giurisprudenza di salvaguardare un controllo giudiziale sull’equità delle condizioni patrimoniali post divorzili. Ciò che si vuole evitare è che il giudice sia vincolato al rispetto di pattuizioni che le parti possono aver preso in un momento antecedente a quello del sorgere di diritti oggetto di disposizione, così dovendo sottostare ad un accordo (nato iniquo, oppure) divenuto iniquo per via di mutamenti intercorsi tra la stipula dell’accordo e la pronuncia di divorzio.

È bene, infatti, ricordare che il contratto vincola anzitutto il giudice, il quale è chiamato a far applicazione della regola partorita dalle parti qualora una di queste chieda l’esecuzione di quanto pattuito. Aspetto caratterizzante la nullità è, infatti, la menomazione del requisito della vincolatività propria di un atto valido, per cui negare validità agli accordi preventivi tra coniugi è un modo per assicurare

---

<sup>27</sup> Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *DeJure*.

<sup>28</sup> J. MINEO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni prospettiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, 4, pp. 1719-1720.

<sup>29</sup> Ciò discende dal più ampio principio per cui le determinazioni patrimoniali (inclusi i provvedimenti del giudice) in materia di crisi coniugale sono sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*. Tale principio si concretizzava nell’ora abrogato art. 9 della L. 1° dicembre 1970, n. 898, che prevedeva la possibilità per il tribunale di disporre la revisione delle disposizioni concernenti le misure e le modalità dell’assegno di divorzio e delle disposizioni concernenti l’affidamento dei figli al sopraggiungere di giustificati motivi. La disposizione, abrogata dalla cd. Riforma Cartabia, è trasfusa con un contenuto analogo nell’art. 473-bis.29 c.p.c.

al giudice la libertà di determinare in modo equo le conseguenze patrimoniali del divorzio<sup>30</sup>.

Seppur una simile finalità possa dirsi apprezzabile, i mezzi impiegati per perseguirla sembrano essere assolutamente sproporzionati. La nullità è una sanzione eccessivamente grave per degli accordi che, come ampiamente argomentato in dottrina<sup>31</sup>, non si pongono in contrasto con alcuna norma imperativa<sup>32</sup> e il cui contenuto non fa trasparire in alcun modo una causa illecita. Anzi, al contrario, la causa degli accordi volti a predeterminare le conseguenze patrimoniali della crisi di coppia potrebbe essere lodevole: da una parte, viene rimessa ai coniugi stessi la determinazione degli assetti patrimoniali che li riguardano<sup>33</sup>, il che, come si esporrà a breve, è una linea di tendenza

---

<sup>30</sup> Un tale itinerario argomentativo, assai sfumato nel nostro ordinamento, appare invece assai chiaro se si guarda all'ordinamento inglese, in cui tradizionalmente gli accordi prematrimoniali erano considerati inefficaci proprio perché agli stessi era negato il potere di limitare la discrezionalità delle corti inglesi in tema di conseguenze patrimoniali del divorzio. Il *Matrimonial Causes Act* del 1973 (alla *Section 23*) elenca una serie di circostanze di cui il giudice deve tener conto per determinare i cd. *ancillary relief*, tra cui non compaiono gli accordi tra coniugi, i quali dunque non possono limitare la discrezionalità giudiziaria sul punto. L'evoluzione giurisprudenziale inglese porterà, nel 2010 ad un'ammissibilità, entro certi limiti, degli accordi in questione. Il riferimento è alla già citata sentenza *Radmacher vs. Granatino* del 2010, con cui il la *Supreme Court* afferma che il giudice deve tener conto degli accordi tra coniugi, considerando soprattutto lo stato di incertezza creato dalla precedente sentenza *White vs. White* del 2001, con cui la *House of Lords* aveva espresso il principio dell'*equal sharing* (soprattutto con riguardo ai cd. *big money cases*). Ciò che si vuole sottolineare è che il discorso del giurista inglese non verte tanto sulla validità o invalidità dei patti, bensì sull'obbligo o meno del giudice di tenerli in considerazione nella propria decisione.

Sull'ordinamento inglese si veda A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, Milano, 2018, pp. 12 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020, pp. 134 ss.

<sup>31</sup> OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio*, cit., pp. 803 ss.; ID. *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 323 ss.; ID. *Prenuptial Agreements in Contemplation of divorce: European and Italian Perspective*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016, 1, pp. 135 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1, pp. 209 ss.; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, pp. 236 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit.; MINEO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, cit., pp. 1709 ss.; SPADAFORA, *Le novità del simultaneous processus*, cit.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit., pp. 16 ss.

<sup>32</sup> L'affermazione merita di essere chiarita. Nonostante la giurisprudenza abbia sempre fatto discendere la nullità dei patti in questione dall'illiceità della causa, parte della dottrina (G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 695 ss.) ha messo in luce come sarebbe più corretto riferirsi ad una nullità per contrarietà a norma imperativa, argomentando dalla violazione diretta dell'art. 160 c.c. laddove prevede l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio. Dal matrimonio discenderebbe, infatti, il diritto di difesa nel processo sullo scioglimento dello stesso (giungendo così a risultati non dissimili da quelli proposti da Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.). Più recente dottrina (DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., p. 69) ha però sottolineato come l'art. 160 c.c. possa sì comportare la nullità dell'accordo ex art. 1418 comma 1 c.c., ma non in base ad una valutazione aprioristica, bensì verificando in concreto il contrasto con i principi di parità e solidarietà che discendono direttamente dalla costituzione e vengono specificati per il tramite della norma codicistica in questione.

<sup>33</sup> C. SARTORIS, *Pre-Nuptial Agreements. New challenges in the Italian and European Context*, in *Los Nuevos Retos del Derecho de Familia*, a cura di A. Gallardo Rodríguez, A.A. Estancona Pérez, G.

dell'ordinamento; d'altra parte, la preventiva sistemazione degli aspetti patrimoniali crea una certezza apprezzabile nei rapporti giuridici, vista anche la complessa e contraddittoria evoluzione giurisprudenziale circa i criteri di determinabilità dell'assegno divorzile<sup>34</sup>.

Occorre, allora, calare queste considerazioni all'interno del panorama normativo attuale sulla gestione della crisi di coppia, così da trarne risposte valide per una regolazione negoziale della crisi, anche preventiva, che non sacrifichi le esigenze di equità sottese alla peculiare materia dei rapporti familiari.

4. *La negoziabilità come regola per la gestione degli interessi patrimoniali e le peculiarità dei rapporti post-coniugali.* - All'orientamento giurisprudenziale esposto nel paragrafo precedente fa da contraltare un atteggiamento legislativo volto all'esaltazione dei profili consensuali nella gestione della crisi di coppia.

Sin dalla separazione personale, infatti, ai coniugi è rimessa la possibilità di regolare i propri rapporti in assoluta libertà, ed anzi è la stessa separazione consensuale a costituire un negozio giuridico di natura familiare<sup>35</sup> a cui il tribunale è chiamato solo ad attribuire efficacia esterna<sup>36</sup>. Non solo: nel nostro ordinamento hanno ormai piena cittadinanza la separazione e lo scioglimento del matrimonio degiurisdizionalizzati, nelle due forme della negoziazione assistita<sup>37</sup> e del procedimento dinanzi all'ufficiale di stato civile<sup>38</sup>.

In questi casi il limite posto dall'ordinamento è unicamente quello della tutela della prole, che si attua mediante esclusione delle coppie con figli (minori o affetti da handicap grave o non autosufficienti) dal procedimento dinanzi all'ufficiale di stato civile e mediante un vaglio del Procuratore della Repubblica nel caso di convenzione di negoziazione assistita.

Tutto ciò vale, però, qualora i coniugi si accordino sulle condizioni della separazione in sede di separazione e sulle condizioni del divorzio in sede di divorzio. Come si accennava, il dato normativo non prevede la possibilità di un accordo preventivo<sup>39</sup>, ma neanche la nega espressamente. D'altra parte, un accordo non vietato dalla legge e vertente su profili disponibili potrebbe trovare

---

Berti de Marinis, Valencia, 2020, pp. 375 ss.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit. p. 23.

<sup>34</sup> A. GORGONI, *Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite*, in *Persona e mercato*, 2018, 3, pp. 35 ss.; A. PEPE, *L'assegno divorzile negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e sue prospettive di riforma*, in *Studium iuris*, 2019, 9, pp. 1004 ss.

<sup>35</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1945, pp. 3 ss., oggi in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 381 ss.

<sup>36</sup> Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, cit.

<sup>37</sup> Art. 6 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162.

<sup>38</sup> Art. 12 del D.L. in nota precedente.

<sup>39</sup> Per quanto le proposte in merito da parte della dottrina non siano mancate. Tra i tanti si veda G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, cit., pp. 33 ss.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit., pp. 40 ss. Tra le proposte sfociate in parlamento si veda il d.d.l. proposto nel 2011 dai senatori Filippi, Mazzatorta e Garavaglia (d.d.l. S/2629/XVI) e quello proposto nel 2014 dai deputati Morani e D'Alessandro (d.d.l. C/2669/XVII).

tutela da parte dell'ordinamento per il tramite dell'art. 1322 comma 2 c.c., così rientrando a pieno titolo nella materia contrattuale.

In effetti, è la stessa giurisprudenza a riconoscere valore negoziale agli accordi con cui i coniugi gestiscono la crisi qualora questi vertano su profili disponibili, negando la necessità dell'omologazione del tribunale ai fini della loro vincolatività<sup>40</sup>. Ciò però sempre a patto che l'accordo non sia preventivo, incorrendo altrimenti nella nullità per illiceità della causa, soprattutto quando ad essere oggetto del contratto è la determinazione (o esclusione) dell'assegno divorzile. Così anche la più recente giurisprudenza di legittimità ha negato validità a un accordo con cui le parti miravano a determinare preventivamente l'importo dell'assegno di divorzio<sup>41</sup>.

Senza voler in questa sede ripercorrere l'annoso dibattito sui criteri di determinazione dell'assegno, preme notare come inizialmente anche la Cassazione fosse favorevole ad una disponibilità (anche preventiva) dello stesso, salvo che per la componente assistenziale<sup>42</sup>. L'evoluzione giurisprudenziale seguente ha portato per un lungo periodo a ritenere che la funzione dell'assegno fosse quella di garantire all'ex coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita avuto in costanza di matrimonio, nonostante la riforma del 1987<sup>43</sup> facesse propendere per una natura solo assistenziale dell'assegno nell'affermare che lo stesso spetta al coniuge che "non ha mezzi adeguati"<sup>44</sup>. In effetti, più di recente<sup>45</sup>, la Cassazione aveva rivisto il suo orientamento affermando che presupposto per l'assegno di mantenimento è la non autosufficienza economica, salvo ricredersi meno di un anno dopo con la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2018<sup>46</sup>. Alla luce di tale sentenza si afferma la natura, non solo assistenziale, bensì anche perequativo-compensativa dell'assegno. Ciononostante, la Corte non sembra aprire ad una disponibilità dell'assegno neanche per questa seconda componente.

---

<sup>40</sup> Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, cit.; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit.; Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, cit.

<sup>41</sup> Il riferimento è a Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, cit. La Suprema Corte non si esprime direttamente sulla validità del patto, rimettendo la questione al giudice di merito, il quale sarà chiamato a qualificare il contratto intercorso tra le parti: laddove lo stesso abbia causa autonoma rispetto alla gestione della crisi coniugale potrà ritenersi valido; laddove invece la sua finalità venga ravvisata nella predeterminazione dell'assegno divorzile incorrerà nella nullità per illiceità della causa. Quale che sia la pronuncia di merito una cosa è certa: al giudice non può essere impedito di determinare liberamente l'*an* e il *quantum* dell'assegno.

<sup>42</sup> Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1980, 4, pp. 1133-1134.

<sup>43</sup> Il riferimento è all'art. 10 della L. 6 marzo 1987, n. 74 che ha modificato l'art. 5 comma 4 della L. 1° dicembre 1970, n. 898.

<sup>44</sup> In tal senso si proponeva una sorta di bipartizione dei criteri: una cosa erano i criteri per determinare la spettanza dell'assegno e altra cosa erano i criteri per determinarne il valore. I primi riguardavano l'assenza di mezzi adeguati, mentre i secondi comprendevano anche il criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

<sup>45</sup> Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 7-8, pp. 1001 ss., con nota di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*.

<sup>46</sup> Cass. Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, 3, pp. 869 ss., con nota di G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*.



Se alle parti potrebbe essere ragionevolmente sottratta la disponibilità preventiva della componente assistenziale<sup>47</sup>, non si vede perché dovrebbe essere sottratta agli stessi la componente compensativa. Un accordo in tal senso, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere ritenuto sicuramente valido ex art 1322 comma 2 c.c. L'autonomia privata nella regolazione della sfera patrimoniale, infatti, non ha motivo di essere esclusa nei rapporti familiari, a maggior ragione se si tratta di rapporti in fase di disfacimento e che, di conseguenza, richiedono di essere gestiti senza il pesante monopolio della presunta<sup>48</sup> indisponibilità che caratterizza i rapporti tra coniugi<sup>49</sup>.

Ciò, però, non esime l'interprete dal confronto con gli interessi che vengono in gioco in tali pattuizioni e con la tutela di istanze che trascendono il mero profilo patrimoniale. Si è già accennato, infatti, ad uno degli aspetti che più preoccupa la giurisprudenza di legittimità e che merita tenere in considerazione. Un accordo preventivo espone le parti al rischio di mutamenti nella situazione di fatto che potrebbero rendere l'accordo iniquo, tanto più se lo iato temporale tra l'accordo e lo scioglimento del vincolo è particolarmente ampio. A ben vedere si tratta del noto tema delle sopravvenienze, che impegna già da tempo la dottrina sul versante propriamente contrattuale, ma che è avvertito come particolarmente pregnante nella materia in esame<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> D'altra parte, è ciò che accade nell'ordinamento tedesco, che da tempo conosce tali accordi sotto il nome di *Eheverträge*. I giudici tedeschi sono arrivati ad affermare la nullità (per contrarietà al buon costume) degli accordi che incidono sulla componente assistenziale dell'assegno di divorzio, affermando il carattere *lato sensu* pubblicistico della stessa, in quanto, rinunciando totalmente al mantenimento, l'ex coniuge potrebbe gravare sull'assistenza pubblica.

Sull'ordinamento tedesco si veda FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici*, cit., pp. 19 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., pp. 119 ss.

<sup>48</sup> A ben vedere l'indisponibilità propria dei rapporti coniugali è assai relativa. Già in tempi meno recenti autorevole dottrina (SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit.) ha sottolineato il ruolo non marginale che il negozio giuridico (e dunque la volontà) rivestono nel diritto di famiglia. Anche in quel caso, però, il negozio giuridico familiare era descritto come maggiormente limitato rispetto agli altri, accerchiato com'era da un oceano di indisponibilità. Ebbene, anche la norma cardine sull'indisponibilità dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, ossia l'art. 160 c.c., perde ad oggi gran parte del proprio significato precettivo laddove è lasciata ai coniugi (e nubendi) la possibilità di regolare i propri rapporti già dalla scelta del regime patrimoniale (peraltro con scelte non predeterminate a priori, potendo optare anche per una comunione convenzionale), passando poi per una vita familiare il cui svolgimento è connotato dalla regola dell'accordo, andando infine alla scelta sullo scioglimento del vincolo. Anche quest'ultimo, infatti, è rimesso alla volontà dei coniugi, nonostante la declamata necessità che il giudice accerti i presupposti di fatto, i quali rimangono sempre nella disponibilità dei coniugi (così la separazione personale è rimessa a loro, essendo assai difficile indagare oggettivamente il presupposto dell'intollerabilità della convivenza). Unico presupposto realmente sottratto alla disponibilità delle parti è il trascorrere del lasso di tempo necessario (invero sempre più sottile) tra separazione e divorzio.

<sup>49</sup> Peraltro, pur ammesso che l'art 160 c.c. sia ancora in grado di proporre un certo grado di indisponibilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, non è detto che lo stesso possa predicarsi per i diritti scaturenti dal divorzio, in quanto così argomentando si ammetterebbe una sorta di ultrattività del vincolo coniugale che non sembra giustificarsi nell'attuale quadro normativo (DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., p. 63 ss).

<sup>50</sup> S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, pp. 179 ss.; EAD, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti*

Non è un caso che lo stesso provvedimento del giudice sulla determinazione dell'assegno divorzile sia sottoposto alla clausola *rebus sic stantibus*, potendo sempre essere messo in discussione laddove sopravvengano giustificati motivi. Una tale precarietà degli effetti sembra collidere con quella «forza di legge» del contratto, declamata dall'art. 1372 c.c., che dovrebbe connotare un accordo valido. In altre parole, se addirittura il provvedimento del giudice sulla determinazione dell'assegno non è capace di vincolarlo per il futuro, è difficile ammettere che possa farlo una convenzione privata<sup>51</sup>.

In effetti, c'è un solo caso in cui l'ordinamento considera tacitata ogni futura pretesa di natura patrimoniale conseguente al divorzio. Il riferimento è all'art. 5 comma 8 della legge sul divorzio, il quale prevede che le parti possano accordarsi per la corresponsione di un assegno *una tantum* qualora questo passi il vaglio di equità del giudice. Alla luce di questa disposizione l'orientamento della Cassazione sulla nullità dei patti prematrimoniali appare sicuramente sproporzionato, ma non totalmente inconferente. Qualsiasi determinazione delle parti sui rapporti patrimoniali post divorzio, seppur valida, potrebbe essere frustrata da una futura domanda volta ad ottenere una pronuncia del giudice sull'assegno di divorzio, essendo previsto come unico caso di *cleanbreak*<sup>52</sup> quello della corresponsione in un'unica soluzione.

L'accordo preventivo tra coniugi, allora, pur fosse ritenuto valido e vincolante (come converrebbe ad avviso di chi scrive) non avrebbe la forza di impedire al giudice una (ri)determinazione dell'assegno di divorzio che frustrerebbe irrimediabilmente l'accordo stesso.

È proprio dall'art 5 comma 8 che si intende allora partire per la formulazione di una proposta che permetta ai coniugi di predeterminare con un buon grado di certezza (e definitività) le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo, senza al contempo rinunciare a quelle esigenze di equità che tanto sono avvertite nella materia in esame.

---

*familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, cit., pp. 241 ss.; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 646 ss.

<sup>51</sup> Sul punto è giusto il caso di richiamare un recente arresto della Suprema Corte (Cass., 10 luglio 2024, n. 18843, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*) con cui si riconosce la necessità che il giudice tenga in considerazione, nella rideterminazione dell'assegno divorzile, l'eventuale accordo stipulato tra i coniugi e sottratto all'omologazione giudiziale. Si tenga presente, però, che il principio enunciato nella sentenza vale per gli accordi cd. *a latere*, ossia quegli accordi che intervengono dopo la sentenza di divorzio e che sono sempre stati ritenuti dalla giurisprudenza validi e vincolanti (con taluni limiti, tra cui la non interferenza con il provvedimento giudiziale). La sentenza non vale, invece, per gli accordi preventivi, così perpetuandosi quella (ad avviso di chi scrive irragionevole) distinzione tra disposizione preventiva e successiva dei diritti nascenti dal divorzio. Ed anzi, probabilmente la sentenza in esame non fa altro che aggravare il divario tra gli accordi successivi, considerati validi e vincolanti al punto di dover essere tenuti in considerazione dal giudice nella rideterminazione dell'assegno, e accordi preventivi, sottoposti al tradizionale giudizio di nullità.

<sup>52</sup> Il termine è volutamente ripreso dall'esperienza inglese, in cui il *clean break order* è un provvedimento con cui il giudice tacita ogni successiva richiesta di prestazione economica tra i coniugi.

5. *Una proposta per un accordo equo in vista della crisi.* – Perché i coniugi (o i nubendi) possano stipulare accordi in vista della futura ed eventuale (o conclamata ed attuale) crisi di coppia, e affinché a questi accordi sia riconosciuto un certo grado di affidabilità, è necessario mediare tra l'esigenza di certezza e quella di equità, attinenti la prima alla materia contrattuale e la seconda a quella familiare.

Ad avviso di chi scrive<sup>53</sup> un simile risultato può essere raggiunto già *de jure condito* tramite un'interpretazione evolutiva che permetta di adattare le norme in materia all'evoluzione del sistema giuridico e al nuovo sentire sociale. L'idea che si vorrebbe adombrare è quella di un accordo preventivo, la cui efficacia preclusiva rispetto a future richieste di natura patrimoniale sia sottoposta al vaglio di equità del tribunale richiamato per la corresponsione dell'assegno *una tantum*, e la cui vincolatività verrebbe assicurata dalla possibilità che anche solo una delle parti lo sottoponga al giudice in sede di divorzio.

L'accordo cui si riferisce l'art. 5 comma 8 non sarebbe per forza quello raggiunto in sede di divorzio, in quanto anche un accordo preventivo, per i motivi sopra evidenziati, dovrebbe ritenersi valido e vincolante, difettando lo stesso solo di quell'efficacia preclusiva cui il giudizio di equità mira. Una delle parti potrebbe, allora, sfruttare la norma sulla corresponsione *una tantum* per sottoporre al vaglio equitativo del giudice l'accordo a suo tempo raggiunto tra le parti, così fornendo allo stesso (non tanto la validità ed efficacia che già dovrebbe essergli riconosciuta, quanto) quella stabilità che deriva dalla preclusione rispetto a future domande di natura patrimoniale. In caso contrario, laddove cioè l'accordo non fosse ritenuto equo dal tribunale, lo stesso manterrebbe la sua validità, attenendo la stessa ad un requisito genetico del negozio, ma non avrebbe la forza di impedire la proposizione di future domande volte a (ri)determinare il contenuto di un assegno di mantenimento.

Si badi, il richiamo all'applicazione dell'art. 5 comma 8 non sta a significare che l'accordo preventivo tra coniugi possa prevedere solo la dazione di una somma di denaro *una tantum*. La "corresponsione in un'unica soluzione" ben può riguardare un programma contrattuale che si articoli nel tempo in una serie più o meno ampia di prestazioni<sup>54</sup>. Ad essere *una tantum* è, piuttosto, il regolamento contrattuale, che non potrà essere rivisto ogni qualvolta mutino le condizioni di fatto, se non nei limiti delle ordinarie norme in tema di contratto<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ma sul punto si vedano le analoghe tesi di RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., pp. 209 ss.; ID., *Funzione compensativa e disponibilità dell'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 9, pp. 1041 ss., che pure scrive prima delle recenti novità introdotte dalla riforma Cartabia.

<sup>54</sup> Si pensi ad una rendita vitalizia, che potrebbe mimare in larga parte l'assegno di divorzio, ma anche ad un passaggio immobiliare che possa riequilibrare la situazione patrimoniale delle parti tenendo in considerazione il vissuto familiare e il regime patrimoniale prescelto.

<sup>55</sup> Si badi, ciò vuol dire anche ammettere l'esistenza dell'ordinaria alea contrattuale. Le considerazioni svolte nel presente contributo sul tema delle sopravvenienze, infatti, sono volte ad evitare soluzioni inique nei rapporti tra coniugi, ma non si può pretendere di tutelare ad oltranza le parti dal normale rischio contrattuale anche oltre lo scioglimento del vincolo coniugale.

Quanto al contenuto del giudizio di equità<sup>56</sup>, lo stesso dovrebbe vertere su due profili, di cui uno genetico e l'altro funzionale. Sotto il primo profilo il giudice, oltre che all'equità sostanziale in senso stretto<sup>57</sup>, avrà riguardo alla natura dei diritti di cui le parti hanno disposto, non potendo gli stessi addivenire ad un accordo vincolante con riguardo alla prole<sup>58</sup> e, si ritiene, neanche con riguardo alla componente assistenziale dell'assegno di mantenimento.

Quanto al secondo profilo viene in rilievo il tema, più volte richiamato, delle sopravvenienze: il giudice sarà chiamato a verificare che l'accordo non sia divenuto iniquo in seguito al sorgere di fatti tali da alterare l'iniziale equilibrio ricostruito liberamente dalle parti<sup>59</sup>. Ciò è tanto più necessario laddove si tenga presente che l'accordo potrebbe essere stipulato già prima dell'insorgere della crisi, ed addirittura in vista della formazione del vincolo coniugale, per cui il tempo trascorso potrebbe aver considerevolmente alterato l'equilibrio iniziale della convenzione. In tal caso spetterà alle parti ritrovare termini soddisfacenti in via convenzionale con un semplice accordo in sede di divorzio, oppure, in caso di

---

<sup>56</sup> RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità dell'assegno divorzile*, cit., p. 1048 propone un controllo di equità svolto dal giudice in parte diverso da quello abbozzato nel presente elaborato, concentrandosi anche sulla correttezza procedurale con cui i coniugi o i nubendi addivengono all'accordo. L'A. trae i requisiti procedurali dell'accordo ricorrendo in via analogica alla disciplina della (allora giovane) negoziazione assistita. Nel testo, invece, si ritiene che il requisito procedurale (che pur viene restituito dall'esperienza comparatistica) possa essere riassorbito nel più generale controllo di equità sul contenuto dell'accordo. In altre parole, il controllo del giudice, ad avviso di chi scrive, renderebbe superflua una procedimentalizzazione a monte delle modalità di stipulazione.

<sup>57</sup> Che l'accordo debba essere in qualche modo equo è dato acquisito in tutte le esperienze giuridiche che ammettono gli accordi prematrimoniali. È giusto tener presente, infatti, che lo strumento contrattuale è usato in questi casi non per massimizzare il profitto individuale, bensì per gestire una situazione di crisi componendo pattiziamente i contrapposti interessi. È chiaro, dunque, che non può trovare applicazione in questo campo quella (quasi) totale insindacabilità del contenuto economico del contratto che connota normalmente i contratti che potremmo definire di mercato.

<sup>58</sup> Anzitutto va escluso che un eventuale accordo sulla prole abbia natura contrattuale, in quanto esulerebbe in toto dall'ambito dell'art. 1321 c.c. non trattandosi di rapporti patrimoniali. Diverso è il caso in cui ad essere regolati siano proprio i profili patrimoniali attinenti ai figli: in questo caso andrebbe negata vincolatività all'accordo, non certo negandogli natura contrattuale, bensì argomentando dall'indisponibilità dei diritti in questione. Ciò è confermato sul versante processuale dall'assenza di preclusioni, nel nuovo procedimento in materia di famiglia, per la presentazione di richieste istruttorie qualora queste vertano su diritti indisponibili, con ciò intendendo i diritti della prole minorenni. Ciò non è affatto scontato nell'ottica di un processo, quale quello riformato, scandito da scadenze processuali alquanto rigide (M.A. LUPOI, *Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2023, 2, pp. 454 ss.). Riconducendo questa considerazione a quanto esposto finora può dedursi agevolmente che la possibilità per le parti di proporre nuove richieste in merito a diritti (anche patrimoniali) della prole minorenni implica l'impossibilità per gli stessi di vincolarsi preventivamente su tali aspetti. Più in generale, l'atteggiamento del legislatore processuale sul punto fa trasparire una chiara propensione per l'indisponibilità di tali diritti.

<sup>59</sup> Secondo C. BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit., pp. 189-190 questo è presupposto implicito per ritenere ammissibile la domanda congiunta. I fatti sopravvenuti, secondo l'A., possono determinare modifica della domanda ex 473-bis. 19 comma 2 c.p.c. (per i diritti disponibili, mentre per quelli indisponibili non c'è termine preclusivo). Se una tale esigenza si pone all'interno del processo, per cui ci si preoccupa del passaggio del lasso di tempo (peraltro sempre più breve) tra separazione e divorzio, tanto più si porrà nel caso in cui l'accordo venga stipulato in costanza di matrimonio o addirittura prima.

disaccordo, si procederà in via contenziosa a determinare *imperio iudicis* le condizioni patrimoniali del divorzio<sup>60</sup>.

6. *Conclusioni.* – La soluzione proposta nel precedente paragrafo vorrebbe evitare, nel silenzio del legislatore sul punto, di forzare il dato normativo riconoscendo ai coniugi la possibilità di creare vincoli che si impongano agli stessi in sede di futuro scioglimento del matrimonio, ma che, allo stesso tempo, escludano indebiti vantaggi ai danni di una parte qualora l'alea che normalmente caratterizza l'ambito contrattuale si ponga in tensione insanabile con gli interessi sottesi alle peculiarità delle relazioni familiari.

L'intento è, allora, quello di superare le spinte più conservatrici sul tema senza al contempo sacrificare le esigenze di tutela che hanno sempre spinto la giurisprudenza ad una rassicurante, quanto drastica, chiusura.

---

<sup>60</sup> In questa sede non è possibile ripercorrere neanche brevemente il dibattito dottrinale sul tema delle sopravvenienze, e segnatamente sul rimedio alle stesse. È però il caso di accennare al fatto che la soluzione appena esposta di una rinegoziazione il cui fallimento apre le porte ad una determinazione giudiziale è grossomodo ciò che è stato raggiunto in Francia con la riforma del Code Civil in tema di rinegoziazione (si veda E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, pp. 130 ss). Il nuovo art. 1195 prevede che, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, la parte svantaggiata possa chiedere la rinegoziazione e, in caso di fallimento, possa chiedere al giudice di modificare il contratto (o di scioglierlo). È chiaro che in caso di accordi prematrimoniali non verrebbe in luce un caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto il rischio che l'ordinamento è disposto ad addossare al contraente è ben più ampio nel caso di contratti commerciali rispetto a quanto non lo sia nel caso di accordi in vista della crisi familiare (in altre parole: l'alea che normalmente si vuole limitare nei contratti di diritto comune, la si vorrebbe totalmente esclusa nei contratti in vista della crisi). Ciò che si vuole sottolineare è, però, che **con la** soluzione proposta nel testo si ricreerebbe quel meccanismo trifasico che presiede la novella francese: i rapporti tra le parti sarebbero regolati dall'accordo preventivo e, in caso di (sopravvenuta o genetica) iniquità, dall'accordo rinegoziato e, ancora, in sua assenza (cioè in casi di insanabile disaccordo), dalla decisione del giudice secondo gli ordinari meccanismi processuali.

## RELATIVITÀ RISTRETTA E RECETTIZIETÀ DELLA REVOCA DI PROPOSTA CONTRATTUALE

FEDERICO FIDANZA\*

*Il contributo, richiamando alcuni risultati classici della teoria della relatività ristretta, propone una via interdisciplinare per decidere la questione della recettizietà della revoca di proposta contrattuale nel senso della non recettizietà. Tale conclusione è raggiunta con l'utilizzo del concetto relativistico di intervallo spazio-temporale, che consente di individuare un'interpretazione preferibile rispetto all'altra dal punto di vista della realtà fisica, in quanto capace di evitare contraddizioni tra osservatori che si trovino in sistemi di riferimento diversi.*

*The paper, drawing on some classical results of the theory of special relativity, proposes an interdisciplinary approach to address the issue of the receptivity of the withdrawal of a contractual offer, favouring the interpretation of non-receptivity. This conclusion is reached using the relativistic concept of spacetime interval, which allows to identify a preferable interpretation from the perspective of physical reality, as it avoids contradictions between observers in different reference frames.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il problema giuridico: la recettizietà della revoca della proposta. – 3. Cenni indispensabili di relatività ristretta. – 4. Relatività dei tempi e recettizietà degli effetti. – 5. Effetti giuridici e sistemi di riferimento.

1. *Introduzione.* – Questo breve articolo indaga la possibilità di utilizzare alcuni risultati fondamentali della teoria della relatività ristretta per giungere a delle conclusioni riguardo a una specifica questione giuridica, quella della recettizietà della revoca della proposta contrattuale. Prima di tutto, però, esso dev'essere inteso come un gioco: un tentativo di partire dalla concezione einsteiniana dello spazio-tempo – utilizzando in particolare le trasformazioni di Lorentz e il concetto di intervallo spazio-temporale di Minkowski – per affrontare un problema giuridico che trova incerta soluzione in dottrina e giurisprudenza.

A scanso di equivoci: non si vuole qui sostenere che questa via consenta di risolvere la questione, né tantomeno di offrire un contributo particolarmente illuminante; semplicemente, è parso interessante offrire una prospettiva diversa e interdisciplinare, anche per mettere in luce alcune caratteristiche della relatività che rendono questa teoria così affascinante e controintuitiva. Si tratta,

\* Dottorando in Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Padova.

sostanzialmente, di un esperimento; e per stemperare il naturale scetticismo del lettore è utile tracciare sin da subito l'ordine espositivo.

Innanzitutto, dopo questa introduzione, si descriverà la questione giuridica da affrontare, che concerne la recettizietà della revoca della proposta contrattuale. Come si vedrà, le interpretazioni tradizionalmente proposte in dottrina e giurisprudenza sono due; esse saranno rilette attraverso il concetto di evento nello spazio-tempo, prerequisito per discutere la questione dal punto di vista della fisica. Nel terzo paragrafo si descriveranno alcuni degli approdi della teoria della relatività ristretta, limitandosi dal punto di vista matematico al minimo indispensabile. Successivamente, i risultati della relatività saranno utilizzati per valutare con lenti nuove le caratteristiche delle interpretazioni sopra ricordate. Come si noterà, infine, l'applicazione di un principio presupposto dall'ordinamento ma generalmente irrilevante consentirà di affermare che un'interpretazione è preferibile rispetto all'altra, corroborando peraltro la tesi oggi dominante.

Prima di iniziare, un ultimo appunto. Per consentire una lettura fluida si è scelto di ridurre davvero al minimo le equazioni e i calcoli inseriti nel corpo del testo. Per completezza è stata predisposta, in calce, un'Appendice, contenente calcoli, esempi ed approfondimenti opportuni per controbilanciare le necessarie semplificazioni; nell'economia generale del discorso, comunque, sarà possibile saltare a piè pari ogni equazione. Sarà utile, in tal caso, una buona dose di fiducia.

2. *Il problema giuridico: la recettizietà della revoca della proposta.* — Come noto, un contratto può concludersi con modalità diverse. Oggetto di questo contributo è lo schema di conclusione del contratto c.d. dialogico, che trova più spazio nel Codice civile e che può essere descritto come una «sequenza formativa connotata dai canoni della *tempestività*, della *conformità*, della *recettizietà* e della *revocabilità*»<sup>1</sup>. In particolare, tale schema è definibile dialogico poiché si concretizza in uno scambio di atti prenegoziali tra persone determinate, «finalizzati alla nascita e alla conclusione di un dialogo»<sup>2</sup>.

Tali atti prenegoziali sono la proposta e l'accettazione, che, producendo effetti solo con la ricezione, hanno carattere indubbiamente recettizio<sup>3</sup>. È fondamentale, ai nostri fini, che sia la proposta sia l'accettazione possano essere revocati, con un atto (appunto di "revoca") che può far cadere nel nulla l'atto precedente. Dal punto di vista della produzione degli effetti, la recettizietà della revoca dell'accettazione è dato normativo che risulta dall'art. 1328, secondo comma, c.c.<sup>4</sup>, mentre più complesso è comprendere se la revoca della proposta (di

---

<sup>1</sup> G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, Milano, 2021, IV ed., p. 309 (corsivi dell'Autore).

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 311.

<sup>4</sup> «L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione»

seguito, anche solo “revoca”) abbia natura recettizia o meno, considerata l’ambiguità dell’art. 1328, primo comma, c.c.<sup>5</sup>. Sul punto sono state proposte ambedue le interpretazioni.

Se la revoca della proposta sia o meno recettizia: questa costituisce la questione giuridica controversa la cui soluzione, si ritiene, può in astratto — almeno per gioco — giovare delle categorie della relatività ristretta. Senza ricapitolare le molte argomentazioni spese in dottrina e giurisprudenza a supporto dell’una o dell’altra tesi, è utile osservare che entrambe le interpretazioni sono rispettose della formulazione codicistica dal punto di vista letterale<sup>6</sup> e dunque la soluzione ha carattere extratestuale. Di qui la storica oscillazione che caratterizza sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>7</sup>.

Per rendere più trattabile la questione dal punto di vista della fisica è utile descrivere le due interpretazioni in maniera diversa. A tal fine, indichiamo proponente e accettante con le lettere  $\pi$  e  $\alpha$ , e ipotizziamo che contestualmente all’invio dell’accettazione  $\alpha$  avvii un cronometro. Prendendo il cronometro come riferimento, l’invio dell’accettazione avrà tempo 0 e ogni evento successivo sarà contrassegnato da un tempo specifico, come nell’esempio della seguente tabella:

EVENTO	TEMPO	LUOGO
Invio dell’accettazione	0	Presso $\alpha$
Invio della revoca della proposta	12 ore	Presso $\pi$
Ricezione dell’accettazione	24 ore	Presso $\pi$
Ricezione della revoca	36 ore	Presso $\alpha$

Si noti che nell’esempio la revoca è spedita prima che sia ricevuta l’accettazione, ma perviene dopo quest’ultima; cosicché il contratto è concluso qualora si consideri la revoca recettizia, mentre non lo è altrimenti.

Prima di proseguire, una rapida nota terminologica: di seguito, si utilizzerà l’espressione “evento nello spazio-tempo” (o anche più concisamente “evento”) per indicare non tanto un evento materiale, un accadimento — ad esempio, l’azione del proponente di inviare la revoca —, quanto un punto nello spazio-tempo, individuato mediante le sue coordinate spaziali e temporali<sup>8</sup>. Così, parlando di “evento invio della revoca” non ci si riferirà all’azione materiale di invio della revoca, comunque essa avvenga, ma al punto dello spazio-tempo in cui avviene tale azione materiale; nell’esempio che precede, l’evento è individuato dalle

<sup>5</sup> «La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. [...]».

<sup>6</sup> VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 313.

<sup>7</sup> Ivi, p. 316 s.: prevalendo prima la tesi della non recettizietà, poi quella della recettizietà, poi quella della non recettizietà.

<sup>8</sup> Il legame tra eventi e coordinate è ovviamente strettissimo, ma «[a] fundamental idea to grasp is that events in space-time exist irrespective of their coordinates, just as points in space don’t depend on the map we use» (L. SUSSKIND, A. CABANNES, *General relativity. The Theoretical Minimum*, London, 2023, p. 12).



coordinate “12 ore” e “presso  $\pi$ ”. La parola “evento” indicherà, in altre parole, un certo luogo in un certo momento (ad esempio, l’evento *hic et nunc* potrebbe essere individuato dalla coordinata spaziale “43°47’37.2”N 11°13’53.7”E” e dalla coordinata temporale “ore 13:25:36 del 14 gennaio 2025”).

Schematizzando, tornando alle due interpretazioni, ciò che in entrambe le letture viene preso a riferimento è allora l’ordine temporale tra due eventi, valutato sulla base delle loro coordinate temporali, e la differenza tra le due soluzioni ermeneutiche risiede nella coppia di eventi scelta per effettuare la comparazione. Un evento, la ricezione dell’accettazione, è comune a entrambe le coppie; l’altro, alternativamente l’invio della revoca o la sua ricezione, costituisce il punto di divergenza.

3. *Cenni indispensabili di relatività ristretta.* – L’obiettivo di questo paragrafo non è, evidentemente, riassumere un argomento tanto lontano dalla sensibilità giuridica<sup>9</sup> quanto quello della relatività ristretta; e ciò per molti e ovvi motivi. Più umilmente si descriveranno alcuni risultati notevoli della teoria di Einstein, utili per discutere la questione giuridica appena descritta. A tal fine sarà fondamentale tenere a mente la definizione di “evento” data poc’anzi, cui dovrà accostarsi quella di “sistema di riferimento”.

Un sistema di riferimento, anche qui semplificando, è un sistema di coordinate che consente di descrivere gli eventi nello spazio-tempo: «nient’altro che un insieme completo di ‘etichette’, che assegna un’etichetta a ogni punto, cioè a ogni evento»<sup>10</sup>. Ad esempio, un sistema di riferimento potrebbe descrivere lo spazio con latitudine e longitudine (coordinate spaziali) e il tempo con l’ora di Roma (coordinata temporale), mentre un altro sistema potrebbe descrivere i tempi con un altro fuso orario; tali due sistemi sarebbero tra loro diversi, poiché indicherebbero i medesimi eventi con diverse coordinate temporali. Ancora, un sistema di riferimento potrebbe avere come “origine” (cioè punto di riferimento iniziale)  $\alpha$  al momento dell’accettazione, descrivendo ogni evento in base alla sua distanza da  $\alpha$  e al valore che  $\alpha$  legge nel suo cronometro (avviato al momento dell’invio dell’accettazione). Un altro sistema di riferimento potrebbe invece avere

---

<sup>9</sup> Lontananza sintomo di una generale e reciproca separazione, dipinta polemicamente già in C.P. SNOW, *The Two Cultures*, Cambridge, 1998 (ed. originale 1959), p. 60: «[i]n our society [...] we have lost even the pretence of a common culture. Persons educated with the greatest intensity we know can no longer communicate with each other on the plane of their major intellectual concern. This is serious for our creative, intellectual and, above all, our normal life. It is leading us to interpret the past wrongly, to misjudge the present, and to deny our hopes of the future»; più specificamente con riguardo alla fisica, p. 14: «the scientific edifice of the physical world [is], in its intellectual depth, complexity and articulation, the most beautiful and wonderful collective work of the mind of man. Yet most non-scientists have no conception of that edifice at all. It is rather as though, over an immense range of intellectual experience, a whole group was tone-deaf. Except that this tone-deafness doesn’t come by nature, but by training, or rather the absence of training. [...] So the great edifice of modern physics goes up, and the majority of the cleverest people in the western world have about as much insight into it as their neolithic ancestors would have had».

<sup>10</sup> «[N]othing more than a complete set of ‘labels’, if you will, attaching one label [...] to each point, i.e., to each event» (SUSSKIND, CABANNES, *General relativity*, cit., p. 14).

come origine  $\pi$ , un giorno prima dell'invio dell'accettazione; in tal caso cambierebbero sia la coordinata spaziale sia quella temporale. Esistono infiniti sistemi di riferimento e ciascuno di essi può descrivere il medesimo evento con coordinate diverse.

Conclusa questa premessa, è utile partire dal concetto di tempo così come utilizzato in fisica fino al ventesimo secolo, da Galileo a Maxwell passando per Newton, e che ancora guida ogni essere umano nella sua esperienza di vita<sup>11</sup>. Il tempo è assoluto, cioè uguale per tutti. Se fra due eventi un soggetto misura un certo lasso temporale, esso sarà misurato, identico, da qualsiasi altro soggetto che voglia misurare il tempo tra i due stessi eventi<sup>12</sup>. Se, per esempio, due soggetti osservano la traiettoria di un proiettile, essi concorderanno sul tempo che il proiettile ha impiegato per percorrere tale traiettoria. Inoltre, è assoluto anche l'ordine cronologico degli eventi: se per un soggetto un evento avviene prima di un altro l'ordine sarà il medesimo per tutti.

Formalizzando, si considerino due sistemi di riferimento,  $\zeta$  e  $\zeta'$ , e due eventi,  $E_1$  ed  $E_2$ . A ciascun evento saranno associate due coordinate temporali, una rispetto a  $\zeta$  e una rispetto a  $\zeta'$ . Dire che il tempo è assoluto significa affermare che la differenza tra le coordinate temporali di  $E_1$  ed  $E_2$  è fissa a prescindere da come venga eseguito il calcolo, se rispetto a  $\zeta$  o rispetto a  $\zeta'$ ; una grandezza con tale caratteristica viene definita, intuitivamente, "invariante". Indicando con  $\Delta t$  il lasso temporale tra  $E_1$  ed  $E_2$  nel sistema  $\zeta$  e con  $\Delta t'$  il lasso temporale tra  $E_1$  ed  $E_2$  nel sistema  $\zeta'$ , vale per qualsiasi coppia di eventi l'identità:

$$\Delta t' = \Delta t \quad (\text{I})$$

Le due quantità sono identiche per chiunque: se in  $\zeta$   $E_1$  ed  $E_2$  sono separati da un'ora, anche in  $\zeta'$  la differenza sarà di esattamente un'ora. Così, ad esempio, la durata di una rotazione del pianeta Terra su se stessa è di 24 ore, non mutando a seconda del fuso orario (e dunque del sistema di riferimento) in cui viene effettuata la misurazione.

---

<sup>11</sup> «The structure of space and time which had been defined by Newton as the basis of his mathematical description of nature was simple and consistent and corresponded very closely to the use of the concepts space and time in daily life», con una corrispondenza così stretta che «Newton's definitions could be considered as the precise mathematical formulation of these common concepts» (W. HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, New York, 1962, pp. 126-127). Pur esistendo, però, alcune differenze tra la concezione del «vulgus» e quella galileiana-newtoniana, come rivendicato proprio in I. NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, London, 1687, *Definitiones, Scholium*: «Tempus, spatium, locus & motus, sunt omnibus notissima. Notandum tamen, quod vulgus quantitates hasce non aliter quam ex relatione ad sensibilia concipia. Et inde oriuntur praejudicia quaedam, quibus tollendis convenis easdem in absolutas & relativas, veras & apparentes, mathematicas & vulgares distingui» («Tempo, spazio, luogo e movimento sono concetti notissimi a tutti. È da notare, tuttavia, che la gente comune concepisce queste quantità solo in relazione a cose percettibili. E da ciò derivano alcuni pregiudizi, per superare i quali è conveniente distinguere queste quantità in assolute e relative, vere e apparenti, matematiche e popolari»).

<sup>12</sup> Per approfondimenti v. il § 1 dell'Appendice.

La sorprendente e controintuitiva conclusione della teoria della relatività è che questa concezione è inadatta a spiegare adeguatamente la realtà. Solo per completezza si riporta di seguito la versione relativistica dell'equazione (I) (una delle c.d. trasformazioni di Lorentz), che non verrà ripresa nel prosieguo (basti, qui, notare quanto essa appaia *ictu oculi* profondamente diversa dalla precedente)<sup>13</sup>:

$$\Delta t' = \frac{\Delta t - \frac{v}{c^2} \Delta x}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} \quad (\text{II})$$

Come si diceva, però, non si vuol qui certo svolgere una trattazione approfondita della teoria della relatività, ed è sufficiente osservare che tale nuova concezione implica la necessità di ridiscutere l'invarianza delle differenze temporali, con la perdita di tre capisaldi fondamentali del pensiero newtoniano.

Innanzitutto, è possibile che in  $\zeta$  e  $\zeta'$  siano misurati lassi temporali diversi tra due stessi eventi, poiché niente assicura il contrario. Anzi, all'opposto: partendo dall'equazione (II), si può verificare che in  $\zeta$  e  $\zeta'$  si misureranno lassi temporali (spesso solo infinitesimamente) diversi in casi tutt'altro che rari<sup>14</sup>. Così, ad esempio, può accadere che un'ora in  $\zeta$  corrisponda a sette anni in  $\zeta'$ <sup>15</sup>. Si noti, peraltro, che questo fenomeno non dipende dalla presenza di un osservatore persona fisica, ma dalla struttura dell'universo; a prescindere dall'effettiva osservazione e misurazione degli eventi, essi possono *essere* — e non semplicemente *apparire* — a distanze temporali diverse a seconda del sistema di riferimento scelto. Per un esempio classico di tale fenomeno, si pensi al celebre paradosso dei gemelli: se un gemello viaggia a velocità elevat(issim)e rispetto all'altro e torna indietro, esso incontrerà un gemello più anziano di lui, poiché il tempo scorre diversamente per i due soggetti (non meramente a livello di percezione)<sup>16</sup>.

In secondo luogo, dall'equazione (II) discende una conseguenza ancor più paradossale, nel senso etimologico del termine: da abbandonare non è solo l'assolutezza delle distanze temporali, ma anche l'assolutezza del concetto di simultaneità. È possibile, infatti, che alcuni eventi che rispetto a  $\zeta$  sono simultanei non lo siano rispetto a  $\zeta'$ . Utilizzando le parole (in traduzione) di Hermann

<sup>13</sup> Per approfondimenti v. il § 2 dell'Appendice. Nell'equazione (II),  $\Delta t$  e  $\Delta t'$  hanno lo stesso significato dell'equazione (I);  $v$  è la velocità relativa di un sistema rispetto all'altro, cioè dell'origine di  $\zeta'$  rispetto all'origine di  $\zeta$ ;  $c$  è la velocità della luce, pari a circa 299.792.453 m/s. Quando  $v$  è molto piccola rispetto a  $c$  l'equazione (II) si riduce alla (I), dato che i termini  $v/c^2$  e  $(v/c)^2$  sono trascurabili, e questo è il motivo per cui gli effetti relativistici non vengono percepiti nell'esperienza quotidiana; per dettagli v. ancora il § 2 dell'Appendice, e in particolare il calcolo del limite delle equazioni (2A).

<sup>14</sup> Si veda l'equazione (II): quando  $v$  è diverso da zero, e cioè  $\zeta'$  si muove rispetto a  $\zeta$ , i tempi misurati sono generalmente diversi.

<sup>15</sup> I due valori sono tratti dalla vivida e recente illustrazione del film *Interstellar*, del 2014 (in cui, però, la dilatazione dei tempi si giustifica con la teoria della relatività generale, non speciale, dato che essa è causata dalla gravità e non da velocità particolarmente elevate; cfr. K. THORNE, *The Science of Interstellar*, New York, 2014).

<sup>16</sup> Sul paradosso dei gemelli v., per una panoramica (anche storica), R.L. SHULER JR., *The Twins Clock Paradox History and Perspectives*, in *Journal of Modern Physics*, 2014, vol. V, XII, pp. 1062 ss.

Minkowski, il primo, nel 1908, a valorizzare queste considerazioni, «non è più ammissibile parlare di *simultaneità* assoluta tra due eventi»<sup>17</sup>.

Infine, la perdita dell'invarianza dei lassi temporali comporta un'altra conseguenza fondamentale: anche l'ordine temporale tra due eventi, a certe condizioni, può non essere assoluto e dipendere dal sistema di riferimento. In altre parole, se in  $\zeta$   $E_1$  precede  $E_2$ , in  $\zeta'$  è ben possibile che  $E_2$  accada prima di  $E_1$ . È questo l'aspetto della relatività che risulta fondamentale per affrontare la questione giuridica della recettività della revoca, poiché come si è accennato le due interpretazioni ruotano entrambe intorno all'ordine temporale tra due eventi. Il punto merita allora approfondimento.

Evidentemente, l'oggettività dell'ordine tra eventi è un assunto fondamentale dell'esperienza umana, tanto evidente da risultare ovvio<sup>18</sup>: «partium Temporis ordo est immutabilis», scriveva Newton<sup>19</sup>. E l'ordine tra gli eventi è strettissimamente legato al concetto di causalità, poiché, se A causa B, A non può

---

<sup>17</sup> «Infolgedessen ist es nicht mehr statthaft, von der *Gleichzeitigkeit* zweier Ereignisse an sich zu sprechen» (H. MINKOWSKI, *Die Grundgleichungen für die elektromagnetischen Vorgänge in bewegten Körpern*, in *Nachrichten von der Königlichen Gesellschaft der Wissenschaften und der Georg-Augusts-Universität zu Göttingen*, 1908, pp. 53–111, p. 68; corsivo aggiunto). Interessante il tentativo di H. BERGSON, *Durée et simultanéité. A propos de la théorie d'Einstein*, Paris, 1923, II ed., p. 125 s., ove l'Autore tentò di fornire un'interpretazione che, nelle intenzioni in armonia con la relatività, facesse salva l'assolutezza della simultaneità «reale»: «Il faut donc distinguer deux espèces de simultanéité, deux espèces de succession. La première est intérieure aux événements, elle fait partie de leur matérialité, elle vient d'eux. L'autre est simplement plaquée sur eux par un observateur extérieur au système. La première exprime quelque chose du système lui-même ; elle est absolue. La seconde est changeante, relative, fictive ; elle tient à la distance, variable dans l'échelle des vitesses, entre l'immobilité que ce système a pour lui-même et la mobilité qu'il présente par rapport à un autre: il y a incurvation apparente de la simultanéité en succession. La première simultanéité, la première succession, appartient à un ensemble de choses, la seconde à une image que s'en donne l'observateur dans des miroirs d'autant plus déformants que la vitesse attribuée au système est plus grande» («Bisogna dunque distinguere due tipi di simultaneità, due tipi di successione. La prima è interna agli eventi, fa parte della loro materialità, proviene da loro. L'altra è semplicemente applicata su di essi da un osservatore esterno al sistema. La prima esprime qualcosa del sistema stesso; è assoluta. La seconda è mutevole, relativa, fittizia; dipende dalla distanza, variabile nella scala delle velocità, tra l'immobilità del sistema rispetto a se stesso e la mobilità che presenta rispetto a un altro: c'è un'apparente incurvatura della simultaneità in successione. La prima simultaneità, la prima successione, appartiene a un insieme di cose, la seconda a un'immagine che ne fa l'osservatore in specchi tanto più deformanti quanto maggiore è la velocità attribuita al sistema»). La proposta non ebbe, però, particolare successo, e fu criticata dallo stesso Einstein (v. J. CANALES, *Einstein, Bergson, and the Experiment that Failed: Intellectual Cooperation at the League of Nations*, in *Modern Language Notes*, 2005, Vol. CXX, V, 2005, pp. 1168 ss.). Per approfondire la questione della simultaneità v. il § 3 dell'Appendice (con un esempio di eventi simultanei in un sistema e non simultanei in un altro).

<sup>18</sup> E non è forse un caso che, per BERGSON, *Durée et simultanéité*, cit., ix, «[a]ucune question n'a été plus négligée par les philosophes que celle du temps» («nessuna questione è stata più trascurata dai filosofi di quella del tempo»).

<sup>19</sup> «L'ordine degli attimi è immutabile» (NEWTON, *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica*, cit., *Definitiones*, *Scholium*). E il modo della successione è, assieme ai modi della permanenza e della simultaneità, uno dei modi che contraddistingue il tempo nel pensiero kantiano, differenziando tale forma pura dell'intuizione sensibile da quella dello spazio: «diversi tempi non sono insieme, ma successivi (come diversi spazi non sono successivi, ma insieme)» (in originale «verschiedene Zeiten sind nicht zugleich, sondern nacheinander (so wie verschiedene Räume nicht nacheinander, sondern zugleich sind)»; I. KANT, *Critica della ragion pura*, Riga, 1781, § 4 (*Esposizione metafisica del concetto del tempo*)).

che verificarsi prima di B. Qual è, dunque, la portata di quanto appena discusso, e come può questa concezione conciliarsi con la causalità?

Occorre, innanzitutto, precisare e ridimensionare le conseguenze della concezione relativistica, poiché, malgrado quanto potrebbe sembrare, essa non rende l'ordine tra eventi totalmente arbitrario, né — per salvezza del diritto — implica la perdita del concetto di causalità<sup>20</sup>. Il fatto che l'ordine tra coppie di eventi non sia sempre assoluto non implica che tale assolutezza sia del tutto perduta: solo qualora le coppie abbiano certe caratteristiche l'ordine tra gli eventi potrà dipendere dal sistema di riferimento scelto. Di seguito ci si soffermerà brevemente su tali caratteristiche, poiché sarà tale differenziazione a consentire di ritenere preferibile una delle due interpretazioni sulla recettizietà.

Nella teoria della relatività l'invariante classico, il tempo, è sostituito con un altro, il c.d. intervallo spazio-temporale. Nello specifico, a partire dalle trasformazioni di Lorentz è possibile dimostrare che esiste una quantità che non cambia tra diversi sistemi di riferimento, indicata con il simbolo  $(\Delta s)^2$  (e detta appunto “intervallo spazio-temporale” tra due eventi<sup>21</sup>). Indicando con  $(\Delta s)^2$  l'intervallo spazio-temporale tra  $E_1$  ed  $E_2$  nel sistema  $\zeta$  e con  $(\Delta s')^2$  lo stesso intervallo nel sistema  $\zeta'$ , affermare che  $(\Delta s)^2$  è invariante significa affermare che (si noti la somiglianza con l'equazione (I), dove in luogo di  $(\Delta s)^2$  era presente  $\Delta t$ )<sup>22</sup>

$$(\Delta s')^2 = (\Delta s)^2 \quad (\text{III})$$

$(\Delta s)^2$  è importante non solo in quanto invariante, ma anche perché consente di tracciare quel discrimine tra eventi il cui ordine è assoluto ed eventi il cui ordine è relativo cui si è accennato poc'anzi. Nello specifico, infatti, si può utilizzare il suo segno (positivo o negativo, a seconda che  $(\Delta s)^2$  sia maggiore o minore di zero) per catalogare gli intervalli tra eventi in tre categorie: intervalli di tipo spazio, intervalli di tipo tempo e intervalli di tipo luce<sup>23</sup>.

Gli intervalli di tipo spazio sono quelli in cui  $(\Delta s)^2$  è positivo, tra eventi che sono (semplificando) lontani nello spazio ma vicini nel tempo, cosicché è impossibile per uno stesso raggio di luce passare da entrambi; ciò, posto che la velocità della luce non può essere superata, significa che enti transitanti in uno dei

---

<sup>20</sup> Al contrario: «the Lorentz transformations imply that we live in a *causal* universe» (M. DAVIDSSON, in *Cantor's Paradise*, 2021, consultabile all'indirizzo <https://www.cantorsparadise.com/tensors-time-travel-tenet-and-twelve-monkeys-40a43f653dgd>, data ultima consultazione 14.1.2025; corsivo dell'Autore).

<sup>21</sup> Sin da H. MINKOWSKI, *Raum und Zeit*, in *Physikalische Zeitschrift*, 1909, X, pp. 104 ss. (oggi, in trad. inglese, in *Space and Time: Minkowski's Papers on Relativity*, a cura di V. Petkov, Minkowski Institute Press, 2012, pp. 39 ss.

<sup>22</sup> Per la formula completa di  $(\Delta s)^2$  v. il § 4 dell'Appendice.

<sup>23</sup> Sulle tre tipologie di intervalli v., ad esempio, R.P. FEYNMAN, R.B. LEIGHTON, M. SANDS, *The Feynman Lectures on Physics. The New Millenium Edition*, New York, 2010, I, p. 17-6; L. SUSSKIND, A. FRIEDMAN, *Special Relativity and Classical Field Theory: The Theoretical Minimum*, London, 2018, § 3.1.

due eventi non possono interagire con enti transitanti nell'altro, e che non esistono catene causali che li colleghino.

Gli intervalli di tipo tempo, con  $(\Delta s)^2$  negativo, separano invece coppie di eventi che sono sufficientemente vicini nello spazio e sufficientemente lontani nel tempo da permettere a corpi che si muovono a velocità inferiori a quella della luce di passare per entrambi; tra di essi sono possibili interazioni e rapporti di causalità.

Infine, gli intervalli di tipo luce, con  $(\Delta s)^2$  nullo, si misurano tra eventi che sono separati esattamente da un raggio di luce, nel senso che la loro distanza temporale è precisamente quella che permette a una particella che viaggia alla velocità della luce di colmare la loro distanza spaziale. L'insieme degli eventi separati dall'origine del sistema di riferimento da intervalli di tipo luce è detto, a causa della sua forma, "cono di luce", e separa gli eventi di tipo spazio da quelli di tipo tempo<sup>24</sup>.

Si può dimostrare (sul punto si rimanda al § 4 dell'Appendice) che se due eventi sono separati da un intervallo di tipo tempo allora il loro ordine è assoluto ed essi non potranno mai risultare simultanei, né il loro ordine temporale potrà essere invertito in altri sistemi. Questa osservazione fa salva la causalità, poiché l'esistenza stessa di una catena causale è di per sé sufficiente a escludere dubbi sull'ordine tra gli eventi coinvolti<sup>25</sup>. Al contrario ciò non vale per gli intervalli di tipo spazio, ove l'ordine tra gli eventi può invertirsi a seconda del sistema di riferimento scelto.

Raccogliendo le considerazioni svolte finora, prima di calarle finalmente nel terreno giuridico, gli eventi sono contraddistinti da coordinate spaziali e temporali che variano tra sistemi di riferimento diversi; ogni coppia di eventi è separata da un certo intervallo spazio-temporale, che non dipende dal sistema di riferimento, è calcolabile in maniera univoca e può essere di tre tipi (tempo, spazio o luce); se di tipo tempo, allora l'ordine tra i due eventi è assoluto; se di tipo spazio, allora l'ordine è relativo.

4. *Relatività dei tempi e recettività degli effetti.* — L'obiettivo del presente paragrafo è mostrare come le considerazioni appena svolte possano avere una rilevanza nella scelta dell'interpretazione da prediligere per la risoluzione della questione giuridica descritta nel secondo paragrafo.

Ciò che si tenterà di mostrare, innanzitutto, è che le due coppie di eventi prese a riferimento nelle due interpretazioni sono connotate da intervalli di tipo diverso: mentre l'una è separata da un intervallo di tipo tempo, con la conseguenza che l'ordine tra i due eventi è assoluto, l'altra è separata da un intervallo che può essere (alle volte) di tipo spazio, con la conseguenza che i due

---

<sup>24</sup> *Rectius*: separa gli eventi separati dall'origine da intervalli di tipo spazio da quelli separati dall'origine da intervalli di tipo tempo.

<sup>25</sup> Nell'Appendice, al § 5, un'applicazione di questo concetto alla causalità "penalistica" tra il colpo di pistola e l'impatto del proiettile sul bersaglio, che costituiscono eventi sempre separati da un intervallo di tipo tempo e dunque aventi sempre lo stesso ordine in ogni sistema di riferimento.

eventi della coppia possono avere un ordine diverso a seconda del sistema di riferimento. Come si vedrà, ciò farà propendere per un'interpretazione piuttosto che per l'altra.

Per iniziare, è necessario esaminare gli intervalli tra le coppie di eventi rilevanti, ossia invio revoca – ricezione accettazione (nella tesi della non recettizietà) e ricezione revoca – ricezione accettazione (nella tesi della recettizietà). Volendo qui limitare al massimo l'impiego di formule si utilizzeranno piuttosto le definizioni di intervallo di tipo spazio e intervallo di tipo tempo, date poc'anzi; rimandando all'Appendice per una trattazione matematica<sup>26</sup>.

Si consideri, per prima, la tesi della non recettizietà, e dunque la coppia invio revoca – ricezione accettazione. Si osserva immediatamente che entrambi gli eventi avvengono in presenza di  $\pi$ , il proponente. Più precisamente: in qualsiasi sistema di riferimento, il proponente  $\pi$ , che compie entrambe le azioni (invio e ricezione), transita sia per l'evento "invio della revoca", sia per l'evento "ricezione dell'accettazione". Ciò significa che l'intervallo di questa coppia di eventi è indubbiamente di tipo tempo: infatti, riprendendo la definizione precedente, si tratta di eventi sufficientemente vicini nello spazio e sufficientemente lontani nel tempo da permettere a  $\pi$ , che si muove (se si muove) a velocità inferiori a quella della luce, di transitare per entrambi. E dunque tale coppia ha un ordine assoluto: se per un soggetto avviene prima l'uno e poi l'altro, tutti concorderanno su quest'ordine – e quindi sull'avvenuta o non avvenuta conclusione del contratto.

Si consideri ora, invece, la tesi della recettizietà, con la coppia ricezione revoca – ricezione accettazione. Tali eventi si verificheranno generalmente in punti diversi dello spazio e del tempo; in particolare, le loro coordinate spaziali saranno quelle del proponente  $\pi$  (per la ricezione dell'accettazione) e dell'accettante  $\alpha$  (per la ricezione della revoca). Può certamente accadere che l'intervallo sia di tipo tempo, come nel caso precedente: ciò accadrà se  $\alpha$  e  $\pi$  non sono molto distanti, e se intercorre un lasso di tempo sufficiente. Ma può anche accadere il contrario: non possono escludersi casi in cui l'evento ricezione revoca e l'evento ricezione accettazione siano così lontani nello spazio e così vicini nel tempo da essere separati da un intervallo di tipo spazio, con la conseguenza gravissima che il loro ordine può dipendere dal sistema di riferimento utilizzato.

Ciò ha un risvolto fondamentale. Mentre in alcuni sistemi di riferimento il contratto potrà dirsi concluso, in altri avverrà il contrario; alcuni osservatori potranno ritenere esistenti effetti giuridici che sono inesistenti per altri; e ciò non per contrasti di opinioni o percezioni, che già sovrappopolano la pratica giuridica, ma in conseguenza di un'interpretazione che non consente di ottenere risultati coerenti in ogni sistema di riferimento. Il rinvio che il mondo giuridico fa al mondo fisico, appoggiandosi al concetto di tempo, si sgretola lasciando il primo privo di sostegno, impossibilitato a trovare una soluzione univoca.

---

<sup>26</sup> V. il § 6 dell'Appendice.

Ad onor del vero, va riconosciuto che la relatività dell'ordine degli eventi non è nella pratica un problema, verificandosi le inversioni soltanto in condizioni che sono ben al di là dell'esperienza comune. Nel pianeta Terra<sup>27</sup> esistono una data e un'ora precise, che consentono, senza alcuna ambiguità (quantomeno per gli scopi dei traffici giuridici), di stabilire sempre un ordine assoluto tra eventi. In astratto, però, il problema esiste.

5. *Effetti giuridici e sistemi di riferimento.* – Dunque, propendere per la recettizietà o per la non recettizietà della revoca ha conseguenze importanti (dal punto di vista teoretico), poiché mentre la seconda soluzione consente una coerenza tra sistemi di riferimento diversi, la prima condanna la conclusione del contratto a una sorte incerta. Ricapitolando, infatti: propendere per la recettizietà della revoca significa accettare l'esistenza di possibili contrasti tra sistemi di riferimento, nel senso che il contratto sarà concluso in alcuni sistemi di riferimento e non concluso in altri; al contrario, la non recettizietà elimina ogni dubbio sull'esistenza (o inesistenza) degli effetti giuridici.

Fin qui, la parte – per così dire – meramente descrittiva dell'esperimento. È indubbio che in un caso la coppia sia sempre separata da intervalli di tipo tempo, ed è indubbio che nell'altro caso la coppia possa, talvolta, essere separata da intervalli di tipo spazio; così come è indubbio che, in conseguenza di ciò, un'interpretazione consenta di ottenere risultati univoci in tutti i sistemi, al contrario dell'altra.

Il passo successivo, decisamente meno solido, consiste nell'operare un giudizio di valore che consenta di scegliere tra le due interpretazioni sulla base di tale differenza, che, di per sé, potrebbe legittimamente essere ritenuta priva di significato. Del resto, il problema neanche si pone se si utilizza, come generalmente nel diritto, la concezione newtoniana per cui «tempus est absolutum» e «spatium est absolutum»<sup>28</sup>. Volendo, però, adottare fino in fondo la prospettiva della relatività – più in accordo con i dati sperimentali –, considerando non lo *spatium* e il *tempus* ma il «continuum spatii et temporis»<sup>29</sup>, la questione non può essere ignorata.

A tal fine può essere utile ancora una volta trarre spunto dalla fisica, questa volta, però, meramente in via analogica – e quindi del tutto opinabile. Si potrebbe, in particolare, considerare uno dei principi fondamentali di tale disciplina, quello di relatività, per il quale le leggi della fisica sono le stesse in ogni sistema di riferimento<sup>30</sup>. Sembra, infatti, ragionevole affermare che “gli effetti giuridici

<sup>27</sup> La questione diverrebbe più rilevante in caso di esplorazione spaziale. V., per un esempio numerico, il § 7 dell'Appendice.

<sup>28</sup> Così ci si riferisce alla concezione pre-relativistica in A. EINSTEIN, *The meaning of relativity*, Princeton, 2014 (ed. originale 1922), p. 55; e, del resto, in NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, cit., *Definitiones, Scholium* si utilizzavano le espressioni «[t]empus absolutum» e «[s]patium absolutum».

<sup>29</sup> EINSTEIN, *The meaning of relativity*, cit., p. 55.

<sup>30</sup> La prima formulazione del principio di relatività viene attribuita a Galileo Galilei, che vi si soffermò nel suo *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*, del 1632, utilizzando il celebre ed



devono essere gli stessi in ogni sistema di riferimento”, e anzi riconoscere in tale enunciato un vero e proprio assioma fondamentale dell’ordinamento, sempre implicito poiché generalmente soddisfatto. Al di là delle incertezze interpretative e delle ambiguità, infatti, pare inammissibile per un ordinamento accettare che un effetto possa *essere* — e non semplicemente possa *essere ritenuto* — al contempo sussistente e non sussistente a seconda del sistema di riferimento dell’osservatore, in mancanza di alcun reale disaccordo di fatto; poiché ciò significherebbe adottare una regola non applicabile in quanto intrinsecamente contraddittoria.

Questo principio generalissimo, la cui utilità e coerenza con il resto dell’ordinamento è tutta da dimostrare, varrebbe insomma da giustificazione per scartare le interpretazioni che creano contraddizioni insanabili tra sistemi di riferimento diversi, inserendo esse nel diritto un germe ineliminabile — seppur, è bene ammetterlo, ad oggi insignificante a livello pratico — di incertezza, derivante non dalla diversità di opinioni o percezioni ma dalla struttura dell’universo fisico. Portando, così, a ritenere preferibile la tesi della non recettività della revoca.

---

efficace esempio del navi(g)lio: «[r]inserratevi con qualche amico nella maggiore stanza che sia sotto coverta di alcun gran navilio, e quivi fate d’aver mosche, farfalle e simili animaletti volanti: siavi anco un gran vaso d’acqua, e dentrovi de’ pescetti; suspendasi anco in alto qualche secchiello, che a goccia a goccia vada versando dell’acqua in un altro vaso di angusta bocca che sia posto a basso; e stando ferma la nave, osservate diligentemente come quelli animaletti volanti con pari velocità vanno verso tutte le parti della stanza. [...] Osservate che avrete diligentemente tutte queste cose, benché niun dubbio ci sia mentre il vascello sta fermo non debbano succedere così: fate muovere la nave con quanta si voglia velocità; ché (pur di moto uniforme e non fluttuante in qua e in là) voi non riconoscerete una minima mutazione in tutti li nominati effetti; né da alcuno di quelli potrete comprendere se la nave cammina, o pure sta ferma». In HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, cit., p. 117, si individua nel principio «a quite general law of nature pertaining not only to electrodynamics or mechanics but to any group of laws: The laws take the same form in all systems of reference, which are different from each other only by a uniform translational motion; they are invariant against the Lorentz transformation».

## APPENDICE

SOMMARIO: 1. Concezione classica dello spazio e del tempo e trasformazioni di Galileo. – 2. Concezione relativistica dello spazio-tempo e trasformazioni di Lorentz. – 3. Simultaneità. Esempio di eventi che sono simultanei in un sistema di riferimento e non lo sono in un altro. – 4. Concetto di intervallo spazio-temporale e ordine tra eventi. – 5. Ordine tra eventi e salvezza della causalità. Esempio di catena causale. – 6. Calcolo dell'intervallo spazio-temporale per la recettività della revoca. – 7. Un esempio numerico di inversione dell'ordine temporale.

Quest'Appendice è pensata come supporto alla lettura, assolutamente non necessario, per il lettore interessato ad approfondire la questione con maggior rigore. Non si tratta di una trattazione parallela o autonoma dello stesso tema, ma semplicemente di un insieme di paragrafi slegati, ciascuno dei quali è dedicato a uno dei temi toccati nel testo. È opportuno, ad ogni modo, ricordare che quanto discusso nel presente contributo non ha, dal punto di vista fisico, carattere o pretesa di innovatività, trattandosi semplicemente di un utilizzo dei concetti chiave della relatività ristretta.

Per semplicità – qui come nel testo – si è considerata una sola coordinata spaziale, indicata con  $x$ .

1. *Concezione classica dello spazio e del tempo e trasformazioni di Galileo.* – Le equazioni (c.d. di Galileo) che nella fisica classica legano il tempo e lo spazio in diversi sistemi di riferimento (con origini inizialmente coincidenti) sono le seguenti:

$$t' = t; x' = x - vt \quad (1A)$$

(dove  $v$  è la velocità dell'origine di  $\zeta'$  rispetto a  $\zeta$ )

Riguardo agli intervalli, si ottiene:

$$\Delta t' = \Delta t; \Delta x' = \Delta x - v\Delta t \quad (1B)$$

Da un lato, dunque, il tempo è assoluto e identico in ogni sistema di riferimento; dall'altro, le distanze spaziali possono mutare a seconda del sistema di riferimento, ma mai tra eventi fra loro simultanei (in cui  $\Delta t$  è uguale a 0). Si noti, in particolare, che il mutamento di  $\Delta x$  è interamente riconducibile alla distanza percorsa dall'origine di  $\zeta'$  rispetto a  $\zeta$ , e non implica in alcun modo una variazione delle lunghezze.

2. *Concezione relativistica dello spazio-tempo e trasformazioni di Lorentz.* – Constatata l'impossibilità di leggere la realtà (in particolare i fenomeni

elettromagnetici<sup>31</sup>) utilizzando le equazioni galileiane, fu necessario individuare altre equazioni in grado di descrivere la realtà fisica. In particolare, costituiscono la base della relatività ristretta le c.d. trasformazioni di Lorentz:

$$t' = \frac{t - \frac{v}{c^2}x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}}; x' = \frac{x - vt}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} \quad (2A)$$

Dalle quali, riguardo agli intervalli, trattandosi di trasformazioni lineari, si ottiene:

$$\Delta t' = \frac{\Delta t - \frac{v}{c^2}\Delta x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}}; \Delta x' = \frac{\Delta x - v\Delta t}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} \quad (2B)$$

Come accennato nel testo, le equazioni (2A) e (2B) si riducono alle equazioni (1A) e (1B) nel caso in cui si considerino velocità  $v$  trascurabili rispetto alla velocità della luce. Si può dimostrare quanto affermato calcolando il limite delle equazioni (2A) per  $c$  che tende a  $+\infty$ :

$$\lim_{c \rightarrow +\infty} t' = \lim_{c \rightarrow +\infty} \frac{t - \frac{v}{c^2}x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{t - 0x}{\sqrt{1 - 0}} = t$$

$$\lim_{c \rightarrow +\infty} x' = \lim_{c \rightarrow +\infty} \frac{x - vt}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{x - 0t}{\sqrt{1 - 0}} = x$$

Come si vede, in entrambi i casi le equazioni (2A) si riducono alle equazioni (1A), ed è per questo motivo che per secoli le equazioni della fisica classica sono risultate pienamente idonee ad assolvere il loro scopo. Quando  $v$  è piccola, la differenza tra le due coppie di equazioni è infinitesimale.

3. *Simultaneità. Esempio di eventi che sono simultanei in un sistema di riferimento e non lo sono in un altro.* – Nel testo si è osservato che la simultaneità degli eventi non è un aspetto su cui tutti gli osservatori possono sempre concordare. Per dimostrare questa affermazione si considerino, ad esempio, i punti le cui coordinate nel sistema  $\zeta$  soddisfano un'equazione del tipo  $t = \frac{V}{c}x$  (dove  $V$  è una costante che rappresenta una velocità).

Nel sistema  $\zeta$ , chiaramente, tali punti costituiscono eventi che si susseguono nel tempo e avvengono in punti distinti dello spazio: al variare di  $x$  varia

---

<sup>31</sup> Si veda l'incipit di A. EINSTEIN, *Zur Elektrodynamik bewegter Körper*, in *Annalen der Physik*, 1905, IV, 17, pp. 891 ss., p. 891, l'articolo in cui la teoria della relatività ristretta fu formalizzata pubblicamente per la prima volta: «Daß die Elektrodynamik Maxwells – wie dieselbe gegenwärtig aufgefaßt zu werden pflegt – in ihrer Anwendung auf bewegte Körper zu Asymmetrien fuhr, welche den Phänomenen nicht anzuhaften scheinen, ist bekannt» («È noto che l'elettrodinamica di Maxwell – come la si interpreta attualmente – nella sua applicazione ai corpi in movimento porta a delle asimmetrie, che non paiono essere inerenti ai fenomeni»). Cfr. anche HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, cit., pp. 110 ss.

(proporzionalmente) anche  $t$ . Si immagini, ad esempio, una serie di fari che, separati da una certa distanza, si illuminino uno alla volta in sequenza.

Per comprendere quale sia la coordinata temporale di tali eventi nel sistema di riferimento  $\zeta'$  occorre utilizzare la prima delle equazioni (2A), sostituendo  $t$  con la formula che definisce la serie di eventi:

$$t' = \frac{t - \frac{v}{c^2}x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{\frac{V}{c^2}x - \frac{v}{c^2}x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{x}{c^2} \frac{V - v}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}}$$

Evidentemente, da ciò consegue che se  $V = v$  allora  $t' = 0$ , ed è dunque possibile che gli eventi in serie abbiano tutti coordinata temporale pari a 0 e siano cioè fra loro simultanei nel sistema di riferimento  $\zeta'$ . Riprendendo l'esempio dei fari, ciò significa che nel sistema  $\zeta'$  essi si illumineranno non in sequenza ma simultaneamente.

4. *Concetto di intervallo spazio-temporale e ordine tra eventi.* – Nel testo si è evidenziata l'importanza del concetto di intervallo spazio-temporale, invariante e dunque non influenzato dai cambiamenti di sistema di riferimento. Esso è definito come segue<sup>32</sup>:

$$\Delta s^2 = -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 \tag{4A}$$

Il fatto che  $\Delta s^2$  sia un invariante è espresso dalla seguente identità, valida per qualsiasi coppia di eventi:

$$(\Delta s')^2 = (\Delta s)^2; \text{ cioè } -c^2(\Delta t')^2 + (\Delta x')^2 = -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2$$

Tale identità può essere dimostrata, con un po' di pazienza, semplicemente applicando le trasformazioni di Lorentz a  $\Delta t'$  e  $\Delta x'$ :

$$\begin{aligned} (\Delta s')^2 &= -c^2(\Delta t')^2 + (\Delta x')^2 = -c^2 \left( \frac{\Delta t - \frac{v}{c^2} \Delta x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} \right)^2 + \left( \frac{\Delta x - v \Delta t}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} \right)^2 \\ &= \frac{-c^2 \Delta t^2 + 2v \Delta x \Delta t - c^2 (\frac{v}{c^2} \Delta x)^2 + \Delta x^2 - 2v \Delta x \Delta t + (v \Delta t)^2}{1 - (\frac{v}{c})^2} \\ &= \frac{-c^2 \Delta t^2 (1 - (\frac{v}{c})^2) + \Delta x^2 (1 - (\frac{v}{c})^2)}{1 - (\frac{v}{c})^2} = \frac{(1 - (\frac{v}{c})^2)(-c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2)}{1 - (\frac{v}{c})^2} \end{aligned}$$

---

<sup>32</sup> Ovviamente, la formula completa tiene conto di tutte e tre le dimensioni spaziali:  $\Delta s^2 = -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 + \Delta y^2 + \Delta z^2$ . Più concisamente ed elegantemente, in relatività generale la formula è usualmente scritta come  $ds^2 = g_{\mu\nu} dx^\mu dx^\nu$  (utilizzando la convenzione di sommatoria di Einstein).

$$= -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 = \Delta s^2$$

Tornando alla definizione di intervallo spazio-temporale (equazione (4A)), si può notare come il segno di  $\Delta s^2$  (e dunque il tipo di intervallo) dipenda sostanzialmente dalla proporzione tra  $\Delta t$  e  $\Delta x$ : qualora il primo sia molto maggiore del secondo, si avranno intervalli di tipo tempo; in caso contrario, intervalli di tipo spazio. Il confine tra i due casi è costituito dagli intervalli in cui  $\Delta s^2 = 0$ , cioè  $c^2 \Delta t^2 = \Delta x^2$  e dunque  $|\frac{\Delta x}{\Delta t}| = c$ : l'insieme degli eventi tracciato dalle particelle che viaggiano alla velocità della luce (di qui l'espressione "intervalli di tipo luce").

Dimostriamo ora che gli intervalli di tipo tempo hanno ordine assoluto. Si considerino due eventi,  $E_1$  ed  $E_2$ , che nel sistema  $\zeta$  sono in successione ( $E_1$  precede  $E_2$ ); possiamo definire  $\Delta t$  come la differenza tra le coordinate temporali di  $E_2$  ed  $E_1$  nel sistema  $\zeta$ , e  $\Delta t'$  come la differenza tra le coordinate temporali di  $E_2$  ed  $E_1$  nel sistema  $\zeta'$  (definendo analogamente  $\Delta x$  e  $\Delta x'$ ). Dato che  $E_2$  segue  $E_1$ ,  $\Delta t > 0$  e per dimostrare l'assolutezza dell'ordine è necessario dimostrare che si ha necessariamente  $\Delta t' > 0$ .

Essendo quello tra  $E_1$  ed  $E_2$  un intervallo di tipo tempo,  $\Delta s^2 < 0$  e dunque

$$-c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 < 0 \Rightarrow \frac{1}{c} < \left| \frac{\Delta t}{\Delta x} \right| \quad (4B)$$

Tenendo a mente questa condizione, si consideri ora la trasformazione di Lorentz per il tempo (cioè la prima delle equazioni (2B)):

$$\Delta t' = \frac{\Delta t - \frac{v}{c^2} \Delta x}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}}$$

Assumiamo, per assurdo, che  $\Delta t'$  sia minore o uguale a zero (ricordando invece che  $\Delta t$  è maggiore di zero). Allora:

$$\Delta t - \frac{v}{c^2} \Delta x \leq 0 \Rightarrow \Delta t \leq \frac{v}{c^2} \Delta x \Rightarrow \Delta t \leq \frac{|v|}{c^2} |\Delta x| \Rightarrow \left| \frac{\Delta t}{\Delta x} \right| \leq \frac{|v|}{c^2}$$

Ma, come si vede sfruttando il vincolo (4B), ciò conduce a un assurdo:

$$\frac{1}{c} < \left| \frac{\Delta t}{\Delta x} \right| \leq \frac{|v|}{c^2} \Rightarrow 1 < \frac{|v|}{c} \Rightarrow |v| > c$$

Dunque, come volevasi dimostrare,  $\Delta t'$  non potrà che essere positivo.

5. *Ordine tra eventi e salvezza della causalità. Esempio di catena causale.* — Come accennato nel testo, la perdita dell'assolutezza dell'ordine tra eventi non implica la necessità di abbandonare il concetto di causalità. A tal proposito sarà utile un esempio.

Si consideri il caso, penalistico, dell'omicida che spari un proiettile verso la vittima, immobile, colpendo quest'ultima dopo un tempo  $\Delta t$ . Denotiamo con  $E_1$  l'evento "il proiettile lascia la pistola" e con  $E_2$  l'evento "il proiettile raggiunge il bersaglio"; per comodità, adottiamo un primo sistema di riferimento  $\zeta$  in cui l'evento  $E_1$  ha coordinata spaziale 0 e coordinata temporale 0 (cioè equivale a misurare le distanze e i tempi dal punto e dal momento in cui il proiettile lascia la pistola). Se denotiamo con  $V$  la velocità del proiettile, in questo sistema di riferimento  $E_2$  (l'evento "il proiettile raggiunge il bersaglio") ha coordinata temporale  $\Delta t$  e coordinata spaziale  $V\Delta t$ .

Calcoliamo ora l'intervallo spazio-temporale tra l'evento  $E_1$  e l'evento  $E_2$ , con l'equazione (4A):

$$\Delta s^2 = -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 = -c^2 \Delta t^2 + V^2 \Delta t^2 = c^2 \Delta t^2 \left( \left( \frac{V}{c} \right)^2 - 1 \right)$$

Il segno di tale quantità è negativo: se, infatti, la velocità  $V$  è inferiore alla velocità della luce  $c$  — e questa condizione è soddisfatta per definizione — il rapporto tra  $V$  e  $c$  è inferiore a 1, e dunque:

$$\frac{V}{c} < 1 \Rightarrow \left( \frac{V}{c} \right)^2 - 1 < 0 \Rightarrow c^2 \Delta t^2 \left( \left( \frac{V}{c} \right)^2 - 1 \right) < 0$$

Come si vede,  $\Delta s^2$  è sempre minore di zero: ciò significa che l'intervallo tra  $E_1$  ed  $E_2$  è di tipo tempo, l'ordine dei due eventi è intatto e il nesso di causalità che lega lo sparo alla morte del soggetto non è a rischio.

6. *Calcolo dell'intervallo spazio-temporale per la recettività della revoca.* — Si consideri un sistema di riferimento  $\zeta$  con origine nel luogo e nel tempo in cui  $\alpha$  invia la sua accettazione a  $\pi$ ; per semplicità, si ipotizzi che  $\pi$  e  $\alpha$  mantengano tra di essi una distanza costante, indicata con  $d$ . Riprendiamo la situazione esaminata nel testo, indicando le coordinate spazio-temporali di ciascun evento:

EVENTO	COORDINATA TEMPORALE	COORDINATA SPAZIALE
Invio dell'accettazione	$t_{ia} = 0$	0
Invio della revoca della proposta	$t_{ir}$	$d$
Ricezione dell'accettazione	$t_{ra}$	$d$
Ricezione della revoca	$t_{rr}$	0

Ipotizziamo ora che le comunicazioni tra  $\pi$  e  $\alpha$  abbiano velocità  $V$ <sup>33</sup>; da ciò si ricava che

$$t_{ra} = \frac{d}{V}, \text{ e } t_{rr} = t_{ir} + \frac{d}{V}$$

Utilizzando questo risultato, di seguito la tabella aggiornata:

EVENTO	COORDINATA TEMPORALE	COORDINATA SPAZIALE
Invio dell'accettazione	$t_{ia} = 0$	0
Invio della revoca della proposta	$t_{ir}$	$d$
Ricezione dell'accettazione	$\frac{d}{V}$	$d$
Ricezione della revoca	$t_{ir} + \frac{d}{V}$	0

Calcoliamo ora gli intervalli spazio-temporali delle due coppie di eventi che sono prese a riferimento nelle due interpretazioni.

Innanzitutto, la tesi della non recettizietà della revoca prende in esame gli eventi “ricezione dell'accettazione” e “invio della revoca”. Quantomeno nel sistema di riferimento di  $\pi$  e  $\alpha$ , cioè  $\zeta$ , se la revoca viene inviata dopo l'accettazione allora il contratto non si perfeziona. Per comprendere se questo ordine sia il medesimo in ogni sistema di riferimento, occorre calcolare l'intervallo spazio-temporale tra i due eventi:

$$\begin{aligned} \Delta s^2 &= -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 = -c^2 (t_{ir} - t_{ra})^2 + 0^2 \\ &= -c^2 \left(t_{ir} - \frac{d}{V}\right)^2 + 0 = -\left(c\left(t_{ir} - \frac{d}{V}\right)\right)^2 \end{aligned}$$

Trattandosi dell'opposto di una quantità elevata al quadrato, il valore di  $\Delta s^2$  è necessariamente minore o uguale a zero, mai positivo. Ciò implica che ogni osservatore sarà d'accordo sull'ordine tra i due eventi, non potranno esservi difformità a seconda del sistema di riferimento e vi sarà concordia sull'avvenuto perfezionamento del contratto.

Diverso il risultato nel secondo caso. La tesi della recettizietà della revoca prende in esame gli eventi “ricezione dell'accettazione” e “ricezione della revoca”, e il test per comprendere se il contratto sia stato concluso è  $t_{ra} < t_{rr}$ . Nel sistema di  $\pi$  e  $\alpha$ , cioè  $\zeta$ , tale condizione è soddisfatta se

---

<sup>33</sup> L'ipotesi che tutte le comunicazioni abbiano la stessa velocità semplifica i calcoli ma non mina le conclusioni della dimostrazione, dato che lo scopo è mostrare l'esistenza anche di un solo caso in cui l'ordine non è assoluto.

$$\frac{d}{V} < t_{ir} + \frac{d}{V}, \text{ cioè } t_{ir} > 0$$

Affinché il contratto sia concluso è, insomma, sufficiente che la revoca sia inviata dopo l'accettazione; il che è ovvio, dato che nel modello sia la revoca sia l'accettazione si muovono alla stessa velocità  $V$  nel tragitto tra  $\pi$  e  $\alpha$ . Così, nel sistema  $\zeta$  la revoca è ricevuta dopo l'accettazione a condizione che essa sia stata inviata dopo di essa. Per verificare la tenuta di questa conclusione in altri sistemi di riferimento, occorre calcolare l'intervallo spazio-temporale  $\Delta s^2$  della coppia di eventi:

$$\begin{aligned} \Delta s^2 &= -c^2 \Delta t^2 + \Delta x^2 = -c^2(t_{rr} - t_{ra})^2 + d^2 \\ &= -c^2\left(t_{ir} + \frac{d}{V} - \frac{d}{V}\right)^2 + d^2 = -c^2 t_{ir}^2 + d^2 \end{aligned}$$

Si nota qui una differenza fondamentale con il caso precedente: il segno dell'intervallo spazio-temporale non è sempre negativo. In particolare, qualora si verifichi la condizione  $-\frac{d}{c} < t_{ir} < \frac{d}{c}$ , l'intervallo spazio-temporale sarà positivo, con la conseguenza che i due eventi saranno di tipo spazio e non di tipo tempo. Ciò comporta nella pratica che l'ordine tra i due eventi non è assoluto, e che esistono sistemi di riferimento in cui l'ordine degli eventi "ricezione dell'accettazione" e "invio della revoca" è opposto a quello tra gli stessi eventi misurato nel sistema di riferimento  $\zeta$ .

Per trovare la velocità minima  $v$  di tali sistemi con ordine invertito, posto un intervallo spazio-temporale positivo (e dunque  $-\frac{d}{c} < t_{ir} < \frac{d}{c}$ ), è sufficiente utilizzare la prima delle equazioni (2A). Si consideri, in particolare, il caso in cui per  $\pi$  e  $\alpha$  il contratto non si sia concluso; in altre parole, il caso in cui  $t_{ir} < 0$  (e dunque, condensando,  $-\frac{d}{c} < t_{ir} < 0$ ). Allora,

$$t'_{ra} = \frac{t_{ra} - \frac{v}{c^2} x_{ra}}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} = \frac{\frac{d}{V} - \frac{v}{c^2} d}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} = \frac{\frac{d}{V} \left(1 - \frac{Vv}{c^2}\right)}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} = t_{ra} \frac{\left(1 - \frac{Vv}{c^2}\right)}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} \quad (6A)$$

$$t'_{rr} = \frac{t_{rr} - \frac{v}{c^2} x_{rr}}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} = \frac{t_{rr} - \frac{v}{c^2} 0}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} = \frac{t_{rr}}{\sqrt{1 - \left(\frac{v}{c}\right)^2}} \quad (6B)$$

Tali valori rappresentano le coordinate temporali delle due ricezioni nel sistema  $\zeta'$ . L'obiettivo, ora, è verificare a quali velocità  $v$  il contratto potrà ritenersi concluso nel sistema  $\zeta'$  (a differenza che in  $\zeta$ ). È necessario, insomma, calcolare la velocità  $v$  minima tale che  $t'_{ra} < t'_{rr}$ :



$$\frac{t_{ra}(1 - \frac{Vv}{c^2})}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} < \frac{t_{rr}}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} \Rightarrow t_{ra}(1 - \frac{Vv}{c^2}) < t_{rr} \Rightarrow t_{ra} - t_{rr} < \frac{Vv}{c^2} t_{ra}$$

$$\Rightarrow \frac{d}{V} - \frac{d}{V} - t_{ir} < \frac{Vv}{c^2} \frac{d}{V} \Rightarrow -t_{ir} < \frac{dv}{c^2} \Rightarrow v > -t_{ir} \frac{c^2}{d}$$

Da cui, ricordando che  $t_{ir} < 0$  (e che  $v$  deve essere inferiore alla velocità della luce), si ottiene la condizione finale<sup>34</sup>:

$$|t_{ir}| \frac{c^2}{d} < v < c \quad (6C)$$

7. *Un esempio numerico di inversione dell'ordine temporale.* – Per concludere, si discuterà un esempio numerico di situazione concreta – ma futuristica, date le distanze interstellari – in cui si verificherebbe l'inversione.

Si consideri un soggetto,  $\pi$ , che trovandosi nei pressi di Alpha Centauri (distante circa 4 anni luce dal pianeta Terra) invii una proposta contrattuale ad  $\alpha$ , che si trova sul pianeta Terra. Indichiamo con  $\zeta$  il sistema di riferimento di  $\pi$  e  $\alpha$  (che assumiamo in quiete tra loro). A  $t = 0$   $\alpha$  invia l'accettazione a  $\pi$ ; per caso, però, solo 12 ore prima (misurate in  $\zeta$ )  $\pi$  aveva spedito la revoca della proposta. Si supponga che le comunicazioni avvengano con onde elettromagnetiche, alla velocità della luce  $c$  (pari a  $3 \times 10^8$  m/s). La seguente tabella riepiloga la situazione nel sistema  $\zeta$ :

EVENTO	COORDINATA SPAZIALE	COORDINATA TEMPORALE
Invio dell'accettazione	0	0
Invio della revoca della proposta	$4 \times 10^{16}$ m	-12 ore = -43.200 s
Ricezione dell'accettazione	$4 \times 10^{16}$ m	$\frac{4 \times 10^{16} \text{ m}}{3 \times 10^8 \text{ m/s}} \approx 133.333.333 \text{ s}$
Ricezione della revoca	0	$-43.200 \text{ s} + 133.333.333 \text{ s} = 133.290.1$

Adottando la tesi della recettività, nel sistema di riferimento  $\zeta$  il contratto non è stato concluso: infatti, la revoca perviene ad  $\alpha$  dodici ore prima che l'accettazione venga ricevuta da  $\pi$ . Come già discusso, però, in alcuni sistemi di riferimento l'ordine tra tali eventi è invertito. Si può mostrare che ciò avviene, ad esempio, in un sistema di riferimento  $\zeta'$  che si muova alla velocità della sonda

<sup>34</sup> Non a caso, come si può verificare dall'equazione, più  $t_{ir}$  si avvicina a  $-d/c$  più  $v$  si avvicina a  $c$ . Con  $t_{ir}$  minore di  $-d/c$ , solo  $v$  superiori a  $c$  consentirebbero un'inversione (e non a caso l'intervallo spazio-temporale in tal caso sarebbe negativo).

Parker<sup>35</sup>, pari a circa  $2 \times 10^5$  m/s (e dunque sufficiente in base all'equazione (6C)). Infatti, utilizzando direttamente le equazioni (6A) e (6B), può ricavarsi che:

$$t'_{ra} = t_{ra} \frac{(1 - \frac{Vv}{c^2})}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{133.333.333 \text{ s} (1 - \frac{2 \times 10^5 \text{ m/s} \times 3 \times 10^8 \text{ m/s}}{3 \times 10^8 \text{ m/s}})}{\sqrt{1 - (\frac{2 \times 10^5 \text{ m/s}}{3 \times 10^8 \text{ m/s}})^2}}$$

$$\approx 133.244.474 \text{ s}$$

$$t'_{rr} = \frac{t_{rr}}{\sqrt{1 - (\frac{v}{c})^2}} = \frac{133.290.133 \text{ s}}{\sqrt{1 - (\frac{2 \times 10^5 \text{ m/s}}{3 \times 10^8 \text{ m/s}})^2}} \approx 133.290.163 \text{ s}$$

Accade quanto si voleva dimostrare: nel sistema di riferimento  $\zeta'$ ,  $t'_{ra} < t'_{rr}$  e dunque il contratto è concluso poiché l'accettazione è ricevuta da  $\pi$  prima che la revoca sia ricevuta da  $\alpha$ , con uno scarto di poco più di 55.000 s – circa quindici ore. Esattamente il contrario di quanto accade nel sistema di riferimento  $\zeta$ , ove il contratto non è concluso perché l'accettazione è ricevuta da  $\pi$  dopo che la revoca sia ricevuta da  $\alpha$ , con uno scarto di 43.200 s – pari a dodici ore.

---

<sup>35</sup> La sonda Parker, ufficialmente Solar Probe Plus, è conosciuta per essere (ad oggi) l'oggetto più veloce mai costruito dall'umanità. Per dettagli sulla missione, N.J. Fox *et al.*, *The Solar Probe Plus Mission: Humanity's First Visit to Our Star*, in *Space Science Review*, 2016, 204, pp. 7 ss.

## Table of contents

<b>L. Eusebi</b> Tempo e pena carceraria	1
<b>I. Pagni</b> Il tempo nella crisi d'impresa	19
<b>E. Caterina</b> L'eternità di un <i>Provisorium</i> : appunti sui limiti della revisione costituzionale a partire dal modello dell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca	33
<b>P. Corona</b> Il senso della storia, i tempi del diritto. Nota su diritto e tempo nella riflessione programmatica di Friedrich Carl von Savigny	46
<b>M. Conversano</b> Il fattore temporale nell'acquisizione transfrontaliera delle <i>e-evidence</i> : il bilanciamento operato nel secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest	63
<b>S. Racioppi</b> Il tempo dell'agire amministrativo nella transizione digitale	78
<b>G. Orlandini</b> La calendarizzazione delle udienze nella materia penale: discorso alla luce del principio di ragionevole durata del processo	98
<b>F. Linardi</b> I patti in vista della crisi di coppia: tra equità e sopravvenienze	111
<b>F. Fidanza</b> Relatività ristretta e recettività della revoca di proposta contrattuale	126