

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Volume n. 2/2025

Copyright © Author(s)



AEQUITAS MAGAZINE

INDICE

Abuso nel diritto civile e nel diritto tributario e l'abuso del processo - Parte prima (Luigi Di Prisco)	2
Acquisto "a-non-domino", tra apparenza ed estendibilità analogica (Nicola Comite).....	11
Festival di Sanremo, anatomia di una controversia (Paola Calvano).....	19
Il caso Compas e il tema della giustizia predittiva, tra opacità e discriminazione (Chiara Filippone).....	27
Le TIC... ne sont pas chic: storia di una diffamazione (per nulla)smart (Angela Caruso)..	35
The role of colonial racism in the genesis of the rwandan genocide a legal and historical analysis (Linnet Irene Borsari)	45

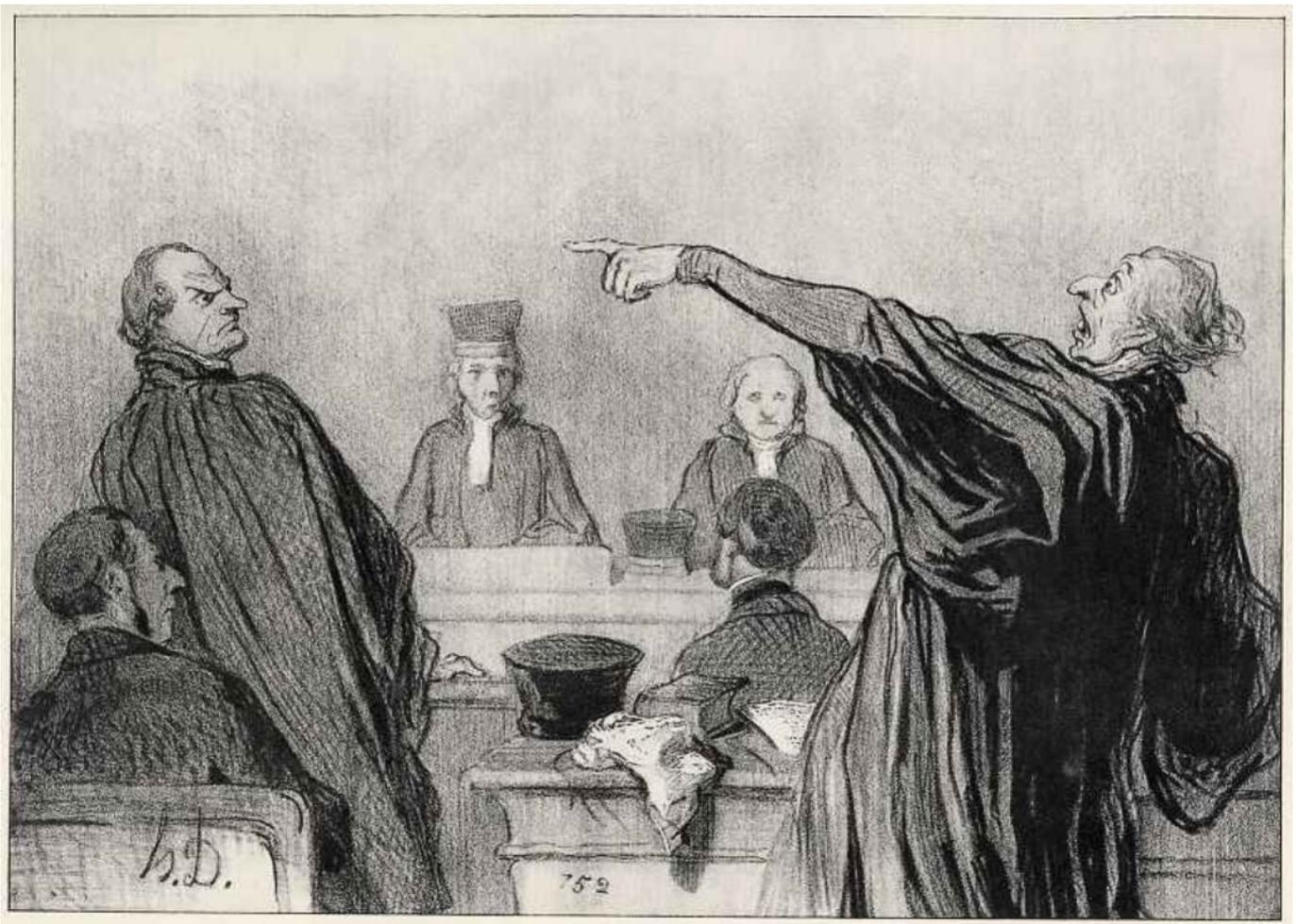
AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Abuso nel diritto civile e nel diritto tributario, e l'abuso del processo – Parte Prima

di Luigi Di Prisco ©



ABSTRACT: Il presente studio illustra succintamente l'istituto dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto civile e tributario, con una ricostruzione evolutiva, dalle origini e sino alle recenti applicazioni nell'ambito del diritto processuale, nel quale ha assunto una ben definita collocazione, con un inquadramento normativo di natura sanzionatoria, con funzione deflattiva del contenzioso intesa a reprimere l'abuso del processo. Il lavoro è diviso in tre parti (I: L'abuso nel diritto civile; II: L'abuso nel diritto tributario; L'abuso

del processo), per una più agevole lettura e comprensione.

This study succinctly illustrates the concept of abuse of rights within civil and tax law, with an evolutionary reconstruction from its origins to recent applications in procedural law, where it has assumed a well-defined position with a regulatory framework of a sanctioning nature, aimed at reducing litigation by repressing the abuse of process. The work is divided into three parts (I: The abuse in civil law; II: The abuse in tax law; III: The abuse of process) for easier reading and understanding.

PARTE PRIMA - L'abuso nel diritto civile

Sommario: 1. Introduzione - 2. La nozione di abuso di diritto - 3. Dal diritto romano all'epoca moderna - 4. La nozione normativa dell'abuso di diritto - 5. La codificazione italiana - 6. L'abuso del diritto nella giurisprudenza e nella dottrina come affermazione del diritto quale "ars boni ed equi" - 7. Le principali figure di abuso di diritto presenti nel codice civile - 8. L'elaborazione della giurisprudenza - 9. I rimedi esperibili in presenza di un abuso di diritto - 10. Evoluzione della categoria in ambito tributario e processuale: rinvio.

1. Introduzione

Il diritto oggettivo è l'insieme delle norme, degli istituti e delle istituzioni, intesi come un complesso sistema, che ha la fondamentale funzione di regolare i conflitti egoistici tra gli esseri umani che vivono in comunità, in relazione alla produzione della ricchezza e alla sua distribuzione. È quindi un "*male necessario*", perché la sua mancanza porterebbe al caos e alla moltiplicazione dei contrasti, e deve, pertanto, assumere una connotazione autoritaria, con l'esercizio del potere di "*regolamentare*" le situazioni soggettive riconosciute (diritti soggettivi) e di risolvere le situazioni conflittuali (attraverso il processo). Accanto a questa prima connotazione "*formale*" è comunque presente, almeno negli ordinamenti cosiddetti evoluti e democratici, una valenza di natura etica, che garantisce un equilibrio tra coloro che esercitano il potere e coloro che ne sono soggetti, al fine di evitare eccessi, ovvero gli abusi dei compiti e delle funzioni.

Sin dal suo sorgere in senso compiuto, la funzione del diritto è stata così definita: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Digesta: 1.1.10 pr.).¹

In tale ottica il concetto di "*abuso di diritto*" assume un'importanza relevantissima, perché è lo strumento esterno che pone un limite agli eccessi, e si manifesta ogni qual volta l'agire devia dagli scopi per cui il diritto soggettivo è sorto e riconosciuto al singolo individuo. È questa la chiave di volta che ha guidato la costruzione dell'istituto e la sua interpretazione, antica e moderna.

Il dibattito è stato caratterizzato dal contrasto tra l'opinione dominante e tradizionale in base alla quale una volta che viene riconosciuto un diritto ogni condotta intesa al suo esercizio debba ritenersi legittima (*qui iure suo utitur neminem laedit*) e quella alternativa che si focalizza intorno al brocardo: *summum ius summa iniuria*.

All'interprete si pone il compito di elaborare il contenuto del potere di sindacato da parte del giudice sul modo di utilizzo di un diritto una volta riconosciuto. La soluzione è dipesa ed è variata in relazione all'evoluzione sociale e politica e ha risentito della visione del mondo seguita. Si è avuta un'alternanza tra una concezione meramente borghese di stampo capitalistica, ma liberale, e una in cui prevale l'aspetto sociale e solidaristico che deve legare i consociati che appartengono a un determinato ordinamento giuridico, in un particolare momento storico.

L'attuale dibattito è caratterizzato dalla prevalenza dell'opinione che vede l'abuso di diritto come uno

strumento centrale per la soluzione di antiche problematiche giuridiche, tra cui l'enorme mole di contenzioso arretrato. E, una volta riconosciuto il potere del giudice di giudicare l'esercizio del diritto soggettivo in capo ad un soggetto, sorge il problema di stabilire un limite a tale potere. Si discute, quindi, soprattutto nell'ambito del diritto processuale, se sia ipotizzabile un relativo abuso da parte del giudicante, inteso come una "strumentalizzazione" dei poteri, e quali rimedi siano esperibili.

Da ultimo si mostra insofferenza, ad esempio, verso l'uso smodato e formalistico della Cassazione di dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi per violazione del principio di autosufficienza e tipicità, con frequenti condanne per responsabilità aggravata nelle ipotesi di prospettazione di orientamenti contrastanti con l'interpretazione nomofilattica vigente, per scongiurare un "abuso del processo".

Più in generale la critica che viene rivolta alla Suprema Corte è quella emettere in maniera preponderante (oltre il 50% delle decisioni) pronunciamenti in rito, per vizi attinenti al mancato rispetto di un rigido formalismo. Questo delicato aspetto della questione sarà ampiamente trattato nella terza parte di questo lavoro.

Come si vede l'abuso del diritto è un argomento che racchiude in sé tutto il dibattito sul senso del diritto.

2. La nozione di abuso di diritto

La natura giuridica dell'abuso del diritto è apparsa originariamente in maniera evanescente, quale principio astratto e generale, non esprime un comando o un divieto, con relativa sanzione (coattiva), bensì, come è in genere per i principi giuridici, un precetto vuoto, che è stato via via riempito di contenuti.² L'istituto va esaminato in relazione alla sua connotazione semantica. Il termine "abuso" deriva dal latino *abusus*, "abuso, spreco", participio perfetto di *abutor* (da *abuti*): "consumato, sprecato, abusato". È preceduto dal prefisso "ab" con significato di allontanamento da qualcosa, e "utor", infinito presente di "uti", "uso, impiego".

Per cui alla lettera significa "allontanamento dall'uso (funzione) comune". E, qui, dunque ritorniamo a quanto detto in premessa circa il "deviare" dallo scopo del diritto. Ogni qual volta ci si allontana dall'*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, siamo in presenza di un abuso del diritto.

A secondo del soggetto, si ha abuso di potere da parte di chi è destinato ad applicare il diritto, ovvero abuso di diritto in senso stretto da parte del titolare di una situazione giuridica tutelata (diritto soggettivo).

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è stato incentrato sulla costruzione del "divieto di abuso di diritto", come violazione dei principi soprattutto di correttezza e buona fede, oggi rafforzati dal dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e allo sforzo di delineare un contenuto normativo di quello che originariamente era solo un principio etico.

3. Dal diritto romano all'epoca moderna

La romanistica ha sempre escluso l'esistenza della categoria dell'abuso del diritto³ come concetto normativo ben definito, ma ne ha colto l'aspetto embrionale nel rispetto del divieto del "*neminem laedere*", insito nelle varie azioni a tutela dell'agire doloso (*actio ed exceptio doli*).

In verità già prima il problema di un limite all'esercizio del diritto era stato posto da Platone e Aristotele, che invocarono l'*Equitas* come criterio guida, che poi nell'esperienza del diritto romano venne individuato nel concetto di *Bona Fides*.

Il diritto romano riservò particolare attenzione al divieto di compiere atti emulativi, intesi come comportamenti che non avessero altra utilità se non quella di arrecare danno ad altri.

In epoca medievale si concentrò l'attenzione al concetto di "*uso abnorme*" del diritto, come agire formalmente lecito ma che deviava dal fine istituzionale, ravvisandolo, ad esempio, nell'uso capzioso di norme e provvedimenti finalizzati a eludere obbligazioni assunte. Nell'età moderna si delinea il concetto di abuso di diritto, quale uso strumentale dei mezzi che l'ordinamento concede al soggetto, per realizzare un risultato diverso o ulteriore, da ritenersi non meritevole di tutela.

4. La nozione normativa dell'abuso di diritto

L'epoca delle codificazioni segna la nascita dell'istituto dell'abuso del diritto, che trova una prima sistemazione normativa ben chiara, come "*clausola o principio generale*". Parallelamente al limite che veniva imposto all'esercizio del potere da parte dello Stato assolutistico, con il riconoscimento delle libertà individuali, si pose il problema di limitare il potere del cittadino nell'esercizio dei diritti riconosciuti. In ambito privatistico, dunque, doveva risolversi la questione del corretto utilizzo dei poteri che costituivano il contenuto del diritto soggettivo.

Merito particolare spetta alla giurisprudenza francese che elaborò il nucleo essenziale del moderno "*abus de Droit*", mentre l'ordinamento tedesco e svizzero elaborarono le prime norme che delineavano l'istituto come clausola generale e principio astratto.

Ma sin dall'inizio il percorso verso il riconoscimento di un principio generale regolatore del diritto soggettivo ebbe difficoltà ad affermarsi, poiché si temeva che nelle applicazioni concrete era difficile definire quando la condotta dei soggetti dovesse essere non consentita (perché deviatrice), e si temeva l'arbitrio del giudice in materia. Si preferì, rispetto alla codificazione di una norma astratta che enunciava un principio generale vuoto di difficile definizione, la previsione di condotte tipiche e specifiche, di cui se ne statuiva il divieto in quanto costituenti "*abuso del diritto*", intese come condotte non meritevoli di tutela.

5. La codificazione italiana

L'ordinamento italiano non arrivò mai a formulare una definizione di abuso di diritto, sia nel codice civile del 1865 che in quello del 1942, introducendo, invece, una serie di fattispecie singole, denotanti abuso di diritto, ma senza una precisa descrizione.

Invero, in sede di elaborazione del codice del 1942 era stata paventata la possibilità di introdurre una nozione di abuso di diritto generale ed astratta, con la seguente definizione: "*Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito*" (art. 7 progetto preliminare).

Tal formulazione poneva l'accento sull'aspetto del divieto e prospettava la compilazione di una norma generale ed astratta, seppure in una visione patrimonialista del diritto. Ma la norma non venne coniata e furono codificate una serie di fattispecie tipiche, tra cui la più importante fu il divieto di compiere atti emulativi nell'esercizio del diritto di proprietà (art. 833 c.c.) Si deve, invece, alla successiva elaborazione giurisprudenziale e dottrinale il merito di elaborazione compiuta dell'istituto.

6. L'abuso del diritto nella giurisprudenza e nella dottrina come affermazione del diritto quale "*ars boni ed equi*"

La previsione di una serie di fattispecie di "*abusi di diritto*" presenti nel codice civile del 1942 era comunque espressione di una visione meramente borghese del diritto.

L'avvenuto della Costituzione e del Diritto Comunitario hanno inciso profondamente sull'interpretazione del diritto civile, anche in relazione all'evoluzione culturale, sociale ed economica della società.

Il codice del 1942 era sorto per una società in cui era ancora predominante il ruolo della proprietà fondiaria e la famiglia patriarcale; di qui la rilevanza degli istituti civilistici della proprietà e delle successioni, mentre lo sviluppo delle moderne economie non trovava adeguata disciplina codicistica ed era assente ogni attenzione ai diritti e libertà delle persone, con privilegio assoluto dei diritti a contenuto patrimoniale.

Quel codice sorto prima della seconda guerra mondiale, dopo la conclusione del conflitto e con l'avvento della Costituzione, era già diventato vecchio e non adeguato.

Tuttavia, invece di una nuova codificazione, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrina hanno proceduto ad un'interpretazione riformatrice delle norme, di tipo evolutivo, in relazione nuovi valori emergenti. La dottrina, innanzitutto, seguita dalla giurisprudenza, hanno così elaborato una lettura del diritto civile alla "*luce della legalità costituzionale*"⁴ e, successivamente di quella comunitaria e della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), superando gli angusti limiti del diritto domestico.

Una rilevanza particolare riveste il principio solidaristico espresso dalla seconda parte dall'art. 2 della Cost., che impone l'obbligo di "*adempiimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*".

Il dovere inderogabile della solidarietà è il canone delle moderne società, e fa sì che l'individuo non sia più un'entità isolata, egoisticamente affaccendato alla tutela dei suoi diritti patrimoniali, in perenne conflitto con i suoi simili e meglio realizza il principio generale di garantire una convivenza sociale fondata sull'*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, di cui abbiamo accennato ad inizio di questo lavoro.

Ed ecco che l'abuso del diritto diventa un essenziale corollario dell'antico brocardo appena ricordato, che è l'espressione del vero senso del diritto.

L'istituto è stato elaborato come un "*limite esterno all'esercizio di un diritto*", che operando, mancando una specifica determinazione delle modalità attuative, il titolare attua condotte per realizzare scopi diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla norma.

Posta questa definizione si pone il problema di stabilire secondo quali criteri gli scopi diversi o ulteriori (costituenti appunto l'abuso) non siano meritevoli di tutela ed in base a quali principi.

La giurisprudenza e la dottrina hanno individuato delle norme e principi che costituiscono i criteri per verificare nel caso concreto il verificarsi di un abuso di diritto.

Un primo criterio orientativo viene ravvisato nel principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., che lega tutti i consociati e pone un limite a tutte quelle condotte che permettano un sacrificio o un vantaggio sproporzionati tra gli opposti interessi.

Altro criterio è quello dell'osservanza della clausola generale della buona fede e della correttezza, che costituiscono principi immanenti all'ordinamento giuridico, e sono il metro per valutare la meritevolezza della condotta tenuta.

Un ulteriore limite viene individuato nell'art. 41 Cost., che sancisce che il principio di libera iniziativa economica non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare un pregiudizio alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

In ambito comunitario va ricordato che l'art. 17 della CEDU, nonché l'art. 54 della Carta di Nizza, prevedono espressamente il divieto dell'abuso del diritto, che è principio che trova applicazione nel diritto interno in virtù del parametro di legittimità costituzionale previsto dall'art. 117, comma 1, Cost.

Più specificatamente la giurisprudenza ha avuto modo di puntualizzare che si verifica abuso di diritto *“quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti.”*⁵

In tal caso il giudice interviene, anche di ufficio, dichiarando l'inefficacia degli atti e condannando al risarcimento del danno. Si prescinde dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, e ciò non viene ritenuto sia una limitazione delle scelte economiche del soggetto agente, poiché viene sanzionata non tanto la condotta privata, ma l'abuso che si è fatto del diritto

Autorevole dottrina⁶ ha riassunto tutta l'opera di costruzione dell'istituto come intesa a definire il diritto come *“l'ars boni ed equi”*, già individuata dal giurista Celso.

7. Le principali figure di abuso di diritto presenti nel codice civile

Il diritto privato annovera diverse ipotesi codificate di abuso di diritto, sia nell'ambito dei diritti assoluti e reali, che riguardo ai diritti relativi a contenuto obbligatorio.

Nell'ambito del diritto reale rilevano innanzitutto gli artt. 832 e 833 c.c., dettati per regolamentare la proprietà, ma che si ritiene e costituiscano un limite di esercizio, che attenuano il principio di assolutezza tipico dei diritti reali.

L'art. 833 c.c., in particolare, vieta gli atti emulativi, intesi in tutte quelle condotte con le quali il proprietario pone in essere atti che abbiano l'esclusivo scopo di nuocere o recare molestia ad altri. Rientra nella casistica il noto esempio della costruzione di un muro di cinta alto oltre 3 metri per impedire al vicino di atterrare con un aereo sul confinante terreno adibito ad aeroporto privato.

L'atto emulativo, così come già elaborato dal diritto romano si caratterizza soprattutto per l'emergere il cosiddetto *“animus nocendi”*, ed è quindi fondato sull'elemento soggettivo.

Viceversa, una piena repressione dell'abuso di diritto che prescinde dalla sola volontà di nuocere è ravvisabile nella disciplina codicistica delle immissioni moleste di cui all'art. 844 c.c.

Qui il criterio di guida è quello della tollerabilità, che deve essere valutato dal giudice nel grado della *“normalità”*. Tale norma esprime compiutamente il moderno significato dell'abuso del diritto perché costituisce un limite al godimento del diritto di proprietà, il cui esercizio, costituzionalmente tutelato ex art. 42 Cost., deve essere bilanciato con il principio di solidarietà sociale.

Nell'ambito dei diritti relativi a contenuto obbligatoria vige il principio generale della buona che impone obblighi a entrambi le parti e trova il suo fondamento nell'art. 1175 c.c., che prescrive una condotta improntata alla correttezza.

Sul punto, gli artt. 2 Cost. e 1175 c.c. costituiscono un binomio che comportano un limite al diritto di ciascuna parte, derivante dai principi di buona fede e solidarietà.

Un'applicazione concreta viene ravvisata nell'ipotesi di recesso *ad nutum* da un contratto, che pur se previsto da un regolamento contrattuale, può comunque essere sindacato dalla parte che lo subisce, allorché non soddisfi un interesse meritevole di tutela, e addirittura risulti dannoso.

Altra ipotesi tipica è la disciplina della riduzione della penale da parte del giudice ex art. 1384 c.c., che si fonda sul generale principio dell'equità, limitando l'abuso del diritto quando si verifichi una esagerata sproporzione.

Importanza hanno pure le norme che impongono la buona fede nelle trattative precontrattuali e nella fase di esecuzione del contratto (artt. 1337 e segg. c.c.).

8. L'elaborazione della giurisprudenza

Interessante appare l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, con riguardo a fattispecie specifiche.

Nelle varie decisioni che si sono succedute nel tempo traspare un chiaro principio guida che è quello *“fondato sull'osservazione che l'esegesi tradizionale non appariva più adeguata alla luce di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.)”*.⁷

In tema di autonomia contrattuale, in merito all'interpretazione dell'art. 1322 c.c. che attribuisce alle parti il potere di determinare il contenuto del contratto e di creare anche nuove figure non previste dall'ordinamento, ma meritevoli di tutela, la giurisprudenza individua un limite, il cui superamento costituisce un abuso di diritto perché: *“non può riconoscersi il diritto fatto valere, se esso si fonda su un contratto il cui contenuto non sia conforme alla legge ovvero sia diretto a realizzare interessi che non appaiono meritevoli secondo l'ordinamento giuridico”*.⁸

Importante è anche la definizione data dalla giurisprudenza al concetto di buona fede delineata nel seguente modo: *“reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase... e quindi un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica... Una volta trasfigurato il principio della buona fede sul piano costituzionale diviene una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”*.⁹

In materia societaria, in generale, la giurisprudenza avverte sul dovere che i soci debbono osservare nell'esecuzione del contratto secondo buona fede e correttezza ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁰

In ambito dei rapporti bancari è stato ritenuto illegittimo il recesso della banca avvenuto in maniera imprevista ed arbitraria.¹¹

Analoghe decisioni si sono avute per il contratto di mediazione, di sale and lease back connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c. ed al contratto autonomo di garanzia.¹²

Il recente dibattito si è focalizzato sempre di più nel compito di individuare nuove figure e forme di repressione dell'abuso del diritto, in relazione all'evoluzione delle relazioni sociali ed economiche. Tra le prospettazioni più interessanti degli ultimi anni vanno segnalati gli arresti che qualificano abuso di diritto il frazionamento del credito (proposizione di più azioni esecutive per un credito avente carattere di unitarietà, con aggravamento della posizione del debitore), su cui si è sviluppato un'ampia discussione.¹³

Merita segnalazione, per ultimo, un particolare orientamento che ha configurato l'abuso di diritto nella condotta del locatore che dopo anni di inerzia nel richiedere i canoni scaduti agisca repentinamente per il recupero di tutta la morosità maturata.¹⁴

La rassegna delle varie figure di abuso di diritto sopra tratteggiata ha sicuramente carattere non esaustivo, essendo sul punto l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in continua evoluzione, per cui

si rimanda alle trattazioni più analitiche.¹⁵

9. I rimedi esperibili in presenza di un abuso di diritto

In presenza di un abuso di diritto viene riconosciuta generalmente la possibilità di esperire in giudizio la cd. *exceptio doli generalis*, che è un rimedio processuale, non codificato, finalizzato a contrastare la domanda giudiziale preordinata al conseguimento di scopi non funzionali e deleteri per il convenuto. Lo strumento si fonda sul principio di solidarietà, che conferisce legittimazione all'*exceptio doli generalis*, in mancanza di norme giuridiche e conduce al rigetto della domanda.

Altro rimedio utilizzabile è l'eccezione di inesigibilità della prestazione che risulti abusiva in quanto contraria alla buona fede *in executivis* prevista dall'art. 1375 c.c.

Inoltre, va tenuto in conto che l'esercizio abusivo del diritto può causare anche un danno patrimoniale e non patrimoniale con possibilità di esercizio della conseguente azione risarcitoria.

In particolare, nel caso di responsabilità aquiliana trova applicazione l'art. 2043 c.c., mentre nel caso di abuso del diritto nell'ambito dei rapporti obbligatori, trova applicazione la disciplina dettata dagli artt. 1218 e segg. c.c., qualificando la condotta illecita fonte di responsabilità da inadempimento.

Ancora riguardo al tema del risarcimento del danno deve segnalarsi la codifica di istituti di valenza processuale, che disciplinano il cosiddetto abuso del processo, che verrà trattato ampiamente nella terza parte del presente lavoro.

Infine, il divieto di abuso del diritto nell'ambito dei diritti reali e anche dei diritti personalità ha mostrato interesse della dottrina e della giurisprudenza in relazione alla proponibilità di forme particolari di tutela inibitoria.

10. Evoluzione in ambito tributario e processuale: rinvio

Questa prima parte ha affrontato il tema dell'abuso del diritto in una prospettiva sistematica generale, ponendo in risalto che la materia è soggetta a continua evoluzione e specializzazione. Pertanto si è ritenuto di analizzare separatamente e specificatamente le problematiche nel diritto tributario e nel diritto processuale nella seconda e terza parte.

¹ La giustizia consiste nella costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto. Le regole del diritto sono queste: vivere onestamente, non recare danno ad altri, attribuire a ciascuno il suo.

² Per un inquadramento storico dell'istituto si vedano: GROSSO Giuseppe, *Abuso del diritto (dir. Romano)*, in Enciclopedia de Diritto I, Giuffrè, Milano, 1958; GUALAZZINI Ugo, *Abuso del diritto (dir. intermedio)*, ivi, I, 1958; ROMANANO Salvatore, *Abuso del diritto (dir. att.)*, ivi, I, 1958; MESSINETTI Davide, *Abuso del Diritto (dir. att.)*, ivi, II agg., 1958.

³ Si veda la nota 2.

⁴ Va segnalata nella civilistica l'opera fondamentale di PERLINGIERI Pietro, *Il diritto civile nella legalità*

costituzionale, ESI, Napoli, 1991

[5](#) Cass., III Sez. Civ., n. 18/2009.

[6](#) SCIALOJA Vittorio - BRANCA Giuseppe - GALGANO Francesco, *Commentario al codice civile e codici collegati*, Zanichelli, Roma, 2013.

[7](#) Principi enunziati in merito alla questione del potere di riduzione della penale da parte del giudice d'ufficio: Cass. Civ. SS. UU. n. 18128/2005; Cass. Civ. n. 10511/99; Cass. Civ. n. 8188/03.

[8](#) Cass. Civ. n. 8188/03;

[9](#) Cass., III Sez. Civ., n. 20106/2009; Cass. Civ. n. 5348/2009; Cass. Civ. n. 15476/2008; Cass. Civ. n. 8481/2009; Cass. Civ. n. 6800/2009; Cass. Civ. n. 29776/2008; Cass. Civ. n. 14759/2008; Cass. Civ. n. 10838/2007.

[10](#) Cass. Civ. n. 9353/2003; Cass. Civ. n. 27387/2005.

[11](#) Cass. Civ. n. 4538/1997; Cass. Civ. n.9321/2000; Cass. Civ. n. 2642/2003.

[12](#) Cass. Civ. n. 5348/2009; Cass. Civ. n. 10805/1995; Cass. Civ. n. 8742/2001; Cass. Civ. n. 6969/2007; Cass. Civ. n. 8481/2009; Cass. Civ. n. 10864/1999; Cass. Civ. n. 14239/2004; Cass. Civ. n. 5273/2007; Cass. Civ., SS.UU., n. 1611 e n. 1907/1980.

[13](#) Cass. Civ. n. 13606/2024.

[14](#) Cass. Civ. n. 11219/2024.

[15](#) PINO Giorgio, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica (a cura di Giorgio Maniaci), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115 ss.; MARTINES Maria Paola, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova 2006; RESTIVO Carmelo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; AA.VV. (a cura di Vito Velluzzi), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012; AA.VV. (a cura di Giovanna Visintini), *L'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016.

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/6049](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:5:1-56778-6049)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Acquisto "a non domino", tra apparenza ed estendibilità analogica

di Nicola Comite ©



SOMMARIO: 1. Premessa, principi e categorie – 2. Apparenza pura (o codificata) – 3. Brevi cenni sull'estendibilità analogica.

1. Premessa, principi e categorie

L'acquisto *a non domino* designa una fattispecie complessa, connotata dall'effetto di attribuzione del diritto al terzo, nonostante il difetto di legittimazione dell'alienante, in cui l'elemento peculiare è il titolo formato dal *non dominus*.

L'espressione non designa una categoria giuridica unitaria, ma soltanto il dato comune di una pletera di fattispecie disparate, ognuna assoggettata a una propria disciplina giuridica, ma tutte accomunate dallo stesso profilo di concreta criticità: l'effettiva tutela dell'affidamento del terzo, ossia del più ampio interesse collettivo alla sicurezza nella circolazione giuridica dei beni.

L'accorpamento del diritto privato, compiuto nella codificazione del 1942, che ha abolito la netta separazione tra rapporti civili e rapporti commerciali, ha dato preponderanza all'esigenza della sicurezza dei traffici rispetto al passato, accentuando la rilevanza del *favor* dei terzi acquirenti.¹

Il quesito sistematico preliminare da porsi è dunque: in quale senso la tematica della circolazione traslativa del possesso si intreccia con il principio dell'apparenza giuridica?

È essenziale, in primo luogo, illustrare, seppur per cenni, il contenuto e la portata di tale principio.

Il principio dell'apparenza giuridica rinviene un campo di applicazione privilegiato nel possesso.

Nel nostro ordinamento si intercettano una serie di situazioni rilevanti sul punto (ossia costituenti singole fattispecie di "apparenza"), costituenti delle vere e proprie situazioni di fatto giustificate, dal punto di vista della tutela apprestata dal diritto ai terzi, in modo differente, come accade nello specifico caso della situazione possessoria.

In particolare, si tratta di situazioni fattuali che mostrano come reale e credibile una situazione giuridica (*apparentia iuris*) niente affatto reale: tali fattispecie si contraddistinguono per la carenza di un documento ovvero di un titolo formale, per cui la tutela deve necessariamente fondarsi sulla buona fede.

Invero è logico e giuridico che non si può alienare ciò che non si ha (*nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet*)², tuttavia esistono eccezioni a tale principio. In altri termini, va riconosciuto che chi trasferisce, pur non essendo proprietario, finisce per trasferire pur sempre un "diritto", atteso che solo un diritto può essere oggetto di trasferimento: ossia, chi cede mediante una situazione di apparenza, non essendone titolare, cede pur sempre il diritto di proprietà che si costituisce laddove chiaramente ricorrano i presupposti che l'ordinamento riconosce.

Ecco individuata la *ratio* della categoria degli acquisti *a non domino*, il cui "elemento comune è costituito da un atto di disposizione avente per oggetto un diritto spettante ad un soggetto diverso dall'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste".³

Posto tale principio, va precisato che esso, come ogni regola di natura generale, può imbattersi in alcune deroghe.

Senza dubbio non è applicabile, *in re ipsa*, nel caso di acquisto a titolo originario, mancando la trasmissione del diritto da un soggetto all'altro.

Inoltre, anche nelle vicende di acquisto a titolo derivativo sono possibili delle eccezioni, ove necessarie al fine di tutelare e proteggere altre esigenze, altrettanto meritevoli, conferendo preferenza ad ulteriori principi che, nel bilanciamento con quello in esame, devono essere favoriti, come avviene per il legittimo affidamento dell'acquirente in buona fede anche se il *tradens* non è l'effettivo proprietario del bene trasferito.

Già, in origine, nel diritto romano, all'acquisto *a non domino* si applicava un regime analogo all'*actio publiciana*, prevista a tutela dell'*accipiens* che aveva perso il possesso della cosa ricevuta: la formula prevedeva l'invito al giudice di fingere che il consegnatario della *res* avesse già maturato a proprio favore il termine per l'usucapione (*fictio juris*).

Nell'odierno, la locuzione acquisto a non domino indica appunto le vicende di conseguimento della proprietà da un dante causa non titolare del diritto, e nel concreto si estrinseca in molteplici modalità.

Posta la definizione generale del principio di apparenza del diritto e individuata la ratio, occorre infatti subito aggiungere che all'interno di tale ampia e generica classe di fattispecie, si tende a identificare due macro aree di apparenza giuridica, distinguendo l'apparenza cosiddetta "*pura*" o, altrimenti definita, oggettiva, dall'apparenza "*colposa*".

La prima ipotesi fenomenologica si verifica nei casi, espressamente previsti e disciplinati dalla legge, in cui la situazione apparente risulta da circostanze oggettive, univoche e in ogni caso non imputabili alla condotta di alcun soggetto.

Senza dubbio, rientrano nell'alveo di questa prima categoria di apparenza, gli istituti codificati dell'erede apparente (*rectius*, le convenzioni a titolo oneroso stipulate in buona fede, con costui, ex art. 534 c.c.) e del pagamento al creditore apparente, previsto e disciplinato all'articolo 1189 c.c.

La seconda tipologia di *apparentia iuris*, per contro, non prevista espressamente dal codice ma di elaborazione giurisprudenziale, origina da un comportamento di natura "*colposa*" di un soggetto che, mediante il proprio agire, ha determinato lo stato di apparenza, ingenerando confusione, fraintendimento ed errore nel terzo incolpevole.

Per la sussistenza di un'apparenza colposa, è dunque richiesta non solo l'oggettiva apparenza della situazione giuridica e l'errore scusabile del terzo (che abbia ragionevolmente posto affidamento nella veridicità di quanto apparso ai suoi occhi), ma anche un comportamento doloso o quantomeno colposo da parte di colui – il più delle volte, l'effettivo titolare del diritto – che abbia determinato o contribuito a determinare l'errore del terzo incolpevole.

Tutto ciò con l'effetto addizionale che chi abbia cagionato l'errore scusabile sarà tenuto, in diversa maniera, a rispondere nei confronti del terzo caduto in errore a causa dello stato di apparenza così determinato.

L'autore dell'apparenza sarà infatti responsabile per la stessa e subirà gli effetti, anche sfavorevoli, che sempre alla stessa dovessero conseguire.

Tale tipologia non codificata si verifica in una molteplicità di casi concreti, il più noto dei quali rinvia indubbiamente in tema di rappresentanza apparente. In tale caso specifico, colui che agisce e pone in essere atti come se fosse un vero rappresentante (*falsus procurator*) sarà responsabile del suo operato, atteso che gli effetti giuridici, derivanti dalla sua condotta, ricadranno ineludibilmente sul medesimo.

Si evince dall'enucleazione di tali ulteriori figure di apparenza cosiddette "*colpose*", la tendenza degli interpreti ad enfatizzare "*l'aspetto soggettivo e individualizzante*" ⁴ per quanto concerne entrambe le parti. Infatti, ciò deve valere per quanto concerne la visione del soggetto a cui svantaggio l'apparenza opera, dato che la creazione dello stato di apparenza funzionale ad ingenerare l'errore del terzo deve essere a lui imputabile, in quanto determinato dal suo comportamento, *lato sensu* inteso. Deve altresì valere in ordine al soggetto a cui beneficio l'apparenza opera, visto che a costui, al contrario del primo, non deve essere addebitabile alcuna colpa: l'errore in cui egli incorre deve essere un errore del tutto giustificabile alla luce della situazione di fatto, *breviter* un errore in cui sarebbe potuto cadere chiunque, nonostante l'uso dell'ordinanza diligenza e, come tale, scusabile.

2. Apparenza pura (o codificata)

La prima ipotesi della classe dell'apparenza "*pura*" è suscumbibile nel principio "*possesso vale titolo*" di cui all'art. 1153 c.c.: il soggetto a cui sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne

acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà.⁵

Si tratta della *bona fides* soggettiva che si traduce nell'ignoranza dell'altruità del bene al momento della consegna, salvo che detta ignoranza non sia caratterizzata da colpa grave.

L'ulteriore elemento perfezionativo della fattispecie è la consegna effettiva del bene con titolo valido e idoneo al trasferimento del bene medesimo, anche se astrattamente.

Tale disposizione, prevede al secondo comma, l'ulteriore regola secondo cui "*la proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente*". Tale effetto liberatorio rende ancora più pregnante il principio del "*possesso vale titolo*", offrendo un elevato grado di protezione all'*accipiens* in buona fede che riceva la *res a non domino*.

Può altresì accadere, nell'ambito della variegata casistica delle concrete vicende di cessione di beni, il caso di "*più alienazioni*" della stessa *res* da parte del legittimo proprietario.

A tal proposito, l'art. 1155 c.c. fissa la regola volta a preferire il soggetto che ha acquistato per primo il possesso in buona fede, anche se il titolo è posteriore: la buona fede vale a dirimere il conflitto che possa insorgere tra i vari aventi causa e legittima una funzione pubblicitaria del possesso.

Tale fattispecie potrebbe sembrare apparentemente analoga a quella degli artt. 1265 e 2644 c.c., ma attinente al settore mobiliare.

Difatti si potrebbe essere indotti a ritenere che la norma di cui all'art. 1155 c.c., analogamente a quanto sancito nell'art. 2644 c.c. in materia immobiliare (o all'art. 1265 c.c. in materia di cessione del credito), sancisca un titolo di preferenza tra due acquirenti *a domino*.

Al contrario, invece, merita un cenno di condivisione la tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria⁶, secondo cui la disposizione contenuta nell'art. 1155 c.c. solo apparentemente è parallela a quella degli artt. 1265 e 2644 c.c. In realtà, essa non è altro che un'applicazione del principio "*possesso vale titolo*" di cui all'art. 1153 c.c. e configura, pertanto, a favore del secondo (o successivo) acquirente, che consegue per primo il possesso in buona fede del bene, un'ipotesi di acquisto *a non domino*.

Vi sono peraltro alcune fondamentali differenze tra gli acquisti *a non domino* fondati sul possesso e quelli che dal possesso prescindono, come quelle inerenti alla modalità di tutela, che può essere assoluta o relativa spettante all'acquirente, al tipo di diritti trasmissibili, alla struttura e all'oggetto della buona fede.

La prima differenza riguarda il caso di acquisto fondato sul possesso e la tutela del terzo avente causa, non essendo in alcun modo condizionata da un precedente rapporto del dante causa con il titolare del diritto; in questo caso la tutela è assoluta e incondizionata.

La tutela opera, cioè, verso qualunque soggetto, diverso dall'alienante, che provi di essere il precedente proprietario e l'acquisto del terzo è determinato esclusivamente dalla sua buona fede possessoria, nella misura del titolo fornito dal *non dominus*.

Nei casi di acquisto *a non domino* non fondati sul possesso in buona fede, invece, l'acquirente non è tutelato nei confronti di qualsiasi soggetto estraneo al rapporto di alienazione che risulti essere il vero titolare del diritto.

In tal caso, muta il regime della tutela che non è più di tipo assoluto ma relativo: è predisposta una protezione relativamente a un determinato soggetto (diverso dall'alienante) e quindi qualificata

(misurata) da un precedente rapporto invalido o inefficace dell'alienante con un soggetto, a priori individuato, nella fattispecie normativa, come portatore dell'interesse in conflitto con quello del terzo acquirente, oppure da un rapporto apparente di successione mortis causa che contrappone il *non dominus* come titolare apparente all'erede, o legatario, vero (art. 534 c.c.).⁷

La seconda differenza concerne la tipologia di diritti suscettibili di essere acquistati *a non domino*. I casi di acquisto fondato sul possesso considerano soltanto i titoli traslativi della proprietà o costitutivi di diritti reali limitati sulle cose.

Diversa è anche la nozione di buona fede, come innanzi già precisato, che viene in considerazione nelle due ipotesi.

La buona fede possessoria rilevante nelle fattispecie incardinate sul possesso deve sussistere al momento della consegna e si identifica, secondo la definizione dell'art. 1147, comma 1, c.c., nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto che, in questo caso, consiste nell'ignoranza di acquistare *a non domino*, cioè da un soggetto non titolare e non legittimato a disporre del diritto.

La buona fede possessoria inoltre si presume (art. 1147, comma 3, c.c.) ed è preclusa dalla colpa grave (art. 1147, comma 2, c.c.).

Nelle fattispecie che prescindono dal possesso, per altro verso, la buona fede, *in primis*, deve sussistere al momento del titolo, non essendo la consegna elemento necessario della fattispecie, ed ha un oggetto diverso rispetto alla buona fede possessoria, perché in linea di principio non è esclusa dalla conoscenza che l'alienante non sia il vero titolare del diritto o non sia legittimato a disporre.

Un breve accenno, infine, merita il paradigmatico caso dell'acquisto *a non domino* dei beni immobili di cui all'art. 1159 c.c., il quale stabilisce come colui che, in buona fede, acquisti un immobile da chi non ne sia proprietario, in forza di un titolo idoneo (astrattamente e cioè il cui unico neo consiste nel fatto che chi trasferisce il bene non ne è proprietario ma che, per il resto, non sia affetto da altro vizio) a trasferire la proprietà e debitamente trascritto, ne compirà l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data di trascrizione.

In questo caso l'acquisto non avviene in via automatica (diversamente da quanto previsto dall'art. 1153 c.c. o dall'ipotesi prevista dal successivo art. 1155 c.c., e relative ai beni mobili), limitandosi la legge solo a contrarre il tempo necessario ai fini dell'usucapione del bene stesso: non più vent'anni bensì dieci, in presenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma.

Requisiti oggettivi sono il titolo astrattamente idoneo e la sua trascrizione, mentre il requisito soggettivo è la buona fede ex art. 1147 c.c.

In questo caso la trascrizione non assolve ad un ruolo meramente dichiarativo, e dunque non svolge la funzione, che solitamente le è propria, di opponibilità ai terzi, bensì costitutivo dell'acquisto: essa è elemento imprescindibile ai fini del perfezionamento della fattispecie acquisitiva, posto che il *dies a quo* ai fini del calcolo del tempo per l'usucapione decorre proprio dalla data di trascrizione del titolo.

3. Cenni sull'estendibilità analogica

Considerate le varie fattispecie legislative (codificate) come espressione del principio di apparenza, ineludibilmente si prelude alla questione, di non pacifica soluzione, della loro tipicità e tassatività o, viceversa, dello loro estendibilità in via analogica, su cui tanto l'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale ha soffermato la propria attenzione.

Ci si chiede, nello specifico, se, ad esempio, il citato effetto liberatorio di cui all'art. 1153 comma 2 c.c.

sia applicabili al caso dell'usucapione abbreviata dei beni immobili acquisiti *a non domino*.

L'analisi critica afferisce alla configurabilità o meno della cosiddetta *usucapio libertatis*, ovvero se l'effetto estintivo dei diritti gravanti su un bene immobile, quale diretta conseguenza derivante dal possesso continuato dello stesso da parte di un determinato soggetto che ne acquisterà appunto *a non domino* la proprietà, amesso con riferimento ai beni mobili, sia estendibile anche ai beni immobili, atteso il silenzio normativo in tal senso.

In breve, la questione pratica è se, oltre all'acquisto della proprietà dal *tradens* non proprietario, si perfezioni anche l'estinzione dei diritti altrui sulla *res* (sempre che l'*accipiens* non ne abbia conoscenza e che tali diritti non siano menzionati nel titolo astrattamente idoneo al trasferimento): in effetti, se tale effetto liberatorio (*usucapio libertatis*) sia generato dall'usucapione abbreviata.

Taluni autori⁸ e la giurisprudenza più risalente⁹ hanno affermato che la mancata previsione legislativa, unitamente all'interpretazione dell'art. 1153 c.c., farebbero ritenere che il legislatore avesse inteso escludere tale effetto per l'istituto dell'usucapione di beni immobili.

Pertanto l'estinzione dei diritti minori sarebbe potuta verificarsi esclusivamente in virtù della disciplina inerente alla prescrizione dei diritti reali per non uso, considerando, ai fini dell'operatività della prescrizione, anche la norma di cui all'art. 1166, comma 2, c.c.

Per converso, altra interpretazione dottrinale, ha sostenuto di poter applicare in via analogica la norma in questione, anche al caso contemplato dall'art. 1159 c.c., per i beni immobili, sussistendo analoghe esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi e di certezza nella circolazione dei beni.

Vi sono autori¹⁰ che sostengono infatti come l'effetto estintivo del diritto usucapito si propaghi anche a tutti i diritti comunque collegati al diritto del precedente titolare: l'usucapione, in altri termini, avrebbe, quale effetto collegato e conseguente, l'acquisto del bene come libero da qualsivoglia peso, anche utilizzando in via analogica il disposto dell'art. 1153 c.c.

Probabilmente un approccio di tipo sistematico alla questione, potrebbe consentire di far luce sulla soluzione da adottare.

Quali sono gli interessi in gioco e, nel bilanciamento tra gli stessi, quali di questi l'ordinamento mira tutelare in via prevalente?

Da un lato vi è l'interesse del vero titolare del diritto sul bene a non subire un atto di disposizione di un soggetto non legittimato; dall'altro vi sono le ragioni, altrettanto valide in via astratta, di un terzo che, in perfetta buona fede, ritiene di acquistare (e di fatto acquista) il diritto dal legittimo dante causa, ignorando che sia, in realtà, un acquisto *a non domino*.

La finalità di sistema risiede evidentemente nella tutela della circolazione giuridica dei beni. In tale logica, probabilmente, l'apertura all'applicazione analogica potrebbe mostrarsi naturalmente conseguenziale.

Sul punto, tuttavia, la Corte di Cassazione, in periodi più recenti, ha negato l'applicabilità dell'istituto in esame per il caso in parola, confermandone tuttavia gli effetti sulla base della retroattività dell'acquisto per usucapione, decorrente fin dall'inizio del possesso.

La soluzione pratica è la seguente: la retroattività, avendo efficacia reale, è in grado di eliminare in radice il problema della compatibilità o meno del diritto usucapito con i diritti reali minori vantati dai terzi: *"L'usucapione compiutosi all'esito di possesso ventennale da parte di un soggetto privo di titolo trascritto estingue le ipoteche iscritte o rinnovate a nome del precedente proprietario, quantunque non ancora"*

perente, tale effetto estintivo riconducendosi non già ad una presunta usucapio libertatis bensì all'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa".¹¹

Tale lettura si appalesa ad oggi francamente prevalente.

[1](#) MENGONI Luigi, *Gli acquisiti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1994.

[2](#) Tale principio è stato ereditato dal diritto romano: la sua paternità è infatti da ricondurre ad Ulpiano, il quale lo enuncia in un brano del suo commentario all'editto, riportato dai compilatori giustinianeî nel cinquantesimo ed ultimo libro del Digesto, che raccoglie i frammenti afferenti alle *regulae iuris* (D. 50.17.54: *Ulp. 46 ad edictum*). In base a tale *regula*, vigente anche negli ordinamenti moderni, in caso di acquisto della proprietà o di altro diritto soggettivo a titolo derivativo, il dante causa può trasferire al suo avente causa soltanto un diritto pari a quello di cui è attualmente titolare. Una cessione che violasse tale limite sarebbe, per converso, del tutto invalida, non potendo il *tradens* disporre di ciò che non gli spetta.

[3](#) MENGONI Luigi, *Opera citata*, p. 3.

[4](#) IMARISIO Natalia, *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2015.

[5](#) La norma di riferimento è rappresentata ovviamente dall'art. 1153 c.c. ove è disciplinata una fattispecie complessa, caratterizzata da tre dati fondamentali: la provenienza del bene trasferito dal non proprietario; un titolo in astratto capace di trasmettere la proprietà della cosa; la consegna effettiva della *res* al soggetto che, ricevendone il possesso in buona fede, ne diventa proprietario.

[6](#) MENGONI Luigi, *Opera citata*.

[7](#) In tali termini, le fondamentali considerazioni in MENGONI, *opera citata*.

[8](#) CATERINA Raffaele - SACCO Rodolfo, *Il possesso*, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè, Milano, 2014; BIGLIAZZI GERI Lina, BRECCIA Umberto, BUSNELLI Francesco Donato, NATOLI Ugo, *Diritto Civile*, UTET, Torino, 2007.

[9](#) Cass. Civ., 27 maggio 1966, n. 1379; Cass. Civ., 21 novembre 1978, n. 5413; Cass. Civ., 28 maggio 1981, n. 3505; Cass. Civ., 27 marzo 2001, n. 4412.

[10](#) DE MARTINO Francesco, *Del possesso*, in Commentario del Codice Civile (diretto da Scialoja e Branca), Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1984; MENGONI Luigi, *Opera citata*.

[11](#) Cass. Civ., 28 giugno 2000 e successive.

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Festival di Sanremo, anatomia di una controversia

di Paola Calvano ©



Just Entertainment (abbreviato JE) è una società di produzione discografica e di contenuti di intrattenimento, nata nel 2003 con sede legale a Roma e uffici a Milano e Londra.¹

Il 7 marzo 2023, ha presentato al Comune di Sanremo una manifestazione di interesse "ad acquisire la titolarità dei diritti di sfruttamento economico e commerciale del Festival di Sanremo, compreso il Red Carpet e del relativo Marchio [...] al fine di curare l'organizzazione e lo svolgimento del Festival di Sanremo, il Red Carpet e le attività di promozione e diffusione allo stesso direttamente o indirettamente connesse".²

Ciò in vista della scadenza³ - al 31 dicembre 2023 - della convenzione stipulata dal Comune di Sanremo con la RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.A. ("RAI") per l'organizzazione e la realizzazione della 72a e della 73a edizione del "Festival della Canzone Italiana" e sul presupposto che il Comune avrebbe dovuto

avviare una procedura di evidenza pubblica, cui JE era interessata a partecipare, concernente la 74a edizione del Festival (che avrebbe avuto luogo nel 2024).

La convenzione prevedeva che la RAI, sobbarcandosi integralmente le spese e le soluzioni tecniche necessarie, in piena autonomia, potesse organizzare le successive edizioni 74a e 75a del Festival di Sanremo. La presentazione anticipata di un progetto e di un programma al Comune rispondeva alla precipua esigenza di mettere, l'Ente locale, nelle condizioni di controllare l'utilizzo e lo sfruttamento del marchio del Festival di cui esso continua a essere titolare, concesso dietro pagamento di un corrispettivo, ma a differenza, del passato, senza prevedere alcuna forma di approvazione né controllo, da parte del medesimo, sulla qualità e sul livello tecnico-artistico del Festival, né sulla sua organizzazione e pubblicità.

Il Comune poneva altresì a disposizione il Teatro Ariston e altri locali pubblici, come il noto Casinò municipale e il Palafiori, occupandosi della correlata fornitura di addobbi floreali secondo quanto previsto in convenzione.

Orbene, a fronte della formale "*manifestazione di interesse*" esperita dalla JE, il Comune non rispondeva. Seguiva poi un incontro tra i rappresentanti della società e quelli del Comune, in cui questi ultimi dichiaravano che nessun affidamento era ancora intervenuto in favore della RAI con riferimento alle future edizioni del Festival.

Il 18 ottobre 2023, la società JE depositava il ricorso, dinanzi al TAR della Liguria, con cui impugnava il provvedimento, non conosciuto, in virtù del quale il Comune di Sanremo avrebbe affidato alla RAI la concessione dell'uso in esclusiva del marchio "*Festival della Canzone Italiana*"⁴ e lo svolgimento della 74a edizione del Festival, nonché di eventuali successive edizioni.

JE, oltre al provvedimento di affidamento non conosciuto, impugnava il provvedimento con cui il Comune aveva eventualmente prorogato o rinnovato la convenzione o autorizzato la stipula di una nuova e quella avente ad oggetto la 74a edizione del Festival, chiedendone l'acquisizione in via istruttoria, proprio perché non noto.

Il ricorso, articolato in cinque motivi, volti sostanzialmente a denunciare più violazioni di legge e di eccesso di potere conseguenti all'omissione di una procedura a evidenza pubblica⁵ per la concessione dell'uso in esclusiva del marchio e l'organizzazione del Festival, conteneva inoltre un'istanza cautelare volta a conseguire la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, nonché una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* per l'ipotesi in cui l'auspicato accoglimento fosse intervenuto successivamente allo svolgimento della 74a edizione del Festival.

La RAI e il Comune di Sanremo si costituivano in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso, perché a loro dire:

- la convenzione impugnata⁶, sottoscritta il 16 dicembre 2021 e gli atti ad essa relativi⁷, non riguardavano la 74a edizione del Festival⁸, ma soltanto la 72a e la 73a edizione, che avevano entrambe già avuto luogo al momento del deposito del ricorso;
- mentre gli ulteriori atti impugnati, relativi alla 74a edizione del Festival, non erano ancora stati adottati al momento del deposito del ricorso.

Il TAR adito respingeva, con ordinanza, la richiesta istruttoria formulata con il ricorso e fissava⁹ l'udienza per la trattazione della causa nel merito.

Il 20 dicembre del 2023, JE, depositando motivi aggiunti, impugnava, previa sospensiva, oltre agli atti già oggetto di impugnazione con il ricorso principale, anche:

- la delibera della Giunta comunale n. 314 del 21 novembre 2023 che aveva approvato la bozza di convenzione¹⁰ trasmessa da RAI il 7 novembre 2023;
- la suddetta convenzione stipulata con la RAI per la concessione dell'uso in esclusiva del marchio "Festival della Canzone Italiana" e per lo svolgimento della 74a e della 75a edizione del "Festival della Canzone Italiana" per gli anni 2024 e 2025;¹¹
- la determina da cui risultavano le entrate da destinare poi alle spese inerenti alla Convenzione sottoscritta con la RAI di cui al punto b);
- la nota del 23 novembre 2023 con cui il Comune di Sanremo aveva comunicato alla ricorrente che, con l'adozione della delibera n. 314 del 2023, la Manifestazione di interesse della JE era diventata improcedibile.

Il Comune di Sanremo e la RAI sollevavano l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per carenza di legittimazione attiva e di interesse ad agire, segnatamente per insussistenza dei requisiti soggettivi¹² (mancanza già fondante il suindicato provvedimento che aveva dichiarato improcedibile la Manifestazione di interesse e non oggetto di specifica impugnazione da parte di JE) e dei requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, necessarie ai fini dell'organizzazione di un evento complesso quale il Festival di Sanremo.

La RAI sosteneva di essere l'unico soggetto legittimato allo svolgimento del noto evento secondo lo schema della manifestazione¹³ (il cosiddetto *format*), di aver ideato e organizzato il Festival per decenni, sopportandone tutti i costi creativi e produttivi, di essere esclusivo titolare del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno (il *format*, appunto), ai sensi dell'art. 167 Legge n. 633/1941, che riconosce i diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno anche in capo al possessore legittimo dei diritti medesimi.

In particolare, la detta utilizzazione economica, a dire della RAI, prescinderebbe dall'utilizzo del marchio e quindi dalla sua concessione che, tutt'al più, può essere definita una componente¹⁴ dello stesso *format*, prospettando semmai una forma di comunione (sul *format* stesso) con il Comune di Sanremo, titolare unico del marchio.

Secondo tale prospettazione, il Festival, come concorso canoro risultante dalla associazione tra il marchio del Comune e il *format* ideato dalla RAI, non potrebbe essere oggetto di sfruttamento economico in difetto del consenso congiunto dei due comunisti. Per l'effetto, diverrebbe non possibile associare il marchio ad un *format* diverso da quello della RAI e dunque, sia in punto di logica che di diritto, parimenti non possibile esperire una procedura di evidenza pubblica avente finalizzata alla concessione in uso del marchio in parola.

Il Comune, dal canto suo, si dichiarava titolare non solo del marchio ma anche della stessa manifestazione, facendo leva sull'accordo col servizio televisivo pubblico finalizzato solo alla mera diffusione dell'evento.

Allegava, a conferma di quanto sopra, il fatto che, fino al 1991 a partire dal 1951, la città di Sanremo aveva organizzato il Festival da sola, mentre la RAI si era occupata esclusivamente della trasmissione, dapprima radiofonica e, dal 1955, televisiva.

La Rai stessa peraltro non aveva mantenuto l'identico *format* nel corso degli anni ma lo aveva più volte modificato¹⁵, dimostrando, per fatti concludenti, che non sussiste un legame inscindibile tra *format* e Festival.

Sotto il profilo giuridico, l'eventuale coincidenza tra l'organizzatore e l'operatore televisivo, questa non è una soluzione immodificabile ma discrezionale e generica e non vi sono ragioni per credere che risultati analoghi, se non addirittura migliori, potrebbero essere conseguiti con un'organizzazione di tipo diverso.

Secondo la tesi del Comune, JE non avrebbe potuto competere con la RAI non essendo un operatore televisivo ma solo un produttore e quindi privo di qualsiasi requisito fondamentale per organizzare l'evento.

Con sentenza n. 843/2024, il TAR stabiliva l'illegittimità dell'affidamento diretto da parte del Comune di Sanremo e quindi negava la possibilità per la RAI di utilizzare automaticamente il marchio "*Festival di Sanremo*", fatta salva l'edizione del Festival del 2025, ordinando, per le successive edizioni, lo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica.

Si badi bene, la decisione in parola non influisce sulla titolarità del *format* televisivo del Festival, rimasto in capo alla Rai.

Il TAR ha osservato che il Comune di Sanremo, titolare del marchio¹⁶, a fronte del pagamento di un corrispettivo ne concede l'utilizzazione, e chi la riceve (nel tempo è sempre stata la RAI), ha la possibilità di ricavare un profitto.

E sebbene non si applichi il Codice dei contratti pubblici, il comma 5 dell'art. 13 dello stesso, proprio in virtù della prefata opportunità di guadagno a favore di chi ottiene la concessione, prevede che l'affidamento debba avvenire nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, rispettando dunque la disciplina inerente alla contabilità generale dello Stato.

Nel tempo, tuttavia, il Comune di Sanremo non ha mai seguito tale iter, stipulando la convenzione direttamente con la Rai senza procedura di evidenza pubblica e, da ultimo, non prendendo in considerazione la manifestazione di interesse della società JE.

Il TAR ha altresì escluso l'ipotesi della comunione, come prospettata dalla RAI¹⁷, atteso che il diritto di autore non è tutelato come un diritto reale ma come un diritto della personalità e la comunione, ai sensi dell'art. 1110 c.c., prevede che i comunisti abbiano una quota ideale del bene in comunione e non una quota di proprietà esclusiva di parti ben individuate dello stesso.

La tesi della comunione peraltro non è sostenibile alla luce del fatto che la convenzione sottoscritta dal Comune con la RAI concede il diritto di utilizzazione non certo del *format*, ma del marchio di cui esso è titolare.

Del resto, JE non aveva manifestato l'interesse nei confronti del *format* televisivo della RAI ma unicamente del marchio, avendo l'intento di creare un nuovo *format*, diverso da quello RAI.

In definitiva, nel percorso logico-giuridico argomentato dal TAR, si rinviene una marcata distinzione ontologica: il *format* e il marchio sono due entità giuridiche distinte, tra l'altro nel caso di specie con due titolari diversi, e non si apprezzano motivi giuridicamente rilevanti per i quali il marchio registrato dal Comune di Sanremo non possa essere associato a un *format* diverso da quello proposto dalla RAI.

Breviter, è stata respinta la deduzione della RAI secondo cui il *format* di intrattenimento del Festival sarebbe indissolubilmente legato al marchio. Tale tesi nasceva da un apodittico postulato, tutt'altro che fondato, secondo cui il *format*, quale "*struttura creativa*" della manifestazione (*copyright*), non potesse essere disgiunto dal titolo "*Festival della Canzone Italiana*", rappresentato dal marchio registrato dal Comune di Sanremo.

La sentenza ha invece sottolineato che il Comune è il legittimo titolare del marchio, avendolo registrato nel 2000 senza opposizione, neanche da parte della RAI, e può dunque concederne legalmente l'uso ad altri soggetti interessati. Tale facoltà implica che il Comune stesso possa liberamente associarlo a *format* differenti da quello attuale, purché sia rispettata la funzione distintiva del marchio stesso.

In altre parole, il TAR ha voluto dire che il marchio rappresenta il titolo della manifestazione e non un elemento inscindibile del *format*, il quale può essere soggetto a modifiche o sostituzioni senza che ciò comprometta la legittimità dell'uso del marchio, come chiarito, in passato, dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 552 del 2015.

Marchio e diritto d'autore (*copyright*) sono due entità che spesso vengono sovrapposte o confuse tra loro.

Costituiscono istituti giuridici con regolamentazioni diverse e con differente regime degli effetti in ordine ai diritti che da essi derivano. La distinzione tra marchio e *copyright* è essenziale nel settore della proprietà intellettuale, poiché ciascuno di essi offre una protezione legale per tipologie eterogenee di creazioni dell'intelletto.

Il marchio, con la precipua funzione di distinguere i prodotti e i servizi di un'impresa da quelli di altra impresa, consente al suo titolare l'uso esclusivo dello stesso ed il conseguente diritto di impedire a terzi l'utilizzo di un segno identico o simile per prodotti e/o servizi identici o affini. Può concretamente consistere in nomi, loghi, *slogan* o altri simboli che rappresentano un *brand*.

In altre parole, il marchio è un veicolo di comunicazione che determina un nesso riconoscibile, univoco ed esclusivo, tra un bene o un servizio e l'azienda che lo produce o lo eroga. La protezione legale del marchio è valida per un periodo potenzialmente illimitato potendo, in astratto, essere rinnovato con modalità perpetua.

Diritto d'autore (*copyright*) tutela le opere dell'ingegno che siano creative e abbiano il carattere dell'originalità, come testi, composizioni musicali, opera d'arte visiva, spettacoli, produzioni cinematografiche o teatrali. Il *copyright* conferisce al creatore diritti esclusivi sulla riproduzione, distribuzione e modifica dell'opera. Tuttavia, la protezione può decadere se l'opera viene modificata in modo significativo. Quest'ultima inoltre si estingue decorsi 70 anni dalla morte dell'autore.

Occorre anche evidenziare che l'autore acquisisce il complesso dei diritti sull'opera con la semplice creazione della stessa, senza l'adempimento di alcuna formalità, quale deposito, registrazione, apposizione di rivendicazioni sui prodotti o *similia*. La questione in capo al diritto d'autore è quindi solo di natura probatoria, in quanto egli deve poter dimostrare la paternità dell'opera e il momento della sua creazione, circostanza non sempre facile da provare.

A tal fine, l'autore registra l'opera alla SIAE, depositandone una copia o una sua rappresentazione. Le modalità di deposito sono varie, a seconda della natura dell'opera che si intende proteggere. Anche il *format* televisivo, inteso quale idea centrale e struttura generale di un programma televisivo, è suscettibile di tutela autoriale e la SIAE prevede un particolare sistema di deposito, denominato "*Deposito Format*", offerto dalla sua sezione DOR (Teatro e Opere Radiotelevisive).

Alla stregua di quanto argomentato, non risulta sussistere alcun vincolo di indissolubilità nemmeno sotto il profilo della proprietà intellettuale.

Rebus sic stantibus, il Comune di Sanremo è tenuto ad adottare la procedura a evidenza pubblica per conseguire l'utilità più elevata possibile dalla concessione dell'uso del marchio, in quanto il Festival non è un bene culturale, così come non lo sono il marchio, il *format* e tutti i diritti connessi.

Il TAR ha rilevato che peraltro i benefici economici derivanti dal Festival sono concentrati prevalentemente sulla RAI, mentre le entrate per il Comune appaiono modeste rispetto all'importanza e al valore economico della manifestazione. Il che determina anche un ulteriore profilo di illegittimità per violazione dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Non si tratta cioè cose immobili o mobili, ma diritti immateriali connessi ad una gara per canzoni e del

correlato spettacolo, diritti che non costituiscono testimonianze “*aventi valore di civiltà*”, né “*espressioni di identità culturale collettiva*”, contemplate dalle Convenzioni Unesco sul patrimonio culturale immateriale, concernendo, per converso, lo svolgimento di una manifestazione limitata nel tempo e nello spazio, con cadenza annuale.

D'altronde, non si sta trattando neppure dell'espressione di una consuetudine sociale, in quanto organizzata da soggetti pubblici e privati, né di un evento rituale o festivo.

La conseguenza immediata della decisione del TAR sarebbe dovuta essere quella di annullare le Convenzioni in essere, considerando però che l'organizzazione del Festival 2025 era in stato avanzato, e un annullamento della Convenzione avrebbe portato sicuramente all'annullamento dello stesso Festival ha deciso di limitare l'effetto caducatorio alle delibere di approvazione delle Convenzioni e al provvedimento che dichiarava improcedibile la manifestazione di interesse di Je, lasciando ferma invece l'efficacia delle Convenzioni¹⁸.

Ha fatto salve dunque la 74esima e 75esima edizione del Festival, ma dal 2026, il Comune di Sanremo dovrà indire una procedura di evidenza pubblica¹⁹, ciò vuol dire che la RAI potrebbe non essere più l'organizzatrice dell'evento canoro.

E se il marchio del Festival di Sanremo se lo aggiudicasse un soggetto terzo, questi dovrebbe dar vita a un *format* del tutto nuovo e diverso rispetto a quello esistente, mentre la RAI potrebbe continuare a organizzare un evento simile al Festival, ma con una denominazione diverso.

È di questi giorni la notizia dell'appello interposto dalla RAI.

¹ “*JE | Just Entertainment è un'etichetta discografica indipendente con sede a Milano, con uffici a Roma e Londra. Il suo ampio e differenziato catalogo di successi è unito da qualità e passione. Dal 2005 è diventata una delle aziende più proattive nel panorama dell'intrattenimento musicale europeo. Le sue attività principali sono: lo scouting di nuovi artisti, la produzione di nuovi contenuti musicali, la ricerca e l'acquisizione di nuovi cataloghi musicali, nonché la gestione dei diritti derivanti dalla loro commercializzazione. Grazie alla passione e alla visione ambiziosa del suo amministratore delegato Sergio Cerruti, JE è in grado di coinvolgere ogni giorno nuovi clienti attraverso la musica e l'intrattenimento. Il team, composto da persone giovani e creative provenienti da aziende del settore della musica e dell'intrattenimento, si occupa anche di altre attività correlate: Social Media Management e Distribuzione Video. JE è in grado di attivare piani social e programmi di monetizzazione trovando soluzioni di content management e creando progetti di ogni genere*” (dalla sua pagina *Linkedin*). La proprietà è per l'88% della Music Investments Ltd e per il restante 12% di Ausonia-It S.r.l.

² Tratto dalla “*manifestazione di interesse*”.

³ La scadenza era fissata al 31 dicembre 2023.

⁴ Si rammenta che la titolarità del marchio è in capo al Comune di Sanremo che lo ha registrato nel 2000.

5 “*Evidenza pubblica*” è un'espressione che venne utilizzata la prima volta da Giannini (GIANNINI Massimo Saverio, *Diritto amministrativo*, II ed., Giuffré, Milano, 1988, II Vol., pp. 797 ss.) ad indicare le procedure di gara finalizzate alla scelta di un contraente da parte della pubblica amministrazione, nell'osservanza delle regole pubblicistiche e delle norme di azione che sovrintendono, garantiscono e regolamentano il corretto esercizio del potere pubblico. All'ombra degli elementi che compongono il fenomeno processuale - specie quello penale - (CORDERO Franco, *Procedura penale*, IX ed., Giuffré, Milano, 2012, pp. 5 ss.), anche il procedimento amministrativo è espresso dalla manifestazione del potere pubblico, dal rito, dallo spettacolo e dal giudizio. Evolvendo culturalmente allo spettacolo (del tutto assente *ab ovo* nei modelli inquisitori sia dei processi, sia dei procedimenti), si sostituisce la partecipazione, la trasparenza dell'agire del potere pubblico, trasparenza ed esercizio del potere indirizzati entrambi al cittadino.

Ovviamente, l'evidenza pubblica riguarda tutta l'attività contrattuale della pubblica amministrazione che rientra nella competenza statale in materia di tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.), così come indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2007.

6 Convenzione non prorogata e non rinnovata.

7 Anche essi sono stati oggetto di impugnazione, tra questi si ricorda la delibera della Giunta comunale n. 310 del 3 dicembre 2021, che ha approvato la bozza di convenzione relativa alla 72a e alla 73a edizione.

8 La 74° edizione del Festival di Sanremo si sarebbe svolta, come si è svolta, nel 2024.

9 Ai sensi dell'art. 55, comma 10, del codice del processo amministrativo.

10 Di cui alla seguente lettera b).

11 Nota come la cosiddetta “*Convenzione RAI*”.

12 Il requisito soggettivo è la qualifica di operatore televisivo, perché JE non risulta avere la prescritta autorizzazione per lo svolgimento dell'attività? di operatore di rete

13 Il *format de quo* è connotato dai seguenti elementi: canzoni inedite in lingua italiana; *location* definita nella città di Sanremo; cadenza annuale; struttura specifica: cinque serate consecutive nel corso di una settimana, nel periodo compreso tra fine gennaio e inizio marzo, con l'ultima serata di sabato dedicata alla decretazione del vincitore; due giurie, una popolare e una di esperti; cantanti-concorrenti divisi in due categorie (“campioni” e “nuove proposte”); un conduttore principale, coincidente con il direttore artistico, il quale è affiancato da più co-conduttori; sequenza ben definita nella presentazione dei concorrenti: nome della canzone, nome dei compositori della parte musicale, nome degli autori del testo, nome del direttore d'orchestra designato dalla casa discografica e nome dell'artista interprete; conferimento di un premio principale alla canzone più votata dalle giurie, consegnato dal conduttore e dal Sindaco nella giornata conclusiva di sabato, e di altri premi accessori (miglior testo in gara, miglior composizione musicale, miglior arrangiamento, migliore interpretazione e premio all'artista più votato durante la serata speciale); scenografia, che prevede un'iconica scala che conduce artisti, conduttori ed ospiti al palco, nei pressi del quale è collocata l'imponente orchestra, dotata di almeno cinquanta elementi e comprensiva delle seguenti sezioni: ritmica, tastiere, fiati, archi e coro.

14 Il marchio, nella tesi difensiva della RAI, si atterrebbe a parte integrante del *format*, in quanto ne rappresenta il titolo.

15 Si è verificato nell'edizione speciale del 2021, dove a causa della pandemia di COVID, non era presente il pubblico, così come nell'edizione del 2004, ove non c'era coincidenza tra il conduttore e il

direttore artistico, l'introduzione nello stesso anno del televoto del pubblico; l'interruzione nel 2006 delle cinque serate, di norma consecutive; l'alternanza di edizioni connotate dalla ripartizione dei partecipanti in categorie o sezioni ("Campioni" e "Giovani") e edizioni (ad esempio, 2004 e 2019) in cui tutti i brani in gara concorrevano tra loro, senza essere suddivisi in due distinte categorie. Ma vi sono altri esempi concreti.

[16](#) Bene pubblico immateriale.

[17](#) La tesi della RAI ipotizza la contitolarità di un diritto reale (il diritto di proprietà) avente ad oggetto due parti distinte (il marchio, quale titolo della manifestazione e componente del *format*, da un lato; la restante parte del *format*, dall'altro) di uno stesso "*bene*" (il *format*, appunto), ognuna delle quali è di proprietà esclusiva di un soggetto diverso (RAI per le tutte le parti del *format* diverse dal titolo; il Comune per il marchio, cioè per il titolo).

[18](#) "*È evidente, infatti*", scrive il Tar in una nota, "*che l'intervallo di tempo necessario per la predisposizione degli atti di gara e per lo svolgimento della stessa, in conformità a quanto stabilito con la presente sentenza, nonché per l'organizzazione del Festival e degli eventi collaterali da parte del concessionario del marchio individuato all'esito della procedura di evidenza pubblica, è del tutto incompatibile con lo svolgimento della manifestazione nel mese di febbraio 2025*".

[19](#) La procedura a evidenza pubblica risponde a esigenze di tutela della *par condicio competitorum*, di trasparenza, di non discriminazione tra gli operatori economici, in un'ottica di garanzia della concorrenza che faciliti meccanismi virtuosi all'interno del mercato.

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/6329](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-6329)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

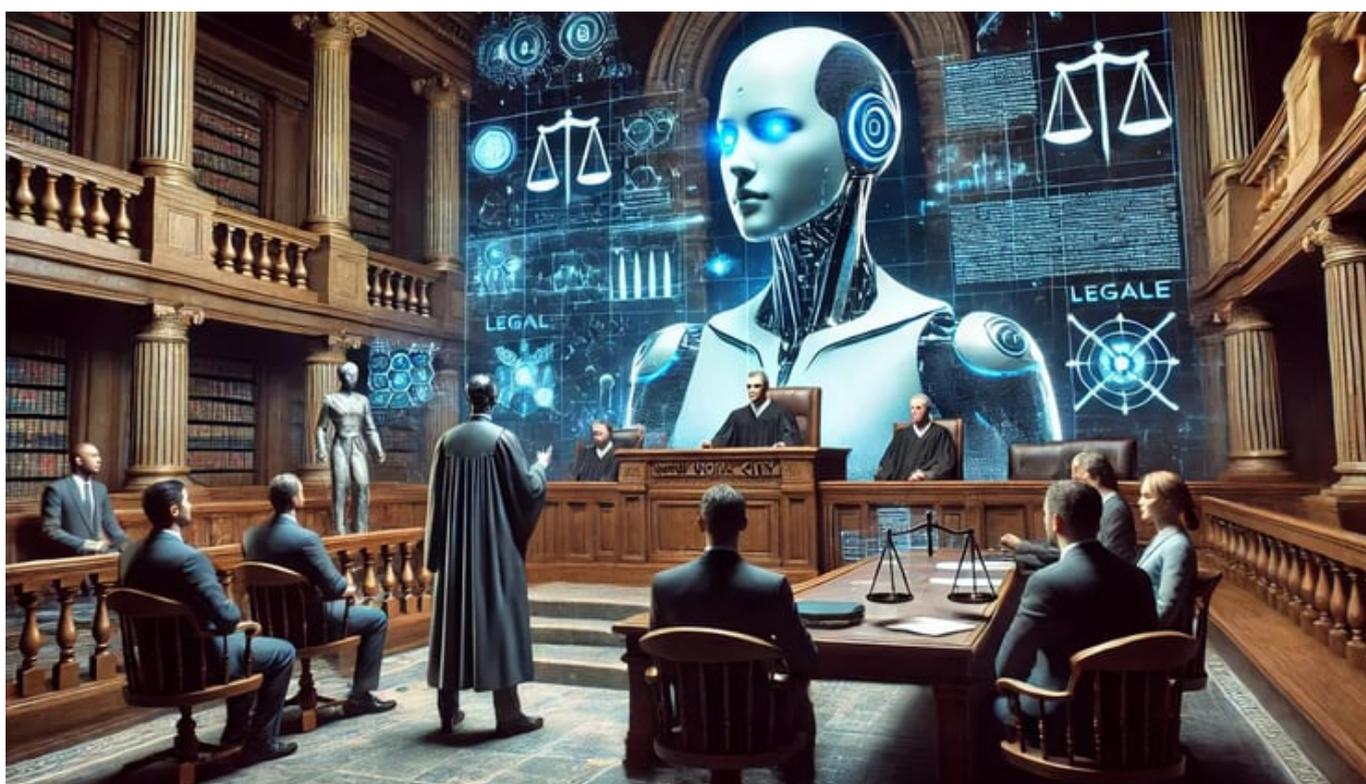
AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars *oni et aequi*"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Il caso Compas e il tema della giustizia predittiva, tra opacità e distorsioni

di Chiara Filippone ©



È circostanza ben nota che l'incalzante e inarrestabile evoluzione tecnologica abbia oramai fatto pieno ingresso anche nel mondo giuridico. Tra le molteplici novità, figlie del progresso tecnico-scientifico, utilizzate anche in ambito legale, risulta ampiamente diffuso, al giorno d'oggi, il ricorso ad algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale.

A tal proposito, a titolo esemplificativo, è possibile citare alcune delle principali *legal technologies* che sfruttano tali strutture intelligenti.

Nell'ambito della *contract automation* ritroviamo meccanismi di *due diligence* che permettono di rilevare specifiche anomalie in una mole di contratti.

Nel settore della *legal research* è fatto uso di sistemi che interrogano *database* per estrarre materiali utili e precedenti giurisprudenziali.

In questa sede, tuttavia, si intende porre l'attenzione sul tema della giustizia predittiva, vale a dire la possibilità sistematica di prevedere l'esito di un giudizio, ovvero le *chances* di vittoria o soccombenza relativamente ad una specifica questione di fatto e/o di diritto controversa, tramite il ricorso ad algoritmi matematici.

Preliminarmente, occorre comprendere quali siano le modalità di funzionamento dell'algoritmo predittivo il cui utilizzo viene in tale ambito prospettato.

Esistono, invero, diverse tipologie di intelligenza artificiale.

Alcune producono degli *output*, cioè dei risultati, elaborando le informazioni incamerate sulla base di una serie predefinita di *input* forniti alla macchina da coloro che partecipano alla catena produttiva.

Altre, invece, sono generate tramite *Machine Learning* (apprendimento automatico), vale a dire meccanismi che permettono ad un'intelligenza artificiale di modificare e migliorare le proprie capacità e prestazioni nel tempo attraverso l'esperienza. Si tratta, in questo caso, di una macchina che viene dotata di un elevatissimo grado di autonomia, tanto da permettere al dispositivo di adottare e attuare decisioni indipendentemente dal controllo umano.

Nel caso di specie, l'intelligenza artificiale di cui ci si serve sfrutta un sistema *Deep Learning*, una sottocategoria del *Machine Learning*, mediante l'applicazione del quale avremo una macchina che riesce autonomamente a classificare i dati e a strutturarli gerarchicamente, venendo simulati i processi di apprendimento del cervello biologico attraverso sistemi artificiali (cosiddette reti neurali artificiali) e migliorando le proprie prestazioni con l'apprendimento continuo.

In tal modo, saranno individuate le informazioni più rilevanti e utili alla risoluzione di uno specifico problema, alla stregua di quanto sarebbe in grado di fare la mente umana.

In realtà, la teorizzazione di un modello matematico in grado di prospettare l'esito di una questione controversa non è un qualcosa di totalmente innovativo.

Già Leibniz^[1], in una sua celebre opera del XVII secolo, avanzava la concreta possibilità di utilizzare modelli matematici ai fini della risoluzione di una disputa.

Si pensi alla sua considerazione futuristica, orientata all'idea di certezza declinata in senso perfettamente matematico: *“quando sorgeranno delle controversie, non ci sarà maggior bisogno di discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che essi prendano la penna in mano, si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente (chiamato, se loro piace, un amico): calcoliamo”*.

In Francia, nel 1709, il matematico Bernoulli sosteneva una tesi sull'uso giudiziario del calcolo delle probabilità, intitolata *“De Usus Artis Conjectandi in jure”*, in cui faceva emergere la nozione di probabilità del giudizio.

Loevinger^[2], a cui si devono le prime riflessioni già nel 1949 sul rapporto tra diritto e tecnologie informatiche, propose la creazione di una nuova scienza giuridica definita come *“l'applicazione del metodo scientifico allo studio del diritto”*, il cui scopo era il calcolo della probabilità delle decisioni giudiziarie.

Da tali trattazioni, emerge come la certezza del diritto in realtà altro non è se non la prevedibilità

dell'esito giudiziale. Pertanto sarebbe possibile affermare che la giustizia predittiva nient'altro rappresenta se non la naturale e immediata conseguenza del principio di certezza del diritto.

L'idea di un giudizio tale che, nella gestione di una controversia, la vicenda concreta sarà ricondotta entro i confini di una determinata fattispecie normativa, si concreta in calcolo di quello che Irti^[3] definisce "*il futuro giuridico*".

Sopra un diritto (certo), che può tradursi in calcolo, si possono edificare aspettative, insomma si può farne affidamento. Ciò consente all'odierno *homo oeconomicus* di agire meglio in coerenza con le proprie finalità.

A tal fine, basti evocare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, alla stregua di una "*concezione 'matematizzante' del diritto*", tanto che, oltre tale perimetro, si sconfinerebbe in un "*diritto incalcolabile*".^[4]

Il passo logico verso l'ipotesi di un algoritmo con funzione predittiva della decisione giudiziale è, in teoria, breve.

È necessario sin da subito precisare, tuttavia, che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, non hanno mai teorizzato l'ipotesi di una totale sostituzione della macchina all'uomo nella prospettiva della realizzazione di un "*giudice-robot*".

Si ritiene, difatti, che l'attività ermeneutica e, conseguentemente, quella decisoria, debbano rimanere ad appannaggio dell'uomo, in quanto soltanto l'essere umano è dotato della sensibilità ed accuratezza necessarie ad emettere il giudizio più adeguato al singolo caso.

L'impiego di tecnologie che permettano di analizzare precedenti e dati in maniera più precisa e oggettiva può essere utile nel realizzare una giustizia più certa, dunque più equa, ma è altresì vero che giungere ad un certo risultato finale semplicemente perché ciò è quanto suggerito dai sistemi matematici di calcolo su cui si basa l'algoritmo adoperato potrebbe determinare profonde ingiustizie, allontanandosi dalla prospettiva di una giustizia effettiva.

Il caso emblematico che ha portato alla luce il tema della giustizia predittiva è quello relativo all'applicazione della tecnologia del *software Compas (Correctional offender management profiling for alternative sanctions)*, a seguito della sentenza emessa dalla Corte Suprema dello Stato del Wisconsin nel 2016^[5], con la quale la Corte si è pronunciata in merito all'appello di Eric L. Loomis, la cui pena a sei anni di reclusione era stata comminata dal tribunale circondariale di La Crosse.

Fermato dalla polizia nel 2013 alla guida di un'automobile precedentemente utilizzata nel corso di una sparatoria, a Loomis venivano imputati diversi capi d'accusa.^[6]

La Corte, prima di pronunciarsi con sentenza in merito alla determinazione della pena, ordinava l'elaborazione di una relazione circa i risultati delle investigazioni condotte sulla storia personale dell'imputato, al fine di verificare la presenza di circostanze utili a modulare la severità della pena.

Tale relazione avrebbe dovuto includere anche i risultati elaborati dal programma *Compas*, consistente in uno strumento di valutazione funzionante mediante algoritmo, concepito per prevedere il rischio di recidiva di ciascun imputato.

Dunque, l'algoritmo in parola è stato utilizzato in sede di commisurazione della pena da comminare all'imputato, una volta che è stato riconosciuto colpevole e, per l'effetto,

il medesimo ha subito un aumento di pena correlato al rischio di recidiva, così come calcolato dall'algoritmo stesso.

L'algoritmo suindicato elabora dunque i dati ottenuti dal fascicolo dell'imputato, tra i quali figurano anche il trascorso criminale e le condizioni socioeconomiche e personali della persona, e dalle risposte fornite nel colloquio con lo stesso. Così facendo, esso è in grado di tracciare un grafico dal quale sarà possibile evincere la valutazione del rischio di recidiva prospettata dal sistema, che potrà essere classificata come *low*, *medium* o *high*.

Nel caso di Loomis, i calcoli dell'algoritmo attestavano un alto livello di rischio di recida. Pertanto il tribunale circondariale, tenendo in considerazione anche i risultati del *Compas* ai fini della determinazione della pena, optava per la comminazione di sei anni di reclusione.

Il condannato presentava perciò istanza di revisione della pena, lamentando che la decisione del tribunale circondariale, nel prendere in considerazione i risultati elaborati dal *Compas*, violasse il suo diritto ad un processo equo sotto molteplici profili.

Nello specifico, Loomis sosteneva che il suo diritto ad essere condannato ad una pena individualizzata fosse stato leso poiché *Compas* elabora la propria previsione comparando le informazioni ottenute dal singolo con quelle relative ad un gruppo di individui con caratteristiche alle sue assimilabili, sicché, a ben vedere, il sistema non sarebbe in grado di prevedere specificamente il rischio di recidiva individuale dell'imputato.

Il tribunale circondariale, tuttavia, rigettava l'istanza in questione, sostenendo che la pena inflitta sarebbe stata la medesima indipendentemente dalla considerazione dei risultati forniti dal *Compas*, inducendo così i legali di Loomis ad impugnare tale decisione dinanzi alla Corte d'Appello, la quale infine rimetteva la questione alla Corte Suprema del Wisconsin.

Secondo la disquisizione della *Supreme Court*, sebbene il *software* possa essere impiegato nei giudizi di determinazione della pena, ciò deve avvenire con le dovute limitazioni e cautele. In particolare, i giudici supremi hanno stabilito che i punteggi di rischio di recidiva prodotti dall'algoritmo non possono essere utilizzati come fattori determinanti ai fini della comminazione della pena.

Con riguardo al rischio, anch'esso prospettato dai legali di Loomis, che *Compas* attribuisca importanza sproporzionata ad alcuni fattori, come ad esempio il *background* familiare oppure l'appartenenza ad un certo gruppo etnico, la Corte Suprema ha evidenziato che, per garantire l'accuratezza della valutazione, occorre che il programma sia costantemente monitorato nonché usato con accortezza e seguendo specifiche cautele.

In particolare, viene sottolineato dai giudici della Corte Suprema che i tribunali circondariali devono esercitare la propria discrezionalità nel tenere conto dei risultati prodotti dal sistema, con riguardo ad ogni specifico individuo e considerando anche tutti gli altri fattori a disposizione, realizzando un doveroso contemperamento, al fine di scongiurare il rischio di essere condannati ad una pena che, in effetti, non sarebbe individualizzata a causa del *modus operandi* dell'algoritmo utilizzato.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte Suprema dello Stato del Wisconsin concludeva affermando che, a ben vedere, l'uso del programma *Compas* per la determinazione della pena non aveva violato il diritto dell'imputato all'equo processo, in quanto era stato possibile osservare che, nel caso di specie, il punteggio di rischio prodotto dall'algoritmo era stato solo uno dei numerosi fattori considerati dal tribunale.

Difatti, sebbene si fosse fatto riferimento ai risultati del *software*, i giudici di prime cure avevano attribuito al fattore di rischio di recidiva un peso minimo; pertanto, la sentenza non sarebbe stata diversa anche in

manca dei dati forniti dal programma.

Illegittimo sarebbe stato, al contrario, basare la sentenza solo ed esclusivamente su tali risultati, utilizzandoli, quindi, come fattori determinanti della decisione, non effettuando alcun bilanciamento con altri elementi.

Breviter, è necessario accompagnare l'*output* dell'algoritmo predittivo con un foglio di avvertenze in modo che il giudice sia condotto a ricordare di maneggiare con la giusta cura la decisione algoritmica e, soprattutto, non dimentichi e abbia sempre chiaro che si tratta solo di uno degli elementi (ossia il risultato di un calcolo probabilistico su classi di persone) da considerare, in aggiunta ad altri, ai fini della decisione finale.

Dal caso emblematico appena esposto appare dunque chiaro quale debba essere la funzionalità di un algoritmo predittivo del genere: non si tratta di predire con esattezza puntuale il dispositivo di una sentenza, bensì di individuare l'orientamento del ragionamento del giudice alla luce di una serie di dati che avranno una certa rilevanza ai fini della decisione da assumere.

In considerazione di ciò, indubbiamente l'impiego di una tecnologia simile in ambito processuale risulterebbe utile sotto molteplici profili.

In relazione a quelle che sono le maggiori criticità riscontrabili nel sistema giudiziario italiano, l'utilizzo di un algoritmo predittivo servirebbe *in primis* a far sì che i tempi della giustizia si riducano, sfruttando la rapidità di analisi e risposta propria della macchina algoritmica, potendo in questo modo dare effettiva attuazione al principio di ragionevole durata del processo, corollario del più ampio principio dell'equo processo, sancito ex art. 111 della Costituzione italiana.

La prevedibilità delle decisioni risulta un grande valore anche sotto altri profili.

Ad esempio, si assisterebbe presumibilmente ad una riduzione del contenzioso, poiché le parti, potendo aver contezza sin da subito delle *chances* di vittoria o soccombenza, saranno incentivate a fare ricorso a sistemi di risoluzione delle controversie alternativi al classico processo, come la mediazione, l'arbitrato o la proposta conciliativa.

È tuttavia possibile riscontrare talune severe criticità nell'impiego di un algoritmo predittivo in ambito processuale.

Anzitutto, potrebbe verificarsi un problema di discriminazione algoritmica, vale a dire la possibilità che anche gli algoritmi possano realizzare forme di disparità di trattamento in base ai dati processati.

Ciò è stato rilevato^[7], ad esempio, in merito al già citato programma *Compas* adoperato negli Stati Uniti.

Si è riscontrato dunque come, per la popolazione afro-americana, l'algoritmo abbia previsto un tasso di rischio di recidiva pari al doppio di quello assegnato alla popolazione bianca.

In effetti, non c'è da stupirsi per un risultato del genere dal momento che l'algoritmo rielabora dati riguardanti una comunità che, più di altre, è soggetta a misure di polizia e sanzioni penali, di modo che, inevitabilmente, il *software* risulterà da ciò condizionato e il suo prodotto ne sarà diretta espressione.

Pertanto, con l'utilizzo di un sistema del genere, si tenderebbe a riprodurre, se non addirittura amplificare, discriminazioni viventi nel sistema penale, con effetti che si potrebbero qualificare deterministi, tali da inchiodare un individuo al destino di una intera comunità.

In concreto, l'algoritmo reca inevitabilmente con sé i pregiudizi di coloro che sul e con l'algoritmo

operano: progettista, costruttore, addestratore, utilizzatore.

Ulteriore causa che conduce all'iniquità e al pregiudizio algoritmico promana dalla qualità dei dati immessi nel procedimento algoritmico e dal modo in cui essi vengono inseriti nel sistema

A ciò si aggiunga che, in ogni caso, la stessa riduzione in dato della realtà comporta una riduzione appunto e dunque una selezione. Nel processo di trasformazione, dalla realtà al dato, un *quid* va perduto affinché la complessità sia comprensibile al circuito in silicio[8]. Si tratta di un elemento nient'affatto trascurabile quello che risiede nella "*riduzione di dimensionalità*".[9]

In qualche misura, la realtà e i suoi fenomeni complessi ne risultano frammentati, ridotti, semplificati, altrimenti la loro traduzione elettronica non potrebbe essere implementata nel modo di funzionamento della macchina.

Insomma, è il processo di datificazione del mondo che comporta ineludibilmente il rischio di una scarsa rappresentazione della realtà o, meglio, di una sua soggettivizzazione, se si tiene in considerazione che l'opera di riduzione delle informazioni trova comunque origine in scelte di programmazione e pertanto di un programmatore. I dati non sono dati oggettivi e reali, ma sono il risultato di un processo di sfrondamento selettivo, che per quanto possa essere automatizzato è conseguenziale a (pre)scelte che si compiono a monte.

Ai rischi di semplificazione, distorsione, e discriminazione si aggiungono poi quelli di oscurità e non controllabilità (la cosiddetta opacità algoritmica), tipici dei sistemi algoritmici, di modo che risulterebbe messo in discussione il principio del trasparente esercizio della funzione giurisdizionale. Alla luce di tali considerazioni, è possibile constatare, pertanto, come in realtà l'algoritmo potrebbe persino dare luogo a risultati che deviano totalmente dal principio di uguaglianza, del quale dovrebbe invece garantire l'osservanza, in forza della caratteristica della neutralità che, almeno in teoria, dovrebbe caratterizzarlo.

La realizzazione di una certa "*omogeneizzazione*" della giustizia risulta essere, d'altro canto, un ulteriore e importante aspetto correlato all'utilizzo di sistemi algoritmici del genere.

Il dettato di cui l'art. 47-*quater* Ord. Giud. prevede che si evitino i contrasti inconsapevoli, cercando di superare l'inevitabile difformità che esiste nelle diverse giurisprudenze attraverso il confronto e l'acquisizione del valore della prevedibilità delle decisioni. Inoltre, proprio grazie al raggiungimento di un risultato di questo tipo, si riuscirebbe probabilmente a rinsaldare il rapporto tra cittadino e amministrazione della giustizia dal momento che la società percepisce in maniera negativa e come un fallimento della giustizia la differenza decisionale che talvolta sussiste tra casi pur apparentemente simili tra loro.

Tuttavia, quello che spesso viene percepito come una debolezza del nostro sistema giudiziario, può invece rappresentare un punto di forza. Il fatto che controversie analoghe possano ricevere una risposta differente fa sì che si sviluppi un dibattito, un dialogo in forza del quale si dovrebbe generare un ragionamento in grado di far riflettere il più possibile al fine di trovare quella che potrebbe essere la soluzione migliore tra le varie prospettate o anche una soluzione innovativa.

Questo non sarebbe assolutamente possibile qualora casi analoghi venissero sempre risolti in maniera simile, che è quanto accadrebbe ogni qual volta si facesse ricorso ad un algoritmo predittivo. In questo caso il sistema non avrebbe modo di crescere, di innovarsi, e si perderebbe la ricchezza costituita dalla diversità dei vari orientamenti che possono venire a crearsi in giurisprudenza. Non ci sarebbe confronto e si perderebbe la possibilità di accorgersi della presenza di altre soluzioni, che potrebbero essere più o meno corrette di quella prospettata, ma delle quali, indubbiamente, va tenuta considerazione per far sì che il nostro sistema di diritto sia in grado di evolversi e adattarsi ai tempi che cambiano. Qualora si procedesse in un'unica direzione, senza tener conto delle possibili alternative, probabilmente ci si

accosterebbe fin troppo ad un sistema di *common law*, in quanto il precedente giurisprudenziale perderebbe il suo valore semplicemente persuasivo per acquisirne piuttosto uno vincolante, correndo altresì il rischio di avere a che fare con un diritto statico, immoto, col risultato che un programma teoricamente sviluppato al fine di garantire una giustizia migliore in realtà sarebbe causa di gravi iniquità ed errori.

La considerazione di ogni singolo caso meramente come “copia conforme” di un precedente giudiziario analogo, in virtù delle similarità che le controversie presentano, sicuramente abbrevierebbe i tempi della giustizia ma, dall'altra parte, potrebbe verosimilmente condurre a risultati scorretti, qualora non si effettuasse uno scrupoloso esame di ciascuna questione. Tale problematica che si prospetterebbe in particolar modo per ciò che concerne le controversie intrise di soggettivismo, quali, ad esempio, quelle relative all'ambito del diritto penale.

È proprio per evitare di andare incontro a problematiche simili che, ancora una volta, risulta evidente come non sia ammissibile che una macchina lavori in autonomia quale “giudice-robot” piuttosto che come semplice strumento d'ausilio per il giudice umano. Soltanto il controllo e l'intervento dell'uomo possono evitare che si giunga a risultati iniqui o comunque scorretti, adoperando il responso dell'algoritmo come una valida indicazione piuttosto che come un dogma indiscutibile e inattaccabile.

Allo stato dell'arte, è dunque utile accompagnare l'esito algoritmico con una sorta di foglio delle avvertenze con cui l'organo giudicante umano sia reso edotto dei limiti dell'elaborazione predittiva in maniera tale che possa svolgere una funzione, per quanto limitata, di controllo sul processo e non giunga a ricomoscere nell'algoritmo un'autorità che non può e non deve connotarlo.

Senza dimenticare, infine, che la vigilanza da parte del giudice sull'operato della macchina e sulle decisioni da questa prospettate, appare necessaria anche al fine di garantire il principio di indipendenza e di imparzialità del giudice, pietre angolari di una buona giustizia ineludibilmente codificate nei sistemi costituzionali.

[1] LEIBNIZ Gottfried Wilhem, *Dissertatio de Arte combinatoria*, Lipsia, 1666.

[2] LOEVINGER Lee, *Jurimetrics - The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Review*, 455, 1949.

[3] IRTI Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

[4] IRTI Natalino, *Opera citata*.

[5] Cfr. processo "*Wisconsin S.C., State v. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 13 July 2016*".

[6] Nello specifico: 1) messa in pericolo della sicurezza, 2) tentativo di fuga od elusione di un ufficiale del traffico, 3) guida di un veicolo senza consenso del proprietario, 4) possesso di arma da fuoco da parte di un pregiudicato, 5) possesso di fucile a canna corta o pistola.

[7] LARSON Jeff - ANGWIN Julia, *Technical Response to Northpointe*, in ProPublica, New York, 29 luglio 2016. In particolare, l'organizzazione non governativa ProPublica ha condotto uno studio sui punteggi di rischio assegnati a più di 7.000 persone arrestate nella contea di Broward, in Florida tra il

2013 e il 2014 con lo scopo di comprendere quanti di loro fossero stati accusati di nuovi reati nei successivi due anni. Orbene, dall'analisi dei dati è risultato che solo il 20% delle persone per cui era stato predetto avrebbero commesso nuovamente dei reati, poi li ha commessi effettivamente. Ampliando, altresì, lo studio anche a violazioni meno rilevanti della legge (quale la guida con patente scaduta), il 61% è stato tratto in arresto nei successivi due anni. Più o meno in probabilità simile al lancio di una moneta, hanno fatto notare gli autori. In definitiva, lo studio ha evidenziato come i sistemi di *risk assessments*, sempre più presenti nelle aule dei Tribunali statunitensi, tendano a perpetrare delle discriminazioni già presenti nella società statunitense. Infatti, le percentuali di rischio sono grandi il doppio per le persone di colore in confronto con quelle di pelle bianca. Ulteriore dato, non di secondo rilievo, è che l'algoritmo di Compas è stato prodotto da una società con scopo di lucro. In replica alle osservazioni di ProPublica, è stato prodotto uno studio in cui si sosteneva che lo studio della organizzazione non governativa fosse basato su statistiche e analisi di dati carenti e pertanto errasse nel dimostrare che il *software* Compas, così come gli altri strumenti di *actuarial risk assessment instruments* (ARAI), fosse fondato su pregiudizi nei confronti di determinati gruppi sociali. In sintesi, quest'ultimo studio replica affermando che "*ARAI predict outcomes more strongly and accurately than professional judgment alone*". La posta in gioco sembrerebbe, in realtà, essere più elevata, per la pretesa di conseguire risultati, nel fare giustizia, che siano attuati in modo "*scientifico*". Il tutto è sufficiente per rilevare che l'utilizzo di tali strumenti digitali si accompagni a talune criticità, come la natura privata dell'algoritmo o il rischio di riproposizione di *bias* del tutto umani nel ragionamento algoritmico.

[8] CALCATERRA Alessandra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[9] DOMINGOS Pedro, *L'algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016. Lo studioso rende l'idea della riduzione nel modo che segue: "*quando sistemate i libri sullo scaffale in modo che i titoli relativi ad argomenti simili siano vicini, state effettuando una forma di riduzione di dimensionalità dalla vastità dello spazio degli argomenti all'unica dimensione dello scaffale. Inevitabilmente, alcuni libri strettamente correlati finiranno a grande distanza uno dall'altro, ma potete sempre ordinarli in modo tale da minimizzare eventualità del genere. È ciò che fanno gli algoritmi di riduzione della dimensionalità*".

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/6520](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-63864-p0011-9)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi "

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

Le TIC ne sont pas chic: istoria di una diffamazione (per nulla) smart

di Angela Caruso ©



*"(...) Non smettere di credere che le parole
e le poesie possono cambiare il mondo (...)"*

Lo zio Walt (Whitman) aveva ragione.

ABSTRACT: Con ordinanza del 17 gennaio 2025 (depositata il 20), emessa ex art. 409, comma 4, c.p.p., il G.I.P. presso il Tribunale di Torino – non avendo accolto la richiesta di archiviazione per il reato di cui all'art. 595 c.p. – ha restituito gli atti al P.M. per nuove indagini da svolgere nel termine di sei mesi.

Il procedimento è nato a seguito di denuncia querela sporta a carico di ignoti che, sul noto *social Facebook*, avevano insultato la querelante. Tali offese, a loro volta, erano originate dalla pubblicazione

del video registrato in occasione di una festa, in cui un uomo leggeva una lettera di accusa nei confronti della donna con cui aveva avuto una relazione sentimentale. Diventato immediatamente virale, al video erano seguite reazioni sul *social* e trasmodate nei seguenti commenti: "puttana", "zoccola", "troia", "andavi presa a calci in culo schifosa", "le troie vanno punite in questo modo".

Ritenuti non scriminati dall'esercizio del diritto di critica, ma considerati "veri e propri insulti" basati sul genere, il G.I.P. ha accolto l'opposizione della parte offesa cui era stata allegata consulenza tecnica volta (positivamente) a certificare integrità e reale corrispondenza dei post incriminati, oltre a estrapolare il numero ID univoco di ciascun profilo *Facebook*.

Il termine concesso – e tutt'ora pendente – è perciò finalizzato alla identificazione degli autori del reato.

Sommario: 1. La decisione e i suoi (condivisibilissimi) perché – 2. Uno sguardo rivolto dal G.I.P. (e non solo) alla giurisprudenza interna e d'Oltralpe – 3. Uno sguardo rivolto da me alla Corte E.D.U. e a un suo elegante *arrêt*.

1. La decisione e i suoi (condivisibilissimi) perché

"Valvola che permette ad un sistema di norme di respirare in termini umani".^[1]

Sfido chiunque nel trovare una definizione più intima e carnale di ciò che – non sarà un caso – si chiama diritto; parole che, pur se coniate per qualificare in modo romanticamente giuridico (o giuridicamente romantico?) le cause di esclusione di colpevolezza, ben possono applicarsi quasi analogicamente – e certamente *in bonam* – alle scriminanti. Altrimenti dette cause di giustificazione. D'altronde e a ben pensarci, si tratta della stessa chiave di lettura: la inesigibilità.

C'è solo un piccolo dettaglio: tutto va tarato al fatto, sì da capire, all'esito di un bilanciamento empiricamente e *juridically correct*, se l'accaduto meriti davvero di perdere lo stigma della illiceità penale.

E non v'è dubbio che quanto accaduto nel caso in esame sia stato soppesato in modo ineccepibile dal G.I.P.

La stessa suddivisione in paragrafi dell'ordinanza è un primissimo indice rivelatore della sua qualità: lucida, logica, obiettiva e colorata delle giuste *nuances* giurisprudenziali (interne e d'Oltralpe).

In primissima battuta, il Giudice ha spiegato gli argomenti su cui si era basata la richiesta di archiviazione:

1. La impossibilità di identificare gli autori dei commenti postati, tenuto conto della frequenza di profili *social* falsi;

2. Il riscontro dell'esercizio del diritto di critica come scriminante, sussistendone i tre requisiti giurisprudenziali;

2.1) *Sub specie* della continenza, la causa di giustificazione va infatti ricalibrata – e, dunque, resa più elastica – in un contesto sociale evidentemente mutato anche in termini di comunicazione e linguaggio a essa funzionale: quello utilizzato sui *social network*;

2.1.1) La elasticità fa il paio con la liceità di espressioni "forti", così incluse nel *range* applicativo della esimente in oggetto.

Proposta opposizione, la parte offesa aveva rilevato che nessuna attività investigativa era stata svolta dall'Ufficio di Procura per la individuazione dei responsabili e che nessuno dei tre requisiti necessari per

la configurabilità dell'esercizio del diritto di critica fosse in realtà sussistente per le seguenti ragioni:

- La verità della notizia deve essere oggettiva, non bastando il racconto/lettera dell'ex compagno, ontologicamente soggettivi;
- Non v'è interesse pubblico, la p.o. non ricoprendo incarichi pubblici;
- Non v'è continenza, i post integrando insulti e aggressioni gratuite, sessiste e volgari.

L'opponente aveva altresì allegato alcuni articoli di giornale in cui la richiesta di archiviazione, proprio nel suo caso, era stata criticata.

Opposizione accolta cui, come anticipato, il G.I.P. ha dedicato un'ordinanza molto ben strutturata.

Reputata logicamente preliminare alla identificazione degli autori – *step* investigativo necessario ma eventuale – il Giudice ha puntualmente verificato l'*an* dei tre requisiti, riscontrandosi i quali, evidentemente, la perduranza della notizia di reato non avrebbe più ragion d'essere.

Tuttavia, ancor prima di ciò, il G.I.P. ha rivolto l'attenzione alla macroarea delle TIC: "*Tecnologie dell'informazione e della comunicazione*" e al loro (ab)uso tradotto in violenza sulle donne, comportamenti sessisti e discorsi d'odio.

Che gl'insulti abbiano attinto esclusivamente il mondo femminile – in quanto tale – emerge dalla natura delle parole: per esempio, "*puttana*" e "*zoccola*" non hanno una declinazione maschile e la stessa involuzione in commenti come "*le troie vanno punite in questo modo*" dimostra ancor più nitidamente l'odio sessista che ne è alla base.

Ad ampio spettro, appunto, perché rivolto alla totalità del genere.

Manifestandosi attraverso le TIC, veicoli dilatatori del concetto di violenza sulle donne, il Decidente ne ha subito dato un taglio (anche) europeo.

Meravigliosamente europeo.

Muovendo dalla Convenzione di Istanbul, passando per la Direttiva UE n. 2024/1385 e la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 27 marzo 2019, dopo un doveroso *pit-stop* presso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si approda in Cassazione.

La prima tra le fonti indicate definisce la violenza che colpisce le donne "*in modo sproporzionato, che provoca o possa provocare danni o sofferenza fisica sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce di compiere tali atti*".

La Direttiva UE n. 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica è nata per soddisfare una duplice esigenza: colmare la lacuna esistente sul piano normativo europeo, tenuto conto che la nota Direttiva UE n. 2012/29 mira alla protezione della vittima, non alla donna in quanto tale; ovviare alla mancata ratifica della Convenzione di Istanbul da parte di tutti gli Stati membri (processo poi sbloccato grazie alle due decisioni nn. 2023/1075 e 2023/1076 del Consiglio, che hanno dato lo *start* alla relativa entrata in vigore avvenuta il 1° ottobre 2023).

Per vero, già nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 27 marzo 2019, era stato scritto: "*Internet ha attribuito una nuova dimensione all'espressione e alla diffusione del sessismo presso il vasto pubblico, in particolare, il discorso d'odio sessista, anche se le origini del sessismo non sono da ricercare nell'ambito delle tecnologie ma nel persistere delle disparità di genere*".

Il che val quanto dire...

Bellissimo (per la purezza ed efficacia linguistica) e verissimo (per contenuti) è il passaggio: “(...) *gli stereotipi e i pregiudizi di genere intrinseci plasmano le norme, il comportamento e le aspettative degli uomini e dei ragazzi, e sono quindi all’origine di comportamenti sessisti*”.

Ma v’è anche una terza esigenza: dedicare un focus alle forme di violenza on line attraverso le TIC; violenza “virtuale” che – si legge al § 17 del Preambolo (il cui *incipit* è stato riportato nell’ordinanza) – è “*intrinsecamente connessa all’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione ('TIC') e tali tecnologie s(o)no utilizzate per amplificare in modo significativo la gravità dell’impatto dannoso del reato, modificando in tal modo le caratteristiche dello stesso*”.

Essa “*prende di mira e colpisce in particolare le donne politiche, le giornaliste e le difensore dei diritti umani*” e “*può avere l’effetto di ridurre le donne al silenzio e di ostacolarne la partecipazione alla vita sociale su un piano di parità con gli uomini. La violenza online colpisce senza comune misura le donne, ragazze e bambine anche in contesti educativi come la scuola o l’università, con conseguenze devastanti sul proseguimento degli studi e sulla salute mentale, provoca esclusione sociale, ansia e induzione all’autolesionismo e può, in casi estremi, anche portare al suicidio*”.

Colpiscono l’attenzione, poi, gli ultimi incisi del paragrafo successivo: “*al fine di stabilire soltanto norme minime per le forme più gravi di violenza online, i pertinenti reati definiti nella presente direttiva dovrebbero essere limitati a condotte che possono provocare danni gravi o un grave danno psicologico alla vittima, oppure a condotte che possono indurre la vittima a temere seriamente per la propria incolumità o per quella delle persone a suo carico. In ciascun caso, nel valutare se la condotta è suscettibile di causare un danno grave, si dovrebbe tener conto delle circostanze specifiche del caso, fatta salva l’indipendenza della magistratura. La probabilità di causare un danno grave può essere dedotta da circostanze materiali oggettive. La presente direttiva stabilisce un quadro giuridico minimo a tale riguardo e gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere norme penali più rigorose*”.

All’esito del *fest?na lente* di memoria augustea, ecco emergere il più accattivante tra i suddetti incisi: “*si dovrebbe tener conto delle circostanze specifiche del caso, fatta salva l’indipendenza della magistratura*”.

Sembra un fuor d’opera ma non lo è: l’inquadramento del fatto muove dalla obiettività della sua traduzione fenomenica ed è oggetto della lettura qualificata di chi, *magis ter* competente, indipendente “*ha da restare*”. Per definizione. Ma sottoposto al vaglio di un sempre possibile censore che solo una motivazione – manifesta ed effettiva – può accettare.

L’*ensemble* degli artt. 6 e 13 C.E.D.U. resta segugio inter(no)nazionale da rispettare.

E che il G.I.P. di Torino ha dimostrato chiaramente di fiutare: “*Alla luce dell’inquadramento normativo ora sintetizzato, i commenti in esame, proprio perché volti a stigmatizzare la parte lesa in funzione del genere, appaiono marcatamente discriminatori. Essi non sono espressione di un giudizio meramente critico, ma appaiono commenti basati su stereotipi di genere, animati in via esclusiva da finalità offensive*”.

Con atteggiamento altrettanto marcatamente equilibrato, sebbene al Decidente sia apparso “*arduo ravvisare un legittimo esercizio del diritto di critica*”, ciò “*non esime da una analisi nel dettaglio dei requisiti cui la giurisprudenza subordina il riconoscimento dell’esimente in parola*”.

Il focus giudiziale si rivela, dunque, a tutto tondo, perciò un plauso merita per il suo essere *inter se et erga alios* fecondo.

2. Uno sguardo rivolto dal G.I.P. (e non solo) alla giurisprudenza interna e d'Oltralpe

Muovendo dalla distinzione tra *statement of facts* (dichiarazioni di fatti) e *value judgements* (giudizi di valore) compiuta tanto dalla Suprema Corte quanto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo^[2], il G.I.P. ha evidenziato che pur potendo essere solo i primi oggetto di prova, anche per i secondi è necessario che vi sia un addentellato fattuale “*veritiero e rigorosamente controllabile*”.

E poiché ne risultano interamente slegati, i commenti postati su *Facebook* sono totalmente gratuiti.

Detto con maggiore impegno esplicativo, anche ipotizzando con l'Ufficio di Procura che il fatto fosse quello raccontato dall'ex convivente nella e con la lettera, difetta un nesso contenutistico potenzialmente giustificabile, rispetto ai commenti che – al fatto stesso – non contengono un cenno.

Che sia uno.

Pertanto, essendo privi di una eziologia (necessaria e necessariamente) di tal natura, i commenti si rivelano acefali e, di conseguenza, offensivi.

Più esattamente, ecco cosa ha scritto il G.I.P.: “*La critica presuppone pur sempre un ragionamento logico: ma se insulto immotivatamente, senza indicare il presupposto di fatto del mio giudizio, la frase resta diffamatoria*”.

Quanto al requisito dell'interesse pubblico, è chiaro che esso vada collegato alla notorietà della persona cui la notizia è riferita.

È su questo secondo presupposto che il richiamo giurisprudenziale risulta ampiamente calzante, la Suprema Corte nel 2019^[3] essendosi espressa in tal modo: “*In tema di diffamazione, l'esercizio del diritto di critica, reso legittimo dall'interesse pubblico della notizia e dalla funzione pubblica esercitata dal soggetto criticato, non autorizza l'offesa rivolta alla sfera privata di quest'ultimo mediante l'uso di espressioni che si risolvano nella denigrazione della persona. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato la sentenza che aveva ravvisato la scriminante del diritto di critica nella condotta dell'imputato che, nel commentare sul proprio sito web l'attività di una donna architetto in servizio presso una soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici, aveva fatto gratuito riferimento a presidi sanitari di ordinario utilizzo femminile, con un chiaro coinvolgimento della persona e della sua sfera intima). (Annulla ai soli effetti civili, Corte d'Appello, Campobasso, 02 . 11.2017)*”.

Centra perfettamente il *target* argomentativo il passaggio svolto *sub* § 3 a proposito della *ratio* sottesa all'art. 595 c.p.: “*secondo quella che viene comunemente identificata come concezione fattuale dell'onore, ciò che viene tutelato attraverso l'incriminazione in parola, è l'opinione sociale del 'valore' della persona offesa dal reato, distinguendosi la lesione della reputazione da quella dell'identità personale, che, secondo la definizione di autorevole dottrina, corrisponde al diritto dell'individuo alla rappresentazione della propria personalità agli altri senza alterazioni e travisamenti*”.

Il valore, per l'appunto: un concetto che racchiude in sé l'etica della singola persona.

E di cui la proiezione all'esterno di ciò che si è/ha dentro, della irripetibile specialità del proprio “io” – *unicum* nella totalità del suo essere – urla il bisogno dall'eco infinita:

I care.

Prisma di cristallo alla luce di un sole che inevitabilmente ne fa transitare le qualità umane cromaticamente definite. E, dall'altro e diverso da sé, percepite.

Tenore del linguaggio e contesto dialettico integrano il binomio su cui il Giudice deve basare il suo “calcolo” motivo: è una recentissima pronunzia della Suprema Corte a ribadirlo.^[4]

Mentre poco più di un anno fa, la Sezione V^[5] aveva correttamente rilevato quanto segue: *“Si è condivisibilmente chiarito, peraltro, come tale affermazione sia valida anche nell’ambito di contesti dialettici che coinvolgano rapporti lavorativi, economici o in qualsiasi modo professionali, come quello di specie, poiché è proprio in tali circostanze di fatto che si verificano le ipotesi maggiormente problematiche”*.

La Cassazione, volgendo lo sguardo verso sé stessa (n. 7995 del 9 dicembre 2020), ricorda che esse ipotesi sono *“quelle che percorrono crinali stretti, sempre in bilico tra l’esigenza di dar voce ai diritti di libertà del pensiero, anche e soprattutto quando esso sia critico, e la necessità di offrire (ancora) un margine di tutela al diritto alla reputazione, che taluno in dottrina ritiene oramai sempre più spesso marginale nelle applicazioni concrete che ne fa la giurisprudenza”*.

Si veda anche la sentenza n. 34464/2024 della Sezione VI, citata dal G.I.P. torinese e di tale tenore: *“In tema di oltraggio, ricorre l’esimente del diritto di critica politica se le espressioni profferite, pur aspre, non si risolvano in un’aggressione gratuita alla sfera morale altrui, né trasmodino in disprezzo per la persona, concretizzandosi in censure all’operato degli avversari politici, nella dialettica tra maggioranza e minoranza. (Nella specie, la Corte ha ritenuto scriminate le espressioni con le quali, rivolgendosi al Sindaco, un consigliere comunale di opposizione aveva affermato che le forze politiche di minoranza non riconoscevano ai vincitori della competizione elettorale ‘il ruolo, morale e politico per stare seduti sui banchi della maggioranza’ perché il loro successo era frutto di pratiche clientelari, di cui nemmeno la persona offesa aveva contestato i presupposti fattuali). (Rigetta, Corte Appello Firenze, 11.12.2023)”*.

Orbene, dato che i commenti non hanno riguardato la sfera pubblica del soggetto criticato, interrogarsi sulla sua notorietà è completamente inutile; non essendovi alcun interesse pubblico da tutelare – e un contraddittorio da garantire su comportamenti privati – la critica rimane semplicemente offensiva e sprovvista di alcuna portata giustificativa.

(Anche) riguardo alla continenza, le valutazioni del G.I.P. sono pregne di una indiscutibile ragionevolezza. Chirurgica, direi.

Ecce verba: “Nel caso di specie, pur concordando in linea generale sulla necessità di adeguare la valutazione del requisito di continenza al mutato contesto sociale ed al luogo ove il commento viene espresso (Facebook), le parole scelte dagli autori del post appaiono oggettivamente sopra le righe ed inutilmente umilianti. Sono veri e propri insulti. I termini scelti non sono semplicemente inurbani o forti, sono volutamente ed inequivocabilmente offensivi. Sul punto è sufficiente rinviare alla lettura dei messaggi”.

Perciò se è vero che *“nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma”*, v’è un terreno – più d’uno, in questa realtà – sulla cui superficie lo spazio non si piega in funzione del tempo.

Vi sono nuclei duri, intangibili e perenni che alla legge della moderna relatività non obbediscono, quel che mira ad aggirarli finendo per restare inghiottito nel *black hole* di irrinunciabili valori.

Compreso chi – buffo a dirsi – socializza celandosi.

Senonché, compiuta tale doverosa disamina, il G.I.P. ha spiegato la necessità di identificare gli autori, donde il termine semestrale concesso al P.M. per il compimento di ulteriori indagini; ha ricordato che l’attribuzione di un profilo *Facebook* a un determinato soggetto può avvenire anche sulla base di elementi logici, frutto della *“convergenza di plurimi e precisi dati indiziar”*.

A tale determinazione il Giudicante piemontese è pervenuto, seguendo la scia tracciata dalla decisione della Cassazione, Sezione V, n. 38755/2023.

Secondo gli Ermellini, ben si può dichiarare la responsabilità per il reato di diffamazione anche in assenza di un accertamento tecnico in ordine alla titolarità dell'indirizzo IP, *“a condizione che il profilo Facebook sia attribuibile all'imputato sulla base di elementi logici, desumibili dalla convergenza di plurimi e precisi dati indiziari quali il movente, l'argomento del forum sul quale i messaggi sono pubblicati, il rapporto tra le parti, la provenienza del post dalla bacheca virtuale dell'imputato con utilizzo del suo nickname”*.

Nel caso di specie, l'Organo giudicante ha posto l'accento sulla possibilità che il profilo sia associato a nome, cognome e a una foto – tutto verificabile compulsando le banche dati nella disponibilità delle Forze dell'Ordine – da associare poi a ulteriori informazioni presenti sullo stesso account: data di nascita, domicilio/residenza/dimora, numero di telefono.

Inoltre, pur non potendo escludere la presenza di *fake*, gli autori dei post non si inseriscono in un contesto di elevata criminalità informatica; ciò che rende altamente probabile l'utilizzo concreto del profilo reale, non già il ricorso a sofisticate tecniche di anonimizzazione.

Ove poi tale percorso deduttivo risultasse carente, ben potrebbe avviarsi tramite richieste formali a *Facebook*; infatti, grazie alla consulenza tecnica espletata dalla p.o., era già stato individuato l'ID univoco di ciascun autore dei post.

Recepito tale dato, il G.I.P. ha così concluso: ben si può *“inoltrare una richiesta volta ad ottenere i dati di registrazione (User Basic Subscriber), quali indirizzo mail, data e ora di creazione account e degli accessi più recenti, numero di cellulare eventualmente registrato. Sarà possibile inoltre richiedere l'acquisizione dei file di log relativi agli ultimi accessi dell'utente, in modo da poter risalire attraverso l'indirizzo IP ad ulteriori informazioni utili alla identificazione dell'utilizzatore degli account”*.

3. Uno sguardo rivolto da me alla Corte E.D.U. e a un suo elegante *arrêt*

L'insostenibile pesantezza della parola e/è la gravosa inutilità della umiliazione.

Volendo offrire una piattaforma musicale quasi apotropaica, i versi di Max Gazzè sarebbero i prescelti:

“Potranno mai le mie parole esserti da rosa, sposa...”

Perdonino i Lettori se alle Lettrici si dà priorità, ma è la statistica a tingersi (o a macchiarsi?) di rosa.

È questa la verità.

L'importanza di un comportamento verbale opportuno e opportunamente dosato ha un diametro applicativo sconfinato. Non è un caso che, nel 2010, il codice etico dei Giudici sia stato a tal fine modificato.

Recita l'art. 12, comma 3: *“Nella motivazione delle decisioni e nello svolgimento delle udienze, il giudice considera i fatti e gli argomenti delle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone non pertinenti all'oggetto della causa, di esprimere giudizi o considerazioni sulla capacità professionale di altri giudici e difensori e – a meno che non sia necessario ai fini della decisione – sulle persone coinvolte nel processo”*.

Vengo a conoscenza del suddetto *novum*, leggendo la decisione della C.E.D.U., Sezione Prima, *J.L. c. Italia*, 27 maggio 2021 (definitiva 27 agosto 2021), ric. n. 5671/16.

In questa vicenda nata dalla denuncia sporta da una ragazza per violenza sessuale, sei dei sette imputati furono condannati dal Tribunale di Firenze per i reati previsti e puniti dagli artt. 609-*bis*, comma 2, n. 1 e 609-*octies* c.p., e poi assolti in appello.

Quanto all'*an* del consenso prestato dalla parte offesa ai rapporti sessuali, la Corte d'Appello aveva escluso qualsiasi carenza psicologica in capo alla stessa, tale che proprio il suo consenso potesse avere realmente inficiato.

Ritenuta non credibile, la Corte aveva definito la giovane donna "*certamente fragile ma anche creativa e disinibita*", "*capace di gestire la sua (bi)sessualità e di avere occasionali incontri sessuali di cui non era del tutto convinta*".

Mi lascio fagocitare dalle pagine che seguono.

Al § 68, scopro che il parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) sulla qualità delle decisioni giudiziarie, contiene il seguente passaggio: "*38. (...) Il ragionamento (di una decisione del Tribunale) deve essere privo di qualsiasi valutazione offensiva o poco lusinghiera del contendente*".

Si ode immediata una obiezione: tale affermazione è ultronea!

Beh, forse no, giungerebbe immediata la controdeduzione.

Fanno riflettere, amaramente riflettere le osservazioni svolte dal Governo e sintetizzate dalla Corte nei §§ 106 e 109, rispettivamente: "*(...) le domande poste alla ricorrente durante l'inchiesta e al processo non (potevano) costituire un'interferenza sproporzionata o ingiustificata nella sua vita privata. Ha dichiarato che gli inquirenti avevano semplicemente risposto al desiderio della ricorrente di sporgere denuncia e avevano fatto le domande necessarie per ricostruire i fatti che lei aveva riferito (...)*".

Tutti gli elementi relativi alla vita privata della ricorrente, come le sue precedenti relazioni con L.L., la sua bisessualità e la descrizione della lingerie che indossava al momento dei fatti, erano stati citati dalla Corte d'appello al solo scopo di fornire una descrizione il più possibile esaustiva dello svolgimento della serata del 25 luglio 2008 (...)".

Senonché, osserva la Corte al § 125, "*il ricorrente non afferma che la gestione dell'inchiesta sia stata caratterizzata da carenze e ritardi evidenti o che le autorità abbiano trascurato qualche passo investigativo. Ciò che la ricorrente sostiene è che il modo in cui l'indagine e il processo sono stati condotti è stato traumatico per lei e che l'atteggiamento delle autorità nei suoi confronti ha colpito la sua integrità personale (...)*".

Al § 140 la Corte dà atto del rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e del rapporto GREVIO; ciò che è risultato è l'attuale presenza di stereotipi sul ruolo delle donne, in uno alla resistenza della società alla causa dell'uguaglianza di genere.

Sono proprio gli stereotipi che emergono dalla sentenza della Corte d'Appello toscana, il cui linguaggio e i cui argomenti trasmettono "*i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere nonostante un quadro legislativo soddisfacente*".

Linguaggio che, si veda il paragrafo successivo, ove sia "*colpevolizzante e moraleggiante (...) scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario*"; il che è esattamente quel che è accaduto nel citato caso *J.L. c. Italia*

Si legge, infatti, al § 142: "*(...) la Corte ritiene che i diritti e gli interessi del ricorrente ai sensi dell'art. 8*

non siano stati adeguatamente protetti alla luce del contenuto della sentenza della Corte d'Appello di Firenze. Ne consegue che le autorità nazionali non hanno protetto la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria durante tutto il procedimento, di cui la redazione della sentenza costituisce una parte integrante della massima importanza, soprattutto in considerazione del suo carattere pubblico".

Chapeau!

Ma la sentenza non finisce qui e le opinioni dissenzienti meritano di essere citate.

O giù di lì.

Si perché se il cielo si tinge spesso di *Viola*, le parole del Giudice Wojtyczek risuonano (anche stavolta) come stridula pianola.

Questo in sintesi, *sub* §§ 4, 5 e 7, il suo pensiero: "(...) *la Corte d'Appello ha dovuto valutare i fatti del caso nel loro specifico contesto culturale, quello della società italiana contemporanea (...).*

(...), non si spiega quali pregiudizi sul ruolo delle donne siano trasmessi dalla Corte d'Appello. Noto, inoltre, che nel caso in questione la Corte d'Appello di Firenze si è pronunciata in un collegio di tre giudici che soddisfano i criteri di equilibrio di genere (due donne, compreso il giudice relatore, e un uomo) (...).

Se il diritto penale è uno strumento essenziale per combattere la violenza, il suo ruolo nell'affrontare la disuguaglianza non dovrebbe essere sopravvalutato (...)".

Sic!

Fortuna che lo Scranno poggiato sul velluto blu e di stelline cosparso si sia espresso diversamente e (appunto) quasi all'unanimità.

Ah, l'uguaglianza!

"*I have a dream!*"

Nella danza universale il contatto sia ispirato dall'onore e dal rispetto.

Anche in lontananza.

Altresì dal Giudice che *fair* dev'esser.

Pure in lessicale sembianza.

"(...) Il potere di giudicare i propri simili non può e non deve essere vissuto come potere. Per quanto possa apparire paradossale, la scelta della professione di giudicare dovrebbe avere radice nella repugnanza a giudicare, nel precetto di non giudicare; dovrebbe cioè consistere nell'accedere al giudicare come ad una dolorosa necessità, nell'assumere il giudicare come un continuo sacrificarsi all'inquietudine, al dubbio" (Leonardo Sciascia).

La sfida romantica degli esordi è persa.

O forse no; sarà perché di *Aequitas* si annusa la fragranza.

È certo, però, che quella tesa a una definizione del caso, razionale e tecnicamente perfetta (soprattutto nella fase embrionale in cui si trova e, anzi, proprio per il peso specifico procedimentale/processuale che

ne deriva), il G.I.P. di Torino l'abbia vinta.

Di ciò sono e resto contenta, oltre che fermamente convinta.

[1] BETTIOL Giuseppe, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam Padova, 1986, p. 493, nota 401.

[2] C.E.D.U., Sezione Seconda, Mengi c. Turchia, 27 novembre 2012 (definitiva 27 febbraio 2013), ric. nn. 13471/05 e 38787/07.

[3] Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2019 (dep. 19 marzo 2019), n. 12180, rv. 276033-01.

[4] Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2024 (dep. 30 gennaio 2025), n. 3878, Massima redazionale, 2025.

[5] Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2023 (dep. 9 gennaio 2024), n. 788, Massima redazionale, 2024.

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/6324](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-6324)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto
"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271

The Role of Colonial Racism in the Genesis of the Rwandan Genocide: A Legal and Historical Analysis

di Linnet Irene Borsari ©



ABSTRACT: *This article explores the role of colonial racism in the Rwandan genocide, analyzing how European colonial powers, particularly Belgium, contributed to the ethnic divisions that led to the mass extermination of the Tutsi population in 1994. It combines historical and legal analysis, focusing on the implementation of racial categories through colonial policies such as the introduction of identity cards and the preferential treatment of the Tutsi minority. These actions institutionalized divisions between Hutu and Tutsi, fostering long-term resentment. The study draws on findings from the United Nations*

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which recognized the colonial origins of these ethnic divisions. The article argues that colonialism laid the foundation for the systematic violence that culminated in genocide, emphasizing the role of legal frameworks in addressing the historical legacy of colonialism. The conclusion calls for a deeper understanding of how colonialism contributed to the genocide and urges continued accountability for both perpetrators and the historical forces that enabled such atrocities.

SUMMARY: Introduction - 1. Understanding Racism: Origins and Applications in the Colonial Context - 2. Historical Context - 2.1 Colonial Rule and Ethnic Division - 2.2 Pre-Colonial Rwanda: Fluid Social Structures - 2.3 Colonial Reconfiguration: The Belgian Role - 2.4 Post-Independence Dynamics - 3. Legal Framework and Analysis - 4. The Role of Colonial Racism - Conclusion - References

Introduction

The Rwandan genocide of 1994 remains one of the most horrific crimes against humanity in contemporary history, where the targeted extermination of the Tutsi population highlighted the tragic effects of deep ethnic divisions. While many studies have explored the political, social, and international factors leading to the genocide, fewer have fully examined the role of colonial powers, particularly Belgium, in fostering these divisions. This article addresses this gap by analyzing the historical and legal context of the genocide, focusing on the pivotal role colonial racism played in the systematic division and dehumanization of Rwandan society.

European colonial powers, especially Belgium, reshaped Rwandan society by imposing rigid ethnic categories and reinforcing the idea of racial superiority. These practices were rooted in pseudoscientific racial theories that classified populations hierarchically, with devastating long-term consequences. Belgium's preferential treatment of the Tutsi minority, based on their perceived physical resemblance to Europeans, not only entrenched ethnic divides but also sowed the seeds of resentment among the Hutu majority. The introduction of identity cards in the 1930s marked the institutionalization of these divisions, setting the stage for the violent conflict that would unfold decades later.

Through a legal and historical analysis, this article emphasizes how colonialism laid the groundwork for the 1994 genocide. It highlights the findings of the United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), which recognized the colonial origins of the ethnic categorization that fueled the violence. The article aims to contribute to a deeper understanding of the colonial legacy, revealing the ways in which systemic racism and ethnic division were not only the product of political dynamics but also the result of deliberate colonial policies. This study provides critical insights into the historical underpinnings of the genocide, advancing the discourse on accountability for both perpetrators and the historical forces that enabled such atrocities.

1. Understanding Racism: Origins and Applications in the Colonial Context

Racism, as a social construct, emerged in Europe during the early modern period, primarily as a means of justifying colonial expansion and the exploitation of non-European peoples. The pseudoscientific theories of race that gained prominence in the 18th and 19th centuries sought to classify human populations hierarchically, attributing intellectual and moral superiority to Europeans while dehumanizing others. These ideas were rooted in Enlightenment-era beliefs that emphasized categorization and biological determinism.^[1]

In the colonial context, racism functioned as a tool of governance and control, legitimizing the

subjugation and exploitation of colonized populations. The colonial administrations systematically institutionalized racial hierarchies, using policies and practices designed to entrench divisions and maintain European dominance. Scholars such as Frantz Fanon^[2] and Edward Said^[3] have extensively analyzed how racism was deployed to sustain colonial power structures^[4]

In Rwanda, these theories were adapted and operationalized by European colonizers, specifically through policies that racialized socio-economic distinctions and imposed rigid ethnic categories. The Belgian colonial administration's introduction of identity cards and preferential treatment of the Tutsi minority exemplify the practical application of racist ideologies in the colonial project.^[5]

2. Historical Context

2.1 Colonial Rule and Ethnic Division

Rwanda, a small and densely populated nation in the Great Lakes region of Africa, was initially colonized by Germany in 1897 and later transferred to Belgian administration following Germany's defeat in World War I. Both colonial powers implemented policies

that fundamentally reshaped Rwandan society, instituting artificial and rigid ethnic divisions among the Hutu, Tutsi and Twa populations.^[6]

2.2 Pre-Colonial Rwanda: Fluid Social Structures

Prior to colonization, the terms "Hutu" and "Tutsi" referred more to socio-economic *status* than distinct ethnic groups. These classifications were fluid, allowing individuals to transition between categories through wealth acquisition, marriage or other social changes. This system, though hierarchical, lacked the rigid, racialized character imposed during colonial rule.^[7]

2.3 Colonial Reconfiguration: The Belgian Role

Belgium's colonial administration crystallized these fluid identities into immutable ethnic categories. Historical evidence, such as René Lemarchand's *Rwanda and Burundi*^[8], underscores this transformation, documenting how colonial policies redefined social dynamics into rigid ethnic distinctions. Furthermore, archival materials from Belgian administrative records reveal deliberate strategies to classify Rwandans based on pseudo-scientific racial theories, reinforcing societal divisions.^[9]

In the 1930s, Belgian authorities introduced mandatory identity cards that classified Rwandans as Hutu, Tutsi or Twa based on pseudo-scientific racial theories. The Belgians favored the Tutsi, whom they considered racially superior due to their physical resemblance to Europeans.^[10]

This preferential treatment extended to education, administrative appointments and economic opportunities, entrenching resentment among the Hutu majority.^[11]

The systemic discrimination fostered by the Belgian colonial government created a deeply polarized society. This polarization is extensively documented in academic analyses, such as René Lemarchand's *Rwanda and Burundi*^[12], which details the Belgian administration's role in institutionalizing ethnic hierarchies. Additionally, tribunal findings from the ICTR emphasize that the introduction of identity cards in the 1930s cemented these divisions, laying a foundation for long-term societal fragmentation.^[13]

2.4 Post-Independence Dynamics

Rwanda gained independence in 1962, but the colonial legacy of ethnic division persisted. The Belgian authorities, sensing a threat to their interests from the Tutsi elite's push for independence, shifted their

support to the Hutu majority in the late 1950s. This political

realignment led to the 1959 revolution, during which thousands of Tutsi were killed, and many more fled to neighboring countries. Post-independence governments, dominated by the Hutu majority, continued to exploit the colonial-imposed ethnic framework, further marginalizing the Tutsi population.^[14]

3. Legal Framework and Analysis

The 1994 genocide targeted the Tutsi population with the explicit intent to destroy the group in whole or in part, constituting a crime of genocide under the 1948 *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. The ICTR's findings highlighted the deliberate and systematic nature of the violence, emphasizing that "*the massacres [...] had a specific objective, namely; the extermination of the Tutsi who were targeted especially because of their Tutsi origin.*"^[15]

The ICTR also recognized the colonial origins of the ethnic divisions that underpinned the genocide. As the Chamber noted, the categorization of Hutu, Tutsi and Twa as distinct ethnic groups was largely a colonial construct. The Belgians' introduction of identity cards institutionalized these divisions, creating a societal framework that legitimized discrimination and, eventually, mass violence.^[16]

4. The Role of Colonial Racism

Colonial racism played a pivotal role in the Rwandan genocide by:

- **Institutionalizing Ethnic Divisions:** The imposition of fixed ethnic categories by Belgian authorities eradicated the fluidity of pre-colonial social structures, creating a rigid hierarchy that bred resentment and conflict. Academic analyses, such as Mamdani's *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*^[17], highlight how these imposed divisions laid the groundwork for systematic violence;
- **Fostering Resentment:** Preferential treatment of the Tutsi during the colonial period alienated the Hutu majority, planting the seeds of future retaliation;^[18]
- **Perpetuating Division Post-Independence:** The continuation of colonial-era identity cards and ethnic classifications by post-independence governments entrenched divisions and legitimized exclusionary policies.^[19]

The ICTR's acknowledgment of colonialism's role is significant, as it situates the genocide within a broader historical framework of systemic oppression and racial discrimination.^[20] As stated in the tribunal's judgment, "*this tragedy in Rwanda has its basis in colonialism.*"^[21]

Conclusion

The Rwandan genocide was not an isolated eruption of ethnic hatred but the culmination of decades of colonial-imposed racism and division. European colonial powers, particularly Belgium, bear significant responsibility for creating the conditions that made such atrocities possible. By institutionalizing ethnic divisions and perpetuating discriminatory practices, colonial administrations sowed the seeds of resentment and violence that ultimately led to genocide. As historical analyses highlight, such as Mamdani's *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*^[22], colonial policies systematically embedded racial hierarchies that exacerbated ethnic tensions, while legal studies, including ICTR findings^[23], underscore the direct connection between these colonial practices and the eventual atrocities.^[24]

This historical and legal analysis underscores the need for a deeper reckoning with the colonial legacy in understanding and addressing mass atrocities. As the ICTR aptly concluded, crimes against humanity

and genocide are “*particularly shocking to the human conscience*”^[25] and demand accountability not only for the perpetrators but also for the historical forces that enabled such crimes.^[26]

^[1] ARENDT Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, 1973, pp. 158-160

^[2] FANON Frantz, *Black Skin, White Masks*, Grove Press, 1952.

^[3] SAID Edward W., *Orientalism*, Pantheon Books, New York, 1978.

^[4] FANON Frantz, *Black Skin, White Masks*, Grove Press, 1952, Chapter 1.

^[5] GOULD Stephen Jay, *The Mismeasure of Man*, W. W. Norton & Company, 1981, pp. 50-57.

^[6] LEMARCHAND René, *Rwanda and Burundi*, Praeger, 1970, pp. 12-50.

^[7] MAMDANI Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2001, pp. 24-82.

^[8] LEMARCHAND René., *Rwanda and Burundi*, Praeger, 1970, pp. 12-15.

^[9] PRUNIER Gérard, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, Columbia University Press, 1995, pp. 42-65

^[10] International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, § 82.

^[11] SAID Edward W., *Orientalism*, Pantheon Books, New York, 1978, pp. 25-45.

^[12] LEMARCHAND René, *Rwanda and Burundi*, Praeger, 1970, pp. 45-50.

^[13] VANSINA Jan, *Antecedents to Modern Rwanda: The Nyiginya Kingdom*, University of Wisconsin Press, 1985, pp. 50-70.

^[14] DES FORGES Alison, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, pp. 1-50.

^[15] CHRÉTIEN Jean Pierre, *The Great Lakes of Africa: Two Thousand Years of History*, Zone Books, 2003, pp. 315-360.

^[16] International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment and Sentence, 2 September 1998, § 453-570.

^[17] MAMDANI Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2001, pp. 24-31.

^[18] United Nations, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1948, art. 2.

^[19] LEMARCHAND René, *Rwanda and Burundi*, Praeger, 1970, pp. 45-50.

^[20] MAMDANI Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2001, pp. 24-31.

^[21] International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Case No. ICTR-96-4-T, 11 February 1997, p. 5.

^[22] MAMDANI Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2001, pp. 78-82.

^[23] International Criminal Tribunal for Rwanda (ICRR), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment and Sentence, 2 September 1998, § 567.

^[24] *Ivi*, § 453.

^[25] United Nations, *Rwanda Tribunal Hands Down Life Sentence for Crimes of Genocide Committed by Former Rwandan Prime Minister*, Press Release AFR/95 L/2898, 4 September 1998.

^[26] FANON Frantz, *Black Skin, White Masks*, Grove Press, 1952, Chapter 1.

References

ARENDRT Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, 1973, pp. 158-160.

CHRÉTIEN Jean Pierre, *The Great Lakes of Africa: Two Thousand Years of History*, Zone Books, 2003, pp. 315-360

DES FORGES Alison, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, pp. 1-50.

FANON Frantz, *Black Skin, White Masks*, Grove Press, 1952, Chapter 1.

GOULD Stephen Jay, *The Mismeasure of Man*, W. W. Norton & Company, 1981, pp. 50- 57.

LEMARCHAND René, *Rwanda and Burundi*, Praeger, 1970, pp. 12-50.

MAMDANI Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, 2001, pp. 24-82.

PRUNIER Gérard, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, Columbia University Press, 1995, pp. 42-65.

SAID Edward W., *Orientalism*, Pantheon Books, New York, 1978, pp. 25-45.

VANSINA Jan, *Antecedents to Modern Rwanda: The Nyiginya Kingdom*, University of Wisconsin Press, 1985, pp. 50-70.

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Case No. ICTR-96-4-T, 11 February 1997, p. 5.

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, § 82, 453-570, 567.

United Nations, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1948, art. 2.

United Nations, *Rwanda Tribunal Hands Down Life Sentence for Crimes of Genocide Committed by Former Rwandan Prime Minister*, Press Release AFR/95 L/2898, 4 September 1998.

*** This work is peer-reviewed ***

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/6595](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-63864-p0011-9)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

ISSN 3035-0271

Rivista open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

Edita da Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Associazione culturale di Ricerca e Studi giuridici

Volume n. 2 - Febbraio 2025

in copertina Joan Miro, *Donne e uccelli nella notte*, 1944