

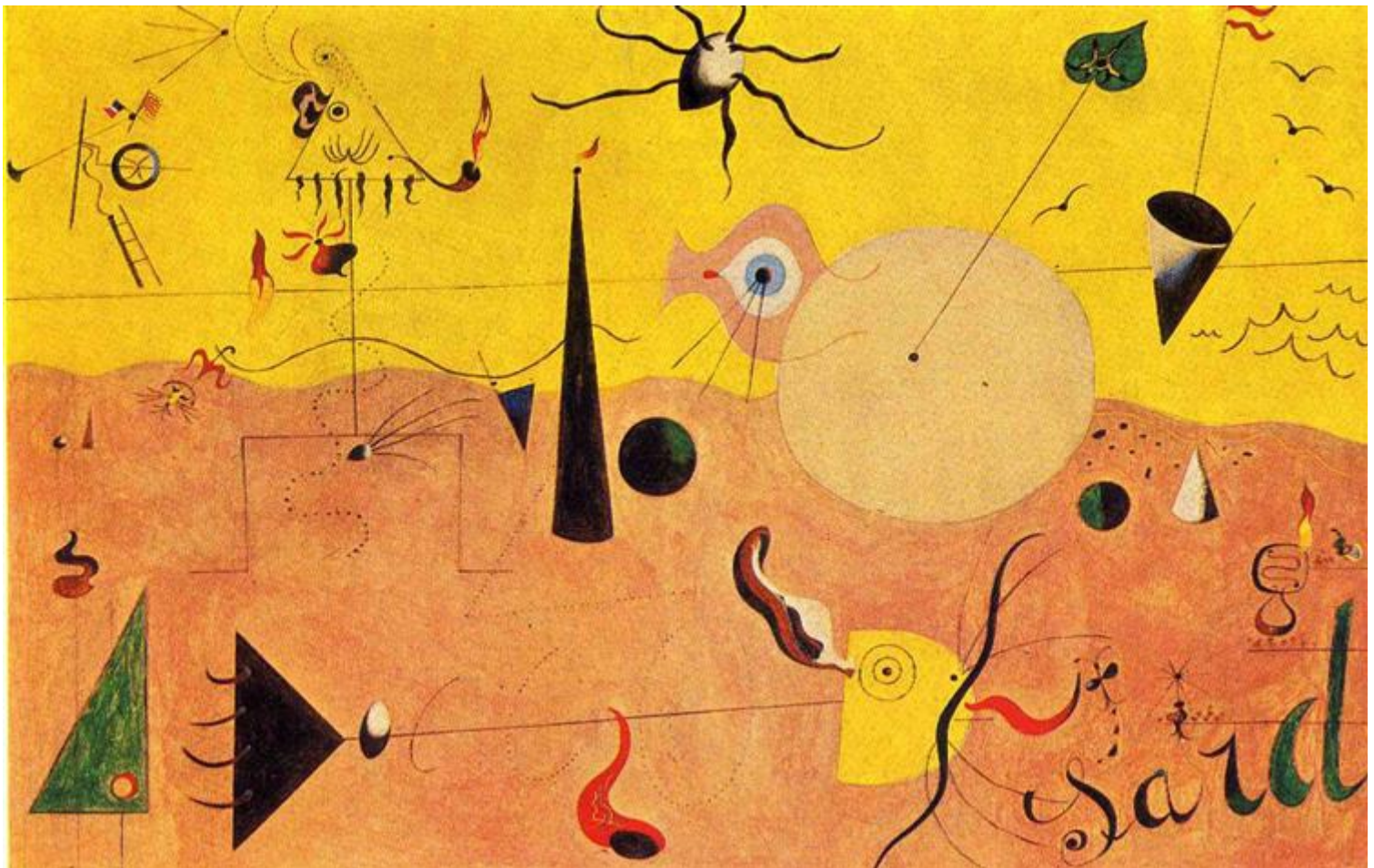
AEQUITAS MAGAZINE

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

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Volume n. 7/2025

Copyright © Author(s)



AEQUITAS MAGAZINE

INDICE

Verso una giustizia predittiva e prescrittiva già dal 2021 (Paola Calvano).....	2
A Brief Overview of the Historical Status of Women's Rights in Islam and International Law (Samin Rahnமானာ, Peyman Hakimzade Khoei, Taha Eslami, Abolfazl Jafari-Sales).....	11
Tutela delle ricette di cucina, dell'impiaattamento e del packaging (Paola Calvano).....	20
Bequest for a Foetus in Iranian Law: A Legal and Conceptual Study (Hadis Gharibi, Parvin Akbarineh).....	31
Stakeholder e mediazione ex art. 5 sexies D.Lgs. n. 28/2010 novellato di Mariacristina Tamarro).....	39

AEQUITAS MAGAZINE

Rivista di Cultura e Diritto

"Jus est ars boni et aequi"

www.aequitasmagazine.it
ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Verso una giustizia predittiva e prescrittiva già dal 2021

di Paola Calvano © 08-07-2025



Nell'accordo quadro del 30 settembre 2021, sottoscritto tra il Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.)¹ della Corte di Cassazione e la Scuola Universitaria Superiore IUSS di Pavia, il giudice di legittimità dichiara espressamente l'obiettivo che si pone con questo atto.

Nell'art. 2 rubricato *"Finalità"* l'intento comune con IUSS è di *"valorizzazione del patrimonio conoscitivo costituito dal corpus della giurisprudenza italiana ed europea, valorizzazione da realizzarsi attraverso l'uso degli strumenti di legal analytics (LA)"*, consapevole però che questo è *"un ambito tecnico nel quale confluiscono diverse discipline"*, come *data science*², intelligenza artificiale (AI), *machine learning* (ML)³, *natural language processing* (NLP) e statistica.

Dove adottare strumenti di *legal analytics* significa sostanzialmente ottenere delle soluzioni predittive attraverso l'analisi comparata di dati afferenti a casi uguali o simili già risolti, aggregati per individuare la soluzione per una nuova questione.

Così da potere individuare l'orientamento dei giudici di merito e di legittimità su specifiche norme o eccezioni, *"avvocati ed esperti legali possono identificare rapidamente tendenze, probabilità di successo legale o addirittura ottimizzare la propria strategia legale utilizzando statistiche avanzate. Ciò include lo studio dei dati giudiziari, la gestione del rischio e la giustizia predittiva"*.⁴

"Per giustizia predittiva si intende l'analisi di una grande quantità di decisioni giudiziarie mediante tecnologie di intelligenza artificiale al fine di formulare previsioni sull'esito di alcune tipologie di controversie specialistiche (per esempio, quelle relative alle indennità di licenziamento o agli assegni di mantenimento)... conseguentemente la formulazione di previsioni costituirebbe un esercizio di carattere puramente indicativo e senza alcuna pretesa prescrittiva".⁵

È uno strumento già utilizzato da tempo dagli studi legali di stampo anglosassone per le caratteristiche del diritto applicato di basarsi sul precedente, mentre gli esperti hanno sempre sottolineato la difficoltà di impiegarlo nel *civil law*.

È indubbio come il ricorso al *legal analytics* da parte degli studi legali aiuti i professionisti a costruire strategie difensive, a preparare le prove testimoniali e poi ad analizzarle e ancor prima a decidere se sia il caso o meno di intraprendere quel giudizio, considerando le possibilità statistiche di successo, spesso colmando con l'incrocio dei big data, il gap dell'esperienza e dell'intuizione - che in fondo poggia sulla prima - grazie all'algoritmo.

In ambito aziendale il sistema facilita il lavoro del settore legale per quanto concerne la gestione del rischio e la verifica che la situazione reale sia conforme alle normative vigenti, come il GDPR⁶ e rende più rapido il controllo sugli obblighi contrattuali aziendali, lasciando all'intelligenza artificiale l'analisi dei documenti, per potersi concentrare invece su quella contrattuale.

Per *Data Science*⁷ si intende invece lo studio dei dati sulla scorta di un approccio multidisciplinare che combina conoscenze matematiche, statistiche, di intelligenza artificiale e ingegneria informatica perché prende in esame grandi quantità di dati e la velocità ed efficienza dei risultati è oggi assicurata proprio dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale e del *machine learning*.

Ma mentre gli algoritmi del *software* sono utilizzati per ottenere informazioni più dettagliate, prevedere i risultati e prescrivere la serie di operazioni più adeguate con tecniche di *machine learning* come l'associazione, la classificazione e il *clustering*⁸ applicate al set di dati esaminati, i *data science* creano grafici e diagrammi per rappresentare tendenze e previsioni maniera sintetica sì da aiutare chi è interessato a comprenderli e utilizzarli per le proprie decisioni.

Le possibilità offerte dal *data science* sono di quattro tipi: un'analisi descrittiva⁹, una diagnostica¹⁰, un'altra predittiva¹¹ e infine prescrittiva.¹²

Si va verso una Intelligenza Artificiale Agentica (*Agentic AI*), ossia un'intelligenza artificiale caratterizzata dall'autonomia e dalla capacità di apprendimento continuo e quindi in grado di operare in ambienti complessi assumendo decisioni proprie, pianifica azioni e si adatta dinamicamente a situazioni mutevoli, senza un intervento diretto e costante da parte dell'uomo perché in grado di comprendere ed elaborare il linguaggio naturale.

Continuando nell'esame dell'accordo del 30 settembre 2021, all'art. 3 rubricato "*Obiettivi*", la Corte di Cassazione al comma 1 ribadisce che tre sono i principali che si intendono perseguire con l'attività di ricerca sui temi di cui all'articolo 2, ossia: "*a) predizione dell'esito dei processi decisionali giudiziari,*

amministrativi e politici (prediction), b) estrazione di argomenti giuridici dal corpus delle sentenze e decisioni di Italgire (augument mining), c) creazione automatica di massime (sommarization), c) strumenti di creazione automatica di documenti (document builder), nonché altre possibilità di valorizzazione del patrimonio documentario di Italgire”.

Attraverso questo accordo il C.E.D. della Corte di Cassazione ha ampliato l'ambito di applicazione della cosiddetta informatica giuridica, in quanto nelle premesse dell'accordo precisa chi sia e di cosa si occupi il Centro Elaborazione Dati ed elenca le attività comprese in quell'espressione: *“C.E.D. è una struttura autonoma, alle dirette dipendenze del Primo Presidente della Corte di Cassazione, con il compito istituzionale di fornire a tutti i magistrati italiani ed europei e al pubblico degli abbonati, servizi informatici aventi a oggetto la realizzazione, la gestione e la messa a disposizione per la consultazione degli archivi di giurisprudenza e di legislazione (c.d. informatica giuridica), nonché di assicurare alle strutture amministrative e ai magistrati della Corte servizi informatici destinati concernenti la gestione informatica dei processi civili e penali (c.d. informatica giudiziaria)”.*

E mentre è facile da comprendere, perché tangibile, l'applicazione ormai da anni dell'informatica giudiziaria,¹³ non è altrettanto evidente capire cosa sia compreso nell'espressione informatica giuridica, soprattutto perché non c'è una definizione normativa e quelle presenti sono di stampo empirico e una prima classificazione è tra informatica giuridica in senso stretto e normativa giuridica in senso lato.

Invero la prima è l'Informatica giuridica documentale o documentaria, la seconda tratta le attività informatiche tecno-pratiche applicate al diritto e quindi non solo l'Informatica giudiziaria¹⁴ ma soprattutto quella giuridica documentale¹⁵ a porre maggiori problemi.

Fino all'intervento dell'Accordo quadro la Corte di Cassazione non pare abbia mai superato il momento meramente informativo nell'utilizzo degli strumenti informatici e conferma potrebbe essere quella premessa in cui parla delle attività svolte dal C.E.D. Nella descrizione degli obiettivi invece si può leggere una dichiarazione aperta del fatto di volere spingere l'automazione a produrre autonomamente le attività del giurista nell'assumere decisioni intese come soluzioni a problemi, non fermandosi alla mera documentazione degli stessi.

Tutto questo fa insinuare il dubbio che già dal 2021 la Corte di Cassazione sia passata a un *“sistema informatico decidente”*.¹⁶

Nè tanto meno a mio avviso la ricerca di certezza e celerità del diritto possono giustificare la sostituzione di un algoritmo con una decisione umana, per quanto di errori e anche gravi sia stati commessi nell'interpretazione e applicazione della norma in contrasto spesso con precedenti in materia.¹⁷

Ridurre il campo di intervento del giudice come interprete della norma giuridica applicata al caso concreto significa sostanzialmente eliminare la *“capacità creativa”* dell'avvocatura e in parte della dottrina e soprattutto non prendere in esame le peculiarità del caso specifico che spesso sono determinanti nell'assumere una soluzione piuttosto che un'altra.

Ed proprio la caratteristica strutturale degli strumenti di IA che si basano su modelli di apprendimento automatico, ereditando pregiudizi dai dati con cui sono stati addestrati, che possono portare a decisioni discriminatorie o non conformi agli standard legali.

D'altro canto non si può non condividere una richiesta di *“reale prevedibilità della giurisprudenza”*¹⁸ quando la Corte di Cassazione *“non è in grado per lo stesso suo carico di lavoro di garantire l'osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale”* come richiesto dall'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario.¹⁹

La prevedibilità²⁰ è assunta a valore, declinata in alcuni casi in termini di *“calcolabilità del diritto”*²¹ che

non sia però una “calcolabilità senza valori”.²²

In una realtà caratterizzata dalla crisi della legge e della politica un posto di rilievo è occupato dalla giurisprudenza diventando “*diritto giurisprudenziale*” perché formato con l’apporto concreto dei giudici per realizzare una legalità sostanziale.

Altro poi è il problema della cosiddetta “*discrezionalità giudiziaria*”²³ che non aiuta certo alla prevedibilità della sua decisione e sarebbe necessario che il “*giudice facesse buon uso della propria discrezionalità*”²⁴ anche rispettando il precedente, soprattutto quando esso è espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Merita di essere menzionata, sebbene datata, l’ordinanza n. 23675 del 6 novembre 2014 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, perché parla di “*salvaguardia dell’unità e stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite)*” che “*è ormai da considerare – specie dopo l’intervento del Decreto Legislativo n. 40 del 2006 e della Legge n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell’articolo 374 c.p.c. ed all’introduzione dell’articolo 360 bis – alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche.*

Non l’unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo.

Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni.

*E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il travaglio che ha caratterizzato negli ultimi anni l’evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all’*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la conoscenza delle regole (quindi, a monte, l’affidabilità, prevedibilità e uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo medesimo”.*

Ed ecco poi il passaggio importante che porta a escludere l’IA come generatrice di giurisprudenza percettiva:

“...È per questo che la creatività dell’interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell’interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della giustizia del processo – prima ancora che delle singole regole che lo informano – intesa come valore tendenzialmente condiviso.

.... [ciò]impone certamente al giudice innanzitutto di valutare con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l’evoluzione interpretativa.

In proposito non esistono formule matematiche. È, come detto, un problema di equilibrio e misura di responsabilità”.

È indubbio che l’IA possa mettere a disposizione un bagaglio di informazioni enorme, contemporaneamente e prefigurare possibili scenari, così da portare da un lato a evitare cause temerarie o con scarsa possibilità di successo e dall’altro decisioni trasparenti con una circolarità giurisprudenziale tra il I e il II grado mediante il superamento di decisioni contrastanti.

L’IA è però priva di quei tre elementi che le Sezioni Unite indicano come essenziali perché il processo sia se non giusto almeno ragionevole, proprio perché deriva dall’applicazione al caso concreto, che non

è frutto di un semplice calcolo matematico o statistico: *“la intrinseca creatività dell’interpretazione giurisprudenziale, il principio del giusto processo e la funzione nomofilattica del giudice di legittimità [concetti che] si incrociano: il nodo che essi formano tra loro è già il tessuto possibile di un processo che sia, sotto vari profili, innanzitutto ragionevole, per mutuare un aggettivo pregnante utilizzato dal legislatore costituzionale in tema di processo giusto”*.

Uno dei rischi più significativi dell’IA è rappresentato dagli errori, definiti come *“allucinazioni giurisprudenziali quando l’IA genera risultati errati che, anche a seguito di una seconda interrogazione, vengono confermati come veritieri”*.²⁵

La questione è balzata agli onori della cronaca per l’indicazione da parte di alcuni avvocati di citazioni giurisprudenziali inesistenti o errate nei propri atti perché redatti da una collaboratrice di studio ricorrendo all’intelligenza artificiale generativa, come ChatGPT.

Si fa riferimento all’ordinanza del Tribunale di Firenze, Sezione Imprese, resa il nell’ambito del reclamo promosso in seguito al sequestro concesso *inaudita altera parte* di tutta la merce contraffatta e la loro descrizione, nonché il sequestro delle scritture contabili per avere l’azienda citata utilizzato sulle *t-shirt* di sua produzione, senza alcuna autorizzazione, delle vignette satiriche²⁶ raffiguranti vari noti prodotti commerciali, di cui era la società reclamante autore nonché titolare del marchio e del *domain name* del sito web.

La questione interessante è quella relativa alla richiesta di condanna di ex art. 96 c.p.c. avanzata in sede di comparsa di costituzione e risposta sulla base di sentenze inesistenti o sebbene reali, di contenuto differente rispetto a quello riportato.

Il collegio letta la comparsa, aveva concesso note autorizzate proprio sulle sentenze citate²⁷ e il difensore della società costituita ha dichiarato che i riferimenti giurisprudenziali nell’atto erano frutto della ricerca effettuata da una collaboratrice di studio mediante lo strumento dell’intelligenza artificiale *“ChatGPT”*, del cui utilizzo il patrocinatore in mandato non era a conoscenza.

Lo strumento di intelligenza artificiale avrebbe inventato dei numeri asseritamente riferibili a sentenze della Corte di Cassazione inerenti all’aspetto soggettivo dell’acquisto di merce contraffatta il cui contenuto, invece, non aveva nulla a che vedere con tale argomento.

La reclamata, pur riconoscendo l’omesso controllo sui dati così ottenuti, ha chiesto lo stralcio di tali riferimenti, ritenendo già sufficientemente fondata la propria linea difensiva.

Il reclamante che aveva evidenziato l’errore di verifica delle ricerche effettuate e l’abusivo utilizzo dello strumento processuale, aveva chiesto la condanna di controparte ex art. 96 c.p.c. per aver in questo modo influenzato la decisione del collegio.

Il Collegio ha escluso la condanna per lite temeraria perché *“l’indicazione di estremi di legittimità nel giudizio di reclamo ad ulteriore conferma della linea difensiva già esposta dalla si può quindi considerare diretta a rafforzare un apparato difensivo già noto e non invece finalizzata a resistere in giudizio in malafede, conseguendone la non applicabilità delle disposizioni di cui all’art. 96 c.p.c.”*.²⁸

Il problema è rappresentato dal fatto che i sistemi attuali di IA sono programmati proprio per dare sempre una risposta che sia quanto *“più probabile”* possibile, ma non è detto che sia vera o quanto meno corretta.²⁹

E *“la risposta più probabile”* è quella più prossima alla possibilità tra le informazioni che ha nel suo data base che per quanto ampio è pur sempre limitato e finito.

In un ambiente così costruito è normale incorrere in *allucinazioni* e ciò può riguardare non solo l'avvocatura ma anche la magistratura con risvolti più seri sulla vita altrui se proviene da chi non ha una forma di controllo sulle proprie decisioni se non il grado superiore, con gli inevitabili costi, tempi e patemi d'animo dei malcapitati.

Il New York Times ha indicato in una forbice compresa tra il 3% e il 27% le risposte delle AI afflitte da allucinazioni.

Oltre al numero limitato dei dati presenti nel proprio data base altro problema è rappresentato dall'impossibilità di comprendere fino in fondo come un sistema di *deep learning* arrivi a un determinato output, è il cosiddetto "*black box problem*" ossia "*sistemi la cui logica decisionale risulta opaca e difficilmente interpretabile dagli utenti*".³⁰

Cioè non si comprende il procedimento che ha portato a quel risultato e questo determina la sfiducia degli utenti per i quali è difficile da accettare un risultato di cui non è comprensibile la logica, soprattutto in ambiti come quello della giustizia, della distribuzione delle risorse e della ricerca del personale dove le scelte sono vissute come un'ingiustizia e per gli errori commessi è difficile attribuirne la responsabilità.

C'è quindi un problema di verificabilità di dati che *ab origine* potrebbero contenere errori (*bias*), e di loro aggiornamento, nonché di individuazione procedimento attraverso il quale dalla loro elaborazione si arrivi a quell'output.

Nel 2016 la statunitense *Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)*³¹, ha dato vita a un progetto per rendere più chiaro il funzionamento dell'IA c.d. *XAI program (Explainable Artificial Intelligence)*.

Non si tratta di una spiegazione puntuale e precisa ma un insieme di *best practice* che sono alla base del funzionamento dell'Intelligenza Artificiale, ancora di un insieme di principi di design, per spiegare gli effetti e progettare sistemi di IA più semplici e infine un insieme di strumenti sempre più efficienti.

L'obiettivo della XAI cioè di questa disciplina che vuole rendere noto all'esterno il funzionamento è di "*Creare nuovi sistemi di machine learning, che sapranno spiegare le loro motivazioni, individuando punti di forza e debolezze, oltre a trasmettere una comprensione in merito al loro futuro comportamento*".³²

Perché alla base della fiducia c'è la conoscenza, che a sua volta crea empatia.

E con l'*explainable AI (XAI)* si vuole realizzare un sistema di intelligenza artificiale responsabile, che includa oltre a fattori di trasparenza e spiegabilità propri delle XAI anche di imparzialità, equità, governance dei dati, *privacy*, *accountability* (responsabilità), sicurezza, sostenibilità ecologica-ambientale, e molto altro.

Le domande che ci si pone sono: come è stato allenato il modello di *machine learning*? Quali dati sono stati utilizzati? Vengono effettuati valutazione e correzione di *bias*?

Alla base di della necessità di offrire spiegazioni sul funzionamento sta la cosiddetta *Human-Centered-AI*, approccio "*antropocentrico*" nello sviluppo e nell'utilizzo di soluzioni basate su tecniche avanzate di intelligenza artificiale, per fare in modo che le persone comprendano le interazioni uomo-macchina e assumano decisioni una volta che siano più informate, effettuino analisi più efficaci e in generale possano vivere una esperienza digitale migliore.

1 Il C.E.D. si autodefinisce nell'Accordo quadro *“autonoma struttura, alle dirette dipendenze del Primo Presidente della Corte di Cassazione con il compito istituzionale di fornire a tutti i magistrati italiani ed europei e al pubblico degli abbonati, servizi informatici aventi a oggetto la realizzazione, la gestione e la messa a disposizione per la consultazione degli archivi di giurisprudenza e di legislazione (c.d. Informatica giuridica), nonché di assicurare alle strutture amministrative e ai magistrati della Corte servizi informatici destinati concernenti la gestione informatica dei processi civili e penali (c.d. Informatica giudiziaria)”*.

2 La *Data Science* è lo studio dei dati per estrarre informazioni dettagliate per il business. È un approccio multidisciplinare che combina principi e pratiche nei campi di matematica, statistica, intelligenza artificiale e ingegneria informatica per analizzare grandi quantità di dati. Questa analisi aiuta i data scientist a porre e rispondere a domande come: cosa è successo, perché è successo, cosa accadrà e cosa si può fare con i risultati.

3 Il *machine learning* è la scienza dell'addestramento di macchine al fine di analizzare e apprendere dai dati.

4 *“Le Legal Analytics consiste à appliquer des méthodes analytiques et de big data pour extraire des perspectives et des modèles utiles à partir de textes et de données juridiques. Ainsi, avocats et juristes peuvent identifier rapidement des tendances, des probabilités de succès légal, ou encore optimiser leur stratégie juridique à l'aide de statistiques avancées. Cela comprend l'étude de données judiciaires, la gestion des risques ou encore l'justice prédictive”*.

5 Cepej -Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi adottata il 3-4 dicembre 2018.

6 L'acronimo GDPR sta per *General data protection regulation*, relativo alla protezione dei dati personali, entrato in vigore il 25 maggio 2018 come Regolamento europeo n. 2016/679. Si propone di tutelare sia la protezione dei dati sia la loro circolazione, dove per *“dato personale”* si intende ogni *“informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (‘interessato’)”*.

7 *Data Science* è un termine generico per tutti gli aspetti dell'elaborazione dei dati, dalla raccolta alla modellazione fino agli approfondimenti delle informazioni dettagliate. Spesso adoperato come sinonimo di analisi dei dati, in realtà quest'ultima è compresa nel *Data Science*.

8 Il *clustering* è un metodo di raggruppamento dati tra loro correlati secondo relazioni probabili per cercare di scoprire nuovi schemi, relazioni tra loro e anomalie o notizie false. Si differenzia dal semplice ordinamento dei dati perché qui vengono classificati secondo un preciso ordine che invece non c'è nel *clustering* in cui ci sono associazioni in relazione a ciò che è quanto più probabile o simile.

9 L'analisi descrittiva esamina i dati per estrarre informazioni dettagliate sul passato o presente e lo visualizza in grafici a torta, grafici a barre, grafici a linee, tabelle.

10 L'analisi diagnostica è un esame dettagliato e approfondito per arrivare alle ragioni in base alle quali si è verificato quell'evento.

11 L'analisi predittiva utilizza i dati storici per fare previsioni accurate su quello che potrebbe accadere in futuro. Le tecniche adoperate sono: il *machine learning*, la previsione, l'abbinamento di schemi e la modellazione predittiva e tutte si prefiggono come obiettivo a comprendere le connessioni tra i dati e quindi l'azienda interessata ad esempio programmare un'attività di marketing o pubblicità mirata volta ad anticipare i bisogni individuati dei clienti.

12 L'analisi prescrittiva non solo prevede ciò che è probabile che accadrà ma va oltre suggerendo anche cosa fare in tale circostanza.

13 L'informatica giudiziaria, o giuridico-gestionale, o ancora di gestione è stata definita come "*automazione dell'intero processo giudiziario*", nel senso che si occupa dell'informatizzazione delle procedure giudiziarie, o meglio la gestione informatizzata di tutti gli atti e gli adempimenti legati all'attività processuale e procedurale civile, amministrativa e penale, dai servizi di cancelleria, alla stesura, alla conservazione e al reperimento degli atti del processo (cfr. BIN Roberto – LUCCHI Nicola, *Informatica per le scienze giuridiche*, CEDAM, Padova, 2002).

14 Detta anche giuridico-gestionale.

15 Detta anche decisionale o modellistica giuridica o metadocumentaria o meglio intelligenza artificiale nel diritto.

16 Così Giacomo Oberto, Magistrato ordinario della Repubblica.

17 Si ricorda che il precedente per quanto non vincolante ma solo persuasivo ha una particolare valenza in ragione delle argomentazioni a sostegno e della provenienza delle pronunce.

18 CASTELLI Claudio, *La giustizia predittiva: promessa o mistificazione*, in Rivista Lavoro Diritti Europa, n.1/2025, p. 5.

19 CASTELLI Claudio, op. citata.

20 Sulla tematica si rinvia a IRTI Natalino, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; BESSONE Mario (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996; RATTI Giovanni Battista, *Some remarks on precedent and analogy*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, n.1/2017; PATRONI GRIFFI F., *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in Riv. Dir. priv. n.4/2016 e in Calcolabilità giuridica (a cura di A.Carleo), Bologna, 2017, p. 175

21 Intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense "*Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*" – Roma, 13 ottobre 2017

22 L'ammonimento è del Prof. Pier Giuseppe Monateri.

23 BARAK Aharon, *La discrezionalità del giudice* (trad.it. di *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989), Giuffrè, Milano 1995.

24 BARAK Aharon, op. citata.

25 Si consulti
<https://www.agi.it/cronaca/news/2025-03-28/giudici-avvocati-uso-improprio-chatgpt-30654198>.

26 Ordinanza: "*marchio registrato*" n. 302021000009920, caratterizzato dalla rappresentazione grafica di una bocca e due occhi stilizzati, che rappresentano un carrello della spesa capovolto, questo segno distintivo rappresenta anche la "*firma dell'autore*".

[27](#) “Sulla sola questione inerente i precedenti giurisprudenziali oggi contestati”, cfr. ordinanza del Tribunale di Firenze.

[28](#) Cfr. ordinanza del Tribunale di Firenze.

[29](#) Si consulti <https://www.diritto.it/allucinazioni-ia-tutele-gdpr>.

[30](#) CALZA Edoardo, *L'Intelligenza Artificiale come black-box: Il problema della trasparenza e le sfide dell'explainability*, 19 marzo 2025, su <https://www.giovaniuniversitariiparlamento.it>.

[31](#) La *Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA)* (Agenzia per i progetti di ricerca avanzata di difesa) è un'agenzia governativa del Dipartimento della difesa degli Stati Uniti d'America incaricata dello sviluppo di nuove tecnologie per uso militare. È indipendente nel proprio operato dalle influenze di altre agenzie governative e fa rapporto esclusivamente ai più alti ranghi del Dipartimento della difesa.

[32](#) CARABANTES Manuel, *Black-box artificial intelligence: an epistemological and critical analysis*, in *AI & Society* (35.7) (ISSN: 1435-5655), giugno 2020. ZEDNIK Carlos, *Solving the black box problem: A normative framework for explainable artificial intelligence*, in *Philosophy & technology* (34.3) (ISSN: 2210-5441), 2021.

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

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/7957](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:heig:56778-7957)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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 | ISSN 3035-4803

A Brief Overview of the Historical Status of Women's Rights in Islam and International Law

di Samin Rahnamania, Peyman Hakimzade Khoei, Taha Eslami, Abolfazl Jafari-Sales © 08-07-2025



ABSTRACT: This paper provides a concise historical review of women's rights within Islam and examines their alignment with international legal standards. The primary aim of this study is to analyze and compare the fundamental principles, historical developments, and existing challenges in the domain of women's rights from both theoretical and practical perspectives. It highlights the status of women prior to Islam and the significant transformations that occurred with the advent of the Islamic faith, particularly in areas such as spiritual equality, education rights, financial independence, and social and political participation. While emphasizing these advancements, the study also acknowledges the existence of divergences and varying interpretations in certain contexts. Conversely, international law—shaped by

global movements and articulated through numerous treaties and conventions, notably with the influential role of the United Nations and global women's conferences—prioritizes gender equality and guarantees women's rights across political, social, economic, cultural, health, and property domains. The findings indicate that, although both systems recognize women's rights, differences exist in their theoretical foundations, interpretations, and practical challenges. Major obstacles include conflicts between international norms and cultural values or traditional interpretations in some societies, the impact of patriarchal structures, and practical barriers to full realization of women's rights. Overall, the study emphasizes that both legal frameworks possess the potential to advance women's rights. A constructive interaction between Islamic principles and international standards—accompanied by the identification and mitigation of cultural, social, and economic barriers—can serve as an effective step toward full realization of women's rights and societal progress. Neglecting women's roles and rights, however, risks perpetuating social and economic disadvantages and stagnation.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Historical Overview of Women's Rights in Islam - 3. Historical Overview of Women's Rights in International Law - 4. Conclusion.

1. Introduction

The concept of gender and its relationship with law has fluctuated over time and across different contexts, often encompassing a wide range of laws and responsibilities governing women and men. The use of the term "gender" rather than "sex" typically indicates that the discussion extends beyond biological differences and includes the legal significance of gender roles and the shared understanding of these roles. Until the late 20th century, an individual's gender was a fundamental determinant of their legal rights.

The rights of women within both Islamic and international legal systems are complex and extensive, particularly across social, economic, and political spheres. Each legal system approaches and interprets women's rights through its own foundational principles.

Islam, as a comprehensive religion, has established specific rights and obligations for women. Among key points are:

- **Equality of Rights:** Tahar al-Haddad¹ emphasizes the equality of women's and men's rights in accordance with the spirit of Islam, asserting that any form of inequality contradicts the objectives of the religion.
- **Social Roles:** Women historically played active roles in social, economic, and political domains during the early Islamic period. These participation efforts reflect Islam's emphasis on women's presence in society while maintaining their human dignity (Bashiriyeh, 2018).

The aim of international law, likewise, is to enhance women's rights, notably through various treaties and conventions. Primary among these principles are:

- **Gender Equality:** International organizations underscore the importance of eliminating legal and social barriers to achieve this goal.
- **Cultural Challenges:** In many cases, conflicts arise between Islamic cultural values and international norms, necessitating further exploration and resolution.

In Iranian families, women play a vital role; their exclusion might threaten the stability of the family

system. Our society places particular importance on this aspect; therefore, it is expected that within the framework of the Islamic Republic, Sharia, and religious principles, the conditions and rights of individuals are explicitly addressed in legislation and legal provisions.

The position of women's rights in Islam and international law demonstrates a variety of perspectives and existing challenges. Both systems can achieve significant progress in women's rights through constructive engagement, integrating Islamic values with international standards (Amini, 2014).

2. Historical Overview of Women's Rights in Islam

During the pre-Islamic era, commonly referred to as the Age of Ignorance (Jahiliyyah) in the Arabian Peninsula, women's rights were severely restricted. Women faced numerous inequalities, exemplified by the practice of burying female infants alive—a widespread atrocity of that time. Men generally exhibited possessive and exploitative attitudes toward women, treating them as property rather than individuals. Over 14 centuries ago, the Prophet Muhammad initiated a series of reforms guided by divine revelation through the Quran, leading to profound transformations in the status and rights of women in Arab society (Motahari, 2002).

With the advent of Islam, significant advancements occurred regarding women's rights. The Quran explicitly condemned the practice of female infanticide (as stated in Surah An-Nahl, verses 58-59) and underscored the spiritual equality of women and men (Surah Al-Imran, 195). Women were granted the right to participate in political affairs and engage in wartime. The Quran frequently addresses believers as a whole, and in certain contexts, specifically mentions women—particularly in Surahs An-Nisa, Al-Ma'idah, An-Nur, and Al-Mu'minun—highlighting various social and legal rights. Notably, only in a few instances, such as the permissions of polygamy, the inheritance rights favoring men, and the prescribed punishments, does the text illustrate male dominance over females (Sadeghi Tehrani, 2007).

The Quran explicitly states that Allah created men and women from a single soul (nafs), establishing the fundamental spiritual equality of both genders. Based on this, Muslim women can indeed aspire to spiritual knowledge and leadership. Historical records abound with examples of learned women scholars who followed male students and vice versa. Some prominent Islamic jurists (fuqaha) studied under female scholars, and several women authored treatises on Islamic jurisprudence (fiqh) (Nay Ibn Sa'doun, 2005).

This historical fact reveals an additional dimension of Islamic Shariah—its emphasis on education. The Quran repeatedly underscores the importance of knowledge and learning; for example, it prays, "Increase me in knowledge," and states, "God elevates the ranks of those who possess knowledge." The Prophet Muhammad also emphasized the pursuit of knowledge as a religious duty for all Muslims, regardless of gender. As a result, even during the Prophet's lifetime, Muslim girls were educated and trained. It is reported that, although the Prophet himself was illiterate, his wife Hafsa was literate and could read and write (Ahmad Panahi and Sabour, 2016), (Ameri, 2016).

Islamic teachings on education and upbringing have long been highly regarded and are currently reflected in many countries' policies. For example, Saudi Arabia has made significant efforts to promote education among girls and women. Only the Taliban has denied women the right to education—a clearly unconstitutional violation of Islamic rights embedded within the faith and contrary to the broader Islamic socioeconomic principles rooted in gender equity and justice (Shojaei and Jalali, 2016).

A Muslim woman has the right to maintain her finances independently. Even if she possesses wealth, she is entitled to full financial support from her husband and can save her money or invest it to start her own business. Additionally, according to authentic Hadiths, Muslim women do not typically change their family names upon marriage, a practice that has often astonished others in different societies

(Ranjbarzadeh, 2022).

Despite opposition and opposition voices heard in some Muslim countries, the Quran explicitly recognizes women's right to vote and participate in public affairs. Furthermore, a Muslim woman's consent is essential for the legitimacy of marriage; her approval is a prerequisite for a valid contract. However, many young Muslim women are subjected to early marriages coerced by parental pressure. Classical Islamic jurisprudence permits a young woman to annul her marriage after reaching the age of maturity, even if she initially agreed to the marriage, recognizing her right to refuse. Unfortunately, many Muslim women may be unaware of these legal provisions or lack the capacity to resist patriarchal pressures that limit their autonomy and choice in marriage (Abdolzadeh and et, 2016).

According to classical Islamic jurists, Muslim women are not obligated to perform household chores. Their rationale is based on the understanding that marriage is a contract for companionship and cooperation, rather than a service-based relationship. This perspective stems from interpretations of Quranic texts regarding marital relations, which emphasize mercy, love, and tranquility. The Quran states:

"And among His signs is that He created for you from yourselves mates that you may find tranquility in them; and He placed between you affection and mercy. Indeed, in that are signs for people who reflect." (Surah Ar-Rum, 21)

Hence, the foundation of the marital relationship in Islamic law is emotional and spiritual harmony, not service or labor. The Islamic family law, which governs matters such as marriage, divorce, custody, and other family-related issues, often specifies that one of the duties of women is to manage the household and family affairs. However, research indicates that the perceived obligation for women to perform household work primarily stems from social and cultural norms rather than from Islamic doctrine itself.

Islamic jurisprudence grants Muslim women the right to initiate divorce (khula) at their own volition, even though divorce is considered a serious and solemn act. Nonetheless, until recently, laws concerning personal status in many countries did not fully reflect this right. Today, only in a few countries, such as Egypt and Jordan, are these provisions explicitly implemented. In many other states, patriarchal interpretations grant men unconditional rights to divorce, thereby depriving women of similar rights.

Given these circumstances, education is critically important—not only for non-Muslims about Islamic principles but also for Muslims themselves, especially women. Raising awareness and understanding of women's rights within Islamic law can contribute to societal progress and the empowerment of women in Muslim communities (Ghotbian and Khodadadi, 2016), (Hosseinpour, 2016).

3. Historical Overview of Women's Rights in International Law

Numerous movements dedicated to women's rights have historically operated across the globe, continuously advocating for the recognition and advancement of women's status. These movements have prompted scholars and international institutions to develop mechanisms for support and reform. As a result of this heightened awareness, a series of legal instruments, commitments, conventions, and international conferences have been established, creating obligations for states to uphold women's rights.

Within the framework of the United Nations, multiple resolutions have been adopted concerning the legal status of women. The Beijing Platform for Action, which exemplifies the tangible efforts of both governmental and non-governmental organizations at the international and national levels, remains the largest and most comprehensive UN conference since its founding (Khorsandi Sarteshnizi and Esmaeili, 2022).

Four global conferences on women organized by the United Nations represent pivotal moments in the advancement of women's rights. These conferences provided essential frameworks for action, fostered grassroots movements, and significantly influenced international policy, thereby facilitating notable progress in addressing systemic gender inequalities. They emphasized various issues including education, health, political participation, and economic empowerment. The 1995 Beijing Declaration and Platform for Action marked a turning point by articulating twelve critical areas necessary for advancing women's rights. Although the outcomes of these conferences were not legally binding, they paved the way for concrete international legal instruments, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW). Nonetheless, these conferences continually emphasized the importance of sustained global efforts to achieve equal rights (Mashhadi and Seyed Naseri, 2018, Volume 1) , (Mashhadi and Seyed Naseri, 2018, Volume 2)..

The first UN Global Women's Conference was held in 1975 in Mexico City within the framework of the International Women's Year, serving as a decisive moment toward gender equality. This conference laid the groundwork for subsequent international policy initiatives and contributed to establishing vital frameworks for women's rights. Its primary focus was on the necessity of improving women's social, economic, and political conditions, as well as emphasizing women's health and education.

The second UN Global Women's Conference took place in Copenhagen in 1980, amid conditions recognizing full women's participation as essential for sustainable development. The third conference was convened in Nairobi in 1985 to assess the progress achieved after the two preceding conferences. It called for improvements across various sectors, including education, health, economic and political participation, and the elimination of violence against women. This conference marked a significant milestone in the international recognition of gender-based violence as a critical issue requiring targeted actions (Mowlaverdi, 2017).

The fourth conference in 1995, held in Beijing, aimed to adopt a new strategic framework for advancing women's rights. It emphasized transforming social, cultural, and political structures that perpetuate gender disparities, with the goal of achieving substantive gender equality. The Beijing Platform for Action, while not legally binding, played an influential role through legislative and policy measures in institutionalizing gender equality. Overall, although the documents produced by these conferences are not directly enforceable, they laid the groundwork for key international obligations and commitments.

Despite the progress facilitated by these conferences, they underscore the ongoing necessity for collective, sustained action to overcome remaining challenges. Achieving genuine gender equality requires continuous global commitment and the empowerment of women across all spheres of life.

At the beginning of the 20th century, women in the United States and most European countries, including New Zealand, Australia, and Finland, gained the right to vote. Following the establishment of the United Nations, women's rights began to be recognized as a fundamental component of human rights. The Convention on the Political Rights of Women was the first independent international treaty to explicitly acknowledge women's right to participate in elections, hold public office, and access state services on equal terms. By 2023, nearly all countries had formally recognized women's suffrage; however, exceptions to this still persist.

In Africa and South Asia, women are often deprived of their basic rights regarding access, ownership, control, and inheritance of land and property. Many women lack purchasing power and typically access land and housing only through male relatives. It is estimated that approximately 41% of female-headed households live below the poverty line, and about one-third of women worldwide are displaced, homeless, or lack adequate housing. The UN Special Rapporteur has confirmed the dire living conditions of women globally, noting that in nearly all countries—both developed and developing—the legal security of women heavily depends on male relatives. Overall, women tend to have less legal security than men

(Vojdan-e-Talab Foumani, 2013).

International standards firmly recognize women's rights to property ownership, inheritance, and control over assets and wealth. Despite this, the persistence of discriminatory policies, customs, traditional practices, and cultural views in some countries continue to deprive women of their legitimate rights.

The right to health is considered a fundamental human need, and its crucial connection to human rights has attracted significant attention from international bodies. Today, the importance of women's roles in society and their contribution to sustainable development are undeniable. Consequently, women's health and well-being have become key priorities for governments worldwide. Over recent decades, women's health and social welfare—comprising roughly half of the population—have been recognized not only as human rights but also as vital to family and community health and stability. The right to health has been explicitly recognized within the international legal framework, and numerous international instruments emphasize the importance of physical and mental health.

Most conventions, declarations, and international treaties focus on promoting gender equality across various sectors. Member states are obligated to uphold these principles of equality in all relevant domains. Regarding employment, protecting women's rights relates closely to civil rights issues and requires proactive government measures. When women enter the workforce and assume social responsibilities, employers and society must acknowledge that working under equal conditions does not imply identical biological or innate differences. Instead, it necessitates recognizing their unique physiological and inherent characteristics and respecting their specific needs (Dehnavi, 2013).

The right to women's education, as part of human rights at the international level, has navigated a complex path shaped by social, political, and cultural changes throughout history. In early civilizations, women's education was limited and mostly confined to nuns and noblewomen during the Middle Ages. The Industrial Revolution and emerging feminist movements expanded access, transforming women's education from exclusive and limited to broad and widespread. Numerous conventions explicitly prohibit gender-based discrimination in education and guarantee equal access for women. Research indicates that women's education has a direct and significant impact on sustainable growth and development.

Regarding guardianship, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) emphasizes shared custody, recognizing the importance of both parents for the upbringing and care of children. It promotes shared custody arrangements as a replacement for the custody restrictions traditionally outlined in Islamic jurisprudence.

In conclusion, states must identify and eliminate all economic, social, and cultural obstacles that hinder women's enjoyment of their legal rights. Societies in which women are marginalized risk social and economic stagnation, cultural poverty, and restrictions on growth and development. Equitable participation of women is essential for fostering dynamic, resilient, and progressive communities (Fakur and et, 2016).

4. Conclusion

This article has conducted a comparative analysis of the historical evolution and current status of women's rights within two legal frameworks: Islamic law and international law. The research demonstrates that Islam, commencing over fourteen centuries ago, brought about fundamental and substantive reforms in the status of women compared to the pre-Islamic era of ignorance. These reforms included recognizing spiritual equality, the right to education for all, financial independence, property ownership, and enabling women to participate in social and political spheres.

Conversely, international law—particularly in recent decades—has progressed significantly under the influence of women's movements and international organizations such as the United Nations. Through

the development of conventions, declarations, and global conferences, it has established robust legal frameworks aimed at achieving gender equality and securing women's rights across all facets of individual and social life. These rights encompass political, economic, social, cultural, health, and property rights.

Despite notable advancements and shared commitments to women's rights, there remain considerable differences in underlying philosophical principles, the scope of protected rights, and the practical challenges faced in implementation within both systems. Traditional interpretations within some Muslim societies, especially regarding personal status laws and family relations, sometimes conflict with international norms, leading to tensions. Additionally, deeply rooted patriarchal structures and discriminatory customs prevalent in many societies—both Islamic and non-Islamic—continue to impede the full realization of women's rights. Limitations persist in areas such as property rights, inheritance, custody, divorce, and equal access to opportunities and resources.

Overcoming these obstacles and fully realizing women's rights necessitates comprehensive and coordinated action among governments, educational institutions, and cultural organizations. The role of states in identifying and dismantling legal, social, and economic barriers that deny women their rights is critical. Public education campaigns, particularly targeting Muslim women and communities, about their genuine rights within Islam, are of particular importance. Moreover, fostering constructive dialogue based on mutual respect between Islamic values and international human rights standards can contribute to devising innovative and effective solutions for advancing women's rights.

As highlighted in this article, a society that dismisses the status and capabilities of women faces stagnation and regression in not only the domain of human rights but also in every aspect of social, economic, and cultural development. Accordingly, empowering women and ensuring equal rights are fundamental human rights demands vital for sustainable development and social well-being.

¹ Tahar al-Haddad was a Tunisian scholar and reformer known for advocating women's rights and social reform within an Islamic framework. His writings emphasize gender equality consistent with Islamic principles and are influential in discussions on women's rights in Islamic contexts.

References

- Abdolzadeh, Fatemeh and Goli, Majid and Nasirani, Zahra, (2016), Women's Rights in Islam, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian <https://civilica.com/doc/605212>.
- Ahmad Panahi, Forough Al-Sadat and Sabour, Hananeh, (2016), Women, Family and Legal Issues, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in

Persian, <https://civilica.com/doc/605299>.

- Ameri, Morteza, (2016), Women and Legal Issues from the Perspective of the Quran and the Constitution of Iran, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian, <https://civilica.com/doc/605287>.
- Amini, Ebrahim, (2014), An Introduction to the Duties and Rights of Women, Publisher: Boostan-e Ketab Institute, Qom, in Persian.
- Bashiriyeh, Tahmoures, Davoodi Garmaroudi, (2018), Woman in the Mirror of Law and Society, Publisher: Ganje Danesh, Tehran, in Persian.
- Dehnavi, Maryam, (2013), Analysis of the Jurisprudential and Legal Scope of Crimes against Women in the Light of International Documents, Master of Laws Thesis, Supervisor: Nasrin Mehra, Advisor: Houshang Shambyati, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Faculty of Law and Political Science, Iran, in Persian.
- Fakur, Fatemeh and Malek Astana, Fatemeh and Pourghasab Amiri, Ali, (2016), Contrasting Gender Justice in Islamic and Western Human Rights, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian, <https://civilica.com/doc/605250>.
- Ghotbian, Mohammad and Khodadadi, Ashraf, (2016), Principles Governing the Comprehensive Model of Women's Personality in Islam, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian, <https://civilica.com/doc/605256>.
- Hosseinpour, Akram, (2016), Women, Independence, Individual and Social Rights, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian, <https://civilica.com/doc/605298>.
- Khorsandi Sarteshnizi, Mohsen, Esmaeili, Fatemeh, (2022), Woman in International Law, Publisher: Masharegh Al Anvar, Ardestan, in Persian.
- Mashhadi, Ebrahim, Seyed Naseri, Mohammad Mahdi, (2018), Protection of Women's and Children's Rights from the Perspective of International Humanitarian Law Volume 1, Publisher: Nashr va Tahghighat Zekr Institute, Tehran, in Persian.
- Mashhadi, Ebrahim, Seyed Naseri, Mohammad Mahdi, (2018), Protection of Women's and Children's Rights from the Perspective of International Humanitarian Law Volume 2, Publisher: Nashr va Tahghighat Zekr Institute, Tehran, in Persian.
- Motahari, Morteza, (2002), The System of Women's Rights in Islam, Publisher: Sadra, Tehran, in Persian.
- Mowlaverdi, Shahindokht, (2017), International Standards of Women's Rights, Publisher: University of Tehran, Tehran, in Persian.
- Nay Ibn Sa'doun, (2005), Women's Rights from the Beginning to Today, Translator: Guiti Khorsand, Editor: Abdulrahim Maroodashti, Publisher: Kavir, Tehran, in Persian.
- Ranjbarzadeh, Farzaneh and Baranzadeh, Rasoul, (2022), The Importance, Status and Social Rights of Women in Society from an Islamic Perspective, Fifth International Conference and Sixth National Conference on Law and Political Science, Tehran, in Persian, <https://civilica.com/doc/1625933>.
- Sadeghi Tehrani, Mohammad, (2007), A New Perspective on Women's Rights in Islam, Publisher: Omid-e Farda, Tehran, in Persian.
- Shojaei, Ahmad and Jalali, Mohammad Fardin, (2016), Religious Family Lifestyle in Quranic Thought, National Conference on the Role of Women in Sustainable Development, Ahar, Iran, in Persian, <https://civilica.com/doc/605247>.
- Vojdan-e-Talab Foumani, Maryam, (2013), Investigating women's rights in matters related to marriage and family relations by studying international human rights documents, Master's thesis in International Law, Supervisor: Zohreh Rahmani, Advisor: Seyyed Mohammad Asadinejad, University of Guilan, Faculty of Literature and Humanities, Iran, in Persian.

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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 | ISSN 3035-4803

Tutela delle ricette di cucina, dell'impattamento e del packaging

di Paola Calvano © 08-07-2025



L'espressione "opere d'ingegno" indica quei beni immateriali che consistono in creazioni dell'intelletto umano che appartengono a una delle categorie di cui all'art. 1 della Legge sul diritto d'autore n. 633/194 (Lda)¹ che ha la funzione di circoscrivere la tutela a quelle tra le opere di ingegno che presentino un preminente carattere creativo, riconducibili a una delle forme espressive artistiche o scientifiche indicate

dalla medesima normativa, nonché ai “programmi di elaborazione” (software) e alle banche dati.

Il campo di applicazione indicato dal successivo articolo 2 della Lda presenta un elenco delle opere protette che, come affermato dalla prevalente giurisprudenza, è meramente esemplificativo e non tassativo.

Tra quelle allora che possono costituire oggetto di tutela, un posto particolare è occupato dalle ricette di cucina.

Nel 510 a. C., in Magna Grecia, già la “legge di Sibari” tutelava la proprietà intellettuale dei cuochi dell’Antica Grecia² attraverso la concessione di una sorta di tutela brevettuale a coloro i quali si fossero distinti nella creazione di particolari opere culinarie.

La norma recitava: “Se uno dei cuochieri o dei cuochi inventa un piatto originale ed elaborato, a nessun altro è concesso utilizzare la ricetta se non all’inventore stesso prima che sia trascorso un anno e così, a chi per primo l’abbia inventata sia riservato di trarne profitto durante il suddetto periodo; ciò affinché gli altri, dandosi da fare essi stessi, si segnalino per invenzioni di tal genere”.

Nel 2015, all’Expo di Milano dedicata quell’anno al cibo in tutte le sue varie declinazioni, lo chef Gualtiero Marchesi organizzò un processo simulato³ per dimostrare come si protegge il “made in Italy” e cosa accade nel caso di plagio in campo agroalimentare⁴ soprattutto quando a essere copiato sia un suo piatto iconico di un grande chef.

Gualtiero Marchesi indossò i panni del querelante e persona offesa per avere visto un suo allievo ed ex dipendente tale Guido Rossi, nel ristorante da lui aperto e gestito in seguito a un litigio tra loro, servire un suo piatto denominato “Riso, Oro e Zafferano”.

Lo stesso era stato inserito in menù con un nome identico come identico era il prezzo di vendita, unica differenza la dicitura “Omaggio a Marchesi”.

Il piatto originale si presentava bianco, tondo con un bordo nero e al centro disposto il risotto allo zafferano, alla fine della preparazione sopra era poggiata una foglia d’oro edibile.

Il 14 dicembre 2002, Marchesi aveva registrato l’impiattamento che riproduceva il piatto e il risotto nella sua presentazione finale, come *design* comunitario n. 000005/2002.

Il piatto era stato pubblicato su diversi libri, riviste, siti di cucina e riviste culturali e d’arte e Marchesi riteneva che l’impiattamento potesse essere tutelato sotto il profilo autorale mentre la modalità di presentazione e la sua promozione sotto il profilo concorrenziale.

Marchesi era convinto che l’immagine del piatto in unione con la dizione riso, oro e zafferano o anche considerato singolarmente, potesse essere tutelabile come marchio.

Il problema nel piatto dello chef Rossi era dato dall’utilizzo del tipo di materia prima, ossia riso Basmati che non è italiano e per giunta di scarsa qualità al posto del Carnaroli che ha una qualità di gran lunga superiore e servito come quello di Marchesi nel caratteristico piatto tondo con bordo nero, guarnito con foglia d’oro commestibile.

Accanto a Marchesi era intervenuto il Prof. Mario Franzosi, mentre, per Rossi, l’Avv. Cristiano Bacchini.

Il collegio giudicante era formato da Marina Tavassi, allora Presidente della Sezione Imprese del Tribunale di Milano, in qualità di Presidente del Collegio con Roberto Magnaghi, direttore dell’Ente Risi Italiano, che rivestiva il ruolo di giudice a latere, insieme all’Avv. Anna Maria Stein.

Nella veste di consulente tecnico d'ufficio il Tribunale aveva nominato l'Avv. Ponti di Udine che ritenne configurabile un'ipotesi di frode in commercio con richiesta di rinvio degli atti in Procura oltre una lesione del cosiddetto "*sounding italiano*" in relazione al risotto per avere fatto credere Rossi che non di Basmati si trattasse, ma di Carnaroli.

La sentenza riconobbe al piatto "*Riso, Oro e Zafferano*"⁵ quella creatività e quel valore artistico indicato dalla Lda per ottenere la tutela e quindi la valida registrazione del suo piatto come "*marchio di forma*" anche per la sua capacità distintiva.

Di conseguenza lo chef Guido Rossi fu ritenuto responsabile di "*atti di concorrenza sleale per imitazione servile, fattispecie denigratoria dei principi della correttezza professionale*" e condannato per contraffazione con "*inibizione dell'offerta in pubblico del piatto oggetto della disputa*", prevedendo una penale di Euro 100,00 per ogni violazione commessa ed Euro 2.000,00 per ogni giorno di ritardo.

Il piatto dello chef Marchesi veniva considerato così un'opera d'arte da proteggere per la scelta degli ingredienti, perché appunto la mano dell'artista si nota in questo, nel modo di combinarli, di cucinarli, e anche nel modo in cui vengono presentati, tutti elementi frutto di anni di studio e di ricerca intorno a quella preparazione.

Il problema nel caso di specie, era rappresentato dalla scelta di un ingrediente sbagliato che avrebbe potuto rovinare l'immagine dello chef Marchesi, perché per le sue caratteristiche fisiologiche non avrebbe potuto avere una resa uguale al Carnaroli.

L'Ente Nazionale Risi intervenuto nel processo aveva dimostrato infatti come la varietà Basmati non si adattasse a preparazioni come i risotti per la sua consistenza non elevata e la sua scarsa collosità quindi per essere un prodotto completamente diverso dal riso Carnaroli.

Il processo era fittizio, reale invece era ed è l'annoso problema della tutela della proprietà intellettuale in cucina, ossia se sia tutelabile una ricetta dal diritto d'autore e se la stessa lo sia mediante un brevetto di invenzione e se la tutela si possa estendere anche all'impattamento.

Si ricordi che le ricette di cucina, che - si ripete - non sono espressamente menzionate dalla legge del diritto d'autore quale opere d'ingegno, contengono testi regolativi cioè semplici, chiari precisi, caratterizzati da pochi aggettivi e molti termini tecnici, elencano operazioni che vogliono fornire istruzioni, il loro scopo è unicamente pratico, vale a dire eseguire la procedura nel rispetto dei tempi e in un ordine prestabilito, i verbi sono usati in maniera impersonale o all'infinito, esse si prefiggono unicamente di informare attraverso una spiegazione, per aumentare o modificare le conoscenze del lettore su un determinato argomento.

Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 9763 del 10 luglio 2013, indicava quando una "*ricetta*" potesse essere considerata un'opera creativa e quindi oggetto di tutela.

Il caso portato alla sua attenzione riguardava un ricettario di cucina chiamato "Fatto in casa" Editrice Ponte delle Grazie, contenente tra le altre, delle ricette di produzione di salumi artigianali estratte dal sito *web www.sossai.net*, gestito e seguito da un appassionato di insaccati appunto che aveva nel corso di diversi anni sperimentato e scritto ricette per la produzione di salumi crudi e cotti.

Questi aveva scoperto nella pubblicazione incriminata le sue ricette e ricorreva in Tribunale per chiedere che le stesse venissero eliminate dal libro e gli fosse riconosciuto un risarcimento danni a carico degli autori che le avevano pubblicate.

Le convenute nel costituirsi riconoscevano che erano state copiate 18 ricette su 60 presenti sul sito del ricorrente e che le stesse comunque offrivano procedimenti e indicazioni noti che non c'era prova che

potessero essere ricondotti alla paternità dell'attore.

Negavano in sostanza la tutelabilità di quelle ricette perché non presentavano - a loro dire - alcuna particolarità, in maniera apodittica perché non sostenuta da nessuna prova documentale.

Il Tribunale di Milano, in composizione collegiale, riconosceva invece la tutelabilità delle ricette nella loro forma espressiva⁶ non nel contenuto, in quanto quello che determina l'originalità di una ricetta è il risultato concreto dell'attività di selezione e ricerca delle materie prime e di quei passaggi per la produzione ritenuti fondamentali.

La tutela c'è allora quando la ricetta non consista nella semplice elencazione di ingredienti e passaggi ma quando ci sia una rielaborazione anche critica degli uni e degli altri, ossia delle materie prime scelte e dei passaggi rilevanti per la sua produzione.

Nel caso di specie, non si trattava di una elencazione schematica e ripetitiva ma di una rielaborazione critica appunto che era stata integralmente ripresa dal sito *web* e riportata nel libro, configurandosi così una contraffazione.

La tesi di controparte non poteva trovare accoglimento in quanto non erano stati rinvenuti quei testi dai quali la stessa riteneva che il ricorrente avesse estrapolato le notizie e poi nell'email allegata agli atti, era la stessa resistente che aveva affermato come fosse riuscita a trovare *"moltissime notizie e ricette semplici ma nulla sulla preparazione casalinga dei salumi"*, inoltre, nello stesso ricettario l'autrice del libro aveva elogiato la precisione e chiarezza dell'autore della ricetta postata sul sito *web* dicendo *"ho consultato testi, ho provato a chiedere in giro ma di notizie chiare e precise come quelle di P.S. rinvenute sul suo sito non le ho trovare da nessuna parte"*.

Sempre la ricorrente, nella stessa email, aveva dichiarato di *"avere fatto un 'copia e incolla' delle ricette e dei consigli di P.S."*

Pertanto, secondo il Collegio, vi era stato un utilizzo non autorizzato dei testi dell'attore in quanto c'era stata una sostanziale riproduzione di parti considerevoli ed essenziali dei testi originali con differenze di mero dettaglio che non consentivano di ritenere sussistente nemmeno una rielaborazione creativa dell'opera originale e richiamava la sentenza della Corte Cass. n. 20925/2005.

Quest'ultima aveva distinto la contraffazione dalla elaborazione creativa evidenziando come: la prima *"consiste nella sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio che sono frutto non di un apporto creativo, ma del mascheramento della contraffazione, la seconda si caratterizza per un'elaborazione dell'opera originale con un riconoscibile apporto creativo"*.

La ricetta può essere tutelata dal diritto d'autore se è un'opera originale e creativa e può essere registrata alla SIAE, è da escludere invece la registrazione e quindi la tutela autorale per quei piatti che appartengono alla tradizione e alla cultura del popolo italiano come gli spaghetti al pomodoro, la gricia, il risotto allo zafferano.

La ricetta poi può essere brevettata⁷ se abbia i tre requisiti della novità, attività inventiva e industrialità.⁸

Si parla di brevetto di prodotto se ha per oggetto un alimento, si parla invece di brevetto di procedimento se riguarda la ricetta quindi l'iter per arrivare a ottenere quel prodotto.

Perché sia brevettabile il prodotto alimentare deve essere nuovo, realizzato con un processo innovativo e industrialmente replicabile, pertanto, dovrà trattarsi di una preparazione prima non esistente oppure esistente ma prodotta con una modalità innovativa, che può consistere anche in un processo produttivo maggiormente sostenibile o in un *packaging* più semplice o comodo da aprire,⁹ ancora in una novità

nell'impianto o macchina adoperata, sempre che non riguardi aspetti puramente estetici né sia facilmente prevedibile e quindi banale.

Infine, l'attività inventiva deve prevedere la risoluzione di un problema tecnico in modo non banale, come il caso in cui la ricetta renda un prodotto commestibile, oppure più digeribile, o preveda una migliore cottura o una tecnica differente o ancora riduca il contenuto di zuccheri, sono queste tutte ipotesi valide di risoluzione di un problema tecnico in modo non banale sicuramente requisito più complicato per ottenere il brevetto oltre all'applicabilità industriale e alla novità, dove il parametro di riferimento è ciò che è noto nell'esperienza comune per arrivare a quel risultato.

Se il cibo rappresenta una novità assoluta il brevetto dura 20 anni, se invece è il processo per ottenerlo che è migliorativo e/o innovativo rispetto al preesistente durerà 10 anni estensibili ad altri 10.

Dopo 18 mesi dall'ottenimento, il brevetto viene reso pubblico ma il suo sfruttamento economico viene tutelato per 10 o 20 anni.¹⁰

L'ambito geografico di tutela è ristretto allo Stato in cui è presentata la domanda.

Esiste anche la possibilità riconosciuta dal *Patent Cooperation Treaty*,¹¹ che ha istituito una procedura che consente di “prenotare” il proprio brevetto in altri Stati che hanno aderito al trattato internazionale in parola, partendo da un'unica domanda.

C'è poi il brevetto europeo che si ottiene a seguito di una procedura unificata di deposito, esame e rilascio, che vede come Autorità competente l'Ufficio Europeo dei Brevetti¹² (EPO).

Esso conferisce al titolare, una volta espletata la procedura di convalida nazionale nei Paesi indicati in domanda, i medesimi diritti che deriverebbero da un brevetto nazionale ottenuto in questi stessi Stati.

Il settore agro-alimentare, come ogni altro, è interessato da invenzioni brevettabili sia di prodotto che di processo.

In Italia e in pochi altri paesi europei esiste poi il cosiddetto “*modello di utilità*” (o piccola invenzione) che è una forma di tutela nei confronti di quegli oggetto preesistenti per i quali sia stata prevista una modalità di utilizzo più semplice o più facile, il prodotto viene “*ritoccato*”.

Dal punto di vista pratico-amministrativo il vantaggio rispetto al brevetto è che non ha bisogno di un esame sulla novità, perché l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM) effettua una verifica di sussistenza dei soli requisiti formali non anche della novità.

È possibile depositare contemporaneamente la domanda sia per ottenere il brevetto che il modello di utilità, poi spetterà all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi verificare la sussistenza degli elementi perché possa essere concesso l'uno oppure l'altro.

È possibile, inoltre, convertire il modello di utilità in brevetto nel momento in cui l'interessato dimostri il possesso delle caratteristiche richieste dalla normativa.

Anche il *packaging* può essere oggetto di varie forme di tutela.

Gillo Dorfles¹³ ha scritto che il settore dell'imballaggio “*pure essendo un settore misto che ha attinenze con quello della grafica e della pubblicità, rientra nel quadro del vero e proprio disegno industriale. Infatti l'imballaggio d'un prodotto può spesso costituire un esempio dei più interessanti per la ricerca di una forma tridimensionale capace di contenere un determinato oggetto in maniera opportuna: funzionale ed estetica insieme, mentre è portato spesso a risolvere un altro dei fatti decisivi della vendita: quello*

dell'autopubblicizzarsi del prodotto, in seguito al suo aspetto esterno”.

Si precisa che, con questo termine¹⁴, non si intende solo l'imballaggio ma qualcosa di molto di più che ha la funzione di proteggere, conservare, informare, identificare e fare trovare facilmente il prodotto al consumatore, quindi assolve a una funzione di sicurezza alimentare, di comunicazione, marketing e informazione ed è definito dall'articolo 218 del Decreto Legislativo del 3 aprile 2006.¹⁵

Del *packaging* può essere tutelato *in primis* il *design* sia come opera d'ingegno, tramite il diritto d'autore, se è privo del carattere dell'invenzione, oppure brevettandolo¹⁶ quando invece rappresenti un'invenzione ossia offra una soluzione tecnica nuova e che possa essere replicabile quindi trovare applicazione nell'industria.

Interessante é il caso un po' datato che in Israele ha visto nel 2018 Barilla citare in giudizio Rami Levi¹⁷, che è una delle più grandi catene di supermercati con politiche *low-cost* aggressive, grazie al ricorso a numerosi prodotti di *private label* venduti accanto a quelli noti.

Barilla ha chiesto al Tribunale distrettuale prima e alla Corte Suprema poi di vietare a Rami Levi la vendita delle confezioni di pasta e dei barattoli di sugo marchiati “Olla” una delle sue *private label*, perché a tal punto simili nel *packaging* ai propri da ingenerare confusione nei consumatori.

Barilla chiedeva la protezione in seguito al *pass-off*¹⁸ ossia l'illecito civile commesso dalla catena di supermercati per il fatto di presentare i propri prodotti in maniera errata perché molto simili ai propri, ingenerando questo comportamento un impatto negativo sulla sua attività commerciale, danneggiandone l'avviamento, oppure determinando una perdita di fatturato a beneficio della *private label* o un danno da immagine per essere i prodotti venduti, di qualità inferiore alla propria.

Il Tribunale Distrettuale accolse la richiesta della Barilla per quanto concerne i pacchi di pasta, emanando un'ingiunzione restrittiva nei confronti di Rami Levi, perché la società italiana godeva di una tale popolarità in Israele da consentire ai consumatori di associare la forma, il colore delle confezioni a quel marchio e le piccole differenze presenti sulle confezioni a marchio “Olla” erano state intenzionalmente adottate per sfuggire a possibili reclami di violazione.

Il giudice di primo grado riconobbe la concorrenza sleale per le confezioni di pasta ma non lo stesso per i barattoli di sughi pronti perché disse che era abbastanza naturale che le etichette per il sugo della pasta raffigurassero pomodori, peperoncini e foglie di basilico.

Entrambe le società ricorsero alla Corte Suprema, che accolse l'appello di Barilla estendendo l'ingiunzione anche ai barattoli di salsa e rigettò integralmente quello di Rami Levi, sottolineando come

il fatto che quest'ultima avesse utilizzato *packaging* della Barilla, era indice del *goodwill*¹⁹ acquistato da quest'ultima sul mercato.

Inoltre, la copia degli elementi del *design* da parte di Rami Levi rafforzava l'idea che il prodotto e il *packaging* avessero acquisito fama e riconoscimento tra i consumatori, secondo la Corte: “*Rami Levi ha chiaramente preso spunto dal packaging di Barilla mentre progettava il suo, approfittando della reputazione di Barilla per aumentare le proprie vendite, con una ragionevole probabilità di confusione del pubblico, che può essere indotto ad acquistare i prodotti del convenuto assumendo di acquistare quelli dell'attore a causa di questa similarità visiva.*”

Un'occhiata veloce ai prodotti non lascia spazio ad alcun dubbio, le scatole blu, la tonalità del colore, la loro forma, la finestra trasparente, l'ellissi rossa sono tutti elementi che conferiscono un'apparenza generale che chiaramente richiama il packaging della Barilla”.

Barilla ha chiesto tutela non delle singole componenti, il *design*, il *packaging* ma del *gestalt*²⁰ vale a dire dell'aspetto generale risultante dalla combinazione dei vari elementi, in linea con la giurisprudenza, la quale ha già ritenuto in passato che un prodotto caratterizzato da diversi elementi comuni combinati tra loro possano rappresentare un unico distinguibile e tutelabile.²¹

Quello della Barilla è un tipico esempio di *look alike*, letteralmente “*simile a*” è quel fenomeno di origine angloamericana che è conosciuto anche in Italia, dove si parla di imitazione servile, voluta, di un bene commercializzato per confondere e attirare i consumatori.

È fenomeno diffuso tra i beni di largo consumo, soprattutto destinati alla Grande Distribuzione Organizzata (GDO), come i biscotti, i dentifrici, i saponi, i cosmetici, gli articoli per l'igiene personale, questo perché l'acquisto nei supermercati è rapido e spesso per disattenzione, confusione o perché quello simile ricorda quel prodotto originale, il consumatore acquista l'uno piuttosto che l'altro.

Dal momento che l'ordinamento italiano non prevede una disciplina specifica per il *look alike*, si ricorre alla normativa sui marchi, in particolare a quelli di forma²², a quelli sui modelli e design²³ nonché, molto spesso, alla concorrenza sleale²⁴.

Si pensi ad esempio al caso Colussi contro Elledì, citata quest'ultima per l'imitazione dell'aspetto della confezione dei biscotti “*Gran Turchese*”.

Il Tribunale di Napoli, con ordinanza risalente al 2000, riconobbe tutela alla Colussi intravedendo un *look alike* indipendentemente dal rischio di confusione che ad avviso dei giudici non sussisteva, per il tentativo da parte di Elledì, di creare un'associazione inconscia tra i due prodotti e appropriarsi attraverso quel messaggio di positività associato dai consumatori al biscotto Gran Turchese, degli investimenti di Colussi.

Si parla nel caso di specie non di contraffazione del biscotto ma di imitazione delle componenti della confezione: non era illecito l'uso di una tazza di latte, frollini e il colore turchese sulla confezione di Elledì, perché si trattava di segni banali e descrittivi del prodotto, il punto critico era l'utilizzo di quegli elementi in quella composizione grafica che appariva sulla confezione, perché determinava una similitudine eccessiva rispetto al *packaging* dei biscotti Gran Turchese.

“La confezione Colussi presenta, sulla facciata principale, in alto, per tutta l'estensione, la scritta [di colore] turchese gran turchese, con in un rettangolo giallo, sotto la prima parola, la scritta Colussi e sotto ancora, vi è la scritta il classico dorato frollino; similmente, la confezione della resistente presenta al centro in alto, in un quadrato con i bordi rossi, la scritta (pure con lettere aventi margini rossi) Elledì; sotto, per esteso, le parole Prima Colazione”(quest'ultima con maggiore rilievo dimensionale e grafico)”.

Due ulteriori elementi grafici di similitudine sono il colore turchese, presente in entrambe le confezioni in modo predominante e con le stesse sfumature *“dall'alto verso il basso della confezione”* e *il disegno di una tazza turchese con del latte, entrambe posizionate in basso a destra, dove nel caso della Colussi “vi cadono quattro frollini, di cui uno, nell'intingersi ne increspa la superficie”,* invece nella tazza Elledì *“si vede intingersi un solo frollino, che pure increspa la superficie del latte”*. Poi, in entrambi i casi, sulla sinistra della tazza *“vi sono alcuni frollini alla rinfusa, in una prospettiva tridimensionale (vi è l'ombra) e leggermente obliqua (come se visti dall'alto): due nella confezione Colussi, sei in quella Elledì”*.

L'ordinanza venne riformata in sede di reclamo.

Simile all'ordinanza del Tribunale di Napoli, quella del Tribunale Milano del 21 luglio 2004²⁵, che dichiarò il *packaging* dei tortellini “*Grangusto*” di Morder riprendere il complesso degli elementi che caratterizzavano la confezione del prodotto “*Emiliane*” Barilla.

Qualificò il comportamento della prima come *“diretto ad introdurre elementi di confusione sul mercato”*, e finalizzato ad *“ottenere un agganciamento all'immagine dell'impresa concorrente”*.

Altro caso²⁶ ha riguardato la colla *“Artiglio”* della Wilnra S.a.s contro la *“Super Colla Glue”* della Furore S.a.s, a che importava in Italia una colla venduta in confezioni e tubetti identici a quelli della prima che chiese pertanto la condanna della seconda per concorrenza sleale e violazione del marchio di fatto costituito dal *packaging*.

Nonostante i formati con cui erano commercializzati i prodotti fossero diversi e i tappi dei tubetti avessero colori differenti, il Tribunale di Milano decise che il *packaging* dei prodotti contestati integrava un'imitazione pedissequa, in quanto le confezioni cartonate risultavano identiche in tutti i loro elementi, tranne la denominazione, che però era scritta con lo stesso colore e carattere.

Il Tribunale di Milano ha riconosciuto allora l'ipotesi di concorrenza sleale per imitazione servile e appropriazione dei pregi altrui, con anche il discredito dell'impresa concorrente, dato che il prodotto commercializzato dalla Furore S.a.s era qualitativamente inferiore alla colla Artiglio e che i consumatori, data la similarità delle confezioni, potevano essere indotti a ritenere che provenissero entrambi dallo stesso produttore

Ancora, nel 2023, Barilla ha citato le Aziende Tedesco e Sapori Artigianali per avere messo in commercio i biscotti *“Amiconi”*, *“Gocciolotti”* e *“Maramao”* sotto il marchio *“Il borgo del Biscotto”* che erano molto simili ai *“Pan di Stelle”*, *“Goccioline”* e *“Abbracci”* del Mulino Bianco.²⁷

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza del 15 gennaio 2024, ha ritenuto fondato il ricorso vietando la vendita dei biscotti sopra citata alla Tedesco, questa la motivazione: *le confezioni presentavano “il medesimo colore giallo dello sfondo, ancorché di tonalità differenti; la medesima collocazione dell'immagine del biscotto nella parte anteriore sinistra della confezione, in associazione con immagini ulteriori nella parte destra arretrate in prospettiva, che riproducono gli stessi ingredienti o gli stessi colori degli ingredienti raffigurati nell'omologa immagine della confezione Barilla; lo stesso colore e la stessa collocazione delle scritte relative al nome del prodotto e alla sua descrizione mediante indicazione dell'ingrediente principale, con minime variazioni sul contenuto del claim”*.²⁸

Pur non producendo una confusione tra i prodotti, secondo il Tribunale di Brescia, l'illecito era *“funzionale”* ad attirare l'attenzione del consumatore richiamando l'immagine del prodotto più noto, in tal modo la Tedesco beneficiava degli investimenti pubblicitari fatti negli anni da parte della Barilla perché i propri prodotti acquistassero quella notorietà oggi conosciuta, configurandosi nella fattispecie, un'ipotesi di concorrenza sleale sanzionabile ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c.

¹ Art. 1 Lda: *“Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione”*¹.

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una

creazione intellettuale dell'autore."

2 Si consulti https://winenews.it/it/il-diritto-d-autore-in-cucina-gia-nel-510-a-c-la-legge_329941.

3 Il cosiddetto "*Mock Trial Food and Design*", che vuol dire appunto processo simulato.

4 Si consulti
<https://www.messaggeroveneto.it/cronaca/copyright-sul-risotto-di-marchesi-al-processo-simulato-anche-ponti-oriyoapy>.

5 Questa ricetta, insieme alle altre, sono tutelate dalla Fondazione dello chef, che ha scritto: "*Molti dei piatti considerati storici del Maestro Gualtiero Marchesi - fra questi il Riso, oro e zafferano - sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale [...]. Detti piatti sono dotati di elevato potere distintivo svolgendo una chiara funzione di indicazione di provenienza da Gualtiero Marchesi. Qualsiasi riferimento e/o associazione non autorizzate ai piatti di Gualtiero Marchesi integra una violazione dei diritti di proprietà industriale sia sotto il profilo della disciplina dei marchi che diritto al nome*".

6 Essa comprendeva il linguaggio, l'esposizione degli elementi che costituivano i testi questo erano gli elementi innovativi e originali che dimostravano l'esistenza di un minimo apporto personale dell'autore.

7 Il brevetto riconosce un monopolio temporaneo su una invenzione in relazione a un territorio per il suo sfruttamento economico e dà la possibilità di dedicarsi alla sua applicazione mediante la produzione, importazione, esportazione, vendita, o attuazione del procedimento.

8 Ex art. 45 del Codice della Proprietà Industriale – CPI, sono brevettabili solo quelle idee che siano:

- nuove (non ricomprese nello "stato della tecnica" a livello mondiale);
- non ovvie (non banali per un tecnico medio del settore di riferimento);
- lecite;
- suscettibili di applicazione industriale (riproducibili "meccanicamente" da chiunque e non legate alla particolare competenza o perizia di un tecnico).

9 Si consulti sito dell'Ufficio Brevetti.

10 Si pensi al pandoro con la sua forma attuale è stato brevettato da Melegatti nel 1894 e dal 1914 è diventato di pubblico dominio.

11 *Patent Cooperation Treaty* (acronimo PCT) é il trattato internazionale di cooperazione in materia di brevetti sottoscritto il 19 giugno del 1970 a Washington. L'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (acronimo OMPI), con sede a Ginevra, vigila sulla sua osservanza oltre a essere competente per il deposito unificato di domande di brevetto valide in uno o più degli Stati aderenti al trattato (148 membri al 4 ottobre 2013).

12 È un'organizzazione intergovernativa con sede a Monaco di Baviera, nata il 7 ottobre 1977 sulla base della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo firmata a Monaco di Baviera nel 1973.

13 DORFLES Gillo, *Introduzione al disegno industriale*, Einaudi, Torino, 1972, p. 31.

14 FERRARESI Mauro, *Il packaging, oggetto e comunicazione*, Franco Angeli, Milano, 1999. Egli definisce il *packaging* come una soglia semiotica, che da un lato si rivolge al prodotto per proteggerlo ed esaltarne le caratteristiche migliori e dall'altro si rivolge al consumatore, cercando di instaurare con esso

un dialogo in quel brevissimo istante di tempo che si impiega per percorrere la corsia di un supermercato mentre si guardano distrattamente gli scaffali.

[15](#) Art. 218 del D.L. del 03.04.2016: *“il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere e a proteggere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, e ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo”*.

[16](#) Il brevetto è regolato dal D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30: è il cosiddetto *Codice della proprietà industriale*, a norma dell'articolo 15 della Legge 12 dicembre 2002, n. 273, entrato in vigore del decreto: 19-3-2005.

Art. 2 comma 2: *“Sono oggetto di brevettazione le invenzioni, i modelli di utilità, le nuove varietà vegetali”*.

Art. 2 comma 3: *“Sono oggetto di registrazione i marchi, i disegni e modelli, le topografie dei prodotti a semiconduttori”*.

[17](#) Judgment of the Israeli Supreme Court in Request for Civil Appeal 1521/18 Chain of stores Rami Levi Shivuk HaShikma 2006 Ltd et al. v Barilla G e R Fratelli—SpA, 22 April 2018.

[18](#) Il *“pass-off”* è un illecito civile o un illecito civile strettamente correlato al diritto dei marchi. Il *“pass-off”* si verifica quando un commerciante presenta in modo errato i propri beni o servizi come se fossero quelli di un altro commerciante, o viceversa.

[19](#) *Goodwill* è il termine inglese che indica l'avviamento d'azienda, ovvero il valore aggiunto di un'azienda che va al di là del valore intrinseco (attività materiali più immateriali meno i debiti), esso rientra tra le voci contabili nel bilancio.

[20](#) *Gestalt*, ovvero la capacità di dare una forma nell'atto percettivo originario secondo la teoria elaborata da Werhmeier, formata da una serie di semplici regole che dimostrano cosa concorre nel ricordare un logo e una di queste è proprio *“la legge della vicinanza”* secondo la quale tendiamo ad aggregare in un'unica sintesi o forma gli elementi che sono tra loro più vicini o che noi percepiamo come tali. Ancora, c'è la *“legge della somiglianza”* secondo la quale tendiamo ad associare gli elementi di un campo visivo che percepiamo come più simili tra loro. La somiglianza può riguardare la forma, la dimensione, il colore o la posizione.

[21](#) COLLE Paola, *Il fenomeno del Look-alike Packaging in Italia: tutela e giurisprudenza*, in *Giuricivile* (ISSN 2532-201X), 8, Roma, 2018.

[22](#) Sono disciplinati dall'articolo 7 all'articolo 28 del Codice della Proprietà Industriale.

[23](#) Sono disciplinati dagli artt. da 31 a 44 del Codice della Proprietà Industriale.

[24](#) Ai sensi dell'art. 2598 n. 2 del Codice Civile per concorrenza sleale per appropriazione di pregi, oppure secondo l'art. 2958 n. 3 c.c. per concorrenza sleale per contrarietà alla correttezza professionale.

[25](#) Ordinanza Tribunale di Milano del 21 luglio 2004. ALVANINI Sara, *Concorrenza sleale per look alike*, in *Diritto industriale*, II, 2016, p. 200.

[26](#) Tribunale di Milano del 17 luglio 2015. ALVANINI Sara, *Concorrenza sleale per look alike*, in *Diritto industriale*, II, 2016, p. 196.

[27](https://ilfattoalimentare.it/mulino-bianco-ennesimo-caso-gemelli-diversi.html) Si consulti <https://ilfattoalimentare.it/mulino-bianco-ennesimo-caso-gemelli-diversi.html>.

[28](#) Il *claim* è lo slogan.

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

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/7953](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:heig:56778-7953)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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 | ISSN 3035-4803

Bequest for a Foetus in Iranian Law: A Legal and Conceptual Study

di Hadis Gharibi, Parvin Akbarineh © 08-07-2025



ABSTRACT: The Iranian Civil Code comprehensively addresses the legal framework of testamentary bequests (*wasiyyah*) within Articles 825 to 860. The term *wasiyyah* in Persian embodies dual meanings: as a passive participle, it denotes the subject of the bequest (*mawsi bih*), while as a verbal noun, it signifies the act of making a bequest (*Is?*). These nuanced interpretations find reflection in Qur'anic verses, such as Surah An-Nisa (4:12), which discusses bequests and debts, and Surah Al-Ma'idah

(5:106), which emphasizes the requirement of testimony by two just witnesses upon the act of bequeathing. From a jurisprudential perspective, a bequest constitutes the gratuitous disposition of ownership or usufruct over a tangible asset, effectuated posthumously in favor of a designated beneficiary. This legal act allows the testator to allocate property rights after death, either directly or indirectly. This paper critically examines various forms of bequests under Iranian law, distinguishing between testamentary transfer (*wasiyyah tamliki*) and testamentary covenant (*wasiyyah 'ahdi*). A particular focus is dedicated to the contentious and complex issue of the necessity of acceptance for bequests made in favor of a foetus, exploring doctrinal positions and statutory provisions that govern the representation and legal capacity of the unborn in testamentary contexts. The study aims to elucidate the theoretical foundations and practical implications of foetal acceptance in wills, thereby contributing to a more coherent understanding of inheritance law in Iran.

SUMMARY: 1. Types of Bequest and Their Legal Characteristics - 2. Legal Analysis of Testamentary Transfer and the Status of a Foetus - 3. Views Regarding the Necessity of Acceptance in Testamentary Transfer for Incapacitated Individuals - 4. Conflicting Views Regarding Testamentary Transfer as a Unilateral Legal Act or a Contract - 5. Conditions for the Acceptance of a Foetus in Testamentary Bequests - 6. Necessity of Acceptance by the Foetus in Testamentary Bequests - 7. The Necessity of Acceptance by the Foetal Embryo in Testamentary Bequests - 8. The Necessity of Acceptance by the Foetus in Testamentary Bequests - 9. Critique of the Opinions - 10. Conclusion.

1. Types of Bequest and Their Legal Characteristics

Bequest is divided into two types: testamentary transfer (*tamliki*) and testamentary covenant (*'ahdi*).

- Testamentary Transfer (*Wasiyyah Tamliki*): This type of bequest signifies the transfer of ownership of a tangible asset or its usufruct from the testator (*mawsi*) to another person gratuitously after the testator's death.
- Testamentary Covenant (*Wasiyyah 'Ahdi*): In this type, the testator commissions one or more individuals to perform or manage specific affairs. Therefore, if the effect of the bequest is to create an obligation for the parties, it is termed a testamentary covenant, and when the effect of the bequest is the direct transfer of ownership, it is called a testamentary transfer.

Testamentary covenant itself is divided into two types:

- Covenant over persons: in which the testator designates someone as an executor (*wasi*) for the upbringing and care of a ward (*mawla 'alayh*).
- Covenant over property: which relates to financial bequests.

2. Legal Analysis of Testamentary Transfer and the Status of a Foetus

Testamentary transfer is divided into two categories:

- General Testamentary Transfer: where there is no requirement for acceptance from the beneficiary (*mawsi lah*).
- Testamentary Transfer to Specific Individuals: in this case, the question of whether acceptance is required is a debated topic among jurists and legal scholars.

3. Views Regarding the Necessity of Acceptance in Testamentary Transfer for Incapacitated Individuals

Some scholars believe that testamentary transfer for incapacitated individuals is a unilateral legal act (iqa'). This means that if the transfer is the result of the testator's offer (ijaab), there is no need for acceptance from the beneficiary. In fact, the bequest comes into existence with the testator's declaration (Insha'), and its realization does not require the beneficiary's acceptance. If the beneficiary or beneficiaries do not accept the bequest, this does not mean that the bequest is void, as non-acceptance is not listed as one of the grounds for invalidity in the laws related to bequests.

In legal discussions, the concept of acceptance (qubul) is recognized as one of the fundamental pillars of contracts ('uqud). However, within the context of testamentary transfer (wasiyyah tamliki), the necessity of acceptance might introduce legal complexities. Many legal scholars hold the view that every form of acceptance in legal instruments is not interpreted in the same way, and this point does not necessarily mean that acceptance in testamentary transfer can be considered as transforming it into a contract. For example, in the case of a commercial bill of exchange (baraat tejari), where "acceptance" signifies its acknowledgment but does not necessarily lead to the formation of a contract, it demonstrates that even such an acceptance cannot be regarded as constituting a legal agreement. In this regard, according to some, the issuance of a testamentary transfer operates according to similar rules, and its susceptibility to acceptance cannot cause it to be transformed into a contract. In this context, it should be noted that the beneficiary's acceptance in testamentary transfer does not inherently have the capacity to alter the nature of the bequest as a unilateral legal act (iqa'). Based on this, the beneficiary's acceptance can be considered similar in level to the acceptance of inheritance. In other words, by expressing consent and acceptance, the beneficiary is essentially acting to establish and formalize their ownership under the influence of the testator's will. From the perspective of one author, the creation of a bequest (Insha' wasiyyah), albeit incomplete, generates a form of proprietary authority over one's property that allows the beneficiary to recognize their interests by declaring consent and thereby complete their ownership. For this reason, it can be concluded that testamentary transfer is a conditional unilateral legal act contingent upon the testator's death, because the subject of the bequest only gains validity upon the beneficiary's acceptance.

4. Conflicting Views Regarding Testamentary Transfer as a Unilateral Legal Act or a Contract

There are differing opinions among legal scholars regarding whether testamentary transfer to specific individuals can be categorized under contracts or should be considered a unilateral legal act, providing varying answers. For example, one group believes that a bequest is only recognized as a contract when the attribution of ownership is the result of voluntary agreements between the testator and the beneficiary. This theory emphasizes that even if the date of transfer of ownership is prior to acceptance due to specific laws or the terms of the agreement, this matter should justify the transfer of ownership. Article 827 of the Civil Code clearly confirms the necessity of the beneficiary's acceptance in testamentary transfer, stating under this article that "Ownership by virtue of a bequest is not realized except with the acceptance of the beneficiary after the testator's death." This text highlights several legal points, including the necessity of acceptance for the realization of the bequest. In the same vein, another author emphasizes that based on the wording of the article and its history in jurisprudence, the conclusion is that testamentary transfer should be considered among contracts, and the theory of it being a unilateral legal act appears difficult to support.

5. Conditions for the Acceptance of a Foetus in Testamentary Bequests

The conditions related to a foetus subject to bequest are generally similar to those applicable to a foetus recognized as an heir, which has been extensively discussed in inheritance law. Here, a brief overview of the key aspects of these conditions is provided. In the context of testamentary transfer (wasiyyah

tamliki), the discussion involves three primary parties: the testator, the subject of the bequest, and the beneficiary — the individual in whose favor the bequest is made. According to Article 826 of the Civil Code, the testator is the person who makes the bequest, and the beneficiary is the individual for whose benefit the bequest is made. Therefore, this article focuses explicitly on the beneficiary, who in this case is the foetus.

Without doubt, the validity of a bequest for a foetus is universally accepted. Essentially, a bequest constitutes a transfer of rights and assets from the testator to the beneficiary upon the testator's death, similar to the transfer of property to heirs. The foetus, recognized legally as beneficiary, has the capacity to inherit and thus is entitled to the bequest. However, the validity of the bequest is conditional upon the beneficiary meeting certain requirements at the time the bequest becomes effective, making them entitled to the bequeathed property. These conditions are addressed in two relevant articles of the Civil Code: Article 850, which states that the beneficiary must exist and be capable of owning the bequeathed property; and Article 851, which confirms that a bequest to a foetus is valid but qualifies the foetus's ownership on their live birth.

From these two provisions, it is clearly inferred that the moment of creating the bequest must coincide with the foetus's conception having occurred, and the foetus must be born alive. These two conditions have been comprehensively discussed in succession law. In cases where a woman carries multiple fetuses, the bequest remains valid for all fetuses provided they are born alive, and the bequeathed property is divided equally among them. For instance, if one foetus is born alive and another is stillborn, the bequest is valid only for the live-born foetus, and their share passes to their heirs. No distinction is made between male and female fetuses in this distribution, unless specifically stipulated in the will to the contrary.

Various juristic opinions have been expressed on this topic. For example, Shahid Thani emphasizes that if several fetuses come into existence, the bequeathed property is to be equally divided among them regardless of gender differences. Similarly, jurists such as Allameh Hilli and the author of "Bolughat al-Fuqaha" have noted this point. According to Article 853 of the Civil Code, if there are multiple and definite beneficiaries, the bequeathed property must be equally distributed among them unless otherwise specified by the testator.

An important consideration is that if a foetus is stillborn, the bequest becomes void, meaning the bequest is deemed never to have taken effect. However, if the foetus is aborted due to a criminal act, Article 853 dictates that the bequeathed property transfers to the foetus's heirs, unless the crime legally prevents inheritance. Issues concerning doubt about the foetus's life at birth and disputes over the timing of conception are covered in detail within inheritance law. Articles 876 and 877 of the Civil Code provide that if there is uncertainty about life at birth, inheritance provisions do not apply, and in cases of disputed timing of conception, the legal evidences established for proving lineage should be considered.

6. Necessity of Acceptance by the Foetus in Testamentary Bequests

Previously, we concluded that testamentary transfer (wasiyyah tamliki) is regarded as a contract and therefore requires the acceptance of the beneficiary (moosi lahu) as one of its essential elements. Since the bequest is made in favor of a foetus, the question arises as to whether the foetus, as the beneficiary, is able to express acceptance of the bequest. In other words, is acceptance required, and if so, which party among the stakeholders is obliged to declare it?

The Civil Code makes no explicit reference or direct statement on this issue and remains silent in this regard. However, legal analysis indicates that testamentary transfer, as a prominent example of civil rights exercising over the foetus, can be divided into two scenarios: first, bequests for general categories or to unspecified persons, where acceptance by the beneficiary foetus is not possible; and second,

bequests for specified beneficiaries, where acceptance is both possible and necessary. In the former case—commonly known as testamentary bequests to general titles or non-enumerated individuals—declaration of acceptance is not obligatory. Conversely, in the latter case, where specific beneficiaries are designated, acceptance is an undeniable component.

From the perspective of some jurists, the rationale for the absence of a requirement for acceptance in the first case is grounded in the impossibility of expressing acceptance on behalf of the foetus. Hence, these types of bequests are classified alongside those not necessitating acceptance. Opposing views argue that even if the foetus is unable to provide acceptance directly, it remains possible for the foetus to act through legal substitutes—such as guardians or representatives—who can perform the acceptance on its behalf. This standpoint is based on the recognition that the foetus holds a set of rights as a beneficiary and that certain representatives possess the legal capacity to act in this context.

The issue at hand is the examination of representing the foetus's legal position in different situations, both prior to and after birth. While the foetus cannot act directly at present, it is expected that parents or a legal proxy might perform acceptance on its behalf. In other words, if acceptance of the bequest on behalf of the foetus is possible, then the requirement for acceptance logically follows.

Ultimately, extant viewpoints can be categorized as follows: one group asserts that the necessity of acceptance is valid based on the existing circumstances and therefore insists that acceptance must occur wherever feasible. Another group contends that even if the foetus lacks the capacity to accept by virtue of being unborn, the bequest in its favor is not valid regardless, and thus acceptance is unnecessary.

Generally, these discussions represent a critical dimension within the domains of inheritance and testamentary law that demand careful, nuanced consideration. Given the significance of the foetus's rights as a legal claimant, appropriate legislative and juridical measures should be enacted to ensure these vulnerable rights are effectively protected. Emphasizing reforms in laws and regulations concerning testamentary transfers, alongside comprehensive consideration of all legal aspects, could substantially strengthen the rights of the foetus and promote justice throughout legal processes.

7. The Necessity of Acceptance by the Foetal Embryo in Testamentary Bequests

The issue of acceptance in testamentary bequests made in favor of the foetus is among the most complex and challenging matters in the fields of inheritance and testamentary law. Some jurists hold the view that acceptance in relation to the foetus is not necessary under any circumstances. Their reasoning stems from the fact that prior to birth, the foetus cannot act as a legal representative (q?'im maq?'m), and accordingly, the question of acceptance cannot arise even after birth. From this perspective, if the foetus is born alive and subsequently dies, its heirs may rightfully exercise ownership over the bequeathed property without the need for acceptance. This viewpoint also draws support from statutory provisions and juristic statements which explicitly affirm that "a testamentary bequest for the foetus is valid, but ownership is conditional upon live birth." It is inferred from this wording that there is no explicit requirement for acceptance, and the silence on this matter implies the absence of any obligation for the foetus or its legal representatives to manifest acceptance.

Sheikh Ansari, irrespective of whether the beneficiary (moosi lahu) is a foetus or an individual born subsequently, maintains that when the testator executes a will and subsequently passes away, ownership of the bequeathed property is transferred to the beneficiary through the expression of intent (offer — 'ijab'). In fact, in this situation, only the consent of the beneficiary analogous to acceptance in a gift (hiba) is operative and effectuates the property transfer. He further stresses that this acceptance constitutes one of the factors effecting the transfer of ownership. Should the beneficiary die prior to acceptance, the heirs of the beneficiary, according to the predominant view in Shi'a jurisprudence, may

accept the testamentary bequest. This applies regardless of whether the beneficiary's death occurs before or after the testator's demise. This doctrine rests on the principle that ownership rights created by the testator's offer (ijab) are transferable and may be inherited.

One author, critiquing this theory, points out that the fundamental problem particularly arises when the bequest is made in favor of a foetus, as the foetus prior to birth has no legal guardian who can act on its behalf to accept the bequest. In such cases, it may be asserted that the absence of need for acceptance resembles the case of bequests to unspecified persons. Hence, if the foetus dies immediately after birth before having an opportunity to accept the bequest, its heirs can obtain ownership rights to the bequeathed property without acceptance. Those advocating that acceptance is unnecessary for testamentary bequests to the foetus do not differentiate between a born human and a foetus and maintain that in both cases, the testamentary act (iq?) itself suffices without the need for acceptance. They also observe that the foetus, by virtue of lacking legal guardianship, cannot perform acceptance directly, thereby negating the necessity of such acceptance.

The author of "Had?eq"—after presenting the views of those requiring acceptance—asserts that in principle, the essence of testamentary bequest does not mandate acceptance, and no definitive religious texts impose this obligation. Furthermore, some texts explicitly indicate the lack of necessity for acceptance. He emphasizes that testamentary bequests in favor of the foetus are among cases where, according to many scholars, approval from the beneficiary or his guardian is not required. When challenged with the argument that since the foetus has a guardian, why cannot the guardian accept the bequest on its behalf, the response is that in public affairs, a general guardian (the ruler) exists; therefore, the question arises whether the ruler cannot accept the bequest?

Similarly, the author of "Jaw?hir" discusses various opinions regarding the conditions of acceptance by the foetus in testamentary bequest and their critiques, ultimately concluding that acceptance does not appear to be a necessary condition in bequests made to the foetus.

8. The Necessity of Acceptance by the Foetus in Testamentary Bequests

In this domain, some scholars maintain that acceptance is unequivocally necessary. This viewpoint is grounded in the premise that not only after birth but even before birth a foetus can be conceived as a legal representative (q?'im maq?m), and consequently, acceptance from this perspective is both possible and therefore obligatory. Many Islamic jurists have deliberated upon whether acceptance is required for the foetus as the beneficiary (moosi lahu). The majority concur that acceptance is compulsory, since testamentary transfer (wasiyyah tamliki) constitutes a type of contract, and it makes no difference whether the beneficiary is a foetus, a child, or an adult. As noted in previous discussions, none of the jurists have explicitly stated that such acceptance may be effected prior to birth by the foetus's legal guardian acting on its behalf. Nonetheless, a number of legal scholars have addressed this point and argue that acceptance of the testamentary transfer can indeed occur before the foetus's birth, which may even be advantageous for its interests.

There is no doubt or controversy regarding the foetus's capacity as a legal representative after birth, since newborn children are entitled to representation through various institutions such as guardianship (wilayah qahri), trusteeship (wasayah), and custody (qiyamah), which manage their affairs. However, in the prenatal phase, since the foetus does not yet possess independent life and its legal personality remains uncertain and precarious, conceptualizing legal representation for it encounters certain doubts. Nevertheless, the foetus may be recognized as a party holding rights and obligations. In this context, assuming the foetus possesses the capacity to own property, there arises a necessity for an individual who can manage its assets and affairs on its behalf.

Interestingly, it is incongruous to acknowledge the foetus's legal capacity on the one hand and

simultaneously cast doubt on the notion of its legal representation on the other. Under civil law, if the foetus is classified within the category of minors under legal age, its representatives may be assumed to act as its legal guardians. Ultimately, Article 103 of the Law of Personal Status explicitly dispels any uncertainty, stipulating that “Beyond the cases in which appointing a trustee (amin) is necessary according to civil law, the amin shall also be designated in the following instances:

- For managing the inheritance share possibly accruing to a foetus from the deceased’s estate, in the absence of a guardian (wali) or trustee (wasi) for the foetus.
- For administering properties allocated for public uses that lack management.

In brief, this article not only permits the conception of legal representation for the foetus prior to birth but also assigns the administration of its assets successively to the guardian (wali qahri), trustee (wasi), and trustee (amin). Although this provision explicitly refers to inheritance rights of the foetus, it is evident that the notion of inheritance is not narrowly defined here. Given the uniformity of criteria and the content of the article, its applicability extends to all assets legally belonging to the foetus. Several authors in civil law have cited this provision accordingly. Moreover, Dr. Katouzian asserts that “The provisions of Article 103 of the Law of Personal Status indicate that the foetus also has a guardian or trustee, and may have an appointed amin for managing its assets. Therefore, testamentary bequests to the foetus are possible under any circumstance, and there exists no justification for exempting it from general legal rules.” He further illustrates the point with several examples, such as when a grandfather or uncle makes a bequest for the foetus stipulating, “If Ms. Maryam proceeds to childbirth and the newborn is named, the apartment registered under title number 66/1214 shall belong to the newborn.” In such a scenario:

If the foetus has a father or grandfather, the guardian (wali) may accept the testamentary bequest on its behalf.

If the father or grandfather is deceased and a custodian (qayyim) has been appointed for the foetus, the custodian shall accept the bequest.

In cases where the father or paternal grandfather has appointed a trustee (wasi), the trustee is authorized to accept the testament.

Moreover, if a trustee (amin) has been designated to manage the foetus’s assets, this trustee shall accept the will.

In this context, reference to Article 103 of the Law of Personal Status and the general provisions regarding the incapacity of legally incapacitated persons holds significant importance, as these matters directly affect the power to accept a testamentary bequest. It should be noted, however, that a custodian is not formally appointed for the foetus; rather, an individual is designated as an amin (trustee) who performs duties akin to those of a custodian. Dr. Emami also highlights that, given the statutory provisions on guardianship (wilayah) and custody (qayyamat), as well as Article 103 of the Law of Personal Status, the amin is also empowered to accept the bequest prior to the foetus’s birth.

9. Critique of the Opinions

In light of the foregoing arguments and the prevailing juristic opinion that explicitly affirms the contractual nature of testamentary bequest and the necessity of acceptance by the beneficiary (moosi lahu), even if the beneficiary is a foetus, the first viewpoint (denying the necessity of acceptance) is rendered untenable. Although the second opinion appears more reasonable than the first, it remains insufficient. Therefore, the third opinion—which attributes legal representation to the foetus both before and after birth and consequently considers acceptance mandatory—is the most coherent and logically sound.

Overall, the issue of acceptance by the foetus in testamentary bequests demands thorough and careful examination, as from both legal and jurisprudential perspectives, the matter encompasses multiple

dimensions that may yield varying conclusions. Considering the points discussed above, it can be concluded that acceptance by the foetus is not only possible but in certain cases necessary, and the rights and interests of the foetus should always be fully safeguarded.

10. Conclusion

This study highlights the intricate legal and jurisprudential dimensions surrounding testamentary bequests made in favor of the foetus under Iranian law. While the Iranian Civil Code and Islamic jurisprudence recognize the validity of such bequests conditional upon the foetus's live birth, divergent views persist regarding the necessity of acceptance by the foetus or its legal representatives. The dominant opinion in Shi'a jurisprudence aligns acceptance as an essential element akin to contractual consent, emphasizing that the foetus should be considered a legal subject capable of representation both before and after birth. Statutory provisions, notably Article 103 of the Law of Personal Status, support this existential legal representation by appointing guardians, trustees, or an amin to manage the foetus's rights and accept testamentary gifts on its behalf prior to birth.

Conversely, opposing views challenge the feasibility of pre-birth acceptance, citing the foetus's lack of independent legal personality and guardianship before birth. However, this paper argues that such concerns are mitigated by the provisions enabling legal representation and by analogy to other protected incapacitated parties, thus underscoring both the possibility and in many cases the necessity of acceptance.

Ultimately, the acceptance of testamentary bequests in favor of the foetus is not merely a theoretical issue but holds substantive legal significance in safeguarding the rights and interests of the unborn. The nuanced approaches identified reveal the need for a coherent legal framework that balances doctrinal principles with practical protections. This study thereby contributes to a comprehensive understanding of inheritance law in Iran and illuminates avenues for future legislative and scholarly attention to strengthen the legal status of the foetus within the ambit of testamentary succession.

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

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/7947](https://nbn-resolving.org/urn:ark:/56778/7947)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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 | ISSN 3035-4803

Stakeholder e mediazione ex art. 5 sexies D.Lgs. n. 28/2010 novellato

di Mariacristina Tammaro © 08-07-2025



ABSTRACT: Il presente lavoro, partendo da una breve definizione della figura degli stakeholder all'interno delle imprese e degli Enti Pubblici, analizza la possibilità di individuare le Camere di Mediazione come stakeholder interni, alla luce dell'art. 5 sexies del D.lgs. n. 28/2010 novellato. Rileva in particolare l'utilità dello strumento della mediazione e la piena attuazione della normativa in materia di mediazione, anche nell'ambito della Pubblica Amministrazione, nell'ottica di consentire notevoli risparmi economico-finanziari, nonché importanti vantaggi, anche in ordine alla pianificazione e programmazione delle attività dell'Ente Pubblico.

SOMMARIO: 1. Definizione, individuazione e gestione degli stakeholder - 2. Art. 5-sexies: mediazione su clausola contrattuale o statutaria - 3. L'utilizzo della mediazione da parte della Pubblica Amministrazione ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010 - 4. Mediazione "demandata" dal Giudice - 5. La "paura" della firma e l'amministrazione "difensiva".

1. Definizione, individuazione e gestione degli stakeholder

Il termine stakeholder mutuato dalla lingua inglese può essere tradotto come "*parte interessata*" o meglio ancora come "*parte portatrice di interessi*". Il termine identifica chiunque abbia un interesse di qualche tipo in un progetto o in un'azienda.

Uno stakeholder è una persona, un gruppo, un'organizzazione con un interesse preciso nel processo decisionale e nelle attività di un'azienda di un'organizzazione di un progetto. Gli stakeholder possono essere già membri dell'organizzazione/azienda stessa oppure possono non avere alcuna affiliazione ufficiale. Possono avere un'influenza diretta o indiretta sulle attività o sui progetti di un'organizzazione, solitamente esprimono preoccupazioni e sono coinvolti nell'attività di un'organizzazione/azienda. Il loro supporto è spesso necessario per il successo aziendale e del progetto.

Ai fini della corretta identificazione di chi o cosa sia uno stakeholder sovrviene la norma ISO 26000, che regola gli standard internazionali relativi alla responsabilità sociale di impresa, e detta tra le altre cose, i criteri per la corretta identificazione di uno Stakeholder.

Sulla base di questi criteri, si possono quindi far rientrare tra gli stakeholder i seguenti soggetti: Clienti, Dipendenti, Investitori, Creditori, Fornitori, Consiglio di amministrazione, Organizzazioni senza fini di lucro, Enti governativi. La lista non è esaustiva ma solo esemplificativa di quali siano i portatori di interessi.

Gli stakeholder possono essere interni (primari o chiave) ed esterni (secondari). Possono avere connessioni più o meno forti con l'azienda ed esprimono il loro interesse verso l'azienda in base alla loro tipologia; hanno interesse nel buon andamento dell'azienda per scopi occupazionali e ai fini del gettito fiscale; possono influenzare il buon andamento aziendale, in quanto possono anche avere un'influenza diretta sui risultati economici dell'azienda.

Gli stakeholder interni (primari o chiave) sono quelli all'interno di un'azienda il cui interesse deriva dall'occupazione diretta, dalla proprietà o dagli investimenti, si tratta di parti interessate, interne di un'azienda o di un progetto e vengono definiti stakeholder primari o stakeholder chiave, perché hanno un interesse diretto e un ruolo importante nel successo dell'azienda o del progetto.

Un'azienda è un sistema costruito sulle relazioni.

Affinché un'azienda abbia successo, deve creare valore o essere un motore di valore per i proprietari o gli azionisti. Le componenti chiave nello stakeholder management includono: l'identificazione degli stakeholder, l'analisi degli stakeholder, la classificazione degli stakeholder, il coinvolgimento degli stakeholder.

Nella procedura di identificazione, analisi coinvolgimento degli stakeholder si tenderà l'approccio alla materia della mediazione civile post riforma Cartabia, alla luce dell'art. 5 sexies del D.Lgs. n. 28/2010, e della proponibilità e svolgimento della mediazione nei confronti della P.A.

L'art. 1, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 28/2010 definisce la mediazione come *“l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”*.

Si tratta di uno strumento di Alternative Dispute Resolution (A.D.R.), che mira al raggiungimento di un accordo tra le parti, finalizzato a scongiurare il contenzioso.

La tematica dell'utilizzo, da parte della pubblica amministrazione, dell'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, è argomento di rilevante importanza, e, nonostante la sussistenza di alcuni profili di criticità, la mediazione rappresenta, anche per la P.A., un'importante opportunità, volta alla pacificazione sociale e ad evitare, laddove possibile, il procedimento giurisdizionale, con relativo risparmio di denaro da parte della collettività.

La Mediazione rappresenta per le aziende pubbliche, private e per la stessa PA un formidabile strumento di deflazione del contenzioso, e nello scenario ridisegnato dalla riforma Cartabia che ha radicalmente innovato il D.Lgs. n. 28/2010, la Camera di Mediazione, individuata ai sensi dell'art. 5 sexies, può diventare uno stakeholder, interno, o primario, nei confronti delle imprese e nei confronti della PA., in quanto fornitore di un servizio.

2. Art. 5-sexies: mediazione su clausola contrattuale o statutaria

L'art. 5 sexies del D.Lgs. n. 28/2010 stabilisce: *“1. Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo dell'ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Se il tentativo di conciliazione non risulta esperimentato, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte entro la prima udienza, provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. 2. La domanda di mediazione è presentata all'organismo indicato dalla clausola se iscritto nel registro ovvero, in mancanza, all'organismo individuato ai sensi dell'articolo 4, comma 1”*.

La norma, come tutto l'impianto della riforma, ha lo scopo di incentivare il ricorso all'istituto della mediazione ampliandone l'applicazione anche attraverso il riconoscimento del potere di inserirla negli accordi di natura contrattuale o societaria, e stabilisce che quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo di un ente pubblico o privato al loro interno contengono una clausola che prevede l'esperimento della mediazione, come tecnica di risoluzione delle controversie, la stessa deve intendersi come condizione di procedibilità della domanda.

Ne consegue che, se la mediazione prevista nello statuto o nel contratto resta lettera morta, perché le parti di fatto non la esperiscono, spetterà al Giudice, su eccezione di parte, da sollevarsi entro la prima udienza, rinviare quest'ultima a una data successiva a quella della scadenza del termine di cui all'articolo 6, che prevede la durata massima della mediazione di sei mesi prorogabili di altri tre.

Se la mediazione è obbligatoria o è demandata dal Giudice, la proroga è consentita solo una volta per ulteriori tre mesi.

L'ultima disposizione del nuovo art. 5-sexies prevede inoltre l'applicazione dei commi 4, 5 e 6 dell'art. 5 come modificato dalla riforma.

Ne consegue che, anche in questo caso, visto che la mediazione prevista dalla clausola contrattuale, statutaria o dall'atto costitutivo è condizione di procedibilità della domanda, questa, al pari dei casi in cui la stessa è condizione di procedibilità prevista dalla legge, si considera avverata anche se il primo incontro tra le parti davanti al mediatore si conclude senza l'accordo.

Non solo, lo svolgimento della mediazione civile e commerciale prevista da clausole statutarie o

contrattuali non è di ostacolo alla concessione di provvedimenti cautelari, anche di tipo urgente così come non preclude la trascrivibilità.

Escluse infine le previsioni contenute dal comma 1 dell'art. 5 e nell'art. 5 quater alla mediazione contrattuale o statutaria.

L'art. 5-sexies, per quanto riguarda la competenza dell'organismo di mediazione, riconosce alle parti la possibilità di sceglierne uno a loro piacere, ovviamente a condizione che lo stesso venga indicato nella clausola contrattuale o statutaria e che risulti iscritto nel Registro degli organismi di mediazione.

Se poi le parti omettono questa indicazione specifica dell'Organismo, interviene la legge a supplire a questa lacuna, prevedendo l'obbligo delle parti di rivolgersi a quello indicato dall'art. 4 comma 1, ossia all'organismo che si trova nel luogo del giudice competente territorialmente in relazione alla controversia.

La facoltà concessa alle parti di scegliere un Organismo di Mediazione a loro piacere, ovviamente a condizione che lo stesso venga indicato nella clausola contrattuale o statutaria, determina che l'Organismo così indicato diventa uno stakeholder, un fornitore di servizi con un interesse preciso nel processo decisionale e nelle attività dell'azienda.

In quanto fornitore di un servizio, l'interesse dell'Organismo di Mediazione sarà quello di essere indicato come stakeholder nei contratti e di mettere a disposizione degli imprenditori e della PA mediatori capaci di fornire soluzioni alternative al contenzioso, a vantaggio, in termini di tempi e di costi, delle aziende, della P.A., del privato cittadino.

3. L'utilizzo della mediazione da parte della Pubblica Amministrazione ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010

La normativa in materia non prevede un'eccezione per la p.a. riguardo all'obbligatorietà della conciliazione nelle materie di cui all'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28/2010. Per tale ragione, può affermarsi che la suddetta disciplina trovi applicazione anche in riferimento al settore pubblico.

In particolare, la Circolare n. 9 del 10.08.2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica fornisce le Linee Guida per le PP.AA. di cui all'art. 1, comma 2, D.lgs. n. 165/2001, in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali.

Come precisato nella Premessa di tale Circolare (e conformemente a quanto previsto dall'art. 1, comma 2, della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21.05.2008), rientrano nel novero delle controversie disciplinate dal D.Lgs. n. 28/2010 esclusivamente quelle che implicino la responsabilità della P.A. per atti di natura non autoritativa.

Va precisato che, ai sensi dell'art. 3 della Circolare, resta ferma l'applicabilità della disciplina speciale in materia di conciliazione nelle controversie di lavoro di cui all'art. 410 c.p.c., come sostituito dall'art. 31, co. 1, L. n. 183/2010, relativo anche alle controversie inerenti ai rapporti di lavoro alle dipendenze della PA.

È fatta salva, inoltre, ai sensi del medesimo art. 3, la disciplina concernente le controversie sull'equa ripartizione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, ai sensi della L. n. 89/2001 (Legge Pinto), in quanto il potere giurisdizionale rientra nell'esercizio dell'attività amministrativa di natura autoritativa.

L'obbligatorietà dell'istituto della mediazione civile e commerciale da parte della PA trova conferma, altresì, in numerose pronunce giurisprudenziali. In particolare, si veda tra gli altri, quanto precisato dal Tribunale di Roma, in data 10/03/2016.^{[1](#)}

Nella pratica si è registrato un atteggiamento spesso prudente, da parte della PA, nei confronti della mediazione civile e commerciale, probabilmente dovuto al timore, da parte dei pubblici dipendenti ed amministratori, di dover, eventualmente, rispondere di danno erariale (cosiddetta amministrazione difensiva).

Tuttavia, occorre considerare che, qualora la PA non utilizzi l'istituto della mediazione, la spesa pubblica potrebbe rivelarsi maggiore, laddove risulti la responsabilità ab origine dell'amministrazione.

Si pensi, in particolare, a quanto previsto dall'art. 8, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 28/2010, in virtù del quale, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

Inoltre, il Giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, non abbia partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento, all'entrata del bilancio dello Stato, di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

Senza dimenticare quanto previsto dall'art. 96 c.p.c., in materia di responsabilità aggravata, secondo cui, qualora risulti che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni. Inoltre, in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ex art. 91 c.p.c., il Giudice, anche d'ufficio, può condannare la parte soccombente anche al pagamento, a favore della controparte, di una somma determinata secondo equità.

Oltre a queste considerazioni, non va taciuto che attraverso l'uso della mediazione, anche il cittadino è maggiormente tutelato, in quanto gli viene data la possibilità di vedere, eventualmente, riconosciuto un proprio diritto in tempi ben più brevi rispetto a quelli relativi ai tre gradi di giudizio. La qual cosa, incide positivamente anche sulla qualità della vita dell'utente, al quale ne deriva un vantaggio dato dal minore stress determinato dal venir meno della conflittualità.

Dal punto di vista della PA, va considerato che l'entità del contenzioso e la sua antieconomicità, in termini di tempi e di costi, ha dei riflessi negativi anche sulla pianificazione e programmazione delle attività degli enti pubblici.

Nella pratica, infatti, gli amministratori degli enti pubblici sono, spesso, costretti ad effettuare riconoscimenti di debiti fuori bilancio che, in numerosi casi, derivano da sentenze sfavorevoli per l'ente.

Tuttavia, non va sottaciuto che alcuni profili dell'applicabilità della normativa in materia di mediazione civile e commerciale alla PA appaiono, tuttora, oscuri.

In particolare, l'art. 5, lett. a), della Circolare n. 9 del 10.08.2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica, precisa che la procedura di mediazione rientra tra quelle non riconducibili alla tutela legale contenziosa in senso stretto.

Pertanto, l'intervento dell'Avvocatura dello Stato non è previsto, qualora l'Amministrazione compaia dinanzi ad un organismo di mediazione.

Solo in casi assolutamente eccezionali, giustificati dalla particolare rilevanza della potenziale controversia, l'Avvocatura dello Stato, a fronte della richiesta avanzata dall'amministrazione interessata, valuta se intervenire nella procedura di mediazione, *"in ogni caso non sostituendo ma affiancando il rappresentante dell'amministrazione"*.

Questa previsione è stata ritenuta da alcuni in contrasto con quella relativa all'obbligatorietà dell'assistenza dell'Avvocato, introdotta dalla L. n. 98/2013 (che ha così modificato l'art. 8, co. 1, D.Lgs. n. 28/2010), qualora l'Ente pubblico si presenti innanzi all'Organismo di mediazione.² Tuttavia, come si

dirà nelle conclusioni, il contrasto è solo apparente.

A conferma dell'importanza e della utilità dello strumento della mediazione nei rapporti con la PA, si tenga conto del fatto che l'accordo sottoscritto in mediazione, dalle parti e dagli Avvocati costituisce titolo esecutivo (ex art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 28/2010).

Per questi motivi, l'utilizzo dell'istituto della mediazione da parte della PA si rivela comunque di fondamentale importanza, nelle ipotesi nelle quali sia previsto come condizione di procedibilità, e in tutte le altre ipotesi in cui la PA è coinvolta in una controversia.

Rientra nella discrezionalità della PA, infatti, la scelta di inserire, nei propri contratti (ad es., di appalto o di somministrazione), clausole di mediazione, e art. 5 sexies del D.Lgs. n. 28/2010.

In tutte le ipotesi in cui la mediazione avvenga nella fase precontenziosa, la stessa presenta particolari vantaggi, specialmente da un punto di vista economico e di pacificazione sociale.

4. Mediazione “demandata” dal Giudice

Lo strumento della mediazione si rivela utile anche in ipotesi di mediazione “demandata” dal Giudice (o ex officio judicis), di cui all'art. 5 quater, D.Lgs. n. 28/2010, cioè in un momento in cui il processo sia già stato instaurato.

All'uopo si rappresenta che il “Decreto del Fare”³ ha introdotto, nel nostro ordinamento giuridico, la mediazione “demandata” obbligatoria, promossa dal Giudice.

Orbene, così come nel caso di mediazione obbligatoria nelle materie espressamente elencate dal Legislatore, anche qualora non venga avviata la mediazione disposta dal Giudice è prevista la sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale; inoltre il Giudice può applicare l'art. 5 quater, D.Lgs. n. 28/2010, anche in ordine a materie non previste dalla legge come obbligatorie.

Nella mediazione demandata, la valutazione relativa all'opportunità ed al momento in cui la mediazione debba essere effettuata, è lasciata al Giudice, il quale, solitamente, nella prassi, “invita” le parti alla mediazione successivamente al deposito della relazione del CTU.

Rispetto alla normativa previgente, che prevedeva un mero “invito” da parte del giudice (cosiddetta mediazione delegata) alle parti (le quali potevano, quindi, rifiutare), attualmente, se il giudice “demanda”, le parti sono obbligate a tentare la mediazione.⁴

Per questi motivi, anche in ipotesi di mediazione demandata, la PA ed il cittadino pervengono in tempi più brevi ad una risoluzione della controversia, con relativi risparmi economici ed una minor durata della conflittualità sociale.⁵

5. La “paura” della firma e l'amministrazione “difensiva”

L'utilizzo dell'istituto della mediazione da parte dei pubblici dipendenti ed amministratori è stato, spesso, frenato dalla cosiddetta “paura della firma”, cioè dal timore di incorrere in responsabilità (in particolare, amministrativo-erariale) a causa di comportamenti colposi.

All'uopo va richiamata la riforma apportata dalla L. 639/1996 all'art. 1, comma 1, della L. n. 20/1994, che aveva limitato la responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti che provocino danni all'Erario alle sole condotte caratterizzate da “dolo o colpa grave”.

Tale previsione costituiva una deroga al principio generale della responsabilità per “dolo o colpa” (che

comprende, appunto, anche la colpa lieve).

Successivamente, il *Decreto Semplificazioni* ha, ulteriormente, modificato la normativa, aderendo ad una tesi minoritaria emersa nella giurisprudenza contabile. In particolare, l'art. 21, comma 1, del D.L. n. 76/2020 ha integrato il disposto dell'art. 1, comma 1, della L. n. 20/1994, specificando che *"la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"*, oltre alla volontarietà della condotta antidoverosa.

Pertanto, l'elemento soggettivo del dolo deve essere riferito all'evento dannoso in chiave penalistica (art. 43 c.p.) e non in chiave civilistica (c.d. dolo contrattuale o in adimplendo).

Inoltre, il capoverso dell'art. 21 del D.L. n. 76/2020, contiene una disposizione transitoria, in virtù della quale, fino al 31.07.2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Magistratura contabile in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità viene limitata esclusivamente al dolo in relazione alle condotte commissive ma non anche in ordine alle condotte omissive.

L'introduzione di tale norma non è stata esente da critiche, in quanto, sostanzialmente, appresta una tutela maggiormente efficace nei confronti dei dipendenti ed amministratori pubblici che abbiano agito con grave superficialità e sanziona, di fatto, coloro che, invece, siano semplicemente rimasti inerti.⁶

6. Conclusioni

Appurato che l'istituto della mediazione civile e commerciale risulta applicabile anche alla PA, si può validamente ritenere che la mediazione può essere utilizzata non soltanto nelle materie espressamente indicate dal Legislatore, ovvero nei casi in cui la stessa costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, bensì anche nelle materie non indicate, qualora la PA, come anche l'impresa privata, inserisca, all'interno dei contratti da essa stessa stipulati, la c.d. clausola di mediazione.

In entrambe le ipotesi, l'istituto della mediazione si rivela particolarmente utile, sia per la PA che per i privati, in quanto valido strumento deflattivo del contenzioso e, conseguentemente, idoneo ad una più rapida pacificazione sociale e ad un risparmio economico a vantaggio di entrambe le parti.

L'istituto della mediazione si rivela un valido strumento, altresì, in ipotesi di mediazione *"demandata"* dal Giudice, seppure in minor misura rispetto ai casi testé descritti (di precontenzioso), in quanto, nel primo caso, il risultato viene raggiunto in un momento in cui la controversia è già pendente innanzi al Tribunale.

Per quanto riguarda, invece, la previsione della Circolare del 2012, in virtù della quale, in determinati casi, l'Avvocatura di Stato interviene nel procedimento di mediazione *"non sostituendo ma affiancando"* il rappresentante della PA.

Orbene, se si considera che il legislatore ha voluto prevedere una maggiore e più specializzata assistenza giuridica nella procedura di mediazione, al fine di evitare che le parti subiscano *"irreversibili pregiudizi [...] dalla non coincidenza degli elementi loro offerti"* da mediatori non giuristi, rispetto a quelli che sarebbero stati evocati nel successivo giudizio, si comprende che il ruolo dell'Avvocatura di Stato (come indicato nella Circolare del 2012) è perfettamente in linea con il ruolo attribuito all'Avvocato in mediazione.

Con ciò implicitamente riconoscendo anche alla mediazione un ruolo che, in quanto alternativo al processo, non può prescindere dal diritto e dalla sua tutela l'Avvocato che assume la difesa della parte in giudizio, così come l'Avvocato che assiste la parte in Mediazione, è soggetto al CDF, perché è diversa la difesa, ma pur sempre di difesa si tratta.

L'Avvocato che assiste la parte in Mediazione è chiamato a svolgere un ruolo a garanzia della regolarità

e validità della mediazione, nonché verificare che l'accordo sia immune da vizi.

L'Avvocato che assiste la parte in Mediazione, nei confronti del proprio assistito, ha la responsabilità di verificare la conformità dell'accordo alle Norme Imperative e all'Ordine Pubblico, e di verificare che l'accordo sia giuridicamente valido. L'Avvocato che assiste la parte in mediazione, ha anche la responsabilità di verificare che l'accordo possa assolvere alla funzione di titolo esecutivo, ed ha l'obbligo di munirsi di adeguata procura alla mediazione, posto che, in difetto di essa, la mediazione e qualsiasi eventuale accordo, sarebbe suscettibile di impugnazione.

A tale profilo di responsabilità, è connesso l'ulteriore obbligo, di avere contezza della differenza esistente, e rimarcata anche dalla Suprema Corte, tra la procura alla lite e la procura alla mediazione, così come dei relativi obblighi di forma.

Questo ruolo è perfettamente in linea con quello che la Circolare del 2012 stabilisce, riguardo all'Avvocatura di Stato.

Sarebbe auspicabile che le PA si dotassero di mediatori specializzati, interni od esterni alla propria dotazione organica (che diventerebbero degli stakeholder della PA), e favorissero l'uso, dell'istituto della mediazione, anche attraverso la procedimentalizzazione dei percorsi di mediazione.

Così ad esempio, la presenza del Funzionario in sede di mediazione potrebbe essere preceduta dal rilascio di un parere tecnico (cosiddetta discrezionalità tecnica), da parte dell'Avvocatura che esprima un giudizio prognostico circa l'esito del contenzioso e la relativa durata.

Tenendo conto del parere tecnico, il responsabile dell'Ente pubblico indicherebbe al Funzionario (delegato a seguire il procedimento di mediazione) i limiti entro cui negoziare.

Potrebbe, infine, rivelarsi una valida opportunità, a seconda della fattispecie concreta, accettare o proporre la nomina di un consulente tecnico in mediazione (CTM), così come previsto dal D.Lgs. n. 28/2010.

Da ultimo, ma non per importanza, giova osservare che la piena attuazione della normativa in materia di mediazione anche nell'ambito della Pubblica Amministrazione, consentendo notevoli risparmi economico-finanziari, presenterebbe importanti vantaggi anche in ordine alla pianificazione e programmazione delle attività dell'Ente Pubblico.

¹ *“La legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico: la lettera e la sostanza della normativa sulla mediazione va nella direzione del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva. Le pp.aa., pertanto, hanno, in subjecta materia, gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto”.*

Conformemente: la sent. n. 25218/2015 del 17.12.2015, nonché le ordinanze del 19.02.2016 e del 02.03.2020, del Tribunale di Roma. Ancora in senso conforme la sent. n. 2719 del 23.07.2013 della Corte dei Conti, Sez. Giurisdizionale per la Regione Siciliana.

² Si vedano, in tal senso, IZZO Filippo, *Brevi note in tema di pubblica amministrazione, transazione,*

mediazione civile e commerciale (Nota a sentenza n. 2719/2013, Corte Conti, Sez. Giurisdiz. per la Regione Siciliana), in *Mondo ADR*, 13.11.2023; SPINA Giulio, *Mediazione civile*, in *Altalex*, 04.03.2021; SPINA Giulio, *Mediazione obbligatoria*, in *Altalex*, 14.01.2021.

³ In particolare, l'art. 84, comma 1, lett. c), del D.L. 21.06.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 09/08/2013, n. 98.

⁴ In tal senso, PIZZIGALLO Francesco, *La pubblica amministrazione e la mediazione demandata e non*, in *Diritto.it*, 11.12.2019; BUFFONE Giuseppe, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, in *Il Caso*, 2014.

⁵ In merito, si rivela interessante e condivisibile il contenuto dell'ordinanza del 10.03.2021, Tribunale di Roma, Giudice Estensore Dott. Massimo Moriconi, secondo la quale “[...] *la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria [anche per la p.a., n.d.r.] e [...] non è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione e ad un tentativo serio e fattivo di accordo. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. [...] Fermo restando che, proprio al fine di rendere trasparente l'accordo e le ragioni che lo sorreggono, è opportuno procedimentalizzare, a monte, la condotta del funzionario pubblico [...] che [...] deve concordare con chi ha il potere dispositivo del diritto oggetto di causa, e previa la debita istruttoria, perimetri oggettivi all'interno dei quali poter condurre le trattative. Con conseguente esclusione della responsabilità, salvo colpa grave o dolo*”.

⁶ Redazione Altalex, Decreto Semplificazioni: le modifiche alla responsabilità erariale, in Altalex, 27.07.2020, (articolo offerto da Leggi d'Italia P.A. – Il Quotidiano per la P.A.). Inoltre, appare interessante richiamare quanto osservato dal Dott. Paolo Evengalista, Procuratore Regionale della Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Veneto, in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2021: “*La scelta legislativa di limitare o escludere la responsabilità per colpa grave ovvero per danni cagionati da grave imprudenza, negligenza e imperizia di amministratori e/o dipendenti pubblici, comporterà, già nell'immediato, ma soprattutto se protratta nel tempo, il rischio concreto di un complessivo abbassamento della soglia di “attenzione amministrativa” per una gestione oculata delle risorse pubbliche*”.

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

Copyright © Author(s)

Licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

Persistent Identifier (PID) ARK: [ark:/56778/7950](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:zvt-56778-7950)

AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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

Aequitas Magazine è un **periodico a cadenza mensile**, aderente alle buone pratiche editoriali (BOAI e COPE), *on line, open access e peer-reviewed*. Accetta lavori in Italiano e in Inglese.

Si contraddistingue per uno spirito scientifico informato al principio dell'*Aequitas* romana, funzionale ove il diritto vigente o la sua concreta applicazione si rivelino, in qualche misura, fallaci o incongrui, assicurando il giusto grado di elasticità a fronte della rigidità normativa che rischia di non realizzare le soluzioni più eque o appropriate ai tempi. Nell'odierna realtà, in continua e celere evoluzione, tra esigenze sempre nuove di tutela e regolamentazione, il diritto e la sua applicazione non possono prescindere da uno stretto, perpetuo e dinamico nesso con i valori di giustizia, buon senso, dignità umana e concreta equità.

Si connota dunque per un approccio eminentemente trasversale, multidisciplinare e intersettoriale, orientato a veicolare il dibattito scientifico verso una chiave di lettura che tenga conto di tutti i valori effettivamente in gioco, per stare al passo coi tempi in maniera attenta, giusta e ragionevole. Analizzare e comprendere la polifattorialità della realtà e dei fenomeni umani, in omaggio al *principio di Complessità* di Edgar Morin, è la metodologia elettiva.

In tale solco, la Rivista affronta soprattutto tematiche inerenti ad intersezioni e connessioni tra discipline: il diritto da un lato, antropologia, bioetica, geopolitica, storia e tecnologia dall'altro.

SSD "Sociale": Area 12 "Scienze giuridiche" - Aree Tematiche della Rivista:

- Current case law: Giurisprudenza contemporanea (es. Sezioni Unite di Cassazione)
- Current legal issues: Questioni giuridiche di rilevante attualità sociale, culturale e geopolitica
- Diritto Civile | Civil Law
- Diritto Penale | Criminal Law
- Diritto e Antropologia | Law & Anthropology
- Diritto e Bioetica | Law & Bioethics
- Diritto e Storia | Law & History
- Diritto e Tecnologia | Law & Technology



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Rivista mensile open access peer-reviewed

Indicizzata in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

Codice CINECA E277033

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

Volume n. 7 – Luglio 2025

in copertina Joan Miro, *Paesaggio Catalano (Il Cacciatore)*, 1923-24