

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

Volume n. 5 - May 2026

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it



Aequitas Magazine is a monthly peer-reviewed, open access scholarly journal, indexed in DOAJ and ROAD, compliant with international editorial standards and COPE guidelines, and aligned with the Budapest Open Access Initiative (BOAI). The Journal applies no article processing charges (NO APC).

It publishes contributions in Italian and English, all undergoing double-blind peer review and released under the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). Each article is assigned a Zenodo DOI, ARK persistent identifier, complete metadata, and long-term preservation in trusted repositories.

The name and motto recall the Roman concept of *aequitas*, which shapes the Journal's epistemological framework: law as the rational art of concrete justice, beyond mere formalism. Aequitas Magazine adopts a cross-disciplinary and complexity-oriented methodology, inspired by Edgar Morin's *theory of Complexity*, fostering dialogue between law, anthropology, bioethics, philosophy, geopolitics, history, and technology.

Primary SSD: Area 12 – Legal Sciences

Interdisciplinary intersections: Area 14 – Political and Social Sciences

Volume DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.20037422>

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Cultural Association for Legal Studies and Research

SUMMARY

pp.

Oltre il forum internum: libertà cognitiva e stati mentali pre-espressivi
Luigi Zito.....1-19

Territorio, pascolo e mobilità: aspetti giuridici della transumanza da Roma antica ad oggi
Claudia Pucci.....20-26

La fase esecutiva del concordato preventivo: ruolo del commissario giudiziale e modalità operative
Antonio Capasso.....27-36

La carcerazione ante iudicium: dalla custodia reorum all'art. 274 c.p.p.
Claudia Pucci.....37-45

Reassessing the Classification of Armed Conflicts in Contemporary Warfare
Md Taher Uddin Rudro.....46-52

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

Oltre il forum internum: libertà cognitiva e stati mentali pre-espressivi

Luigi Zito · © 07-05-2026



DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.20023026>

ARK [ark:/56778/10391](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-63864-p0011-9)

License: Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Keywords: beni giuridici emergenti; brain-reading; effetto di conformazione cognitiva; forum internum; libertà cognitiva; Neurodata Regulation; neurodiritto; proporzionalità rafforzata; stati mentali pre-espressivi

How to cite this article / Come citare questo articolo

Zito, L. (2026). *Oltre il forum internum: libertà cognitiva e stati mentali pre-espressivi*. *Aequitas Magazine*, 5, 1-19.

ABSTRACT (EN) *This article addresses whether and to what extent pre-expressive mental states - cognitive, emotional and deliberative processes that unfold prior to any externalisation of thought - can be adequately protected within existing constitutional frameworks. It argues that the traditional notion of forum internum rests on an implicit technological premise - the physical inaccessibility of the mind - which is being progressively eroded by advances in computational neuroscience and brain-reading technologies, thereby generating a structural normative gap. Drawing on comparative constitutional methodology, the case law of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and national apex courts, as well as recent empirical developments in the neurotechnology market, the article proposes a reconstruction of cognitive liberty as a fundamental right with a tripartite structure: an absolute core prohibiting non-consensual access to pre-expressive states; a waivable sphere governed by neurally-qualified informed consent; and a procedural framework of structural safeguards. This architecture is complemented by a five-phase reinforced proportionality test - an extension of the European Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - whose fifth phase, assessing the cognitive chilling effect, constitutes the article's primary original contribution. The test is applied to three analytically constructed scenarios, demonstrating its operational viability. Rather than positing a wholly new right, the article shows that pre-expressive mental states represent a functionally irreducible dimension of existing fundamental rights that cannot be adequately protected through interpretative extension alone. It concludes by advancing concrete de lege ferenda proposals at constitutional, European and international levels.*

ABSTRACT (IT) *Il contributo affronta la questione se e in quale misura gli stati mentali pre-espressivi - processi cognitivi, emotivi e deliberativi che precedono qualsiasi esteriorizzazione del pensiero - possano essere adeguatamente tutelati nell'ambito delle categorie costituzionali esistenti. L'analisi muove dalla constatazione che il tradizionale forum internum riposa su un presupposto tecnologico implicito - l'inaccessibilità fisica della mente - oggi progressivamente eroso dalle neuroscienze computazionali e dalle tecnologie di brain-reading, generando una lacuna normativa strutturale. Attraverso il metodo comparato, il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di Giustizia UE e delle principali corti costituzionali, nonché ai recenti sviluppi empirici del mercato delle neurotecnologie, l'articolo propone una ricostruzione della libertà cognitiva come diritto fondamentale a struttura tripartita: un nucleo assoluto che vieta l'accesso non consensuale agli stati pre-espressivi; una sfera disponibile regolata dal consenso informato neuralmente qualificato; un perimetro procedurale di garanzie strutturali. A tale architettura si affianca un test di proporzionalità rafforzato a cinque fasi - estensione del Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - la cui quinta fase, relativa all'effetto di conformazione cognitiva, costituisce il contributo originale centrale. Il test è applicato a tre casi simulati, dimostrandone la praticabilità operativa. Il contributo non introduce un diritto nuovo in senso ontologico, ma dimostra che gli stati mentali pre-espressivi rappresentano una dimensione funzionalmente irriducibile dei diritti fondamentali esistenti, non adeguatamente tutelabile mediante sola interpretazione evolutiva, proponendo conseguenti soluzioni de lege ferenda a livello costituzionale, europeo e internazionale.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il territorio non regolato della mente pre-espressiva - 2. Il forum internum nella dogmatica costituzionale: origini, contenuti e limiti strutturali - 3. Gli stati mentali pre-espressivi: definizione, rilevanza neuroscientifica e qualificazione giuridica - 4. Obiezioni critiche: analisi sistematica e confutazione - 5. La libertà cognitiva come diritto fondamentale: struttura tripartita e test di proporzionalità rafforzato - 6. Comparazione sistematica e prospettive de lege ferenda - 7. Conclusioni operative: orientamenti per giudici, legislatori e operatori.

"Chiusi gli occhi e iniziai a danzare. Mentre danzavo, raggiunsi un posto diverso. Ero nell'Opera e Rudolf Nureyev era il mio partner. Non ero lì. Sopravvissi perché ero altrove."

Edith Eva Eger, *The Choice* (2017)

1. Introduzione: il territorio non regolato della mente pre-espressiva

La riflessione giuridica sulla libertà cognitiva trova una delle sue più potenti conferme non nella teoria, ma nella storia. Quando, nel 1944, Edith Eva Eger venne deportata ad Auschwitz e costretta a danzare davanti a chi aveva appena deciso la sorte della madre, il suo corpo era interamente esposto al potere; la sua mente, invece, no.¹

In quell'atto estremo, ella operò una scissione radicale tra dimensione fisica e dimensione interiore, rifugiandosi in uno spazio mentale sottratto a qualsiasi forma di dominio esterno.

Quella esperienza, lungi dall'essere soltanto una testimonianza storica, rivela una verità giuridica di fondo: l'esistenza di una sfera interiore che precede ogni manifestazione del pensiero e che, proprio in quanto tale, costituisce il nucleo ultimo dell'autonomia individuale. L'intuizione — secondo cui nessuno può sottrarre ciò che appartiene alla mente — può essere letta, in chiave costituzionale, come l'intuizione originaria di un bene giuridico che il diritto positivo non ha ancora pienamente tematizzato.

È precisamente in questa zona — anteriore alla parola, al comportamento, alla stessa intenzione compiutamente formata — che si collocano gli stati mentali pre-espressivi. Se, storicamente, tale sfera è rimasta al riparo da interferenze in ragione della sua intrinseca inaccessibilità tecnica, lo sviluppo delle neuroscienze computazionali e delle tecnologie di *brain-reading* ne ha progressivamente eroso i confini, trasformando ciò che era ontologicamente inviolabile in qualcosa di potenzialmente accessibile.

La storia del diritto costituzionale moderno può essere letta come una progressiva estensione delle tutele verso sfere sempre più intime dell'individuo: dalla integrità fisica alla libertà di coscienza, dalla *privacy* informazionale alla protezione dei dati personali. Tuttavia, tutte queste categorie condividono un presupposto implicito: che la dimensione interna del pensiero, finché non esteriorizzata, resti sottratta per definizione a ogni forma di conoscibilità esterna. È proprio tale presupposto che il mutamento tecnologico mette oggi radicalmente in crisi.

L'interrogativo che si impone alla scienza giuridica contemporanea è dunque strutturale: può il diritto continuare a presupporre l'invulnerabilità della mente come dato naturale, oppure deve riconoscerla come oggetto di tutela normativa esplicita? La sfera che ha consentito, anche nei contesti più estremi, una forma di resistenza interiore al potere può ancora essere considerata garantita per inerzia, o richiede una rifondazione dogmatica capace di proteggerla da forme di intrusione tecnologica fino a pochi anni fa impensabili?

In tale prospettiva, il presente contributo non assume che la libertà cognitiva debba necessariamente configurarsi come un diritto ontologicamente nuovo in senso assoluto. Piuttosto, esso dimostra che le categorie giuridiche esistenti — pur fondamentali — presentano limiti strutturali nella regolazione della fase pre-espressiva degli stati mentali, in ragione del presupposto tecnologico implicito su cui sono state costruite. La nozione di stati mentali pre-espressivi viene pertanto proposta come categoria funzionale, idonea a rendere visibile una lacuna normativa che non può essere adeguatamente colmata mediante sola interpretazione evolutiva.

L'articolo è strutturato in sette sezioni principali. Le Sezioni 2 e 3 ricostruiscono il quadro dogmatico del *forum internum* e definiscono la categoria giuridica di stato mentale pre-espressivo. La Sezione 4 è dedicata alle quattro principali obiezioni teoriche e alla loro sistematica confutazione. La Sezione 5 elabora l'architettura tripartita della libertà cognitiva e sviluppa il test di proporzionalità rafforzato a cinque fasi attraverso tre casi simulati, presentati in forma discorsiva. La

Sezione 6 offre la comparazione sistematica tra giurisdizioni e le proposte *de lege ferenda*. La Sezione 7 contiene le conclusioni operative.

2. Il forum internum nella dogmatica costituzionale: origini, contenuti e limiti strutturali

2.1. Genesi storica e fondamento filosofico

La nozione di *forum internum* — lo spazio interiore inviolabile nel quale si dispiega la vita della coscienza, impermeabile a qualsiasi ingerenza esterna — ha radici profonde tanto nella tradizione filosofica occidentale quanto nell'elaborazione teologico-giuridica medievale e moderna. La dicotomia fra foro interno e foro esterno era già presente nella canonistica medievale per distinguere la giurisdizione della coscienza da quella della Chiesa istituzionale; e nel pensiero politico liberale classico ha trovato la sua più compiuta sistematizzazione nell'opera di John Stuart Mill, per il quale il dominio interiore della coscienza costituiva la prima e più essenziale di tutte le libertà civili.

Nel contesto costituzionale contemporaneo, il *forum internum* costituisce il nucleo assolutamente inviolabile della libertà di pensiero, coscienza e religione. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ripetutamente affermato — da *Kokkinakis c. Grecia* (1993) e *Buscarini e altri c. San Marino* (1999) fino a *Eweida e altri c. Regno Unito* (2013) — che l'art. 9 CEDU protegge la sfera interiore in termini assoluti, non soggetta ad alcuna restrizione ai sensi del suo secondo paragrafo. Sul piano costituzionale comparato, analoga inviolabilità è riconosciuta dall'Art. 4 GG nella lettura del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 30, 173; BVerfGE 93, 1), dall'art. 21 della Costituzione italiana in congiunzione sistematica con gli artt. 2 e 13, e dall'art. 16 della Costituzione spagnola.

2.2. Il presupposto tecnologico implicito e la sua erosione

La forza del *forum internum* come categoria giuridica riposava su un presupposto implicito che non necessitava di articolazione esplicita: l'inaccessibilità tecnica della mente. La coercizione fisica non può modificare le credenze interiori; la tortura può estorcere dichiarazioni ma non trasformare convinzioni genuine; il pensiero, finché non esteriorizzato, era per definizione invisibile a occhi estranei. La tutela giuridica del *forum internum* era, in senso preciso, tautologica: proteggeva qualcosa che era già fisicamente inaccessibile — il medesimo rifugio che la mente di Edith Eger trovò anche quando ogni altra libertà era stata annientata.

Questo presupposto implicito viene oggi sistematicamente eroso dalle neuroscienze computazionali. Come ha argomentato Farahany (2023), le tecnologie di *brain-reading* trasformano il pensiero da dimensione privata assoluta a dato potenzialmente estraibile, spostando il confine dell'accessibilità verso l'interno della mente stessa. Il *forum internum*, concepito come barriera naturale che non necessitava di rinforzo giuridico, si rivela oggi uno spazio giuridicamente scoperto: la sua inviolabilità di fatto non garantisce più la sua inviolabilità di diritto. Il passaggio è da una inviolabilità fattuale a una vulnerabilità giuridica, e impone al costituzionalismo contemporaneo una risposta normativa esplicita.

2.3. Le tre lacune strutturali del diritto positivo

L'analisi del diritto positivo vigente rivela tre ordini di lacune strutturali nella tutela degli stati mentali pre-espressivi.

In primo luogo, il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) si applica al trattamento di dati già acquisiti: presuppone che l'accesso alla mente sia già avvenuto e disciplina le successive operazioni di raccolta, elaborazione e conservazione. Non protegge la fase anteriore all'acquisizione stessa, né configura un diritto alla non-rilevazione degli stati interni.

In secondo luogo, la libertà di pensiero ex art. 9 CEDU tutela le convinzioni interiori nella misura in cui il loro titolare non le manifesti: la protezione è funzionale all'autonomia della sfera interiore rispetto all'azione comunicativa, non alla sfera interiore in quanto tale.

In terzo luogo, il diritto alla *privacy* neurologica — evocato in relazione all'art. 8 CEDU — rimane privo di esplicitazione

giurisprudenziale diretta; il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di interferenze con la vita privata è strutturalmente inadeguato a fungere da protezione assoluta contro la neurorilevazione non consensuale.

3. Gli stati mentali pre-espessivi: definizione, rilevanza neuroscientifica e qualificazione giuridica

3.1. Definizione operativa

Ai fini della presente analisi si propone la seguente definizione operativa: uno stato mentale pre-espessivo è qualsiasi processo o contenuto cognitivo, affettivo o conativo che si svolge nell'ambito dell'attività neurologica di un soggetto prima che quest'ultimo abbia intrapreso, con atto volontario, qualsiasi forma di esteriorizzazione del medesimo processo o contenuto.²

La definizione include, a titolo non esaustivo: intenzioni deliberative in corso di formazione; preferenze politiche, religiose, sessuali o ideologiche non dichiarate; stati emotivi in elaborazione; processi associativi e pensiero libero non verbalizzato; giudizi valutativi non espessi; e processi decisionali nelle loro fasi preparatorie.

Cruciale è la distinzione rispetto agli stati mentali già espessi: la manifestazione — anche solo parziale, anche solo potenziale — segna la soglia oltre la quale operano le tutele classiche della libertà di espressione. Prima di tale soglia, nel dominio pre-espessivo, si apre uno spazio giuridicamente non governato che le categorie normative esistenti non sono strutturalmente in grado di disciplinare.

3.2. Il dato *neuroscientific* e i limiti epistemici

Le neuroscienze computazionali hanno compiuto negli ultimi due decenni progressi di straordinaria rilevanza giuridica. Gli studi di Huth et al. (2023) hanno dimostrato che il contenuto narrativo di pensieri non verbalizzati può essere ricostruito da registrazioni fMRI con notevole fedeltà semantica. I lavori di Willett et al. (2021, 2023) hanno consentito di decodificare intenzioni motorie rimanenti nella fase pre-espessiva. Il gruppo di Lindquist ha dimostrato che stati emotivi specifici — paura, rabbia, disgusto — possono essere identificati con significatività statistica dalla sola attività neurale, senza alcuna manifestazione comportamentale esterna.³

È tuttavia epistemologicamente essenziale confrontarsi direttamente con i limiti metodologici di questi risultati. Tre limitazioni meritano attenzione particolare. Prima, il problema della sottodeterminazione: lo stesso pattern di attivazione neurale può essere compatibile con più stati mentali distinti, rendendo scientificamente contestabile l'attribuzione di uno specifico contenuto pre-espessivo a livello individuale.

Seconda, il ricorso all'inferenza probabilistica: i sistemi attuali di decodifica neurale producono output probabilistici, non certezze, e la traduzione di regolarità statistiche a livello di popolazione in attribuzioni individuali implica salti inferenziali che il diritto deve scrutinare con rigore.

Terza, il problema della validità ecologica: i modelli di decodifica derivati in laboratorio hanno trasferibilità limitata a contesti naturalistici. Questi limiti non indeboliscono l'argomento normativo per la protezione — lo rafforzano, poiché tecnologia intrusiva combinata con inaffidabilità epistemica crea un ambiente regolatorio particolarmente pericoloso — ma devono essere resi espliciti per impedire che il quadro giuridico riposi su premesse scientifiche inflazionate.

3.3. L'argomento fondativo tripartito

Il fondamento giuridico della tutela degli stati mentali pre-espessivi riposa su tre argomenti distinti ma convergenti. L'argomento della dignità: la sfera interiore costituisce il substrato dell'identità personale; il suo accesso non consensuale viola la dignità umana nella sua dimensione più radicale, analoga a quella tutelata dal divieto assoluto di tortura (art. 3 CEDU). L'argomento della libertà epistemica: la consapevolezza di essere sottoposti a rilevazione degli stati mentali produce conformità cognitiva — un effetto di conformazione cognitiva della mente — che pregiudica la libertà stessa del

pensiero, non solo la sua manifestazione. La libertà epistemica — la libertà di detenere, esplorare e rivedere credenze senza osservazione esterna — non è riducibile alla libertà espressiva e porta un peso normativo autonomo. L'argomento della democrazia strutturale: la protezione degli stati pre-espressivi è preconditione strutturale per il funzionamento dei sistemi democratici, i quali presuppongono un dominio privato di deliberazione in cui i cittadini elaborino liberamente le proprie preferenze politiche. Una democrazia di menti sorvegliate è, nel senso tecnico più preciso, un ossimoro.

4. Obiezioni critiche: analisi sistematica e confutazione

Una proposta di configurazione di un nuovo bene giuridico fondamentale non può essere scientificamente credibile se non affronta, con pieno rigore, le obiezioni che la dottrina critica le muove. Vengono qui esaminate quattro obiezioni di rilevanza teorica centrale, con le relative confutazioni.

4.1. Il redundancy argument: le categorie esistenti sono sufficienti

L'obiezione più comune è di ordine sistematico: i diritti fondamentali esistenti — libertà di pensiero, *privacy*, protezione dei dati — sarebbero sufficienti, attraverso interpretazione evolutiva, a coprire la tutela degli stati mentali pre-espressivi. La creazione di una categoria autonoma sarebbe superflua — in violazione del principio del rasoio di Occam applicato alla dogmatica dei diritti — e potenzialmente destabilizzante per la coerenza del sistema.⁴

Tale obiezione risulta particolarmente rilevante nella misura in cui la proposta potrebbe essere interpretata come introduzione di una categoria ontologicamente nuova. Tuttavia, l'argomento sviluppato nel presente lavoro si colloca su un piano differente: esso non postula la necessità di un nuovo diritto in senso ontologico, ma evidenzia una discontinuità funzionale tra le categorie esistenti e la dimensione pre-espressiva, che rende inadeguata la loro applicazione senza una riformulazione sistematica.

La confutazione opera a tre livelli. Strutturalmente: il GDPR disciplina il trattamento dei dati dopo l'acquisizione, non l'acquisizione stessa; l'art. 9 CEDU protegge le convinzioni interiori contro la manifestazione forzata, non contro la rilevazione tecnologica. Non si tratta di lacune colmabili interpretativamente, ma di limiti strutturali di norme concepite per contesti tecnologici radicalmente diversi. Costituzionalmente: l'interpretazione evolutiva opera sempre entro limiti di tenuta testuale; forzare l'art. 8 CEDU fino a includere un divieto assoluto di neurorilevazione pre-espressiva sposterebbe una scelta di tale rilevanza dal legislatore democraticamente legittimato alla discrezionalità giudiziaria.

Sotto il profilo architettuale: le categorie esistenti generano protezioni relative e bilanciabili; la struttura tripartita proposta — con il suo nucleo assoluto — risponde a un'esigenza che nessuna norma derogabile può strutturalmente soddisfare. Il *redundancy argument* dimostra troppo: con la medesima logica si sarebbe dovuto sconsigliare il riconoscimento della protezione dei dati personali come diritto autonomo distinto dalla *privacy*, operazione oggi universalmente accettata nel diritto costituzionale europeo.

4.2. L'inflation argument: proliferazione e svalutazione dei diritti

La seconda obiezione è che la creazione di nuovi diritti fondamentali — specialmente quando ampi e assoluti nel loro ambito — produce inflazione del catalogo dei diritti, con effetto paradossale di svalutazione. Questa obiezione merita seria considerazione, ma non prevale per tre ragioni. Analiticamente: la libertà cognitiva non è creata arbitrariamente; è il riconoscimento esplicito di un bene giuridico implicitamente presupposto dall'intera tradizione liberal-costituzionalista, che le circostanze tecnologiche rendono ora urgente rendere esplicito.

Sotto io profilo architettuale: la struttura tripartita confina il regime assoluto al nucleo minimo, lasciando alle sfere disponibile e procedurale un regime di bilanciamento ordinato; il rischio inflazionistico è contenuto dall'architettura stessa del diritto. Storicamente: ogni diritto fondamentale era 'nuovo' al momento della sua prima enunciazione e ha fronteggiato obiezioni identiche.

4.3. Gli hard cases penalistici: sicurezza, prova e imputabilità

La terza — e più seria — obiezione riguarda i casi limite di diritto penale: contrasto al terrorismo, prova penale dell'intenzione al momento del fatto, e psichiatria forense. L'architettura tripartita è progettata proprio per resistere alla pressione dei casi limite sul nucleo assoluto, mentre accoglie interessi legittimi ai livelli della sfera disponibile e del perimetro procedurale. L'esistenza di *hard cases* non è una confutazione del nucleo assoluto, ma un test della robustezza della sua giustificazione.⁵

Sul contrasto al terrorismo: l'ordinamento giuridico liberale è strutturalmente immune alla punizione del mero pensiero — *cogitationis poenam nemo patitur* — non perché le intenzioni siano considerate irrilevanti, ma perché il problema della sottodeterminazione rende inaffidabile l'attribuzione individuale di specifiche intenzioni pre-criminali (con conseguente fallimento della Fase 1 del test di proporzionalità rafforzato), gli strumenti investigativi tradizionali restano disponibili e meno invasivi (Fase 2 fallita), e la valutazione dell'effetto di conformazione cognitiva — Fase 5 del test — infligge il colpo sistemico decisivo: la consapevolezza universale della possibilità di sorveglianza mentale produrrebbe una conformità di menti incompatibile con l'autogoverno democratico.

Sulla prova penale: la neuroscienze forense già utilizza dati neurali per valutare la capacità di intendere e di volere attraverso strumenti diagnostici consensuali nell'ambito di garanzie procedurali. L'accesso non consensuale agli stati pre-espressivi non è un'alternativa meno invasiva ma una misura categoricamente più invasiva che compromette il principio *nemo tenetur se detegere* nella sua applicazione più profonda: il divieto di estrazione coatta del pensiero inespresso. L'assenza di consenso risolve il caso a livello della sfera disponibile, con applicazione del divieto categorico.

Sulla psichiatria forense: questo è lo scenario più sfumato, e quello in cui l'architettura tripartita dimostra la sua flessibilità. L'accesso consensuale agli stati pre-espressivi nell'ambito di una relazione terapeutica, orientato esclusivamente al beneficio del paziente e soggetto a divieto assoluto di utilizzo nei procedimenti contenziosi, opera interamente nell'ambito della sfera disponibile e non deroga al nucleo assoluto. L'eccezione dimostra non la fragilità del diritto proposto, ma la progettazione intelligente della sua architettura.

4.4. La precisazione del tipo ideale costituzionale

Un'ulteriore obiezione, particolarmente probabile da parte di studiosi formati nella tradizione costituzionale nordamericana, riguarda l'applicabilità pratica di un divieto assoluto dati i poteri statali esistenti in materia di sicurezza nazionale. Lo statuto epistemologico del nucleo assoluto deve pertanto essere esplicitato. Il divieto assoluto di accesso non consensuale agli stati mentali pre-espressivi è avanzato qui, in prima istanza, come tipo ideale costituzionale in senso weberiano: un modello normativamente costruito che chiarisce le esigenze strutturali della dignità umana e della libertà cognitiva a livello di principio.⁶

Nel suo registro giuridico immediato — quello disponibile alle corti nell'attualità — esso funziona, in qualche misura, come un divieto presuntivo soggetto alla giustificazione più cogente, piuttosto che come una regola categorica di applicazione positiva immediata.

5. La libertà cognitiva come diritto fondamentale: struttura tripartita e test di proporzionalità rafforzato

5.1. L'architettura tripartita

La libertà cognitiva è ricostruita come diritto fondamentale a struttura tripartita, corrispondente a tre distinti livelli di tutela con regimi normativi differenziati.

Il primo livello — il nucleo assoluto — consiste nel divieto assoluto di accesso non consensuale agli stati mentali pre-espressivi mediante qualsiasi mezzo tecnologico, inclusi sistemi di neuroimaging, *brain-computer interface*, sistemi di

riconoscimento emotivo computazionale e inferenza psicologica algoritmica. La sua ratio è identica a quella che esclude la tortura dal bilanciamento con interessi collettivi (art. 3 CEDU, non derogabile ex art. 15 §2 CEDU).

Il secondo livello — la sfera disponibile — comprende il diritto del soggetto di controllare l'accesso ai propri stati mentali pre-espressivi nell'ambito di relazioni giuridiche consenzienti: trattamento terapeutico, ricerca scientifica approvata con protocollo etico, comunicazione volontaria via BCI per persone con gravi disabilità motorie. È governato dal principio del consenso informato neuralmente qualificato, che richiede standard superiori al consenso ordinario — autorizzazione specifica, granulare, revocabile e limitata alla finalità dichiarata.

Il terzo livello — il perimetro procedurale — comprende l'insieme delle garanzie strutturali che presiedono a qualsiasi misura statale o privata in grado di interferire con la sfera pre-espressiva anche in modo mediato: obblighi di trasparenza algoritmica, regole sull'uso di dati neurali nei procedimenti giurisdizionali, limiti alla commercializzazione delle tecnologie di *brain-reading*, standard di sicurezza per i dispositivi impiantabili, e divieto di utilizzo di dati neurali in contesti lavorativi, assicurativi e creditizi.

5.2. Il test di proporzionalità rafforzato a cinque fasi

Per le misure statali che incidono sulla sfera disponibile e sul perimetro procedurale — restando il nucleo assoluto categoricamente *off-limits* — si propone un test di proporzionalità rafforzato a cinque fasi. Le prime tre fasi corrispondono alle componenti classiche del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* europeo, ossia il principio di proporzionalità, nella sua articolazione in idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, quale criterio generale di controllo delle limitazioni ai diritti fondamentali.

La Fase 1 verifica dunque l'idoneità tecnica della misura, tenendo conto dei margini di errore degli strumenti di neurorilevazione a livello individuale; la Fase 2 verifica la necessità mediante il principio di sussidiarietà cognitiva, che impone di privilegiare invariabilmente strumenti meno invasivi della sfera pre-espressiva; la Fase 3 verifica la proporzionalità in senso stretto, assegnando alla libertà cognitiva un peso superiore agli interessi ordinari in ragione del suo ruolo fondativo nel sistema dei diritti.

La Fase 4 — aggiuntiva rispetto allo schema classico — verifica se sia possibile raggiungere lo scopo perseguito senza accedere agli stati mentali pre-espressivi, anche attraverso sorveglianza comportamentale o analisi di dati già esteriorizzati.⁷

La Fase 5 — valutazione dell'effetto di conformazione cognitiva — costituisce il contributo originale centrale dell'articolo. Il pensiero non si svolge liberamente se il soggetto sa o teme di essere osservato: la sola osservabilità potenziale è essa stessa un vincolo alla libertà cognitiva, indipendentemente da qualsiasi rilevazione concreta. Il diritto deve prendere in carico non solo le violazioni già avvenute degli stati pre-espressivi, ma anche il mero rischio della loro possibilità, poiché tale rischio produce già, *ex ante*, un effetto di conformazione del pensiero incompatibile con la libertà cognitiva intesa come bene giuridico autonomo.

Naturalmente tale test non va inteso come uno schema rigido o esaustivo, ma come un modello operativo ad alta intensità garantistica, suscettibile di adattamento da parte delle corti in funzione delle specificità del caso concreto e dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche.

Esso si configura come una estensione funzionale del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, progettata per rispondere alle peculiarità della sfera pre-espressiva, caratterizzata da una combinazione unica di vulnerabilità tecnologica e centralità assiologica.

Dunque le cinque fasi mostrate devono essere interpretate non come passaggi formalmente sequenziali e invariabili, ma come criteri cumulativi orientati a garantire che qualsiasi interferenza con la dimensione pre-espressiva sia sottoposta al

massimo livello di scrutinio giuridico, con una presunzione di illegittimità che può essere superata solo in presenza di una giustificazione particolarmente stringente.

La quinta fase, in particolare, inerente all'effetto di conformazione cognitiva, assume, in tale contesto, una funzione sistemica: essa impone al giudice di valutare non solo l'impatto immediato della misura sul singolo individuo, ma anche le conseguenze strutturali che la mera possibilità di osservazione mentale può produrre sull'ecosistema complessivo delle libertà.

5.3. Applicazione del test: tre casi simulati

L'operatività del test di proporzionalità rafforzato si illustra attraverso tre casi simulati, presentati in forma discorsiva e riferiti ai principali scenari problematici identificati dalla letteratura critica.

Il primo caso concerne la prevenzione del terrorismo mediante neurorilevazione pre-criminale. Si ipotizzi che un'autorità di pubblica sicurezza richieda autorizzazione giudiziaria per dispiegare un sistema EEG ad alta densità per la scansione neurale non consensuale di individui segnalati come potenzialmente radicalizzati, allo scopo di rilevare pattern di intenzione violenta prima che si traducano in azione.

L'applicazione del test conduce a un esito di totale inammissibilità. La Fase 1 è fallita: l'attribuzione individuale di specifiche intenzioni pre-criminali è scientificamente inaffidabile in ragione del problema della sottodeterminazione; i sistemi attuali producono output probabilistici a livello di popolazione che non possono fondare decisioni coercitive individuali. La Fase 2 è fallita: gli strumenti investigativi tradizionali — analisi delle comunicazioni, sorveglianza comportamentale, intelligence umana — restano disponibili e meno invasivi. La Fase 3 è fallita: il sacrificio della libertà cognitiva di una potenzialmente ampia popolazione non è giustificato da un beneficio di sicurezza statisticamente dimostrabile. La Fase 4 è fallita per le medesime ragioni della Fase 2. La Fase 5 produce l'effetto di conformazione cognitiva più grave concepibile: la sola conoscenza dell'esistenza di tale programma sopprimerebbe forme legittime di eterodossia politica, dissenso e pensiero non conforme che i sistemi democratici sono costituzionalmente obbligati a proteggere. La misura è pertanto inammissibile e viola il nucleo assoluto della libertà cognitiva.

Il secondo caso riguarda l'utilizzo di prove neurali non consensuali in un procedimento penale per omicidio doloso. Si ipotizzi che la pubblica accusa chieda l'ammissione come prova di una perizia neuroscientifica che, sulla base di registrazioni EEG effettuate durante una ricostruzione simulata del fatto, intende inferire lo stato intenzionale dell'imputato al momento dell'azione; l'imputato nega il consenso.

La Fase 1 è parzialmente superata: la neuroimaging forense ha compiuto progressi significativi, ma l'inferenza da pattern neurali a specifici stati intenzionali rimane scientificamente contestata a livello individuale. La Fase 2 è fallita: il sistema penale dispone di strumenti consolidati per la prova del dolo — testimonianze, movente, comportamento *ante* e *post factum* — che non richiedono accesso agli stati pre-espessivi. La Fase 4 è fallita per le stesse ragioni. La Fase 5 è grave: l'ammissibilità ordinaria di prove neurali non consensuali a carico produrrebbe un effetto di conformazione sistemico sul diritto al silenzio e sul diritto di difesa, compromettendo la sfera pre-espessiva come *locus* ultimo del principio *nemo tenetur se detegere*. La prova neurale non consensuale è quindi inammissibile in quanto viola il principio *nemo tenetur se detegere* (art. 6 CEDU; artt. 47-48 CDFUE) nella sua applicazione più profonda.

Il terzo caso illustra invece un'ipotesi ammissibile nell'ambito della sfera disponibile. Un paziente con *locked-in syndrome* presta consenso esplicito all'utilizzo di un dispositivo BCI impiantabile per tradurre stati intenzionali pre-motori in comandi di comunicazione. Il produttore intende successivamente utilizzare i dati neurali raccolti per addestrare algoritmi di decodifica emotiva a fini commerciali, senza informare il paziente.

La finalità terapeutica supera il test sotto ogni profilo: il consenso neuralmente qualificato è stato prestato, la misura è

idonea, necessaria e proporzionata rispetto allo scopo terapeutico dichiarato. Tuttavia, l'utilizzo commerciale secondario dei dati non supera la Fase 2 — non è necessario per la finalità terapeutica che ha giustificato il consenso — né la Fase 3, poiché l'interesse commerciale è incommensurabile con la sfera disponibile della libertà cognitiva. La Fase 5 aggiunge un argomento sistemico decisivo: se noti, simili usi secondari inibirebbero retroattivamente la disponibilità dei pazienti a prestare consenso ai BCI terapeutici, nuocendo alla stessa finalità che la tecnologia è progettata per servire. L'esito è perciò bipartito: la finalità terapeutica è ammissibile nei limiti del consenso neuralmente qualificato per quella specifica finalità; l'utilizzo commerciale secondario è inammissibile come violazione del principio di limitazione della finalità della sfera disponibile, con conseguente applicazione delle norme in materia di responsabilità civile e delle sanzioni previste dall'art. 9 GDPR.

6. Comparazione sistematica e prospettive de lege ferenda

Negli ultimi anni, il passaggio dalla mera possibilità teorica di accesso agli stati mentali a forme embrionali di applicazione concreta ha iniziato a manifestarsi in contesti tecnologici e produttivi reali, rendendo non più differibile una riflessione giuridica strutturata.

Sul piano empirico, applicazioni di sistemi EEG e tecnologie di rilevazione neurofisiologica sono state documentate in contesti lavorativi ad alta intensità operativa — in particolare nei settori manifatturiero, dei trasporti e della sicurezza industriale — con finalità di monitoraggio dell'attenzione e dello stato emotivo dei lavoratori. Tali pratiche, pur presentate come strumenti di ottimizzazione produttiva o prevenzione del rischio, evidenziano già oggi la possibilità concreta di una traslazione della rilevazione neurocognitiva in ambito decisionale e disciplinare.

Parallelamente, il mercato delle neurotecnologie *consumer-grade* ha registrato una rapida espansione, con dispositivi indossabili in grado di raccogliere dati neurali o para-neurali (*eye-tracking*, segnali elettrofisiologici, pattern attentivi) successivamente elaborati mediante algoritmi di inferenza cognitiva. In tali contesti, la distinzione tra dato comportamentale e dato mentale tende progressivamente ad assottigliarsi, rendendo incerto il perimetro delle categorie giuridiche tradizionali.

Sul piano regolatorio, si osserva una significativa asimmetria tra velocità dell'innovazione e risposta normativa. Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), pur offrendo un regime avanzato di tutela dei dati personali, resta strutturalmente ancorato a una logica post-acquisitiva e non disciplina la fase genetica dell'accesso agli stati mentali. Analogamente, il Regolamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*), pur introducendo una classificazione *risk-based* dei sistemi di intelligenza artificiale, non contiene disposizioni specificamente orientate alla tutela della dimensione neurocognitiva.

In ambito internazionale, iniziative di *soft law* — quali le raccomandazioni OCSE sull'AI e i lavori del Consiglio d'Europa in materia di neurotecnologie — indicano una crescente consapevolezza del problema, ma non hanno ancora prodotto strumenti normativi vincolanti capaci di incidere sulla fase pre-espressiva.

Questi elementi empirici e regolatori convergono nel dimostrare che la questione degli stati mentali pre-espressivi non appartiene più a un orizzonte speculativo, ma si colloca già oggi all'interno di pratiche tecnologiche emergenti. La lacuna normativa individuata non è dunque meramente teorica, ma strutturalmente attuale, e giustifica l'esigenza di una riformulazione dogmatica anticipatoria.

6.1. Panoramica comparativa

L'analisi comparativa dei principali strumenti normativi vigenti rivela una lacuna strutturale comune: nessuno di essi è stato progettato per regolare la fase pre-espressiva degli stati mentali. L'art. 9 CEDU, nella sua dimensione di *forum internum*, offre protezione assoluta ma limitata al solo pensiero già formato; non raggiunge la fase anteriore alla cristallizzazione dell'intenzione.

L'art. 8 CEDU, nella sua dimensione di vita privata, offre protezione relativa soggetta al bilanciamento del secondo paragrafo, con un ampio margine di apprezzamento statale e senza alcuna copertura esplicita della fase pre-espressiva. Il GDPR disciplina il trattamento dei dati dopo la loro acquisizione, lasciando interamente non regolata l'acquisizione stessa nel caso di neurorilevazione.

L'*AI Act* (Reg. UE 2024/1689), nonostante il suo approccio *risk-based* ai sistemi AI ad alto rischio, non contiene alcuna clausola neurale esplicita e non affronta il carattere *sui generis* dei dati derivanti dall'attività cerebrale. Il quadro proposto della libertà cognitiva — nella sua articolazione tripartita con nucleo assoluto, sfera disponibile e perimetro procedurale, governato dal test rafforzato a cinque fasi — colma questa lacuna su ciascuna delle dimensioni rilevanti.

6.2. Il sistema statunitense: I Emendamento e la questione della testimonial evidence

Il sistema costituzionale statunitense affronta la governance della mente attraverso due vettori normativi principali. Il I Emendamento, nella lettura della Corte Suprema, protegge il pensiero nella sua dimensione interna in termini assoluti: in *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), la Corte stabilì che il governo non può invadere la "sfera dell'intelletto e dello spirito". Le dottrine della *compelled speech* (*Wooley v. Maynard*, 1977) e delle *unconstitutional conditions* applicate alla credenza (*Janus v. AFSCME*, 2018) comprendono implicitamente la sfera pre-espressiva.⁸

Il V Emendamento (*privilege against self-incrimination*) offre un ulteriore livello di tutela. Nel caso *Schmerber v. California* (1966), la Corte distinse tra testimonial evidence — coperta dal privilegio — e real or physical evidence — non coperta. La questione aperta è se la decodifica degli stati mentali pre-espressivi mediante neuroimaging costituisca testimonial evidence ai sensi del V Emendamento. La posizione dottrinale prevalente risponde affermativamente: ciò che viene estratto è contenuto cognitivo — pensiero — non semplicemente dato fisico.

Tale questione è destinata a raggiungere la Corte Suprema con l'ingresso delle prove derivate da BCI nell'arena forense. Il sistema statunitense offre una robusta tutela di libertà negativa della mente ma manca dello strumento positivo-regolatorio che la tradizione europea fornisce attraverso il diritto alla protezione dei dati: si tratta di approcci complementari, non alternativi.

6.3. Il modello cileno e il caso limite cinese

Il Cile ha adottato nel 2021 la Ley 21.383, che introduce esplicitamente la protezione dell'"attività cerebrale" e dello "sviluppo mentale" nell'art. 19 n. 1 della Constitución Política — il primo, e al momento della stesura unico, precedente di tutela costituzionale esplicita degli stati neurologici in un testo fondamentale.⁹ La riforma dimostra che la protezione costituzionale degli stati neurologici è giuridicamente formulabile e politicamente praticabile, pur evidenziando i limiti di una tutela nazionale unilaterale in un mercato globale delle neurotecnologie: senza coordinamento internazionale, le norme nazionali rischiano l'aggiramento mediante delocalizzazione della raccolta dei dati neurali.

La Repubblica Popolare Cinese rappresenta il caso limite dell'assenza di protezione pre-espressiva e, paradossalmente, la conferma empirica più potente della necessità della categoria qui proposta. Il dispiegamento di sistemi EEG indossabili obbligatori per monitorare l'attenzione e gli stati emotivi dei lavoratori non è un problema che il sistema giuridico cinese riconosce come tale: nella sua architettura, l'interesse collettivo dello Stato può legittimamente sovrastare la sfera interiore dell'individuo.¹⁰

Il confronto con la Cina non è comparazione tra soluzioni alternative dello stesso problema: è comparazione tra ordinamenti con premesse antropologiche divergenti, e conferma che la libertà cognitiva è un corollario strutturale della concezione liberal-democratica della persona, non un'esigenza tecnico-giuridica contingente.

6.4. Considerazioni di law and economics

Un'analisi completa delle proposte de lege ferenda deve riconoscere le dimensioni di costo regolatorio che la letteratura di *law and economics* porta in evidenza. Qualsiasi intervento regolatorio nel settore delle neurotecnologie genera tre categorie di costi che devono essere valutate parallelamente ai benefici protettivi.¹¹

I costi di enforcement sono significativi: il rilevamento della neurorilevazione non consensuale è tecnicamente complesso e richiede competenze specializzate che la maggior parte delle autorità di protezione dei dati non possiede attualmente; la *Neurodata Regulation* proposta deve includere meccanismi dedicati e obblighi di incident reporting per i produttori. L'onere regolatorio rischia di gravare in modo sproporzionato sui piccoli innovatori, producendo potenzialmente concentrazione di mercato nel settore delle neurotecnologie; il *design* regolatorio deve pertanto incorporare proporzionalità tra dimensione dell'operatore e onere di compliance. Infine, una regolazione eccessivamente precauzionale rischia di ritardare lo sviluppo di neurotecnologie genuinamente benefiche, in particolare in contesti terapeutici.

La sfera disponibile e il perimetro procedurale della struttura tripartita sono progettati precisamente per preservare lo spazio di innovazione entro i confini stabiliti dal nucleo assoluto, evitando sia la paralisi regolatoria sia la permissività regolatoria.

6.5. Proposte de lege ferenda

6.5.1. Clausola costituzionale modello

Sul piano del diritto costituzionale nazionale, si propone la seguente clausola modello, formulata in modo da essere adottabile come norma autonoma o come integrazione di disposizioni esistenti sulla libertà di pensiero: *"La mente individuale, compresi i processi cognitivi, emotivi e deliberativi che si svolgono anteriormente a qualsiasi manifestazione esterna, è inviolabile. L'accesso a tali processi mediante qualsiasi mezzo tecnologico senza il libero, specifico, informato e revocabile consenso del titolare è vietato. Tale divieto è assoluto e non ammette deroghe in ragione di esigenze di sicurezza, ordine pubblico o interesse collettivo. La legge stabilisce le condizioni, i limiti e le garanzie applicabili all'uso consensuale di tecnologie di rilevazione e analisi degli stati mentali, nel rispetto del principio di proporzionalità rafforzata. I dati neurali non possono essere utilizzati come prova in procedimenti giurisdizionali o amministrativi senza il consenso del titolare. È istituita un'Autorità indipendente per la tutela della libertà cognitiva con poteri di vigilanza, sanzione e orientamento normativo"*.

6.5.2. Neurodata Regulation europea

A livello dell'Unione Europea, la strada più efficace appare quella di un Regolamento europeo sui dati neurali (*Neurodata Regulation*), che integri e superi il GDPR per quanto concerne la specifica categoria dei dati relativi all'attività cerebrale. Un tale strumento dovrebbe contenere: la definizione autonoma di dato neurale comprensiva degli stati pre-espressivi; la classificazione dei dati neurali come categoria iper-sensibile con un regime di tutela superiore all'art. 9 GDPR; il divieto di trattamento a fini di sorveglianza, profilazione cognitiva commerciale o valutazione del rischio comportamentale; un diritto alla cancellazione neurologica rafforzato; standard di sicurezza informatica certificati per i dispositivi impiantabili; l'istituzione di un'Autorità europea per la neuroetica con funzioni di supervisione e coordinamento; e l'imposizione della limitazione della finalità come principio strutturale e non come mero default.

6.5.3. Protocollo aggiuntivo CEDU sulla neurolibertà

A livello del Consiglio d'Europa, si propone l'adozione di un Protocollo aggiuntivo alla CEDU specificamente dedicato alla tutela della libertà cognitiva e dell'integrità mentale. Un Protocollo sulla neurolibertà consentirebbe alla Corte di Strasburgo di sviluppare una giurisprudenza specifica e vincolante, superando le incertezze dell'interpretazione evolutiva delle disposizioni vigenti. Il testo del Protocollo dovrebbe: codificare il nucleo assoluto della libertà cognitiva come

diritto non derogabile ex art. 15 §2 CEDU; stabilire gli standard minimi del consenso neuralmente qualificato; vietare l'uso di dati neurali non consensuali come prova nei procedimenti contenziosi; e istituire meccanismi di supervisione multilaterale con capacità effettiva di monitoraggio della compliance.

7. Conclusioni operative: orientamenti per giudici, legislatori e operatori

Se, in apertura, si è richiamata la vicenda di Edith Eger come paradigma empirico dell'irriducibilità della sfera interiore al dominio esterno, è ora possibile coglierne appieno il significato giuridico alla luce del percorso argomentativo svolto. Ciò che, in quel contesto estremo, si manifestava come una resistenza esistenziale — la possibilità di sottrarsi interiormente anche quando ogni altra libertà era annientata — si rivela oggi come l'indizio di un bene giuridico che non può più essere lasciato alla sola protezione fattuale della sua inaccessibilità.

La differenza storica è decisiva. Se, nel passato, la mente poteva dirsi inviolabile perché inattingibile, nel presente essa rischia di diventare vulnerabile proprio in ragione della sua crescente accessibilità tecnologica. Il passaggio da una inviolabilità di fatto a una vulnerabilità di diritto impone al costituzionalismo contemporaneo un salto qualitativo: ciò che era presupposto deve essere esplicitato, ciò che era implicito deve essere normato.

In tale prospettiva, la libertà cognitiva non si configura come una mera estensione semantica dei diritti esistenti, ma come la formalizzazione giuridica di quella stessa soglia di irriducibilità che l'esperienza storica ha reso evidente. La mente non ancora espressa — nella sua dimensione germinale, ambigua e non cristallizzata — non è semplicemente uno spazio privato, ma la condizione di possibilità di ogni libertà successiva. Senza un dominio sottratto alla conoscibilità forzata, la stessa libertà di pensiero si trasforma in libertà sorvegliata.

Naturalmente la proposta non implica necessariamente la creazione di un diritto nuovo in senso ontologico, ma la ristrutturazione delle categorie esistenti alla luce di una mutata condizione tecnologica di accessibilità della mente.

La proposta avanzata in questo articolo — nella sua articolazione tripartita e nel riconoscimento di un nucleo assoluto non derogabile — deve essere letta non come un'espansione inflattiva del catalogo dei diritti fondamentali, ma come una ricostruzione sistematica resa necessaria dal mutamento del contesto tecnologico. Il diritto, chiamato a confrontarsi con la possibilità di accesso agli stati mentali pre-espressivi, non può limitarsi a estendere categorie concepite per una realtà diversa: deve ridefinire il perimetro dell'invioabile.

Per i giudici: in assenza di normativa positiva specifica, i giudici chiamati a valutare l'ammissibilità di prove neurali non consensuali, la legittimità di misure di neurosorveglianza o la validità del consenso prestato per l'utilizzo di dati neurali devono applicare il test di proporzionalità rafforzato a cinque fasi elaborato nella Sezione 5.2, in conformità con i principi di effettività e tutela giurisdizionale effettiva sanciti dall'art. 13 CEDU e dall'art. 47 CDFUE.

L'art. 8 CEDU, interpretato in conformità con la dignità umana e con i principi elaborati in *Big Brother Watch* [GC] (2021), offre già oggi una base testuale sufficiente per escludere l'ammissibilità dell'accesso non consensuale agli stati mentali pre-espressivi. La dottrina dell'effetto di conformazione cognitiva, importata per analogia dalla giurisprudenza del I Emendamento statunitense, fornisce ulteriori argomenti per l'interpretazione restrittiva di misure che rendano la mente potenzialmente osservabile.

Per i legislatori: la finestra temporale per una regolazione anticipatoria è aperta ma non illimitata. L'accelerazione commerciale delle tecnologie di neurorilevazione consumer-grade e l'integrazione di sistemi di inferenza emotiva nelle piattaforme digitali di massa stanno creando fatti compiuti che, in assenza di intervento normativo, si consolidano in pratiche difficilmente reversibili.

Le azioni normative prioritarie — tecnicamente semplici e praticamente efficaci — sono l'introduzione di una clausola costituzionale esplicita nei sistemi che procedono a revisione; l'avvio formale dei lavori per la *Neurodata Regulation* a

livello dell'Unione Europea; e l'avvio dei procedimenti del Consiglio d'Europa per un Protocollo sulla neurolibertà. Questi tre strumenti sono reciprocamente rafforzativi e costituiscono la risposta normativa minima adeguata.

Per gli operatori del diritto privato e i responsabili della *compliance*: le imprese che sviluppano, commercializzano o utilizzano tecnologie di neurorilevazione sono già oggi esposte a responsabilità civile per violazione dei diritti della personalità, interferenza illecita con la vita privata e, nella maggior parte degli ordinamenti europei, trattamento illecito di dati sensibili ai sensi dell'art. 9 GDPR. La costruzione contrattuale del consenso neuralmente qualificato — specifico, completo, revocabile e limitato alla finalità — è lo strumento di compliance immediatamente disponibile in attesa dell'intervento normativo sovranazionale.

In definitiva, la lezione che emerge — tanto dall'analisi teorica quanto dalla memoria storica richiamata in queste pagine — è unitaria. Ciò che, ad Auschwitz, segnava il limite invalicabile del potere non può più essere assunto come semplice dato naturale: deve diventare oggetto di una scelta giuridica consapevole e vincolante.

Proteggere gli stati mentali pre-espressivi significa preservare la possibilità stessa di pensare prima di essere visti, di decidere prima di essere interpretati, di essere prima di essere conosciuti. È in questo spazio — fragile, invisibile e oggi esposto — che si gioca non soltanto una nuova frontiera del diritto, ma la tenuta stessa dell'idea di persona su cui il costituzionalismo moderno si è edificato.

¹ Edith Eva Eger nacque il 29 settembre 1927 a Kassa, nell'Ungheria (oggi Košice, Slovacchia), in una famiglia ebrea di classe media. Promettente ballerina e ginnasta, coltivava l'ambizione di diventare una danzatrice professionista. Nel maggio 1944, all'età di sedici anni, fu deportata con la famiglia ad Auschwitz-Birkenau nell'ambito delle deportazioni di massa degli ebrei ungheresi organizzate dalla Wehrmacht e dalle SS in stretta cooperazione con le autorità ungheresi. All'arrivo al campo, sua madre fu immediatamente selezionata per la camera a gas da Josef Mengele; Edith e la sorella Magda sopravvissero. Nella notte della deportazione della madre, Mengele stesso ordinò a Edith — avendo appreso che era ballerina — di danzare per lui e per gli ufficiali delle SS. Ella danzò. In quel momento, come ha raccontato più volte nelle sue memorie, compì la dissociazione interiore descritta nell'epigrafe: il corpo era nel lager, la mente si rifugiava nell'Opera di Budapest, con Rudolf Nureyev come partner immaginario. Edith Eger sopravvisse alla marcia della morte verso Gunskirchen e fu liberata dall'esercito americano nel maggio 1945 in condizioni di estrema denutrizione, con la schiena rotta. Emigrata negli Stati Uniti nel 1949, conseguì un dottorato in psicologia clinica presso l'Università del Texas e divenne psicoterapeuta specializzata nel trattamento del trauma. Ha esercitato per oltre cinquant'anni, lavorando con sopravvissuti all'Olocausto, veterani di guerra e vittime di abusi. Ha pubblicato le sue memorie — *The Choice: Embrace the Possible* (Scribner, 2017), tradotto in oltre trenta lingue — a novant'anni, e il successivo *The Gift: 14 Lessons to Save Your Life* (Scribner, 2020). Al momento della stesura del presente articolo, Edith Eger è ancora in vita e continua a svolgere attività clinica e divulgativa. La lettura giuridica proposta in questo articolo — la danza come paradigma empirico della sfera pre-espressiva quale *locus* ultimo dell'autonomia interiore irriducibile di fronte al dominio totalitario — è dell'autore, e non costituisce una interpretazione ufficiale o autorizzata dalla stessa Eger. Va precisato che la Eger stessa ha interpretato quella esperienza in chiave psicologica e spirituale, non giuridica: il presente articolo ne propone una traslazione nel registro del diritto costituzionale come strumento euristico, non come attribuzione di intenzioni all'autrice. Tra l'altro, la citazione “*Non ero lì. Sopravvissi perché ero altrove*”, afferma qualcosa di preciso: la mente può disancorarsi dalla realtà traumatica per preservare l'integrità psichica e l'immaginazione non è evasione, ma

strumento di resistenza, ove la sopravvivenza non è solo fisica, ma anche psicologica e identitaria. In termini clinici, questa non è una fuga patologica, ma una risposta funzionale a un trauma insostenibile: un modo per evitare la completa disintegrazione del sé. C'è anche un livello ulteriore, quasi filosofico: la Eger introduce il concetto che, anche nelle condizioni più estreme, rimane uno spazio minimo di libertà interiore. Non il controllo sugli eventi, ma la possibilità di scegliere dove collocare la propria coscienza. Vi è un evidente anacronismo nel citare Nureyev, ma va letto considerando due livelli. Un livello fenomenologico (all'epoca dei fatti), ove la dissociazione poteva benissimo assumere la forma di un "luogo altro" (un teatro, una scena, un partner ideale), ma senza contenuti storicamente determinati come Nureyev. Un livello narrativo-memoriale (scrittura del 2017): ossia, nel rielaborare il trauma, Edith Eger utilizza una figura simbolicamente perfetta (Nureyev rappresenta l'apice della libertà espressiva nella danza, l'opposto esatto del contesto concentrazionario). È una scelta retorica e simbolica, non documentale. In termini tecnici, non siamo davanti a un errore, ma a una trasposizione simbolica retrospettiva: la memoria traumatica viene riorganizzata attraverso immagini culturalmente disponibili al momento della narrazione, non necessariamente al momento dell'evento. Dunque si tratta di un anacronismo se letto letteralmente, non lo è se letto correttamente come costruzione simbolico-narrativa. Ed è proprio questa seconda lettura quella coerente con la psicologia del trauma e con la natura del genere *memoir*.

2 Il termine "*pre-espressivo*" è da preferirsi rispetto all'alternativa "*pre-verbale*" perché è più ampio nella portata, comprendendo forme non verbali di esteriorizzazione (gesto, comportamento, scrittura) oltre agli atti linguistici verbali. Il criterio definitorio è la volontarietà dell'esteriorizzazione, non la sua modalità.

3 La precisazione epistemologica sui limiti dell'inferenza probabilistica nella decodifica neurale è fondamentale per un corretto uso giuridico del dato scientifico. Tre limitazioni strutturali devono essere distinte: (i) il problema della sottodeterminazione (*underdetermination*), per cui lo stesso pattern di attivazione neurale può essere compatibile con più stati mentali distinti, rendendo contestabile l'attribuzione individuale; (ii) la dipendenza dall'inferenza probabilistica, che produce output statistici non trasferibili meccanicamente in decisioni giuridiche individuali senza rischio di errore sistematico; (iii) il deficit di validità ecologica, dato che i modelli di decodifica derivati in laboratorio presentano trasferibilità limitata a contesti naturalistici. Su questi limiti cfr. Huth, A. G. et al. (2023). *Noninvasive brain-to-text communication*. *Nature Neuroscience*, 26, 858–866; Willett, F. R. et al. (2021). *High-performance brain-to-text communication via handwriting*. *Nature*, 593, 249–254. Le corti devono pertanto essere attrezzate per valutare l'affidabilità statistica delle prove neurali a livello individuale, non soltanto al livello di popolazione al quale i risultati di ricerca sono tipicamente riportati.

4 L'obiezione di ridondanza è stata sistematicamente elaborata dalla dottrina che critica l'espansione dei cataloghi dei diritti fondamentali. In senso generale cfr. Buchanan, A. (2013). *The Inflated Promise of Biological Research*. *Hastings Center Report*, 43(4), 19–28; Crisp, R. (2003). *Equality, Priority, and Compassion*. *Ethics*, 113(4), 745–763. Per una critica specifica alla proliferazione dei c.d. digital rights cfr. Floridi, L. (2014). *The Fourth Revolution*. Oxford University Press, pp. 101–130. La confutazione sviluppata nel testo opera a tre livelli autonomi: strutturale (le lacune del GDPR e dell'art. 9 CEDU non sono interpretative ma ontologiche, legate alla fase di acquisizione pre-espressiva); costituzionale (il principio di riserva di legge e di determinatezza normativa impedisce di risolvere per via giurisprudenziale ciò che richiede una scelta esplicita del legislatore democratico); architettonica (il nucleo assoluto non derogabile della libertà cognitiva risponde a un'esigenza che nessuna norma bilanciabile esistente può strutturalmente soddisfare).

5 Il principio *cogitationis poenam nemo patitur* (Ulpiano, Digesto 48.19.18) costituisce il fondamento romanistico del divieto di punire il mero pensiero, recepito nell'intero costituzionalismo liberale occidentale. Sul punto, cfr. Bublitz, J. C. (2013). *My Mind Is My Castle*. *Criminal Law and Philosophy*, 8(1), 135–158. La sua applicazione agli *hard cases* di contrasto al terrorismo incontra oggi la pressione dei sistemi predittivi: sul rischio di "*predictive policing*" cognitivo cfr. Farahany, N. (2023). *The Battle for Your Brain*. St. Martin's Press, pp. 145–178. Per il principio *nemo tenetur se detegere* come limite alla prova neurale in sede processuale penale cfr. Bublitz, J. C. & Merkel, R. (2014). *Crimes Against Minds*.

Criminal Law and Philosophy, 8(1), 51–77. L'argomento della Fase 5 del test (effetto di conformazione cognitiva) è particolarmente decisivo nel contesto del contrasto al terrorismo: una sorveglianza mentale generalizzata produce, anche potenzialmente, il soppresso di ogni forma di eterodossia politica, religiosa o ideologica che i sistemi democratici sono invece costituzionalmente tenuti a tollerare e proteggere.

[6](#) La caratterizzazione del nucleo assoluto come tipo ideale costituzionale in senso weberiano merita una precisazione metodologica di rilievo. Weber distingue il tipo ideale — costruito analitico che isola caratteristiche strutturali essenziali del fenomeno ai fini comparativi — dalla norma positiva immediatamente applicabile. Cfr. Weber, M. (1904/1949). *Objectivity in Social Science and Social Policy*. In *The Methodology of the Social Sciences*. Free Press, pp. 49–112. Nel registro giuridico del presente articolo, il tipo ideale costituzionale svolge una duplice funzione: de lege ferenda, fornisce il modello normativo verso il quale orientare la produzione legislativa sovranazionale; de lege lata, offre alle corti uno standard interpretivo di intensità presuntiva massima — un divieto che ammette deroga soltanto in presenza di una giustificazione cogente e proporzionata, non bilanciabile con ordinari interessi di pubblica utilità. Questa distinzione risponde alla preoccupazione, avanzata particolarmente dalla dottrina nordamericana, che la costruzione di un diritto assoluto produca rigidità normativa controproducente: l'operazionalizzazione come tipo ideale e non come regola determinata evita questa trappola preservando la forza prescrittiva del principio.

[7](#) Il test di proporzionalità rafforzato proposto nel testo estende il classico *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* del diritto costituzionale tedesco — sistematizzato dal *Bundesverfassungsgericht* a partire da BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil, 1958) e recepito dalla Corte di Giustizia UE come principio generale dell'ordinamento dell'Unione (cfr. CGUE, Causa C-331/88, Fedesa, 1990) — con due fasi aggiuntive specifiche per la sfera pre-espressiva. La Fase 4 (assenza di alternative cognitive) applica il sub-criterio di necessità in modo rafforzato: non è sufficiente che la misura meno invasiva della sfera pre-espressiva produca risultati equivalenti in termini di efficacia astratta; occorre che non esista alcun strumento alternativo che consenta di raggiungere lo scopo senza accedere agli stati interni del soggetto. La Fase 5 (valutazione dell'effetto di conformazione cognitiva) introduce un criterio del tutto originale: il diritto deve prendere in carico non soltanto gli effetti concreti della misura, ma anche l'effetto inibitorio prodotto dalla sola conoscibilità della possibilità di essere osservati. Su questo profilo cfr. anche Laird v. Tatum, 408 U.S. 1 (1972); Big Brother Watch e altri c. Regno Unito [GC], ric. n. 58170/13, 25 maggio 2021, § 330 ss.

[8](#) La questione della qualificazione dei dati neurali decodificati come testimonial evidence ai sensi del V Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti è ancora aperta nella giurisprudenza e nella dottrina nordamericana. In Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966), la Corte Suprema ha tracciato la linea di confine tra prove di natura testimoniale — coperte dal privilegio contro l'autoincriminazione — e prove di natura reale o fisica, non coperte. La ratio della distinzione risiede nel fatto che le testimonianze implicano l'estrazione di contenuto cognitivo dalla mente del soggetto, mentre le prove fisiche riguardano il corpo come dato materiale. La decodifica di stati mentali pre-espressivi mediante neuroimaging cade — secondo la posizione qui sostenuta e già avanzata da Farahany, N. (2023). *The Battle for Your Brain*. St. Martin's Press, pp. 87–124 — nella prima categoria, in quanto ciò che viene estratto è pensiero nella sua fase germinale, non semplicemente un campione biologico. Contra, con argomenti che valorizzano il carattere "fisico" della registrazione cerebrale, cfr. McCay, A. (2020). *Neurorights: A New Paradigm?* Stanford Technology Law Review, 23(2), 148–201. La questione è destinata a raggiungere la Corte Suprema con l'ingresso delle prove BCI nell'arena forense.

[9](#) La riforma costituzionale cilena del 2021 (Ley 21.383) è il frutto diretto del lavoro coordinato da Rafael Yuste (Columbia University) e dal gruppo di neuroscienziati e bioeticisti che nel 2017 aveva pubblicato su Nature il manifesto delle quattro priorità etiche per le neurotecnologie: libertà mentale, *privacy* mentale, integrità mentale e continuità psicologica. Cfr. Yuste, R. et al. (2017). *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*. Nature, 551(7679), 159–163. La riforma introduce all'art. 19 n. 1 della Constitución Política la tutela dell'"attività cerebrale" e dello

"sviluppo mentale" come componenti dell'integrità psichica costituzionalmente garantita. Per un'analisi giuridica approfondita della riforma cfr. Morente-Mejías, F. & Faundez-Ugalde, A. (2022). *Cognitive Liberty and Neurotechnology*. *Law, Innovation and Technology*, 14(2), 303–330. La Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa ha richiamato in più occasioni la necessità di standard normativi rafforzati per le tecnologie di accesso alla mente, segnalando la riforma cilena come precedente di interesse comparativo per gli ordinamenti europei.

[10](#) La sorveglianza neurale nei luoghi di lavoro mediante sistemi EEG indossabili obbligatori è documentata in Cina a partire dal 2018. Cfr. Li, J. J. et al. (2019). *EEG-based Emotion Recognition in a Simulated Driving Environment*. *Journal of Neural Engineering*, 16(6), 066001. La tecnologia è stata utilizzata da imprese nel settore manifatturiero, ferroviario e militare per monitorare stati attentivi ed emotivi dei dipendenti in tempo reale, con conseguenze disciplinari e retributive automatiche. Per una rassegna documentata delle applicazioni cinesi cfr. *South China Morning Post*, 30 aprile 2018, "*China is monitoring employees' brain waves and emotions*". Il confronto con la Cina non è meramente retorico: esso rivela che la libertà cognitiva non è una questione tecnico-giuridica contingente ma un corollario strutturale della concezione liberal-democratica della persona. Come ha osservato Floridi, L. (2014). *The Fourth Revolution*. Oxford University Press, p. 71: il trattamento dell'individuo come fine in sé — e non come mezzo di produzione ottimizzabile — è il discrimine fondamentale tra sistemi antropologicamente compatibili con i diritti fondamentali e sistemi che li negano nella loro radice.

[11](#) Sulle dimensioni di costo regolatorio della governance delle neurotecnologie, la letteratura di law and economics ha iniziato a sviluppare modelli analitici specifici. Cfr. Raso, J. et al. (2024). *Sandbox Regulation for Brain-Computer Interfaces: A Comparative Analysis*. *Harvard Journal of Law and Technology*, 37(2), 441–498, che propone meccanismi di *regulatory sandbox* come strumento per bilanciare innovazione e tutela. Sulla questione dell'*enforcement*, la difficoltà principale risiede nell'asimmetria informativa tra regolatori e produttori di neurotecnologie: i sistemi di rilevazione non consensuale possono essere incorporati in dispositivi apparentemente leciti (*EEG consumer-grade*, sistemi di *eye-tracking*, interfacce adattive), rendendo il controllo *ex post* tecnicamente arduo. Sul rischio di market concentration derivante da una regolazione eccessivamente onerosa per i piccoli operatori, cfr. Susser, D., Roessler, B. & Nissenbaum, H. (2019). *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*. *Georgetown Law Technology Review*, 4(1), 1–45. La struttura tripartita proposta — con la sfera disponibile e il perimetro procedurale come spazi regolatori flessibili — mira precisamente a evitare l'effetto di inibizione dell'innovazione terapeutica, preservando lo spazio di sviluppo per le applicazioni consensuali e benefiche (BCI per la comunicazione di soggetti con disabilità, *neuroimaging* diagnostico, interfacce adattive per la riabilitazione).

Bibliografia essenziale

Andorno, R. (2021). *Neurotechnology and the Law: Protecting the Human Mind*. *Journal of Law and the Biosciences*, 8(2), Isab024.

Buchanan, A. (2013). *The Inflated Promise of Biological Research*. *Hastings Center Report*, 43(4), 19–28.

Bublitz, J. C. (2013). *My Mind Is My Castle: About the Privilege against Self-Incrimination, Mental Coercion and Brain-Reading Technologies*. *Criminal Law and Philosophy*, 8(1), 135–158.

- Bublitz, J. C., & Merkel, R. (2014). *Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination*. *Criminal Law and Philosophy*, 8(1), 51–77.
- Crisp, R. (2003). *Equality, Priority, and Compassion*. *Ethics*, 113(4), 745–763.
- Eger, E. (2017). *The Choice: Embrace the Possible*. Scribner.
- Farahany, N. (2023). *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*. St. Martin's Press.
- Floridi, L. (2014). *The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality*. Oxford University Press.
- Greely, H. T. (2021). *GINA, the ADA, and Protecting Human Subjects*. *Law & Biosciences*, 8(1), 1–15.
- Huth, A. G., de Heer, W. A., Griffiths, T. L., et al. (2023). *Noninvasive brain-to-text communication via a cortical area involved in speech production*. *Nature Neuroscience*, 26, 858–866.
- Ienca, M., & Andorno, R. (2017). *Towards New Human Rights in the Neurotechnology Age*. *Life Sciences, Society and Policy*, 13(1), 5.
- Ienca, M. (2021). *On Neurorights*. *Frontiers in Human Neuroscience*, 15, 701258.
- Lavazza, A. (2018). *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Interface Technology*. *Frontiers in Neuroscience*, 12, 1–8.
- Li, J. J., et al. (2019). *EEG-based Emotion Recognition in a Simulated Driving Environment*. *Journal of Neural Engineering*, 16(6), 066001.
- McCay, A. (2020). *Neurorights: A New Paradigm?* *Stanford Technology Law Review*, 23(2), 148–201.
- Mill, J. S. (1859/2008). *Sulla libertà*. Bompiani, Milano.
- Morente-Mejías, F., & Faundez-Ugalde, A. (2022). *Cognitive Liberty and Neurotechnology: Rethinking the Foundations of Mental Privacy*. *Law, Innovation and Technology*, 14(2), 303–330.
- Pallarés-Dominguez, D. (2021). *Neuroethics and Neurorights: An Epistemological Challenge for Law*. *Neuroethics*, 14(3), 429–439.
- Picozza, E. (2020). *Neurodiritto. Una introduzione*. Giappichelli, Torino.
- Raso, J. et al. (2024). *Sandbox Regulation for Brain-Computer Interfaces: A Comparative Analysis*. *Harvard Journal of Law and Technology*, 37(2), 441–498.
- Rudinow Sætra, H. (2021). *The Externality of Privacy: Rights-Based Arguments for Neurotechnology Regulation*. *AJOB Neuroscience*, 12(4), 325–337.
- Susser, D., Roessler, B., & Nissenbaum, H. (2019). *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*. *Georgetown Law Technology Review*, 4(1), 1–45.
- Weber, M. (1904/1949). *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale. In Il metodo delle scienze storico-sociali*. Einaudi, Torino.
- Willett, F. R., Avansino, D. T., Hochberg, L. R., et al. (2021). *High-performance brain-to-text communication via handwriting*. *Nature*, 593(7858), 249–254.
- Yuste, R., Goering, S., Arcas, B. A., et al. (2017). *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*. *Nature*,

551(7679), 159–163.

Zito, L. (2024). *Neurotecnologie: cenni sulla dimensione biogiuridica dei "neurodiritti"*. Aequitas Magazine, 1–9.

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

Copyright © Author(s). Licensed under CC BY 4.0.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.20023026> · ARK: <ark:/56778/10391>



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Monthly open-access peer-reviewed Journal

Indexed in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

CINECA Code E277033

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)

Cultural Association for Legal Studies and Research

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

Territorio, pascolo e mobilità: aspetti giuridici della transumanza da Roma antica ad oggi

Claudia Pucci · © 07-05-2026



DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.19913115>

ARK <ark:/56778/10415>

License: Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Keywords: ager compascuus; diritto agrario; Diritto romano; gestione sostenibile del territorio; saltus; servitutes praediorum; sustainable land management; transhumance; transumanza; usi civici

How to cite this article / Come citare questo articolo

Pucci, C. (2026). *Territorio, pascolo e mobilità: aspetti giuridici della transumanza da Roma antica ad oggi*. *Aequitas*

ABSTRACT (EN) *This article investigates transhumance as a legal device capable of challenging the traditional static conception of land ownership. Focusing on the Roman law system of saltus hiberni et aestivi, the study addresses a gap in the existing literature, which has largely examined pastoral institutions from a descriptive or sectoral perspective, without fully capturing their systemic legal significance. Adopting a comparative historical-legal methodology, grounded in the exegesis of Roman sources (notably the Digest and gromatic texts) and their comparison with contemporary agrarian law, commons theory, and sustainability frameworks, the paper demonstrates that institutions such as servitutes praediorum, rights of way, and ager compascuus do not merely represent internal articulations of dominium, but rather embody an alternative model of territorial legal organization. The findings reveal that Roman law developed a form of “functional and dynamic property”, based on the regulated circulation of persons, livestock, and rights, where ownership is structurally intertwined with use and socio-economic function. In this perspective, the ambivalent nature of common pastures and the logic of pastoral mobility anticipate modern legal categories of collective ownership and shared resource management. The article therefore advances a systematic reinterpretation of Roman transhumance as a foundational paradigm for contemporary debates on commons and environmental sustainability. It argues that Roman law should not be viewed merely as a historical antecedent, but as a normative grammar of mobility, capable of informing present-day legal frameworks governing land use in ecologically complex contexts.*

ABSTRACT (IT) *Il contributo indaga il fenomeno della transumanza quale dispositivo giuridico capace di mettere in crisi la tradizionale rappresentazione statica della proprietà fondiaria. Muovendo dall'analisi del sistema dei saltus hiberni et aestivi nel diritto romano, l'articolo si propone di colmare un vuoto nella letteratura, che ha prevalentemente interpretato gli istituti pastorali in chiave descrittiva o settoriale, senza coglierne la portata sistemica. Attraverso un metodo storico-giuridico comparatistico, fondato sull'esegesi delle fonti romane (in particolare Digesto e fonti gromatiche) e sul confronto con il diritto agrario contemporaneo e con i più recenti sviluppi in materia di beni comuni e sostenibilità, il lavoro dimostra che istituti quali servitutes praediorum, diritti di passaggio e ager compascuus non esprimono una semplice articolazione del dominium, ma configurano un modello alternativo di organizzazione giuridica del territorio. I risultati evidenziano come il diritto romano abbia elaborato una forma di “proprietà funzionale e dinamica”, fondata sulla circolazione regolata di uomini, animali e diritti, in cui la titolarità si intreccia strutturalmente con l'uso e con la destinazione economico-sociale del bene. In tale prospettiva, la natura ambivalente dei compascoli e la mobilità pastorale si rivelano anticipatrici delle moderne categorie di proprietà collettiva e gestione condivisa delle risorse naturali. Il contributo propone, pertanto, una rilettura sistematica del paradigma romanistico della transumanza come matrice teorica della contemporanea riflessione sui beni comuni e sulla sostenibilità. Ne emerge che il diritto romano non rappresenta soltanto un antecedente storico, ma fornisce una vera e propria grammatica giuridica della mobilità, idonea a orientare i modelli normativi contemporanei nella regolazione delle risorse territoriali in contesti ecologicamente complessi.*

SOMMARIO: 1. Stato dell'arte e posizionamento del contributo - 2. Economia pastorale nel mondo romano - 3. Pastorizia tra evoluzioni culturali e giuridiche - 4. Il concetto di “saltu” e la natura ambivalente dei compascoli - 5. Dal diritto romano alla sostenibilità moderna - 6. Conclusioni.

1. Stato dell'arte e posizionamento del contributo

La transumanza come oggetto di studio giuridico si colloca all'intersezione tra romanistica, storia del diritto agrario e, più recentemente, diritto ambientale e delle risorse naturali. La letteratura sul tema presenta filoni ben definiti, che è necessario richiamare per precisare l'apporto originale del presente lavoro.

Sul versante romanistico, la dottrina ha ampiamente analizzato le *servitutes praediorum* e il loro rapporto con l'organizzazione fondiaria romana. Capogrossi Colognesi ha ricostruito, con rigore esegetico, l'evoluzione della proprietà fondiaria romana e i suoi rapporti con le forme di uso collettivo del suolo, evidenziando come la distinzione tra terre pubbliche e private non fosse così netta quanto la tradizione pandettistica avrebbe poi suggerito. Corbino ha indagato la struttura tecnica delle servitù prediali nel sistema classico, chiarendo il passaggio dalla comproprietà funzionale al vincolo reale autonomo.

Sul piano specifico della transumanza e dei pascoli, Sereni e Bognetti hanno offerto contributi fondamentali alla comprensione dell'economia pastorale romana e medievale. La dimensione giuridica degli *agri compascui* è stata analizzata in modo sistematico da Merotto, cui si deve la più approfondita ricostruzione del dibattito dottrinale sulla loro qualificazione come servitù, pertinenza o compossesso.

Sul versante del diritto agrario moderno, la letteratura sugli usi civici è vastissima: da Grossi, che ne ha ricostruito il fondamento storico come forma di proprietà collettiva alternativa al modello individualistico-liberale,^[7] a Maddalena, che ne ha valorizzato la dimensione di *beni comuni* nell'accezione contemporanea.^[8]

Il presente contributo si colloca a cavallo di questi filoni, proponendo una lettura unitaria che utilizza il modello romano della mobilità pastorale come chiave interpretativa per comprendere la logica giuridica sottostante sia agli istituti storici (usi civici, servitù di pascolo) sia alle più recenti forme di tutela internazionale (riconoscimento UNESCO del 2019). La tesi che si intende argomentare è che il sistema dei *saltus hiberni et aestivi* costituisce un paradigma di *proprietà funzionale e mobile*, anteriore e alternativo alla concezione assoluta e statica del dominium, che il diritto contemporaneo riscopre nell'ottica della sostenibilità ambientale.

2. Economia pastorale nel mondo romano

Istituti come le *servitutes praediorum*, i diritti di passaggio (*iter, actus, via*) e l'uso dell'*ager publicus* vengono reinterpretati non solo come elementi legati alla proprietà, ma anche come mezzi per bilanciare stabilità e mobilità. Il territorio, quindi, appare come uno spazio giuridico aperto a una fruizione temporanea e coordinata delle risorse, con una minore rigidità nei confini proprietari. Questa analisi mette in luce una continuità tra il modello romano e istituti del diritto agrario moderno, come gli usi civici, le servitù di pascolo e le forme collettive di gestione della terra.

Nel mondo romano istituti giuridici come le servitù prediali, l'uso dell'*ager publicus* e i diritti di pascolo costituivano regolamentazioni fondamentali per disciplinare l'armoniosa coesistenza tra le attività agricole e quelle pastorali. Inizialmente, le servitù prediali non erano concepite come veri e propri diritti su fondi altrui "iura in re aliena", bensì come forme di appartenenza condivisa di porzioni specifiche di terreno. Ad esempio, una striscia destinata al passaggio o il corso di un'acqua potevano essere considerate come beni comuni, appartenenti simultaneamente ai proprietari dei fondi interessati. Si trattava dunque di una sorta di comproprietà che, se osservata in una prospettiva temporale contemporanea, potrebbe essere assimilata all'istituto del condominio, in cui beni condivisi tra più soggetti consentono una migliore e complementare utilizzazione del patrimonio.

Il perfezionamento giuridico della nozione di servitù si manifesta già nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano — e in particolare nelle Istituzioni (Inst. 2.3) e nel Digesto (D. 8.1–8.6) — dove il diritto di godimento su beni altrui viene trasferito dall'individuo al fondo stesso. In questa evoluzione, il "praedium" diventa il diretto destinatario della servitù, superando la connessione personalistica e affermando un vincolo legale direttamente legato alla proprietà del terreno. Questo principio è stato poi accolto dai codici giuridici successivi, con l'eccezione del codice bizantino, che attribuiva al

possessore del fondo l'utilità derivante dall'esercizio della servitù, enfatizzando una dimensione soggettiva piuttosto che oggettiva del diritto.^[1] La *servitus pascendi* (D. 8.3.1) riguardava specificamente il diritto di portare gli animali al pascolo su terreni appartenenti ad altri, configurandosi come uno degli istituti più direttamente funzionali alla pratica transumante.

3. Pastorizia tra evoluzioni culturali e giuridiche

L'importanza attribuita alla pastorizia è evidente anche nelle pratiche religiose: riti specifici venivano celebrati in momenti dell'anno per invocare prosperità per greggi e raccolti, oltre a protezione contro le influenze negative. Molte festività romane primitive avevano radici pastorali: esempi emblematici sono le Tuarilie, le Equirie e le Parilie (o Palilie), durante le quali veniva effettuato un censimento dei capi di bestiame.

La pratica pastorale, introdotta in Italia fin dai tempi più remoti, costituì dunque l'occupazione primaria delle popolazioni romane. I culti locali conservarono tracce di questi antichi riti, trasformandosi poi in tradizioni cristiane: ad esempio, San Martino divenne protettore delle capre, San Giorgio dei cavalli, Sant'Isidoro dei buoi e dei bifolchi e San Pasquale delle pecore e dei pastori.

Anche se i Romani si dedicarono con successo all'agricoltura, spesso basandosi sui modelli greco e cartaginese, la pastorizia rimase comunque un cardine dell'economia rurale. L'importanza di entrambe le attività è testimoniata anche dalle rappresentazioni sulle prime monete romane, che probabilmente risalgono ai tempi di Servio Tullio. Secondo Plinio (*Naturalis Historia*, XVIII, 3), quest'ultimo scelse di raffigurare il bue e la pecora sulle monete per simboleggiare la stretta connessione tra agricoltura e pastorizia come fonti principali di ricchezza e prosperità. Non a caso, il termine "pecunia" (denaro) deriva da "pecus" (bestia), indicando l'originaria funzione degli animali come unità di scambio.

Tuttavia, le due attività economiche spesso entrarono in conflitto tra loro, spingendo Roma ad adottare numerosi provvedimenti legislativi per bilanciare esigenze contrastanti. Un esempio significativo è la *Lex Thoria* (111 a.C.), emanata per regolare la pastorizia nei terreni pubblici: prevedeva infatti che una parte delle terre demaniali fosse riservata allo Stato per essere destinata a pascolo pubblico. Ogni cittadino aveva il diritto di pascolare fino a dieci capi di bestiame grosso e un numero maggiore di bestiame minuto in queste terre; tuttavia, superato tale limite, era prevista una tassa da pagare al momento del passaggio degli animali tra i vari pascoli stagionali.^[2]

Nonostante tali regolamentazioni, con il passare del tempo si assistette a una progressiva trasformazione dell'economia rurale romana. L'agricoltura attraversò un periodo di declino, mentre l'industria pastorale acquisì sempre maggiore rilevanza. Le autorità tentarono in più occasioni di incentivare la coltivazione dei campi anziché destinarli esclusivamente al pascolo, ma queste misure non riuscirono a invertire la tendenza. Alla lunga, l'agricoltura cedette il passo alla crescita predominante della pastorizia, portando a una trasformazione definitiva del panorama economico romano.

4. Il concetto di "saltu" e la natura ambivalente dei compascoli

La definizione tramandata da Festo (*De verborum significatu*, s.v. "saltus"), attribuita ad Elio Gallo, amplia il concetto di *saltus*, descrivendolo come una porzione di territorio caratterizzata da selve e pascoli, ma includendo al contempo strutture ed edifici, manodopera e personale addetto al controllo, nonché aree dedicate alla coltivazione per il sostentamento di queste componenti: una struttura dotata di un'organizzazione interna autonoma e differente dal *fundus* — inteso come fondo agricolo — che può anch'esso includere selve senza perdere la propria classificazione.

Tale nozione di *saltus* trova un riscontro nelle fonti giuridiche contenute nel Digesto (D. 50.16.60; D. 7.1.9.2), dove viene associata al fenomeno della transumanza. In questi contesti normativi, si evidenzia il tratto distintivo della transumanza stessa: lo spostamento stagionale di greggi e armenti dai pascoli invernali a quelli estivi (*saltus hiberni et*

aestivi), lungo percorsi predefiniti e consolidati nel tempo, verso spazi adatti a garantire una sistemazione adeguata agli animali nelle diverse stagioni.

I compascoli (pascoli assegnati sia a singole colonie, sia all'intera comunità dei coloni) e l'*ager compascuus*, inteso come sistema di distribuzione di terre destinate alla pastorizia tra piccoli proprietari terrieri organizzati in nuclei omogenei, rappresentano probabilmente l'istituto che meglio consente di far emergere la concezione giuridica romana relativa a una specifica e peculiare tipologia di diritti su beni pubblici. Gli *agri compascui* concessi ai privati nel quadro della centuriazione possono essere considerati, in una certa misura, un "modello ibrido", collocato a metà strada tra la sfera pubblico-statale e quella privata-commerciale. In effetti, è stato efficacemente osservato che le terre destinate al compascolo, così come descritte nelle fonti gromatiche (Frontino, *De agrorum qualitate*; Igino Gromatico, *De limitibus constituendis*), sembrano presentare una natura ambivalente, risultando a seconda dei casi pubbliche, private o persino simultaneamente pubbliche e private.

In senso generale, l'*ager compascuus* si configurava come un terreno destinato al pascolo comune, utilizzabile da un ristretto gruppo di proprietari di fondi vicini per il pascolamento delle proprie greggi. Tuttavia, una comprensione più approfondita di tale istituto impone di analizzare la relazione giuridica tra il *saltus* e i soggetti titolari del diritto di pascolo.

Una prima corrente esegetica ha interpretato il *ius compascendi*, spettante ai proprietari confinanti su terreni concessi per il pascolo, come una forma di servitù prediale. Tuttavia, le fonti giuridiche romane non forniscono un quadro esplicito che disciplini i rapporti tra lo Stato, inteso come proprietario del terreno pubblico, e i privati interessati. Ancor meno riconoscono tali rapporti come rientranti nell'ambito delle *servitutes*. In effetti, immaginare una servitù gravante su suolo pubblico risulterebbe incompatibile con il sistema giuridico romano, il quale respingeva la possibilità che terre pubbliche potessero essere subordinate a fondi privati. Tale concezione derivava dall'impossibilità giuridica di qualificare terreni pubblici come "serventi" rispetto a proprietà private.

In alternativa a questa lettura, alcuni studiosi hanno contestato l'assimilazione agli istituti delle servitù, proponendo invece di considerare gli *agri compascui* come pertinenze comuni — di natura privata — legate a determinati fondi. Anche questa ipotesi, però, presenta criticità concettuali e pratiche. I terreni adibiti a pascolo comune e i fondi adiacenti cui erano collegati non risultavano appartenenti al medesimo proprietario: ciò rende problematica l'idea che gli agrimensori romani abbiano utilizzato il termine *pertinere* in senso tecnico. Inoltre, la qualificazione degli *agri compascui* come pertinenze implicherebbe per il titolare della cosa principale una facoltà di recesso dal rapporto pertinenziale. Questa eventualità appare difficilmente compatibile con il regime propriamente giuridico delle concessioni di pascolo, che — come si evince in particolare dagli scritti di Frontino (*De agrorum qualitate*, 1-2) — si presentavano in maniera indissolubilmente connessa alla proprietà dei fondi cui erano accessorie.

Un'ulteriore tesi suggerisce che i titolari del diritto avessero verso l'area destinata al pascolo solo un generico diritto di compossesso, tutelabile mediante gli ordinari strumenti degli interdetti possessori. Anche questa interpretazione risulta tuttavia insoddisfacente sotto il profilo analitico. Va precisato infatti che il diritto di pascolo non era attribuito direttamente alle persone fisiche, quanto piuttosto collegato ai fondi stessi in modo indissolubile. Pertanto, anche accettando l'idea di un compossesso esercitato dai proprietari fondiari sull'*ager compascuus*, tale impostazione non riesce a cogliere pienamente la complessità dell'istituto giuridico in esame né la sua funzione originaria nel contesto del diritto romano.

5. Dal diritto romano alla sostenibilità moderna

A prescindere dalle suddette opzioni ermeneutiche, è chiaro che il sistema dei *saltus hiberni et aestivi* e dei compascoli permette di abbandonare una concezione statica del diritto di proprietà, evidenziando come già nel diritto romano

esistesse un modello giuridico basato sulla circolazione e sull'utilizzo temporaneo delle risorse. Il territorio non è più inteso come uno spazio rigidamente definito, bensì come un'area attraversata da diritti in movimento, in cui la titolarità si intreccia con l'uso e con la funzione economico-sociale del bene. Si tratta di una concezione che il diritto agrario contemporaneo sta riscoprendo nell'ambito delle riflessioni sui *beni comuni* e sulla gestione sostenibile delle risorse naturali.

Questa continuità di logica giuridica trova un riscontro eloquente nel riconoscimento della transumanza come *patrimonio culturale immateriale dell'umanità* da parte dell'UNESCO, avvenuto nel novembre 2019 (Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale Immateriale, Decisione 14.COM 10.b.14). Il termine transumanza si riferisce alla migrazione stagionale del bestiame, una pratica secolare presente in molte aree rurali, tra cui le Alpi, l'Italia centrale e meridionale, la Grecia e l'Austria. Nell'ottica del diritto agrario, il riconoscimento UNESCO non è solo una certificazione culturale: esso implica obblighi di salvaguardia che intersecano le discipline del diritto internazionale, del diritto dei beni culturali e del diritto ambientale, con ricadute sulla regolamentazione dei tratturi, delle servitù di transito e delle terre civiche ad essi connesse.

Un contributo significativo alla regolamentazione della transumanza è venuto storicamente da Federico II di Svevia, che con la Costituzione di Melfi del 1231 stabilì norme sull'utilizzo dei pascoli, fissando i costi di affitto e i risarcimenti per danni causati dagli animali altrui. Inoltre, introdusse in Italia le pecore merinos dalla Spagna, regolò l'uso delle terre tra coltivazione e allevamento, e creò la *Mena delle Pecore di Puglia*, un'istituzione deputata alla gestione fiscale e alla protezione dei pascoli. Questo sistema istituzionale medievale è comprensibile proprio alla luce della matrice romana: la *Mena* riprende, sotto altra forma, la logica degli *agri compascui* e dei percorsi transumanti del diritto romano.

Nel diritto italiano vigente, la gestione delle terre collettive e degli usi civici è disciplinata dalla Legge. n. 168/2017, che ha riconosciuto i domini collettivi come ordinamento giuridico primario dell'organizzazione civile, distinto tanto dalla proprietà privata individuale quanto dal demanio pubblico. Tale normativa, letta in chiave storico-comparatistica, appare come l'erede diretto di quella logica di *appartenenza condivisa e uso funzionale* del territorio che i Romani avevano elaborato per rispondere alle esigenze della transumanza.

6. Conclusioni

Il percorso analitico svolto consente di formulare alcune conclusioni di carattere sistematico. Il modello giuridico romano della mobilità pastorale — articolato intorno ai *saltus hiberni et aestivi*, alle *servitutes pascendi*, all'*ager compascuus* e ai diritti di passaggio — costituisce un sistema coerente e originale, fondato su una concezione del territorio come spazio di *fruizione dinamica e temporanea* piuttosto che di appropriazione esclusiva e permanente.

Tale concezione non ha carattere meramente arcaico: essa esprime una logica funzionale che risponde a esigenze economiche reali (l'ottimizzazione delle risorse pastorali in ecosistemi differenziati per stagione) attraverso strumenti giuridici flessibili, capaci di modulare il rapporto tra titolarità e uso. Questa logica è rimasta latente nella tradizione giuridica occidentale, riemergendo periodicamente ogni volta che l'organizzazione economica ha richiesto forme di accesso condiviso alle risorse naturali.

Il diritto romano, ben lontano dall'essere un sistema immutabile, dimostra una sorprendente capacità di evolversi e adattarsi, anticipando soluzioni giuridiche che il diritto moderno è oggi chiamato a riscoprire e approfondire. In un'epoca segnata dalla crisi ambientale, dal ridimensionamento dei modelli di sviluppo estrattivo e dalla riscoperta dei beni comuni come categoria giuridica, il paradigma della mobilità pastorale romana offre spunti di riflessione tutt'altro che antiquari: è una grammatica giuridica per pensare la sostenibilità

Bibliografia essenziale

Capogrossi Colognesi, L. (1969). *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*. Giuffrè, Milano.

Corbino, A. (2008). *Il diritto privato romano nelle sue radici*. CEDAM, Padova.

Fabbi, L., Jodice, M., & Mattia, S. (1993). Le servitù per condotte aperte e sotterranee: implicazioni tecniche, urbanistiche-sociali, giuridiche, economico-estimative. *Ce. SET: atti degli incontri. XXIII*, 1000–1024.

Grossi, P. (1977). *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Giuffrè, Milano.

Maddalena, P. (2014). *Il territorio: bene pubblico e bene comune*. Gangemi, Roma.

Merotto, M.F. (2016). 'Ager compascuus': un esempio di vincolo di destinazione di interesse pubblico. In *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana* (Vol. 1, pp. 193–223). Jovene, Napoli.

Pullè, G. (1929). La pastorizia nell'Agro Romano. *Bollettino della Società Geografica Italiana*, 570–601.

Sereni, E. (1961). *Storia del paesaggio agrario italiano*. Laterza, Roma-Bari.

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

Copyright © Author(s). Licensed under CC BY 4.0.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.19913115> · ARK: <ark:/56778/10415>



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Monthly open-access peer-reviewed Journal

Indexed in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

CINECA Code E277033

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)

Cultural Association for Legal Studies and Research

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

La fase esecutiva del concordato preventivo: ruolo del commissario giudiziale e modalità operative

Antonio Capasso · © 07-05-2026



DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.19913819>

ARK [ark:/56778/10434](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-63864-p0011-9)

License: Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Keywords: codice della crisi d'impresa; concordato preventivo; creditor protection; fase esecutiva; Italian Insolvency Code (CCII); ristrutturazione d'impresa; tutela dei creditori

How to cite this article / Come citare questo articolo

Capasso, A. (2026). *La fase esecutiva del concordato preventivo: ruolo del commissario giudiziale e modalità operative*. *Aequitas Magazine*, 5, 27-36.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.19913819>

ABSTRACT (EN) *This article examines the enforcement phase of composition with creditors (concordato preventivo) under the Italian Code of Business Crisis and Insolvency (CCII), focusing on the role of the judicial commissioner and the operational framework emerging from recent case law. Starting from a systematic reconstruction of both domestic and European legal frameworks, the study highlights how the enforcement phase has become a central component in ensuring the effective protection of creditors, overcoming its traditional marginal role compared to the confirmation stage. Through an in-depth analysis of the decision of the Court of Florence (8 January 2025), the paper demonstrates the evolution of the judicial commissioner from a passive supervisory body to an active control authority endowed with monitoring, reporting, and substitute intervention powers, in line with Directive (EU) 2019/1023. Special attention is devoted to control mechanisms in business continuity scenarios, financial imbalance management, and potentially detrimental transactions, including intra-group operations. The findings reveal the emergence of an execution model based on dynamic and structured control systems, capable of ensuring transparency, traceability, and effective creditor protection. From a de iure condendo perspective, the paper argues for a clearer statutory definition of the commissioner's powers and of the debtor's informational duties in the enforcement phase, in order to reduce interpretative fragmentation and enhance legal certainty.*

ABSTRACT (IT) *Il contributo analizza la fase esecutiva del concordato preventivo alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), con particolare riferimento al ruolo del commissario giudiziale e alle modalità operative delineate dalla più recente giurisprudenza di merito. Muovendo da una ricostruzione sistematica del quadro normativo interno e sovranazionale, lo studio evidenzia come la fase esecutiva assuma una funzione centrale nel garantire l'effettività della tutela del ceto creditorio, superando la tradizionale marginalità rispetto alla fase di omologazione. Attraverso l'analisi della sentenza del Tribunale di Firenze dell'8 gennaio 2025, il lavoro mette in luce l'evoluzione del commissario giudiziale da organo di vigilanza passiva a soggetto titolare di poteri di controllo attivo, informazione qualificata e intervento sostitutivo, in linea con le indicazioni della Direttiva (UE) 2019/1023. Particolare attenzione è dedicata ai meccanismi di monitoraggio nella continuità aziendale, alla gestione degli squilibri finanziari, nonché alle operazioni potenzialmente pregiudizievoli, incluse quelle infragruppo. I risultati evidenziano l'emersione di un modello di esecuzione concordataria fondato su un sistema di controlli diffusi e dinamici, idoneo a garantire trasparenza, tracciabilità e tutela effettiva dei creditori. In prospettiva de iure condendo, si sottolinea l'esigenza di una più puntuale codificazione dei poteri commissariali e degli obblighi informativi nella fase esecutiva, al fine di ridurre le disomogeneità applicative e rafforzare la certezza del diritto.*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo della fase esecutiva nel codice della crisi e dell'insolvenza - 2. Il ruolo polivalente del commissario giudiziale nella fase esecutiva - 3. Le disposizioni esecutive del Tribunale di Firenze. – 4. Gli obblighi informativi dell'impresa nella fase esecutiva - 5. Il sistema di controllo e vigilanza nella continuità aziendale - 6. La tutela dei creditori e i meccanismi di compensazione - 7. Conclusioni e prospettive de iure condendo.

1. Il Quadro normativo della fase esecutiva nel codice della crisi e dell'insolvenza

1.1. L'articolazione della procedura concordataria secondo il CCII

Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza ha introdotto rilevanti innovazioni rispetto alla precedente disciplina contenuta nella Legge Fallimentare, ridefinendo complessivamente l'architettura procedimentale del concordato preventivo. La nuova normativa ha articolato la procedura in fasi ben distinte: una fase preliminare di accertamento della fattibilità del piano, una fase deliberativa con il controllo giudiziale sulle condizioni di ammissibilità e approvazione da parte dei creditori, e infine una fase esecutiva nella quale si realizzano concretamente gli obiettivi perseguiti dal debitore.

Nella vigenza della precedente Legge fallimentare, la fase esecutiva era regolata in modo piuttosto generico, delegando largamente al commissario giudiziale il compito di sorveglianza senza fornire tuttavia criteri specifici di intervento e di controllo. Il CCII ha invece innovato significativamente questo profilo, introducendo l'articolo 118 che configura specifiche competenze del commissario giudiziale in fase esecutiva, nonché prevedendo una serie di obblighi informativi stringenti a carico del debitore.

Il recepimento della Direttiva (UE) 2019/1023 in materia di ristrutturazione preventiva ha contribuito in modo decisivo a questo cambio di paradigma. La Direttiva richiede agli Stati membri di garantire che i piani di ristrutturazione siano eseguiti sotto una vigilanza effettiva, attribuendo ai professionisti nella ristrutturazione — figura che nel sistema italiano corrisponde, pur con differenze strutturali, al commissario giudiziale — un ruolo non meramente notarile ma funzionalmente orientato alla tutela del ceto creditorio. Il legislatore italiano ha colto questa indicazione eurounitaria implementando, nel corpo del CCII, un sistema di controlli diffusi che si estendono lungo l'intero arco della fase esecutiva, superando la logica della sorveglianza episodica propria della legislazione previgente.

Per comprendere adeguatamente la fase esecutiva è necessario preliminarmente richiamarne i presupposti e le condizioni di ammissibilità. L'articolo 112 del CCII prevede che il giudice delegato omologhi il concordato solo ove ricorrano specifiche condizioni: la regolarità della procedura, l'esito positivo della votazione secondo gli schemi previsti dalla legge, l'ammissibilità della proposta in base ai criteri di cui all'articolo 84, la corretta formazione delle classi di creditori, il rispetto dei principi di priorità assoluta e relativa nella distribuzione dell'attivo e infine la ragionevole prospettiva di superamento dell'insolvenza.

La sentenza fiorentina ha accuratamente verificato il ricorrere di tutti questi presupposti, dedicando particolare attenzione alla fattibilità del piano e alle ragionevoli prospettive di superamento della crisi, parte nella quale ha evidenziato come lo squilibrio finanziario stimato in circa 675.000 euro nell'arco del biennio di continuità diretta sia stato adeguatamente compensato dai fondi-rischi stanziati nel passivo concordatario.

1.2. La continuità aziendale come presupposto della fase esecutiva

Un elemento caratterizzante della sentenza in esame è la scelta della ricorrente di attivare una procedura concordataria in continuità aziendale, modalità di regolazione della crisi sempre più frequente nella pratica giudiziaria contemporanea. La continuità aziendale comporta una notevole complessità della fase esecutiva, in quanto non si limita alla semplice liquidazione del patrimonio, bensì richiede il mantenimento operativo dell'attività gestionale durante l'intero arco della procedura. Secondo la dottrina prevalente, il concordato in continuità assolve a una duplice funzione: da un lato, la preservazione del valore aziendale come aggregato produttivo; dall'altro, la massimizzazione del soddisfacimento dei creditori rispetto all'alternativa liquidatoria, in attuazione del principio del miglior soddisfacimento (*best interest of creditors test*) di cui all'articolo 84, comma 3, CCII.

Nel caso di specie, la continuità diretta riguardava il ramo aziendale di noleggio, aspetto che ha imposto una costante vigilanza sulla sostenibilità finanziaria dell'esercizio provvisorio. Infatti, l'attestatore ha rilevato come fosse necessario un apporto di finanza esterna di almeno 770.000 euro per il mantenimento dell'equilibrio finanziario durante la continuità diretta, con particolare tensione prevista nel mese di aprile 2024.

Questa tensione finanziaria strutturale impone un controllo commissariale qualitativamente diverso da quello esercitabile in un concordato meramente liquidatorio. Mentre in quest'ultimo la principale preoccupazione dell'organo di vigilanza è la corretta realizzazione delle attività e la sequenza dei riparti, nel concordato in continuità il commissario è chiamato a monitorare in tempo reale la sostenibilità del going concern, segnalando tempestivamente al giudice delegato ogni scostamento rispetto alle proiezioni di piano. La sentenza fiorentina ha recepito pienamente questa esigenza, strutturando un sistema di obblighi informativi periodici che consentono al tribunale di intervenire prima che uno squilibrio temporaneo degeneri in una compromissione irreversibile del piano.

2. Il ruolo polivalente del commissario giudiziale nella fase esecutiva

2.1. Dalla sorveglianza passiva al controllo attivo: l'evoluzione del ruolo commissariale

La fase esecutiva del concordato preventivo ha determinato una significativa evoluzione della figura del commissario giudiziale, trasformando il suo ruolo da una sorveglianza meramente passiva ad un controllo attivo e propositivo. Nella sentenza esaminata, questo passaggio è particolarmente evidente, in quanto il commissario è stato incaricato non solamente di verificare il rispetto delle obbligazioni concordatarie, bensì di esercitare poteri di diniego su determinate operazioni, di partecipare attivamente alle procedure di alienazione e di esercitare poteri sostitutivi in caso di inadempienza del debitore.

L'articolo 118 del CCII ha conferito al commissario giudiziale ampi poteri in fase esecutiva, inclusa la facoltà di intervento presso il giudice delegato laddove il debitore non provveda al compimento degli atti necessari all'esecuzione della proposta concordataria. La sentenza in esame ha ulteriormente specificato quest'ambito, prevedendo esplicitamente che il commissario debba "*senza indugio*" riferire al tribunale qualora rilevi ritardi o omissioni nell'adempimento, con conseguente possibilità di attribuzione al commissario dei poteri necessari a provvedere in luogo del debitore.

Occorre tuttavia precisare la qualificazione giuridica di tale potere: il termine "*veto*" utilizzato talora in dottrina per descrivere il diniego commissariale a determinati pagamenti o alienazioni non trova corrispondenza in un potere sospensivo autonomo attribuito *ex lege* al commissario. Il meccanismo configurato dalla sentenza si struttura piuttosto come un obbligo informativo del debitore accompagnato da un termine di attesa (cinque giorni), entro il quale il commissario può investire il giudice delegato della questione. La distinzione non è meramente nominalistica: un vero potere di veto comporterebbe l'invalidità dell'atto compiuto in sua violazione, mentre il sistema delineato dalla sentenza determina la segnalazione al giudice — e l'eventuale sostituzione commissariale — senza incidere automaticamente sulla validità dell'atto. Questa lettura è coerente con la struttura del CCII, che mantiene la gestione dell'impresa in capo al debitore e configura il commissario come organo di vigilanza e raccordo, non come cogestore.

L'evoluzione verso un controllo attivo è altresì coerente con le indicazioni della Direttiva 2019/1023, che impone agli Stati membri di garantire la presenza di un professionista nella ristrutturazione ogniqualvolta il debitore benefici di una moratoria generale dei creditori, attribuendogli funzioni di supervisione del piano la cui effettività non può esaurirsi nella mera raccolta di informazioni. La giurisprudenza di merito — e la sentenza fiorentina in tal senso si colloca in un filone in espansione — sta elaborando modelli di controllo commissariale che anticipano, sul piano interpretativo, un intervento legislativo auspicato dalla dottrina più avvertita.

2.2. I compiti informativi del commissario giudiziale

Uno dei profili innovativi introdotti dalla sentenza del Tribunale di Firenze riguarda la sistematizzazione dei compiti informativi del commissario giudiziale, i quali vanno ben oltre la semplice segnalazione di violazioni delle disposizioni concordatarie. Il commissario deve essere informato di qualsiasi pagamento inerente la continuità aziendale e deve esprimere il proprio parere entro cinque giorni per i pagamenti superiori a 2.000 euro.

Questa previsione risponde a un'esigenza di trasparenza gestionale particolarmente acuta in procedimenti concordatari ove la società mantiene significativa autonomia nell'esercizio dell'attività, diversamente da quanto accade nel fallimento dove la gestione è centralizzata presso il curatore. Il sistema di informazione e controllo preventivo istituito dal Collegio rappresenta un compromesso tra la necessità di preservare l'efficienza gestionale dell'impresa e l'esigenza di tutela dei creditori, impedendo decisioni gestionali pregiudizievoli che potrebbero compromettere la realizzazione del piano.

Un aspetto particolarmente significativo della fase esecutiva riguarda la partecipazione del commissario giudiziale alle procedure di alienazione dei beni e dei rami d'azienda. La sentenza prevede che per la vendita dell'azienda in esercizio il commissario partecipi alla procedura di vendita e intervenga all'atto di compravendita definitivo nella qualità di organo della procedura.

Questo ruolo si differenzia dalla mera sorveglianza, richiedendo al commissario una partecipazione attiva alle trattative e un ruolo di garanzia rispetto alla correttezza della procedura e alla conformità dell'alienazione alle previsioni del piano concordatario. La partecipazione commissariale alle alienazioni rappresenta inoltre un'importante garanzia per l'acquirente, il quale può contare sulla certificazione da parte di un organo della procedura circa la legittimità della stessa e l'assenza di vizi sulla proprietà del bene. Sul piano dottrinario, questa funzione avvicina il commissario nella fase esecutiva alla figura del liquidatore giudiziale, pur mantenendosi distinta da essa in ragione della permanenza della gestione in capo all'imprenditore.

3. Le disposizioni esecutive del Tribunale di Firenze: schema operativo

La sentenza in esame ha istituito un articolato sistema di modalità di vendita differenziate a seconda della natura del bene o del diritto da alienare. Per la vendita dell'azienda in esercizio è prevista l'applicazione dell'articolo 214 del CCII, relativo alle procedure competitive, con la possibilità per la società di esperire la procedura con la collaborazione e la sorveglianza del commissario giudiziale.

Per le partecipazioni residue si applica invece l'articolo 215 del CCII, che disciplina la vendita di crediti, diritti e altre utilità con procedura competitiva ma maggiormente snellita rispetto a quella prevista per l'azienda. Nel caso in esame, questa previsione era particolarmente rilevante in quanto la società doveva procedere alla cessione delle ultime partecipazioni estere al termine della procedura di continuità diretta.

Una disciplina ulteriormente differenziata è stata introdotta per i singoli beni mobili ritenuti non più necessari per l'esercizio dell'azienda: in questo caso, la società deve informare il commissario, il quale dispone di cinque giorni per esprimere il proprio eventuale diniego; trascorso tale termine senza osservazioni commissariali, la società può procedere all'alienazione in autonomia. Questo sistema rappresenta un equilibrio ragionevole tra la necessità di snellire le procedure di alienazione per i beni di minore rilevanza e l'esigenza di mantenere comunque un controllo commissariale su transazioni potenzialmente pregiudizievoli.

Un elemento caratterizzante della fase esecutiva disciplinato dalla sentenza riguarda la gestione della liquidità derivante da alienazioni e realizzi nell'ambito del piano concordatario. La sentenza prevede che le somme riscosse in esecuzione della proposta siano immediatamente versate su un conto corrente bancario acceso presso la banca presso la quale è stata versata anche la cauzione. Questa previsione risponde a esigenze di segregazione della liquidità concordataria dal patrimonio ordinario dell'impresa, prevenendo il rischio di utilizzo improprio delle somme destinate al riparto ai creditori. Una copia dell'estratto conto deve essere trasmessa semestralmente al commissario giudiziale, il quale rimane così costantemente informato circa l'andamento della realizzazione dell'attivo e la progressione dei riparti.

Il provvedimento in analisi prevede che i pagamenti ai singoli creditori siano effettuati mediante bonifico bancario o assegno circolare, con successivo immediato invio di distinta dei bonifici eseguiti o degli assegni circolari inviati sia al commissario giudiziale che al giudice delegato. Per le somme spettanti ai creditori che non si presentano o che

risulteranno irreperibili, è previsto il deposito su conto o libretto postale, con versamento delle somme non reclamate nel termine di cinque anni al Fondo Unico di Giustizia.

Queste previsioni assicurano una piena tracciabilità dei pagamenti e una protezione concreta dei creditori, attraverso l'adozione di strumenti di pagamento tracciabili e la conservazione della documentazione presso organi pubblici in caso di irreperibilità dei creditori. Nel contesto attuale della crisi d'impresa, caratterizzata da una crescente complessità delle catene creditorie e dalla frequente mobilità dei creditori, tali accorgimenti rappresentano una tutela essenziale.

4. Gli obblighi informativi dell'impresa nella fase esecutiva

4.1. Il dovere di correttezza gestionale secondo l'articolo 4 del CCII

La sentenza ha dedicato una sezione particolarmente importante all'analisi dei doveri comportamentali incombenti sul debitore durante la fase esecutiva del concordato. In particolare, il Collegio ha rilevato come l'articolo 4 del CCII preveda un dovere generale di comportamento secondo buona fede e correttezza in tutte le fasi della risoluzione della crisi e specificamente durante i procedimenti per l'accesso agli strumenti di composizione della crisi.

Il giudice ha precisato che il debitore deve gestire il patrimonio dell'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori, principio strettamente collegato al principio di responsabilità patrimoniale statuito dall'articolo 2740 del Codice civile. Questa interpretazione rappresenta un significativo rafforzamento della posizione dei creditori, in quanto estende il dovere di diligenza oltre le mere obbligazioni formali concordatarie, imponendo al debitore una gestione attentamente orientata alla preservazione del patrimonio a tutela dei creditori.

Il dovere di correttezza gestionale così delineato non è privo di precedenti nel sistema. La dottrina aveva già evidenziato, nell'ambito della disciplina degli accordi di ristrutturazione ex articolo 57 CCII, come il debitore che accede agli strumenti di composizione negoziata della crisi assuma un vincolo comportamentale di gestione conservativa, funzionalmente orientata alla tutela dei creditori. La sentenza fiorentina trasporta e rafforza questa logica nell'alveo del concordato preventivo, applicandola alla fase post-omologa con una specificità operativa che la dottrina anteriore non aveva compiutamente elaborato.

Dalla sentenza emerge in modo particolarmente netto l'esigenza di una costante interlocuzione tra l'amministratore dell'impresa e il commissario giudiziale, quale estrinsecazione del dovere di leale collaborazione. Il giudice ha osservato che la comunicazione tra il rappresentante dell'impresa e gli organi della procedura, esplicitazione del dovere di leale collaborazione, è fondamentale per l'esito positivo dell'accesso allo strumento.

Nel caso esaminato, il giudice ha riscontrato una mancanza di costante interlocuzione tra l'amministratore unico e il commissario giudiziale relativamente a determinate decisioni gestionali, fatto che, sebbene non abbia costituito un vizio idoneo a determinare la revoca dell'omologazione del concordato, è stato comunque criticato dal giudice come non completamente allineato al dovere di gestione prudente e nell'interesse dei creditori.

La sentenza ha così delineato, in modo sufficientemente netto, i limiti all'autonomia decisionale del debitore nel corso della fase esecutiva. In particolare, è stato stabilito che il debitore non può attribuirsi rimborsi spese non adeguatamente documentati e di cui il commissario non sia stato preventivamente avvisato, specialmente laddove tali rimborsi raggiungano importi rilevanti. Il giudice ha osservato che se questo discorso vale nell'ambito di un'impresa sana, quando l'impresa è in difficoltà ed è entrata in procedura, occorre che l'amministratore presti maggiore attenzione nell'adempimento del dovere di gestione nel prioritario interesse dei creditori a qualsiasi tipo di spesa o uscita.

5. Il sistema di controllo e vigilanza nella continuità aziendale

5.1. Le specificità del controllo commissariale in continuità diretta

La continuità aziendale comporta un'implementazione significativa del sistema di controllo commissariale, poiché lo stesso deve contemporaneamente vigilare sulla conformità alla proposta concordataria e verificare la sostenibilità finanziaria dell'esercizio provvisorio dell'attività. Nel caso di specie, il commissario ha dovuto monitorare costantemente i flussi finanziari della continuità diretta del ramo noleggio, con particolare attenzione ai periodi di maggiore tensione finanziaria.

Il CCII prevede che il commissario giudiziale debba riferire al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori e redigere un rapporto riepilogativo ogni sei mesi successivi alla relazione di cui all'articolo 105 del CCII. Questo sistema di reportistica periodica rappresenta un elemento cruciale di trasparenza, consentendo al giudice delegato di intervenire tempestivamente qualora emergessero elementi di rischio per la realizzazione del piano concordatario.

Sul piano delle specificità operative, la continuità diretta impone al commissario di sviluppare competenze di analisi finanziaria che tradizionalmente non appartenevano al profilo del commissario giudiziale nella fase pre-omologa. Non è sufficiente, in questa fase, la verifica della conformità degli atti del debitore alle previsioni del piano: occorre una valutazione dinamica della sostenibilità del piano medesimo, con capacità di rilevare tempestivamente gli scostamenti e di proporre la rettifica al giudice delegato. La sentenza fiorentina ha recepito questa esigenza operativa costruendo un sistema informativo che garantisce al commissario un flusso di dati sufficientemente granulare — con soglie di rilevanza fissate a 2.000 euro per i singoli pagamenti — per consentire un monitoraggio effettivo.

5.2. La gestione dello squilibrio finanziario e dei fondi rischi

Uno dei profili maggiormente critici della fase esecutiva esposti nella sentenza riguarda la gestione dello squilibrio finanziario durante la continuità aziendale. Il commissario ha rilevato uno squilibrio finanziario di circa 675.000 euro nell'arco del biennio 2024-2026, in parte compensato dal residuo attivo di 253.500 euro stimato nella rielaborazione definitiva del piano.

La sentenza ha ritenuto che questo squilibrio non costituisca un ostacolo alla fattibilità del piano, in quanto gli obiettivi prefissati — il mantenimento della continuità dell'azienda e la soddisfazione dei creditori, migliore rispetto all'alternativa liquidatoria — sarebbero comunque raggiunti. A coprire il fabbisogno residuo di circa 421.500 euro sono stati stanziati fondi rischi per un totale di 2.500.000 euro nel passivo concordatario, parzialmente in prededuzione e parzialmente in chirografo.

Nel corso della procedura concordataria, il commissario ha sottoposto a scrutinio critico le operazioni infragruppo realizzate fra la ricorrente e la controllante Think Green, nonché la gestione manageriale della ricorrente durante il periodo di crisi finanziaria. In particolare, il commissario ha criticato duramente i finanziamenti erogati alla controllante successivamente al 20 maggio 2022, per un ammontare totale di 868.000 euro, quale elemento di aggravamento della situazione finanziaria della società in difficoltà.

La qualificazione giuridica di tali operazioni merita un approfondimento che la sentenza lascia in parte implicito. I finanziamenti infragruppo erogati dalla controllata alla controllante in un periodo di crisi finanziaria della prima sono suscettibili di molteplici qualificazioni: possono integrare una violazione del dovere di gestione nell'interesse sociale ex articolo 2393 c.c., ove abbiano cagionato un danno alla società controllata; possono costituire il presupposto per un'azione di responsabilità della capogruppo per abuso di direzione e coordinamento ex articolo 2497 c.c., qualora siano stati effettuati nell'interesse della controllante a detrimento dei creditori della controllata; possono infine essere oggetto di azione revocatoria fallimentare — ora azione di inefficacia nell'ambito del CCII — ove siano qualificabili come atti a titolo oneroso compiuti in pregiudizio dei creditori in prossimità del dissesto. Il fatto che il giudice abbia omologato il concordato nonostante queste criticità non esaurisce la questione: l'omologazione giudica della fattibilità complessiva del

piano, non dell'eventuale responsabilità degli amministratori per atti pregressi.

Sebbene il giudice abbia deciso di omologare il concordato nonostante le criticità gestionali evidenziate, ha comunque sottolineato come le disposizioni esecutive dovessero contenere obblighi informativi puntuali a carico dell'organo amministrativo in ordine alle spese e ai pagamenti e controlli pregnanti del commissario al riguardo. Tutto ciò rappresenta un significativo rafforzamento del controllo commissariale in fase esecutiva, particolarmente in tema di operazioni potenzialmente pregiudizievoli per i creditori.

6. La tutela dei creditori e i meccanismi di compensazione

6.1. Il principio della priorità assoluta nella distribuzione dell'attivo di liquidazione

La sentenza ha attentamente verificato il rispetto dei principi di priorità assoluta (APR — *Absolute Priority Rule*) e priorità relativa (RPR — *Relative Priority Rule*) nella distribuzione dell'attivo concordatario. Il valore di liquidazione, corrispondente al valore realizzabile in sede di liquidazione giudiziale, deve essere distribuito secondo la regola della priorità assoluta nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione.

Il rapporto tra APR e RPR nel concordato in continuità aziendale rappresenta uno dei nodi interpretativi più controversi del CCII. L'articolo 84, comma 6, CCII stabilisce che il valore eccedente quello di liquidazione — il c.d. surplus concordatario — può essere distribuito secondo la regola della priorità relativa, consentendo dunque che classi di rango inferiore ricevano una soddisfazione superiore, in termini percentuali, rispetto a classi di rango superiore, purché queste ultime non siano trattate in modo discriminatorio e ricevano comunque una parte del surplus. La dottrina ha discusso animatamente se questa deroga all'APR sia pienamente compatibile con il quadro europeo, atteso che la Direttiva 2019/1023 prescrive il rispetto dell'ordine delle priorità quale tutela fondamentale dei creditori dissenzienti. La sentenza fiorentina si colloca implicitamente nel solco dell'interpretazione più duttile, che ammette la RPR purché il test del miglior soddisfacimento sia rispettato, senza tuttavia affrontare esplicitamente il dibattito dottrinale sottostante.

Nel caso di specie, il valore di liquidazione era stimato in circa 9.815.848 euro, mentre il valore concordatario totale dell'attivo era pari a circa 12.190.000 euro, determinando un surplus concordatario di 2.974.951 euro. Questo surplus, derivante dal mantenimento della continuità aziendale rispetto all'ipotesi di liquidazione, rappresenta il beneficio maggiore ricevuto dal ceto creditorio dall'approvazione del concordato, beneficio che è stato correttamente ripartito secondo le regole di priorità relativa.

Il provvedimento in esame ha articolato il ceto creditorio in venti classi, rappresentando uno dei casi giurisprudenziali più complessi di divisione secondo il CCII. Le prime sei classi raccoglievano i creditori privilegiati ex articolo 2751-bis del Codice civile (creditori in primo grado), per i quali era previsto il soddisfacimento totale o parziale per importi significativi. Le successive classi includevano creditori privilegiati titolari di diritti relativi a crediti previdenziali e assistenziali, creditori titolari di privilegi speciali su beni determinati e creditori chirografari. La sentenza ha riservato particolare attenzione alle classi di creditori bancari assistiti da garanzie pubbliche (classi 7 e 17), operando una distinzione fra i crediti privilegiati e i crediti degradati al chirografo a causa dell'insufficienza dell'attivo per il pagamento integrale.

6.2. Gli esiti della votazione e il soddisfacimento dei requisiti formali di omologazione

Dalle operazioni di voto è risultata l'approvazione del concordato da parte di otto classi su quindici votanti, precisamente le classi nn. 5, 6, 7, 11, 13, 15, 16 e 17, mentre hanno espresso voto contrario le classi nn. 8, 9, 10, 14, 18, 19 e 20. La proposta è stata approvata dalla maggioranza delle classi, di cui almeno una formata da creditori titolari di diritti di prelazione (classe 7 relativa ai creditori assistiti da garanzie pubbliche), soddisfacendo in tal modo i requisiti di cui all'articolo 112, comma 2, lettera d), del CCII.

Il commissario ha precisato nella relazione che la proposta risulta approvata da almeno una classe di creditori (classe n. 7) che sono almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione. Questo risultato soddisfa compiutamente i requisiti procedurali e sostanziali previsti dalla normativa per l'omologazione del concordato in continuità aziendale.

Vale la pena sottolineare come la complessità della struttura di classi — venti in totale, quindici delle quali votanti — rifletta la sofisticazione crescente delle procedure concordatarie in continuità. La corretta formazione delle classi, non solo sul piano quantitativo ma soprattutto su quello qualitativo — in termini di identità di posizione giuridica e di interessi economici omogenei tra i creditori inseriti in ciascuna classe — è divenuta uno degli snodi più delicati della fase di omologazione, come la dottrina più recente ha evidenziato. La sentenza fiorentina si confronta con questa complessità in modo pragmatico, privilegiando la verifica del rispetto sostanziale delle regole di priorità rispetto a un controllo formalistico sulla struttura classificatoria.

7. Conclusioni e prospettive de iure condendo

La sentenza del Tribunale di Firenze rappresenta un contributo giurisprudenziale di notevole rilievo per la comprensione della fase esecutiva del concordato preventivo nell'ordinamento italiano. In particolare, il provvedimento ha offerto una sistematizzazione coerente del ruolo polivalente del commissario giudiziale, trasformando la tradizionale sorveglianza passiva in un controllo attivo e propositivo teso alla salvaguardia degli interessi del ceto creditorio.

Il sistema di controllo e vigilanza istituito dalla sentenza analizzata rappresenta un equilibrio sofisticato fra la necessità di preservare l'efficienza gestionale dell'impresa in continuità diretta e l'esigenza di tutela dei creditori attraverso meccanismi di informazione preventiva, pareri su determinate operazioni e poteri sostitutivi del commissario in caso di inadempienza del debitore. Tale modello potrebbe costituire un valido punto di riferimento per future pronunce giurisprudenziali nel settore, in considerazione della crescente complessità delle procedure concordatarie in continuità aziendale.

L'analisi del provvedimento ha evidenziato anche alcuni profili di tensione fra l'architettura normativa del CCII e la prassi giudiziaria. Il combinato disposto dell'articolo 4 del CCII (doveri di correttezza gestionale), dell'articolo 118 (poteri commissariali in fase esecutiva), e delle disposizioni sulla continuità aziendale (articoli 103-117 CCII) beneficerebbe di una più esplicita codificazione normativa circa i compiti informativi specifici del commissario e i limiti all'autonomia decisionale del debitore. L'assenza di una disciplina organica sulla fase esecutiva — lacuna strutturale che la sentenza fiorentina ha cercato di colmare in via interpretativa — espone le procedure concordatarie al rischio di soluzioni disomogenee tra i diversi tribunali, con ricadute negative sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali per gli operatori economici.

Sul versante europeo, il confronto con la Direttiva 2019/1023 suggerisce ulteriori direzioni di sviluppo. Gli articoli 5 e 6 della Direttiva, relativi al mantenimento della gestione in capo al debitore e alla nomina del professionista nella ristrutturazione, delineano un modello di supervisione che il CCII ha recepito in modo parziale e non sempre coerente. In particolare, la Direttiva contempla la possibilità di attribuire al professionista nella ristrutturazione un ruolo di gestione parziale in sostituzione o affiancamento del debitore — soluzione che il CCII non prevede esplicitamente per la fase esecutiva del concordato, ma che la prassi giudiziaria sta iniziando ad approssimare attraverso l'attribuzione di poteri sostitutivi al commissario.

Sotto il profilo de iure condendo, sarebbe auspicabile una revisione delle disposizioni sulla fase esecutiva del concordato volta a: consolidare il ruolo del commissario come organo di controllo attivo con poteri e responsabilità chiaramente definiti; istituire sistemi di reporting strutturati e periodici, con indicazione delle soglie di rilevanza applicabili e dei contenuti minimi dei rapporti; prevedere meccanismi di intervento tempestivo del giudice delegato in caso di criticità

nella realizzazione del piano concordatario; e disciplinare in modo organico il regime delle operazioni infragruppo e della direzione e coordinamento nel contesto delle procedure di composizione della crisi, colmando la lacuna normativa che la sentenza fiorentina ha dovuto affrontare in via interpretativa. La sentenza citata, nel proporre soluzioni pratiche efficaci a tali problematiche, rappresenta pertanto un utile punto di partenza per potenziali interventi di riforma normativa nel settore della crisi d'impresa.

Bibliografia essenziale

Ambrosini, S. (2022). *Diritto dell'impresa in crisi. Crisi e insolvenza, early warning e assetti adeguati, soluzioni negoziate e responsabilità degli amministratori*. Pacini Giuridica, Pisa.

Carelli, F. (2025). *L'esecuzione del concordato preventivo tra l'ancien regime dei tribunali e la nouvelle vague del CCII*. *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, vol. 2.

D'Attorre, G. (2022). *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*. Giappichelli, Torino.

Fabiani, M. (2023). *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*. La Tribuna, Milano.

Preite, F. (2021). *I contratti pendenti tra legge fallimentare e codice della crisi*. Giappichelli, Torino.

Trentini, C. (2016). *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*. CEDAM, Padova.

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

Copyright © Author(s). Licensed under CC BY 4.0.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.19913819> · ARK: <ark:/56778/10434>



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Monthly open-access peer-reviewed Journal

Indexed in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

CINECA Code E277033

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)

Cultural Association for Legal Studies and Research

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

La carcerazione ante iudicium: dalla custodia reorum all'art. 274 c.p.p.

Claudia Pucci · © 07-05-2026



DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.19912531>

ARK [ark:/56778/10422](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:5:1-63864-p0011-9)

License: Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Keywords: carcerazione ante iudicium; custodia cautelare; custodia reorum; misure cautelari; presumption of innocence; presunzione di innocenza; pretrial detention

How to cite this article / Come citare questo articolo

Pucci, C (2026). *La carcerazione ante iudicium: dalla custodia reorum all'art. 274 c.p.p.* *Aequitas Magazine*, 5, 37-45.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.19912531>

ABSTRACT (EN) *This article examines the theoretical and functional evolution of pre-trial detention through a diachronic comparison between the Roman law institution of custodia reorum and the system of precautionary requirements set out in Article 274 of the Italian Code of Criminal Procedure. Starting from Ulpian's principle that imprisonment should serve a custodial rather than punitive function, the study adopts a historical-comparative approach aimed at identifying the structural constants of detention ante iudicium. By analysing Roman legal sources, domestic legislation, and constitutional and supranational case law, the paper demonstrates that the preventive function of personal liberty restrictions exhibits a significant functional continuity, despite the profound transformation of legal frameworks. In particular, it highlights how the modern system - although grounded in principles such as legality, presumption of innocence, and judicial review - retains an inherently prognostic dimension that exposes precautionary detention to the risk of evolving into a form of anticipatory punishment. The study further explores the role of the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights in limiting presumptions and strengthening standards of reasoning and proportionality, especially in light of recent legislative reforms, including Law No. 47/2015 and the so-called Cartabia reform. The findings suggest that the true continuity between ancient and modern models lies not in their function - essentially preventive - but in the enduring tension between public security and individual guarantees. Consequently, the central challenge for contemporary criminal procedure remains the preservation of the non-punitive nature of pre-trial detention, preventing its transformation, in practice, into a covert form of early punishment.*

ABSTRACT (IT) *Il contributo analizza l'evoluzione teorica e funzionale della carcerazione preventiva, sviluppando un confronto diacronico tra la custodia reorum del diritto romano e la disciplina delle esigenze cautelari delineata dall'art. 274 c.p.p. Muovendo dal principio ulpiano secondo cui il carcere deve essere destinato alla mera custodia e non alla punizione, lo studio adotta un approccio storico-comparativo volto a individuare le costanti strutturali della detenzione ante iudicium. Attraverso l'esame delle fonti romanistiche, della normativa interna e della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, si dimostra come la funzione preventiva della restrizione della libertà personale presenti una significativa continuità funzionale, pur all'interno di assetti normativi profondamente differenziati. In particolare, l'analisi evidenzia che il sistema contemporaneo, pur fondato su principi di legalità, presunzione di innocenza e controllo giurisdizionale, conserva una dimensione intrinsecamente prognostica che espone la misura cautelare al rischio di una trasformazione in pena anticipata. Lo studio approfondisce inoltre il ruolo della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU nel contenimento delle presunzioni e nella definizione di standard rigorosi di motivazione e proporzionalità, anche alla luce delle recenti riforme legislative, tra cui la legge n. 47/2015 e la riforma Cartabia. Si conclude che la vera linea di continuità tra i modelli antichi e moderni non risiede nella funzione - sostanzialmente preventiva - bensì nella persistente tensione tra esigenze di sicurezza e garanzie individuali. Ne deriva che la sfida centrale del diritto processuale penale contemporaneo resta quella di preservare la natura non punitiva della custodia cautelare, evitando che essa si traduca, nella prassi, in una forma surrettizia di esecuzione anticipata della pena.*

SOMMARIO: Introduzione - 1. Funzioni della detenzione nel sistema romano: tra coercitio e custodia - 2. L'art. 274 c.p.p. e la funzione cautelare moderna - 3. Le garanzie convenzionali e le riforme legislative recenti - 4. Conclusioni: una frammentata linea di continuità.

Introduzione

Il presente contributo si propone di analizzare l'evoluzione teorica e operativa dell'istituto della custodia cautelare in carcere, stabilendo un confronto tra la storica *custodia reorum* del diritto romano e la disciplina contemporanea sancita

dall'articolo 274 del Codice di Procedura Penale. L'indagine prende avvio dal celebre principio formulato da Ulpiano, secondo cui il carcere dovrebbe essere destinato alla semplice custodia delle persone, senza assumere finalità punitive. Questo carattere originariamente non punitivo della detenzione anteriore al giudizio, concepita esclusivamente per garantire la presenza dell'imputato nel processo, rappresenta il nucleo attorno al quale si sviluppa lo studio.

Le moderne previsioni delle esigenze cautelari configurate nell'articolo 274 c.p.p. riprendono elementi pragmatici propri del diritto romano, pur inserendosi in un contesto giuridico orientato al rispetto delle garanzie costituzionali. L'analisi si focalizza inoltre su una problematica condivisa da entrambe le epoche: il rischio che la privazione della libertà cautelare possa degenerare in uno strumento afflittivo, compromettendo implicitamente il principio di non punitività originario. In particolare, si esamina come tale principio possa risultare vulnerabile rispetto agli abusi legati alla dilatazione dei tempi processuali, evidenziando che la durata eccessiva dei processi rappresenta una criticità strutturale in grado di erodere le finalità puramente cautelative della misura. L'obiettivo dello studio è dimostrare che, malgrado la tassatività delle condizioni richieste oggi per la custodia cautelare ai sensi dell'articolo 274 c.p.p., permane una sfida fondamentale per i giuristi: impedire che questa forma di detenzione preventiva si trasformi in una surrettizia esecuzione anticipata della pena.

Il tema della carcerazione preventiva è oggetto di riflessione costante nella dottrina penalprocessualistica italiana e comparata. La tensione irrisolta tra le esigenze di tutela della collettività e la garanzia della libertà personale dell'imputato — formalmente innocente fino alla condanna definitiva — percorre trasversalmente l'intera storia del processo penale, dal diritto romano classico fino alle più recenti riforme legislative. In questa prospettiva, il confronto diacronico tra la *custodia reorum* e l'art. 274 c.p.p. non è meramente antiquario: esso consente di isolare le costanti funzionali della detenzione ante iudicium e di valutare criticamente se le garanzie formalmente introdotte dall'ordinamento costituzionale e convenzionale abbiano effettivamente neutralizzato il rischio di una sua degenerazione in pena anticipata.

1. Funzioni della detenzione nel sistema romano: tra coercitio e custodia

Per ricostruire un quadro completo sull'esistenza del carcere, o *poena carceris*, e sulle sue funzioni nel diritto romano, è indispensabile sfruttare una vasta gamma di fonti, che includono documenti giuridici, testimonianze storiche e letterarie, oltre ai contributi derivanti dall'epigrafia e dall'archeologia. Un elemento cardine del sistema romano era la *coercitio*, ovvero il potere attribuito al magistrato di adottare misure repressive e di controllo. Questo potere, manifestazione dell'autorità pubblica, si caratterizzava per un ampio grado di discrezionalità e comprendeva strumenti come la detenzione, le percosse e altre limitazioni della libertà personale.

In tale quadro, il carcere non era concepito come una forma di pena, bensì come uno strumento di coercizione. La sua funzione principale consisteva nel trattenere il reo, assicurandone la presenza al processo o in previsione dell'esecuzione della pena, in particolare quella capitale. La prassi giuridica romana tendeva infatti a escludere l'idea di privare qualcuno della libertà personale, sia in forma temporanea che permanente, attraverso una reclusione formale. Le fonti sono esplicite nel sottolineare tale funzione: *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*. La stessa impostazione emerge da Giuliano, che nel libro sessantanovesimo dei Digesta afferma che coloro che si trovano in custodia non devono essere considerati come soggetti a pena: principio che radica in modo esplicito, nel corpus iuris civilis, la distinzione tra detenzione cautelare e punizione. Una distinzione rilevante nel sistema penale romano è quella tra il carcere pubblico e quello privato. Il carcere pubblico aveva una funzione prevalentemente cautelare, mentre quello privato, insieme ai *vincula*, poteva assumere una connotazione punitiva, soprattutto nei confronti degli schiavi.

Fonti storiche offrono anche descrizioni degli aspetti materiali della prigionia, come il *Carcer Tullianum*, una struttura situata nelle vicinanze del Foro Romano e utilizzata per custodire i condannati, spesso in attesa dell'esecuzione della pena. La struttura, scavata nella roccia del colle Capitolino, comprendeva una camera superiore e una inferiore — il

Tullianum propriamente detto — nella quale venivano rinchiusi i prigionieri più pericolosi o più illustri, tra cui Giugurta, i complici di Catilina e, secondo la tradizione cristiana, gli apostoli Pietro e Paolo. Il dato materiale conferma la funzione essenzialmente temporanea e strumentale del carcere: non luogo di esecuzione della pena, ma antecamera dell'esecuzione capitale o della consegna allo schiavitù. Va peraltro segnalato che il sistema romano ammetteva forme alternative alla detenzione fisica: la *custodia libera*, affidata a un garante privato (*vades* o *praedes*), e la *custodia militum*, ovvero la sorveglianza da parte di un soldato, costituivano soluzioni praticabili per i soggetti di rango o comunque affidabili, anticipando in qualche misura la logica degli arresti domiciliari e della sorveglianza speciale dell'ordinamento moderno.

Il rapporto tra *coercitio* magistratuale e garanzie processuali merita un approfondimento specifico. Nel sistema romano arcaico e repubblicano, la *coercitio* era essenzialmente un potere discrezionale del magistrato, privo di un controllo giudiziario esterno paragonabile a quello odierno. Tuttavia, già nel periodo classico si sviluppano meccanismi che ne limitano l'arbitrio: l'*intercessio* tribunizia consentiva ai tribuni della plebe di bloccare provvedimenti restrittivi della libertà personale ritenuti illegittimi; la *provocatio ad populum*, istituto di antichissima origine (tradizionalmente ricondotto alla *lex Valeria* del 509 a.C.), garantiva ai cittadini romani la possibilità di appellare al popolo le decisioni magistratuali che comportassero pene afflittive. Queste limitazioni, pur lontane dall'*habeas corpus* anglosassone e dal controllo giurisdizionale moderno, attestano che la preoccupazione per gli abusi della detenzione preventiva non è un'invenzione moderna, ma è insita nella stessa cultura giuridica romana.

Un aspetto di notevole interesse per la comparazione con il sistema moderno è la differenziazione operata nel diritto romano in ragione dello *status* giuridico del soggetto. La restrizione della libertà personale applicata in forma detentiva riguardava principalmente gli *humiliores*, i peregrini e gli schiavi, mentre i *honestiores* potevano fruire delle forme alternative di custodia sopra menzionate. Tale asimmetria strutturale era rispecchiata anche nel trattamento processuale in senso lato: nei confronti degli *honestiores* la *custodia libera* era la regola; nei confronti degli *humiliores*, la *vinculatio* e la detenzione nel *carcer publicus* erano la norma. Questa differenziazione per rango trova un'eco — almeno sul piano sociologico — nelle critiche dottrinali all'applicazione concretamente asimmetrica delle misure cautelari nell'ordinamento moderno, dove fattori quali la disponibilità di difensori di fiducia qualificati, la capacità di produrre documentazione sulle condizioni di vita e di lavoro, e la rete relazionale dell'imputato incidono di fatto sull'esito delle istanze cautelari in misura che il dato normativo formale non rivela.

2. L'art. 274 c.p.p. e la funzione cautelare moderna

Nel passaggio dal diritto romano agli ordinamenti giuridici successivi, il trattamento dell'imputato in custodia assume una configurazione via via più strutturata, pur conservando intatta la propria funzione primaria. La carcerazione preventiva, sviluppatasi nel diritto intermedio e consolidatasi nei sistemi giuridici moderni, continua a rispondere a finalità simili: prevenire la fuga, evitare interferenze con il processo di accertamento dei fatti e contenere la pericolosità del soggetto. Ciò che cambia in modo significativo è il contesto normativo entro cui queste esigenze trovano regolamentazione. L'affermazione dello Stato di diritto e, in seguito, dello Stato costituzionale introduce limitazioni e tutele che richiedono una legittimazione giuridica precisa e un controllo giudiziario rigoroso della privazione anticipata della libertà personale.

Nel contesto delle misure cautelari personali, l'articolo 274 del codice di procedura penale rappresenta il punto centrale per definire le esigenze cautelari che possono giustificare una limitazione anticipata della libertà personale. La disposizione individua, in maniera tassativa, tre categorie di rischio: il rischio di fuga, il rischio di alterazione delle prove e il rischio di reiterazione del reato. Questa norma si inserisce in un sistema teoricamente orientato al principio di eccezionalità delle misure cautelari e al divieto di anticipare la pena. Tuttavia, la struttura dell'articolo 274 riflette una logica essenzialmente prognostica, che si basa sulla valutazione del rischio futuro associato alla condotta dell'indagato o imputato. Le esigenze cautelari previste dall'articolo 274 del codice di procedura penale richiedono un giudizio

preliminare di tipo probabilistico, volto a valutare il possibile verificarsi di eventi futuri.

Il pericolo di fuga, disciplinato dalla lettera b) dell'art. 274 c.p.p., richiede che sussistano specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini ovvero che, per la stessa ragione, il soggetto abbia preparato la fuga o abbia già tentato di darsi alla latitanza. La giurisprudenza di legittimità ha progressivamente affinato i criteri di valutazione di questa esigenza, escludendo che possa fondarsi su mere presunzioni legate alla gravità della pena edittale e richiedendo invece la dimostrazione di comportamenti concreti sintomatici di un'intenzione attuale di sottrarsi al giudizio. Il *pericolo di inquinamento probatorio*, contemplato dalla lettera a), è per sua natura temporalmente limitato: cessa di avere rilievo una volta che le prove siano state acquisite in modo irripetibile o una volta che le indagini si siano stabilizzate. Il *pericolo di reiterazione del reato*, disciplinato dalla lettera c), è invece strutturalmente proiettato verso il futuro e richiede una valutazione della personalità dell'indagato che impinge necessariamente in un giudizio prognostico di responsabilità futura, avvicinandosi per natura alla logica delle misure di sicurezza piuttosto che a quella tipicamente cautelare.

In questa prospettiva, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito con costanza che la valutazione del giudice deve basarsi su elementi concreti ed attuali, evitando di cadere in semplici supposizioni o automatismi decisionali. Le Sezioni Unite, con la sentenza *Lattanzi* del 24 settembre 2009, n. 40538, hanno fissato il principio per cui la distanza temporale tra la commissione del reato e l'applicazione della misura impone una motivazione proporzionalmente più rigorosa sull'attualità del pericolo, essendo essa indice tendenziale di affievolimento delle esigenze cautelari. In particolare, la Corte ha sottolineato che il pericolo di reiterazione del reato deve essere dedotto da fattori specifici riguardanti la personalità dell'indagato e le circostanze del fatto commesso, non potendo bastare il solo titolo del reato contestato. Allo stesso modo, il rischio di fuga non può essere semplicemente presunto sulla base della gravità della pena o del radicamento all'estero dell'indagato, ma deve risultare da elementi concreti che rendano plausibile la volontà attuale di sottrarsi alla giustizia. Questa impostazione denota la volontà dell'ordinamento giuridico di limitare l'ambito discrezionale del giudice, imponendo una motivazione rigorosa fondata su dati fattuali.

Ciononostante, la natura essenzialmente prognostica del giudizio cautelare comporta inevitabilmente un margine di incertezza, traducendosi in un intervento anticipatorio rispetto alla definitiva verifica della responsabilità penale. L'applicazione delle misure cautelari deve essere valutata alla luce dei principi costituzionali sanciti dagli articoli 13 e 27 della Costituzione. La Corte Costituzionale ha sottolineato che tali misure non devono assumere una funzione punitiva, ma devono essere motivate da esigenze concrete e proporzionate. La dottrina ha inoltre messo in evidenza come la limitazione anticipata della libertà personale costituisca uno degli aspetti più problematici del sistema penale, poiché si fonda su un giudizio di responsabilità non definitivo.

Un nodo critico particolarmente dibattuto è quello delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, originariamente previste dall'art. 275, comma 3, c.p.p. per un ampio catalogo di reati gravi. La Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010, ha progressivamente eroso tale meccanismo presuntivo, affermando che esso si pone in contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza e con il principio di adeguatezza della misura al caso concreto. In una serie di pronunce successive la Corte ha ritenuto che la presunzione assoluta possa sopravvivere solo là dove sia ragionevole ritenere che il fatto sia strutturalmente correlato a contesti organizzativi che rendono statisticamente fondato il pericolo di reiterazione o di fuga. Al di fuori di tale ambito, la presunzione assoluta viola la Costituzione perché impone la custodia in carcere anche quando l'analisi del caso concreto escluderebbe la sussistenza di esigenze cautelari. Sul versante della legittimità, la Corte di Cassazione ha elaborato criteri parimenti stringenti: in tema di misure cautelari disposte per reati connessi alla carica pubblica, la valutazione prognostica sfavorevole sul pericolo di reiterazione non è impedita dalla dimissione dell'ufficio o della funzione, ma richiede la presenza di specifiche circostanze fattuali idonee a comprovare il concreto pericolo che l'agente, svolgendo una diversa attività, continui a commettere reati offensivi della stessa categoria di beni giuridici (Cass. pen., Sez. VI, 8 giugno 2021, n. 35590, Rv. 281910). Analogamente, la sola circostanza che un indagato rivesta cariche sociali in altre

società non costituisce, in assenza di ulteriori indicatori concreti, valido indicatore del rischio di ricaduta nel crimine (Cass. pen., Sez. V, 4 agosto 2022, n. 28702).

3. Le garanzie convenzionali e le riforme legislative recenti

Il quadro normativo interno deve essere necessariamente letto in connessione con le garanzie sovranazionali offerte dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'articolo 5, paragrafo 3, della CEDU sancisce il diritto dell'imputato detenuto ad essere giudicato entro un termine ragionevole ovvero ad essere rimesso in libertà durante la procedura. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha elaborato una giurisprudenza articolata volta a circoscrivere l'ammissibilità della detenzione preventiva prolungata, affermando che la presunzione di innocenza — unitamente al diritto alla libertà — esige che la detenzione ante iudicium sia giustificata da ragioni pertinenti e sufficienti, non riducibili alla mera gravità del reato contestato.

La giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato nel tempo uno standard consolidato in materia di detenzione preventiva. A partire dalla sentenza *Wemhoff c. Germania* (1968), la Corte EDU ha affermato che la durata della detenzione deve essere valutata in relazione alla complessità del caso, al comportamento delle autorità e a quello dell'accusato. Con la sentenza *Tomasi c. Francia* (1992) la Corte ha censurato l'eccessiva durata della custodia cautelare inflitta a un sospettato di terrorismo, ribadendo che i rischi dell'evasione, della reiterazione o dell'inquinamento delle prove non possono essere semplicemente assunti in astratto, ma devono essere dimostrati nel caso concreto. Il passaggio più significativo nell'evoluzione di questo standard è rappresentato dalla sentenza della Grande Camera *Buzadji c. Repubblica di Moldova* (2016), con la quale la Corte ha superato la propria giurisprudenza precedente: non soltanto la protrazione della detenzione, ma già il suo inizio deve essere giustificato da ragioni pertinenti e sufficienti. Questo overruling ha conseguenze importanti sul piano della compatibilità convenzionale dei sistemi che, come quello italiano in passato, prevedevano presunzioni assolute di adeguatezza della custodia in carcere.

Sul piano del diritto interno, un significativo tentativo di rafforzare il controllo giudiziario sulle misure cautelari è stato compiuto con la legge 16 aprile 2015, n. 47, che ha introdotto penetranti modifiche agli articoli 274, 292 e 309 c.p.p. In particolare, la riforma ha inasprito i requisiti motivazionali dell'ordinanza cautelare, richiedendo che il giudice enunci autonomamente, a pena di nullità, gli elementi a carico dell'indagato e le ragioni per cui li ritiene non superabili dalla difesa, con specifico riferimento alle esigenze cautelari e alla scelta della misura. Tale intervento normativo risponde direttamente alle critiche dottrinali sull'uso "copia-incolla" delle motivazioni nelle ordinanze cautelari, fenomeno che aveva contribuito a svuotare di contenuto il controllo del Tribunale del Riesame.

La legge n. 47 del 2015 ha inoltre rafforzato le condizioni per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, richiedendo che il giudice valuti la sussistenza delle esigenze cautelari non soltanto al momento dell'applicazione della misura, ma anche in sede di riesame e di appello cautelare, con l'obbligo di motivare specificamente in relazione agli elementi sopravvenuti o alle deduzioni difensive. Di particolare rilievo è la modifica apportata all'art. 309 c.p.p. in tema di riesame: la riforma ha introdotto la *caducazione automatica* dell'ordinanza cautelare nel caso in cui il Tribunale del Riesame non depositi la propria decisione entro il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti. Tale meccanismo, benché criticato da parte della dottrina per la sua eccessiva rigidità, costituisce un presidio contro l'uso dilatorio dei termini processuali come strumento di fatto per mantenere in vita misure cautelari prive di adeguata motivazione.

Da ultimo, la Riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) ha introdotto ulteriori interventi sul sistema delle misure cautelari, con l'obiettivo di rafforzare il principio di proporzionalità e di ridurre il ricorso alla custodia in carcere come misura di prima applicazione. In particolare, è stata potenziata la graduazione delle misure secondo il principio del minore sacrificio possibile della libertà personale, e sono stati previsti meccanismi di revisione periodica delle condizioni che giustificano la detenzione cautelare. Questi interventi testimoniano una consapevolezza legislativa del problema strutturale già individuato dalla dottrina più critica: la tendenza della prassi a trasformare la custodia cautelare in un

surrogato della pena, in aperta violazione del principio della presunzione di innocenza.

La Riforma Cartabia ha altresì introdotto — in via sperimentale — strumenti di giustizia riparativa che, pur non incidendo direttamente sulle misure cautelari, modificano il quadro teleologico del processo penale in modo rilevante per il tema in esame. Se il processo penale è sempre meno concepito come strumento di pura retribuzione e sempre più come occasione di riparazione del danno e di reinserimento del reo, si rafforza l'argomento contro l'uso della detenzione preventiva come anticipazione di una pena afflittiva che il sistema stesso sta ridisegnando in chiave riparativa. In questa prospettiva, la Riforma Cartabia non è soltanto un intervento tecnico sul regime cautelare, ma ridefinisce — almeno nelle intenzioni del legislatore — il rapporto tra processo, pena e libertà personale in termini che avvicinano l'ordinamento italiano agli standard convenzionali elaborati dalla Corte EDU.

4. Conclusioni: una frammentata linea di continuità

L'analisi comparativa tra la *custodia reorum* nel diritto romano e la moderna disciplina delle esigenze cautelari prevista dall'art. 274 c.p.p. rivela l'esistenza di una linea di continuità funzionale che attraversa la storia del diritto penale, nonostante le profonde trasformazioni intervenute nei contesti normativi e nelle garanzie offerte.

A un primo sguardo, i due modelli sembrano divergere in modo netto. La *custodia reorum* affonda le sue radici in un sistema privo di una compiuta elaborazione dei diritti fondamentali, dove la restrizione della libertà personale rispondeva a esigenze pragmatiche di controllo e contenimento dell'imputato. D'altra parte, il sistema odierno delle misure cautelari si sviluppa all'interno di un quadro costituzionale che pone al centro la presunzione di innocenza e la tutela della libertà individuale. Nonostante queste divergenze strutturali, si può cogliere una continuità funzionale significativa: in entrambi gli approcci, la limitazione della libertà personale si basa sull'accertamento della pericolosità dell'individuo e sulla necessità di prevenire determinati rischi per la collettività e il processo penale.

La *custodia reorum* aveva una chiara finalità preventiva, orientata a garantire la presenza dell'imputato e a scongiurare comportamenti potenzialmente dannosi sia per la collettività sia per il corretto funzionamento della giustizia. In modo analogo, le esigenze cautelari definite dall'articolo 274 c.p.p. si basano su un principio di prevenzione, finalizzato a impedire la fuga, l'alterazione delle prove o la reiterazione del crimine. Come sottolineato dalla dottrina, le misure cautelari personali possono essere intese come strumenti di "tutela anticipata", dove l'azione dello Stato trova la propria giustificazione nella gestione del rischio piuttosto che nell'accertamento definitivo del fatto. Questo approccio mette in luce una continuità con i modelli dell'antichità, nei quali la custodia del reo rispondeva a finalità simili, benché non formalmente codificate.

Tuttavia, vi sono profonde differenze tra i due modelli. Le misure cautelari moderne sono guidate da garanzie assenti nel diritto romano: la presunzione di innocenza esclude usi punitivi, il principio di legalità richiede basi normative precise, e strumenti come il controllo giurisdizionale e l'obbligo di motivazione proteggono la libertà personale. A questi si aggiunge oggi il filtro convenzionale dell'art. 5 CEDU e il sindacato della Corte EDU, che ha svolto un ruolo determinante nel costringere gli ordinamenti nazionali — incluso quello italiano — a ridurre la dilatazione temporale della detenzione preventiva.

La vera cesura tra il modello romano e quello contemporaneo, come si è tentato di dimostrare nel corso di questo studio, non risiede nella funzione — sostanzialmente analoga: prevenire i rischi che l'imputato libero potrebbe determinare per il processo e per la collettività — bensì nell'architettura delle garanzie. Nel diritto romano la tutela del soggetto detenuto era rimessa alla discrezionalità magistratuale, mediata da strumenti politico-istituzionali come l'*intercessio* tribunizia e la *provocatio ad populum*, nonché da fattori sociali di status. Nel sistema attuale, essa è affidata a un apparato normativo stratificato — Costituzione, CEDU, codice di rito, leggi di riforma — che, pur senza eliminare il rischio di derive punitive, ne limita e controlla le manifestazioni attraverso meccanismi di sindacato giurisdizionale interno e

sovranaZIONALE.

Il sistema attuale, pur caratterizzato dalla presenza di garanzie costituzionali e da una maggiore formalizzazione normativa, continua comunque a poggiare sulla valutazione della pericolosità di un individuo non ancora giudicato in via definitiva. Sotto questo aspetto, la regolamentazione delle misure cautelari può essere interpretata come una versione più sofisticata di un'antica logica legata alla custodia del reo. La sfida per il giurista del XXI secolo è, in ultima analisi, la stessa che Ulpiano aveva intuito venti secoli or sono: *custodire senza punire*. Una sfida che le riforme legislative degli ultimi decenni — dalla legge Gozzini alle modifiche della legge Pecorella, dalla L. 47/2015 alla Riforma Cartabia — testimoniano essere ancora aperta, e che rende il dialogo tra storia del diritto e dogmatica processualpenalistica non un esercizio di erudizione, ma uno strumento indispensabile di comprensione critica del sistema vigente.

Bibliografia essenziale

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Harlem.

Buzzelli, S. (2015). *Le misure cautelari*. In A. Scalfati (a cura di), *Il processo penale* (pp. 387-450). UTET, Torino.

Chiavario, M. (2012). *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale* (5a ed.). UTET, Torino.

Cifaldi, G., & Romualdi, I. (2016). *La repressione penale a Roma tra delitti e pene*. In *Lo sguardo recluso* (pp. 15-50). Casa Editrice Rocco Carabba.

Crifò, G. (1995). *Libertà e uguaglianza in Roma antica*. Bulzoni, Roma.

Diddi, A. (2023). *Le misure cautelari nella riforma Cartabia*. Giuffrè, Milano.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press [trad. it.: *I diritti presi sul serio*. Il Mulino, Bologna, 1982].

Ferraioli, L. (2007). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (9a ed.). Laterza, Bari-Roma.

Garnsey, P. (1970). *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*. Oxford University Press.

Grevi, V. (1976). *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*. Giuffrè, Milano.

Grevi, V. (a cura di) (2001). *Misure cautelari e diritto di difesa*. Giuffrè, Milano.

Illuminati, G. (1979). *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Zanichelli, Torino.

Illuminati, G. (2012). *Il sistema delle misure cautelari personali*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 55(2), 420-455.

Illuminati, G. (2015). *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 58(3), 1155-1175.

Langbein, J.H. (1974). *Prosecuting Crime in the Renaissance*. Harvard University Press.

Levy, E. (1963). *West Roman Vulgar Law*. American Philosophical Society.

- Marzaduri, E. (1992). *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*. In *Digesto delle Discipline Penali*, vol. VIII (pp. 59-128). UTET, Torino.
- Marzaduri, E. (2015). *Ancora una riforma frammentaria del sistema cautelare*. *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 4, 319-340.
- Mommsen, T. (1899). *Römisches Strafrecht*. Duncker & Humblot.
- Nippel, W. (1995). *Public Order in Ancient Rome*. Cambridge University Press.
- Paulesu, P.P. (2009). *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. Giappichelli, Torino.
- Pradel, J. (2002). *Droit pénal comparé* (2a ed.). Dalloz.
- Robinson, O.F. (1995). *The Criminal Law of Ancient Rome*. Johns Hopkins University Press.
- Santalucia, B. (1998). *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (2a ed.). Giuffrè, Milano.
- Scaparone, M. (2018). *Procedura penale* (4a ed.). Giappichelli, Torino.
- Siracusano, D., Galati, A., Tranchina, G., & Zappalà, E. (2018). *Diritto processuale penale*. Giuffrè, Milano.
- Tonini, P. (2022). *Manuale di procedura penale* (23a ed.). Giuffrè, Milano.
- Ubertis, G. (2017). *Sistema di procedura penale* (4a ed.). UTET, Torino.
- Watson, A. (1987). *Roman Slave Law*. Johns Hopkins University Press.
- Weigend, T. (2012). *Balancing Defendants' Rights and Efficiency in the German Code of Criminal Procedure*. In E. Cape & R. Young (Eds.), *Regulating Policing*. Hart Publis.

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

Copyright © Author(s). Licensed under CC BY 4.0.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.19912531> · ARK: <ark:/56778/10422>



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Monthly open-access peer-reviewed Journal

Indexed in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

CINECA Code E277033

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)

Cultural Association for Legal Studies and Research

AEQUITAS MAGAZINE

Journal of Law and Legal Culture

Ius est ars boni et aequi

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

www.aequitasmagazine.it

Reassessing the Classification of Armed Conflicts in Contemporary Warfare

Md Taher Uddin Rudro · © 07-05-2026



DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.20022295>

ARK <ark:/56778/10486>

License: Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Keywords: Armed Conflict Classification; Conflict Internationalization; Hybrid Warfare; ihl; International Armed Conflict; NIAC

How to cite this article / Come citare questo articolo

Rudro, M. T. U. (2026). *Reassessing the Classification of Armed Conflicts in Contemporary Warfare*. *Aequitas*

ABSTRACT (EN) *This article critically reassesses the adequacy of the traditional dichotomy between international armed conflicts (IACs) and non-international armed conflicts (NIACs) in light of the evolving nature of contemporary warfare. The emergence of hybrid conflict patterns - characterized by indirect state intervention, cross-border operations, and the increasing involvement of non-state actors - has progressively undermined the classificatory capacity of the binary framework of international humanitarian law (IHL), generating legal uncertainty and inconsistent application. The study adopts a doctrinal and jurisprudential approach, drawing on treaty law, customary international law, and international case law, with particular emphasis on the “effective control” test developed by the International Court of Justice and the “overall control” standard elaborated by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. It identifies persistent ambiguities in the criteria governing conflict classification and the thresholds for internationalization. The analysis is supported by selected case studies (Syria, the Democratic Republic of the Congo, and Ukraine), which illustrate how the coexistence of international and non-international elements leads to fragmentation in the applicable legal regimes. The article argues that, while the IAC–NIAC dichotomy should not be abandoned, it requires substantial interpretative refinement. It advances the need for more structured and operational criteria for classifying hybrid conflicts and suggests the adoption of graduated classificatory models capable of enhancing legal certainty and ensuring more consistent humanitarian protection.*

ABSTRACT (IT) *Il contributo analizza criticamente l'adeguatezza della tradizionale dicotomia tra conflitti armati internazionali (IAC) e non internazionali (NIAC) alla luce delle trasformazioni della guerra contemporanea. L'emergere di forme ibride di conflitto, caratterizzate da interventi indiretti di Stati, operazioni transfrontaliere e coinvolgimento di attori non statali, ha progressivamente eroso la capacità classificatoria del modello binario del diritto internazionale umanitario (DIU), generando incertezza normativa e applicativa. Attraverso un'analisi sistematica del diritto convenzionale, del diritto internazionale consuetudinario e della giurisprudenza internazionale - con particolare riferimento agli standard di “effective control” della Corte internazionale di giustizia e di “overall control” del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia - lo studio evidenzia le persistenti ambiguità nei criteri di qualificazione dei conflitti e nelle soglie di internazionalizzazione. L'indagine è corroborata da un'analisi di casi emblematici (Siria, Repubblica Democratica del Congo, Ucraina), nei quali la coesistenza di elementi internazionali e non internazionali produce una frammentazione dei regimi giuridici applicabili. Il contributo sostiene che il mantenimento della dicotomia IAC/NIAC rimane funzionale sul piano sistematico, ma richiede un significativo affinamento interpretativo. In questa prospettiva, si propone lo sviluppo di criteri più strutturati e operativi per la qualificazione dei conflitti ibridi, nonché l'adozione di modelli classificatori graduati idonei a garantire maggiore certezza del diritto e uniformità nella protezione umanitaria.*

SUMMARY: 1. Introduction - 2. IHL - 3. Case Studies - 4. Conclusion.

1. Introduction

IHL regulates armed conflicts with the principal aim of safeguarding individuals who are not involved, or who have ceased involvement, in hostilities. They set up different rules for IACs & NIACs. This traditional binary classification has long been considered essential for determining the applicability of legal rules and the extent of humanitarian protection during armed conflict. but the changing nature of war has made this strict division less useful.

Modern armed conflicts rarely resemble the classical interstate wars envisioned by the drafters of the Geneva Conventions. Cross-border military operations, indirect foreign interventions, and hybrid forms of warfare that combine international and internal elements. As a result, the distinction between IACs and NIACs has become blurred, making conflict classification a legally complex and contested exercise. Although IHL formally recognizes only these two categories, many present-day conflicts do not fit neatly within either framework, creating uncertainty in the humanitarian norms.

The classification of an armed conflict is not merely a theoretical issue but carries significant legal and practical consequences. Determining whether a conflict qualifies as an IAC or a NIAC dictates which body of IHL applies and, consequently, the level of protection afforded to victims. IACs are governed by an extensive treaty framework, including the full scope of the Geneva Conventions. This disparity means that uncertainty or misclassification may result in reduced legal protections and operational ambiguity for those tasked with applying IHL in real time.

In this context, the classification of armed conflict has become increasingly problematic in modern warfare. The evolving nature of hostilities challenges the adequacy of the traditional IAC–NIAC dichotomy and raises questions about whether existing legal frameworks remain fit for purpose. This dissertation critically examines these challenges, analyzing the legal criteria for conflict classification and the consequences arising from contemporary forms of warfare. By doing so, it seeks to assess whether reinterpretation or reform of the existing classification system is necessary to preserve the humanitarian objectives of IHL.

2. IHL

IHL, which aims to control hostilities and safeguard those who are not or are no longer involved in armed conflict, is the main source of the legal framework governing armed conflict. The four Geneva Conventions of 1949, their Additional Protocols of 1977, & principles of customary international humanitarian law form the foundation of this framework. The classification of the armed conflict as either an IAC or NIAC is a crucial factor in determining the applicability and scope of these legal instruments.

2.1. IACs

The most extensive body of IHL governs international armed conflicts. Regardless of whether one party acknowledges the state of war, an IAC is created under Common Article 2 of the Geneva Conventions whenever there is a declared war or "any other armed conflict" between two or more High Contracting Parties.¹ Since neither the severity nor the length of hostilities are legally significant, there is a very low threshold for the existence of an IAC. The application of the Geneva Conventions may be triggered by even brief or infrequent uses of armed force between states.

The protection provided to victims of international armed conflicts is further elaborated by Additional Protocol I (1977). Crucially, military occupation scenarios are also classified as IACs, even in the absence of armed opposition, guaranteeing ongoing legal protection for the occupied civilian population.

2.2. NIACs

In contrast, NIACs are subject to a far more constrained legal framework. Common Article 3 of the Geneva Conventions, which covers "armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties," provides NIACs with the minimal level of protection.

Additional Protocol II (1977) expands the scope of NIAC regulation by limiting its application to situations in which organized armed groups or dissident armed forces, under responsible command, have sufficient control over a portion of a state's territory to carry out persistent and well-coordinated military operations. Common Article 3 and customary IHL are the main sources of law in many modern conflicts because Additional Protocol II's higher threshold makes it

inapplicable.

International jurisprudence, particularly the Tadić case before the ICTY, has clarified the definition and identification of NIACs. According to the Appeals Chamber, "prolonged armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State" constitutes an NIAC. The organization of the armed groups and the level of hostilities were introduced as two cumulative criteria in this formulation.

2.3. Internationalized and Hybrid Conflicts

Modern armed conflicts frequently blur the traditional distinction between IACs and NIACs, particularly where foreign States intervene in internal conflicts by supporting non-State armed groups. In such situations, determining the applicable legal framework becomes highly contested. International jurisprudence has attempted to address this problem through attribution tests, most notably in the Nicaragua case, where the ICJ adopted the "effective control" test to determine State responsibility for the acts of armed groups.¹

Conversely, the ICTY in Tadić advanced the "overall control" test, lowering the threshold for internationalization of a conflict where a foreign State exercises a sufficient degree of control over an armed group.¹ The coexistence of these competing standards has generated legal uncertainty and practical difficulties.

3. Case Studies

3.1. The Syrian Conflict

The Syrian conflict illustrates the complexities of classifying contemporary armed conflicts. Initially characterized as a non-international armed conflict between the Syrian government and various organized armed groups, the conflict later involved multiple foreign states conducting military operations within Syrian territory. These interventions created parallel legal regimes, with some hostilities qualifying as IACs between states and others remaining NIACs.

The simultaneous application of different legal classifications generated uncertainty regarding the applicable rules and accountability mechanisms. Humanitarian organizations faced challenges in determining the legal framework governing their operations, while courts struggled to apply consistent standards of responsibility.

3.2. Democratic Republic of the Congo

The conflict in the Democratic Republic of the Congo (DRC), particularly during the Second Congo War (1998–2003) and its prolonged aftermath, represents one of the most legally complex cases of conflict classification in recent international law. Numerous armed groups operated across Congolese territory with varying degrees of external support from neighboring states, including Rwanda, Uganda, and Burundi, all of which deployed regular armed forces within DRC borders at different stages of the conflict. This direct military involvement raised fundamental questions about whether the hostilities should be classified as an IAC—given the presence of foreign state forces—or a NIAC, given that much of the fighting involved non-state armed groups such as the Forces Démocratiques de Libération du Rwanda (FDLR) and the Mouvement du 23 Mars (M23).

Legal debates focused centrally on whether external state support amounted to sufficient control to internationalize the conflict under the competing standards established in Nicaragua and Tadić. The International Court of Justice, in *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda, 2005)*, held Uganda responsible for acts of its armed forces and for failing to prevent violations committed by armed groups under its control. However, the Court stopped short of applying the overall control test, relying instead on direct attribution for the conduct of Ugandan military forces. This divergence from the ICTY's broader approach further deepened doctrinal inconsistency.

Inconsistent application of control tests resulted in significant ambiguity and uneven protection for affected populations. Humanitarian organizations operating in the DRC faced uncertainty as to which legal framework governed their activities and which obligations bound the parties to the conflict. The DRC experience thus highlights a structural limitation of the existing classification framework: when international judicial bodies apply different attribution standards, the protective function of IHL is undermined, and accountability for violations becomes procedurally fragmented across multiple legal regimes.

3.3. Russia–Ukraine Conflict

The conflict between Russia & Ukraine, particularly since 2014, exemplifies the challenges posed by hybrid warfare. The use of unmarked troops, denial of direct involvement, and support for separatist forces blurred the distinction between IAC and NIAC. Despite evidence of foreign military participation, classification remained contested for a significant period.

This uncertainty delayed legal clarity and accountability and highlighted the inadequacy of existing thresholds for addressing modern conflict realities.

3.4 Consequences of Misclassification

The case studies examined above are not merely academic exercises: the classification decisions made in Syria, the DRC, and Ukraine produced direct legal effects for those affected by hostilities. Misclassification of armed conflicts carries significant legal, humanitarian, and operational consequences. When an armed conflict is incorrectly categorized, the applicable rules of IHL may be misapplied, resulting in gaps in protection for civilians, combatants, and other affected individuals. For instance, NIACs are governed by more limited provisions than IACs, meaning that misclassifying a hybrid or internationalised conflict as a NIAC could deny parties the broader protections guaranteed under IAC regulations, such as those concerning prisoners of war or the use of certain weapons. Conversely, incorrectly treating a NIAC as an IAC may impose obligations on non-state actors that are impractical or unenforceable, complicating compliance and accountability. Operationally, misclassification can generate confusion for military commanders, who may struggle to implement the correct targeting protocols, leading to unintended civilian casualties and violations of humanitarian law. Politically, misclassification may also affect international responses, such as sanctions, foreign interventions, or recognition of belligerent parties, thereby exacerbating conflict dynamics and undermining conflict resolution. Moreover, at the judicial level, courts and tribunals may face difficulties in adjudicating responsibility and enforcing legal norms, particularly in complex hybrid conflicts where both international and non-international elements coexist. Collectively, these consequences underscore the critical need for accurate conflict classification to uphold the protective and regulatory objectives of IHL while reducing ambiguity for states, armed groups, and the international community.

4. Conclusion

The analysis of contemporary armed conflicts underscores the urgent need for a reassessment of the traditional IAC-NIAC dichotomy. Modern warfare, exemplified by the conflicts in Syria, the Democratic Republic of Congo, & Ukraine, demonstrates that armed engagements increasingly involve hybrid and internationalized elements, blurring the lines between conventional international & non-international armed conflicts.

One key recommendation is the development of clearer guidelines for identifying and classifying hybrid conflicts. This includes establishing objective criteria for foreign state involvement in non-international armed conflicts, particularly in cases of proxy warfare, to determine when such conflicts should be internationalized. The creation of a standardized assessment framework would enable states, courts, and international organizations to apply International Humanitarian

Law (IHL) consistently, thereby reducing ambiguity and enhancing protection for affected populations.

Finally, scholars and policymakers should examine the potential of introducing a third category or tiered classification of armed conflicts to better reflect the realities of modern warfare. This proposal is not novel: James G. Stewart and Robert Kolb have both argued that the binary IAC–NIAC framework fails to accommodate the full spectrum of contemporary hostilities, while Marco Sassòli has suggested that a more graduated approach to IHL applicability—one sensitive to the degree of foreign state involvement and the organizational capacity of non-state actors—could resolve many of the ambiguities identified in this paper. A tiered model might, for instance, establish an intermediate category for internationalized NIACs in which a defined set of IAC rules, such as those governing prisoner of war status and civilian internment, applies automatically once a threshold level of foreign state control over an armed group is established. Such a category would not require abandoning the existing dichotomy but would supplement it, providing greater legal certainty for humanitarian actors, military commanders, and courts without imposing unenforceable obligations on parties ill-equipped to comply with the full IAC regime.

In conclusion, the dissertation demonstrates that the classification of armed conflicts in modern times is complex and evolving. Traditional dichotomies often fail to capture the nuanced nature of hybrid conflicts, internationalization, and transnational interventions. Legal ambiguities surrounding the timing, intensity, and foreign involvement in conflicts impede consistent application of IHL.

References

- Geneva Conventions of 1949; Additional Protocols I and II.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v Tadić* (Jurisdiction) IT-94-1-AR72 (2 October 1995).
- International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Geneva Conventions of 1949*.
- Geneva Convention (Common Article 3); Additional Protocol II (1977).
- James G Stewart, ‘Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law’ (2010) 85 *International Review of the Red Cross* 313.
- Dinstein Y, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (3rd edn, CUP 2016)
- Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1949).
- Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949).
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (1977).
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (1977).
- Rome Statute of the International Criminal Court (1998).
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America) [1986] ICJ Rep 14.
- *Prosecutor v Tadić* IT-94-1-A (ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999).
- Sassòli M, Bouvier AA and Quintin A, *How Does Law Protect in War?* (3rd edn, ICRC 2011).

- Melzer N, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction* (ICRC 2016).
- Henckaerts J-M and Doswald-Beck L, *Customary International Humanitarian Law* (Volume I: Rules, CUP/ICRC 2005).
- International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* [2005] ICJ Rep 168.

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

Copyright © Author(s). Licensed under CC BY 4.0.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.20022295> · ARK: <ark:/56778/10486>



AEQUITAS MAGAZINE

www.aequitasmagazine.it

Monthly open-access peer-reviewed Journal

Indexed in DOAJ e ROAD

ISSN 3035-0271 | ISSN 3035-4803

CINECA Code E277033

Published by Aequitas Magazine (c.f. 93089850635)
Cultural Association for Legal Studies and Research