

DIMENSIONE GIURIDICA | LEGAL DIMENSION

Studi per il Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze

6

Frontiere della patrimonialità

Itinerari di ricerca sul rapporto
tra *persona* e *res*

a cura di

Clementina Colucci e Leonardo Dani



G. Giappichelli Editore

Comitato scientifico

Proff. Niccolò Abriani, Adelina Adinolfi, Paolo Cappellini, Andrea Cardone, Carlotta Conti, Micaela Frulli, Giovanni Passagnoli, Emilio Santoro, Alessandro Simoni.

Coordinatore

Prof.ssa Maria Luisa Vallauri.

Dimensione giuridica/Legal dimension si pone in continuità ideale con i “Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche” pubblicati tra il 2013 e il 2017 e vuole porre in evidenza come quanto avviato negli anni passati sia diventato ora un dato strutturale. È questo il caso anzitutto del processo di internazionalizzazione, che ha condotto a un’elaborazione scientifica che è bene sia accolta in una tipologia di pubblicazione capace di evidenziare, anche già nel nome, la rilevanza non puramente municipale del suo contenuto.

Il percorso costruito attraverso gli anni ha permesso di gettare le basi anche dell’elemento di innovazione introdotto in questa nuova fase, ossia la valorizzazione del lavoro dei dottorandi e di chi si è recentemente formato nel dottorato fiorentino e sta costruendo il proprio percorso scientifico. Dimensione giuridica/Legal dimension non vuole infatti proporsi come luogo dove i “giovani” sono semplicemente invitati a fornire contributi all’interno di iniziative ideate e dirette da altri, più avanti negli anni e nella carriera, ma intende accogliere principalmente ricerche proposte e coordinate in prima persona proprio da early career scholars, pur senza escludere a priori l’inclusione di scritti di studiosi affermati.

Frontiere della patrimonialità

Itinerari di ricerca sul rapporto tra persona e *res*

a cura di

Clementina Colucci e Leonardo Dani



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0518-6

ISBN/EAN 979-12-211-5528-0 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo del Miur per i progetti di eccellenza 2023-2027 .

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
GLI AUTORI	IX
PREFAZIONE (di <i>Alessandro Simoni</i> e <i>Maria Luisa Vallauri</i>)	XI
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE (di <i>Giovanni Passagnoli</i>)	XIII

LE AGGRESSIONI FRAUDOLENTE AL PATRIMONIO PRIVATO E PUBBLICO TRA DIMENSIONE PERSONALISTICA E DIMENSIONE ECONOMICA DEL DANNO

di *Federica Helferich*

1. Considerazioni introduttive. Diretrici tradizionali e processi trasformativi in atto nella tutela penale del patrimonio	1
2. Patrimonio e autorealizzazione personale nella prospettiva di tutela personalistica	4
3. Patrimonio e investimento collettivo nella prospettiva di tutela economica	8
4. La fattispecie di truffa a tutela della disposizione patrimoniale di soggetti privati e pubblici, tra solidarietà e vincoli di scopo	11
4.1. Tendenze espansive a tutela della libertà dispositiva nelle truffe tra soggetti privati	13
4.1.1. Condotta tipica	13
4.1.2. (<i>Segue</i>): danno patrimoniale	19
4.1.3. (<i>Segue</i>): regime di procedibilità	23
4.2. La truffa a danno di soggetti pubblici: la tutela della vincolatività dispositiva	29
4.2.1. Il danno patrimoniale nella c.d. truffa in assunzione (art. 640, comma 2, n. 1 c.p.)	31
4.2.2. Il danno patrimoniale nella truffa aggravata ai sensi dell'art. 640- <i>bis</i> c.p.	34
5. Rilievi conclusivi alla luce del reato di riciclaggio	37

PATRIMONIALITÀ E NATURA
DELL'INTERESSE NEL RAPPORTO
TRA LA PERSONA E I SUOI GAMETI

di *Leonardo Dani*

1. Premessa	41
2. La relazione persona-campioni biologici. Critica alle tradizionali teorie proprietarie	45
3. (<i>Segue</i>) Patrimonialità e natura dell'interesse nel rapporto tra la persona e i suoi gameti	52
4. Diritto al controllo e principio di finalità nella destinazione dei gameti	59
5. Successione <i>mortis causa</i> e destinazione dei gameti	62
6. (<i>Segue</i>) I poteri del disponente	66
7. Rilievi conclusivi	70

I MOBILI CONFINI DELLA “COSA”
NEL MONDO DIGITALE

di *Clementina Colucci*

1. Il rapporto tra persona e <i>res</i> : una premessa	73
2. I delitti contro il patrimonio e il legame tra modalità di condotta e suo oggetto	75
3. Il modello di aggressione <i>diretta</i> ...	79
4. ... e la centralità del concetto di cosa	82
5. Il fenomeno della smaterializzazione dei beni	84
6. I caratteri delle <i>res</i> smaterializzate: il dato digitale tra cosa mobile ed entità immateriali	86
7. Dal possesso all'accesso: mutamento del paradigma di appartenenza ...	90
8. ... e delle modalità di offesa	93
9. Le condotte “offensive” del dato informativo e l'applicabilità dei delitti di furto e appropriazione indebita	94
10. Alcune conclusioni	100

TRATTAMENTO *POST MORTEM* DEI DATI DIGITALI
E MANDATO *EX ART. 2-TERDECIES* D.LGS. N. 101/2018

di *Vincenzo Putorti*

1. Precisazioni concettuali e termini del problema	103
2. Il mandato <i>ex art. 2-terdecies</i> d.lgs. n. 101/2018	106
3. Le clausole di intrasmissibilità dell' <i>account</i> e i poteri del mandatario	111

	<i>pag.</i>
4. La posizione della giurisprudenza	114
5. Mandato <i>post mortem</i> a contenuto non patrimoniale e divieto dei patti successori	117
6. Dati digitali e ambito di operatività del mandato	119

IL REGIME GIURIDICO DEGLI ANIMALI DI AFFEZIONE. IL PROBLEMA DELL'INTERESSE TUTELATO

di Chiara Sartoris

1. Il regime giuridico degli animali di affezione e il dibattito sull'interesse tutelato	123
2. Dalla teoria della reificazione alla teoria della persona	126
3. Ragioni a favore di una impostazione intermedia: superamento della dicotomia <i>res/persona</i>	133
4. Corollari applicativi tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali	136

IL FINE DI PROFITTO DEL DELITTO DI FURTO E LE "FRONTIERE" DELLA PATRIMONIALITÀ

di Federico Valente Bagattini

1. Il fine di profitto del delitto di furto: una questione complessa e di notevole rilevanza applicativa	141
2. I molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali	143
2.1. L'orientamento tradizionale estensivo	144
2.2. L'orientamento restrittivo "economicistico"	146
3. Una terza e intermedia posizione	148
4. La posizione delle Sezioni Unite	150
5. Fine di profitto e "frontiere" della patrimonialità	151

I DIRITTI SUCCESSORI DEL CONIUGE SUPERSTITE NEL PRISMA DELLA DEPATRIMONIALIZZAZIONE

di Gregorio Pacini

1. I diritti del coniuge superstite nel paradigma della patrimonialità	155
1.1. (<i>Segue</i>) I diritti successori del coniuge superstite separato senza addebito	160
2. (<i>Segue</i>) I diritti successori del coniuge superstite quale fondamento di una tutela penalistica	163

RILIEVI DI SINTESI (di <i>Marco Rizzuti</i>)	167
-----------------------------------------------	-----

GLI AUTORI

Clementina COLUCCI, *Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Leonardo DANI, *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Federica HELFERICH, *Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università della Corsica Pasquale Paoli.*

Gregorio PACINI, *Dottorando di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Giovanni PASSAGNOLI, *Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Vincenzo PUTORTÌ, *Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Marco RIZZUTI, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Chiara SARTORIS, *Assegnista di ricerca in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Alessandro SIMONI, *Professore ordinario di Diritto privato comparato e Presidente della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.*

Federico VALENTE BAGATTINI, *Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze.*

Maria Luisa VALLAURI, *Professoressa associata di Diritto del lavoro e coordinatrice del dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Firenze.*

PREFAZIONE

Il presente volume arricchisce la Collana *Dimensione giuridica/Legal dimension* del Dottorato di Scienze giuridiche con una riflessione a più voci sviluppata da studiose e studiosi valenti, interessati al confronto interdisciplinare e intergenerazionale.

Qualità e versatilità dei contributi confermano ancora una volta la bontà della scelta compiuta, ormai cinque anni fa, di offrire spazio e risorse alle menti più giovani, per lasciare traccia di momenti di studio e discussione organizzati in piena autonomia, con la guida e il consiglio di maestre e maestri, qual è Giovanni Passagnoli che introduce il volume e che per lungo tempo e con grande dedizione ha coordinato il Curriculum delle discipline privatistiche.

Anche l'idea di questo volume, infatti, nasce a margine dell'omonimo seminario svoltosi a Firenze nel settembre del 2023, organizzato nell'ambito della consolidata iniziativa dei *Dialoghi tra civile e penale*, meritoriamente promossa nel 2019 proprio da giovani studiosi, fra i quali Marco Rizzuti cui sono affidate le conclusioni del volume, in perfetta sintonia con lo spirito delle iniziative di un Dottorato multidisciplinare, qual è quello in Scienze giuridiche dell'Università di Firenze, che da sempre si propone di formare studiose e studiosi aperti al dialogo fra i saperi, refrattari a un'eccessiva rigidità di certe divisioni fra settori, consapevoli dell'importanza di mantenere la mente disponibile alle contaminazioni e al contempo capaci di perizia disciplinare.

Leggere queste nuove pagine, frutto del pensiero e del lavoro di chi frequenta e ha frequentato il nostro Dottorato, rafforza la convinzione che la strada imboccata sia quella giusta, che i giovani meritino piena fiducia e molto del nostro tempo e che il passaggio di consegne nel ruolo di coordinamento non possa avvenire che nel segno della continuità.

Alessandro Simoni
Maria Luisa Vallauri

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

di *Giovanni Passagnoli*

Il volume raccoglie, in forma di saggi, le relazioni esposte da un gruppo di giovani ricercatori del Dipartimento di Scienze Giuridiche, nell'ambito del seminario "Frontiere della patrimonialità: itinerari di ricerca sul rapporto tra persona e *res*", svoltosi a Firenze il 21 settembre 2023.

Il seminario costituisce una nuova edizione, la terza, della iniziativa "*Dialoghi tra civile e penale*" che rappresenta il tentativo, ormai ben avviato, di lasciare ai giovani studiosi uno spazio di confronto su tematiche attuali poste, dichiaratamente, alla "frontiera" tra il diritto civile e il diritto penale. L'iniziativa è particolarmente meritevole di considerazione, perché ben esprime la accresciuta consapevolezza, da parte delle nuove generazioni di ricercatori, della importanza di un approccio interdisciplinare; e ciò non solo per l'arricchimento che sempre deriva da un confronto tra saperi diversi, ma per la percepita necessità di affrontare con strumenti adeguati – e perciò anche sistematicamente coerenti – le sfide della complessità del presente.

Il *proprium* di questa edizione è la riflessione sul concetto di patrimonialità, allo scopo di chiarire il dibattuto rapporto tra persona e *res*, nella ricordata feconda prospettiva di osmosi tra il diritto civile e il diritto penale.

Molteplici gli angoli visuali dai quali i contributi indagano i confini della tradizionale nozione di patrimonialità: dalle aggressioni al patrimonio alla destinazione di gameti, dal nuovo concetto di cosa mobile nel contesto digitale alla tutela dell'animale, e poi ancora dal delitto di furto al trattamento *post mortem* dei dati digitali, passando per i diritti successori del coniuge superstite. Nella eterogeneità tematica, si coglie un comune approccio: riflettere, nel presente, sulla nozione di patrimonio, spingendosi oltre i tradizionali steccati disciplinari e collocando le pur distinte analisi nel medesimo orizzonte della centralità della persona.

La rilettura del codice civile alla luce dei valori costituzionali impone, in effetti, di ripensare alla relazione tra essere umano e cosa, in termini non più riducibili alla sola stretta utilità economica del bene, ma capaci, al contrario, di

abbracciare l'emergere, e per certi versi il preponderare, degli interessi di natura prettamente personalistica.

La validità di tale approccio è tanto più apprezzabile quanto più si percepisce l'inidoneità della rigida dicotomia *res*/persona nell'ordinare la pluralità e la complessità del reale. Ciò appare evidente in relazione agli studi in tema di gameti o di animali, difficilmente riconducibili alla nozione di cosa mobile inanimata. Ma considerazioni non dissimili valgono per i beni informatici, che costituiscono il frutto di un processo di evoluzione tecnologica e di dematerializzazione, che per più versi mette in crisi la tradizionale relazione di utilità tra persona e cosa. Paradossalmente, il superamento della descritta impostazione è ancora più evidente sul piano penalistico, come emerge se si analizzi la mutata concezione degli interessi sottesi al bene giuridico tutelato da talune norme incriminatrici. Anche fattispecie da sempre inquadrate come delitti contro il patrimonio – quali la truffa, il riciclaggio, il furto o l'appropriazione indebita – sembrano sfuggire dalle rigide maglie che le contengono, per essere proiettate su uno sfondo più ampio e complesso, in cui ad essere valorizzati sono gli interessi non patrimoniali, soprattutto di rilevanza costituzionale.

Chiare, nei contributi degli Autori, le conseguenze delle tendenze evolutive tratteggiate: il diverso modo di interpretare la nozione di bene – e di intenderne il rapporto con la persona – incide tanto sul modo di atteggiarsi della tutela penalistica, quanto sul fenomeno circolatorio e sulle connesse tutele civilistiche. Prevale un approccio relazionale, secondo cui, ai fini della individuazione della disciplina applicabile, rileva non solo il tipo di bene ma anche l'interesse coinvolto; un interesse sempre più lontano dalle logiche meramente patrimonialistiche e sempre più connotato in termini funzionali e personali; sicché, il campo è dominato dal *tipo di relazione instaurata col bene dal suo titolare*.

Diverse nel loro strumentario concettuale, le due discipline che si confrontano nel seminario e in questo volume intercettano una medesima esigenza: ripensare il regime proprietario nell'ottica di una interpretazione funzionale, in cui ad essere valorizzato sia l'essere umano, coi suoi interessi anche non patrimoniali.

LE AGGRESSIONI FRAUDOLENTE AL PATRIMONIO PRIVATO E PUBBLICO TRA DIMENSIONE PERSONALISTICA E DIMENSIONE ECONOMICA DEL DANNO

di *Federica Helferich*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Direttrici tradizionali e processi trasformativi in atto nella tutela penale del patrimonio. – 2. Patrimonio e autorealizzazione personale nella prospettiva di tutela personalistica. – 3. Patrimonio e investimento collettivo nella prospettiva di tutela economica. – 4. La fattispecie di truffa a tutela della disposizione patrimoniale di soggetti privati e pubblici, tra solidarietà e vincoli di scopo. – 4.1. Tendenze espansive a tutela della libertà dispositiva nelle truffe tra soggetti privati. – 4.1.1. Condotta tipica. – 4.1.2. (*Segue*): danno patrimoniale. – 4.1.3. (*Segue*): regime di procedibilità. – 4.2. La truffa a danno di soggetti pubblici: la tutela della vincolatività dispositiva. – 4.2.1. Il danno patrimoniale nella c.d. truffa in assunzione (art. 640, comma 2, n. 1 c.p.). – 4.2.2. Il danno patrimoniale nella truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-bis c.p. – 5. Rilievi conclusivi alla luce del reato di riciclaggio.

1. *Considerazioni introduttive. Direttrici tradizionali e processi trasformativi in atto nella tutela penale del patrimonio*

La tutela penalistica del patrimonio costituisce una costante dei sistemi penali, rappresentando le relative aggressioni una forma archetipica di offesa penalmente rilevante¹.

La *ratio* di tale tutela, tuttavia, si è evoluta in conseguenza della mutata sensibilità giuridica ed economica rispetto al concetto di patrimonio e alle funzionalità che lo stesso può rivestire per soggetti individuali, collettività di individui e soggetti pubblici chiamati ad assolvere compiti istituzionali.

Sotto al primo profilo si osserva innanzitutto che il formante interpretativo

¹ M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, in F. CINGARI, M. PAPA, A. VALLINI, *Lezioni di diritto penale speciale*, Torino, 2023, p. 311 ss.

tende vieppiù a valorizzare la relazione “interna” del titolare con la propria *res*², in un’ottica di tutela che può essere definita come personalistica (2.). Di conseguenza, la soglia di rilevanza penale delle aggressioni patrimoniali si amplia fino a ricomprendere fatti commessi sì *aut vi aut fraude*, ma che non mutano la consistenza o la composizione oggettiva del patrimonio, limitandosi a privare il titolare dello stesso della possibilità di disporre delle *res* nel senso soggettivamente più vantaggioso, come nelle ipotesi di c.d. truffa a prestazioni equivalenti (4.1.2.), o di intrattenere una relazione “personale”, e spesso meramente affettiva, con il bene. Così, la fattispecie di furto è da taluni ritenuta configurabile quand’anche il bene mobile oggetto di sottrazione sia privo di qualsivoglia valore di scambio³. La cifra di patrimonialità della vicenda aggressiva risiederebbe quindi non già nella *consistenza* ma nella *funzione* della *res*: nella sua capacità a costituire e, insieme, esprimere la personalità del soggetto e nel connesso interesse di costui a conservarne la disponibilità⁴.

Per quanto riguarda il profilo “collettivo”, quando il patrimonio interagisce, a fini di locupletazione della ricchezza, con gli strumenti offerti dal mercato finanziario, la relazione patrimoniale individuale intesse legami con una pluralità di relazioni mosse anch’esse da un obiettivo (talvolta antagonista) di massimizzazione del profitto, e la prospettiva di tutela abbraccia grandezze macro-economiche, trascendendo la dimensione individuale. All’interno della piattaforma finanziaria, infatti, le conseguenze negative di operazioni economiche illecite sono suscettibili di colpire un numero indeterminato di soggetti che si muovono sullo scacchiere economico, sicché diventa fondamentale assicurare la conformità delle scelte dispositive alle “regole del gioco” economico – regole, queste, che il diritto penale presidia, ma non forgia (3.).

Nel prisma della truffa, oggetto del presente lavoro, assumono particolare rilievo le condizioni nelle quali matura la scelta di disposizione patrimoniale

²R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, in R. BARTOLI, S. SEMINARA, M. PELISSERO, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, p. 230 ss., spec. p. 235.

³Si veda in tal senso l’esempio di scuola del furto di una ciocca di capelli appartenenti a un soggetto defunto di cui i propri cari conservavano così il ricordo: A. CARMONA, *I reati contro il patrimonio*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Milano, 2019, p. 155 s., spec. pp. 159-160; ID., *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 109; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, III – Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, p. 5 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, 2022, p. 392; S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1998, p. 74 (la cui posizione è però meno netta, ventilando l’Autore la possibilità che simili condotte siano lesive della riservatezza piuttosto che del patrimonio).

⁴Su quest’ultimo aspetto V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Milano, 1995, p. 278 s., spec. p. 283 e A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, pp. 66-67 e 83-84.

del soggetto investitore⁵, data, da un lato, la presenza di precisi obblighi informativi in capo al contraente esperto e, dall'altro, l'aleatorietà talvolta intrinseca di talune operazioni aventi a oggetto strumenti di finanza derivata. Il carattere "collettivo" e interconnesso degli interessi in gioco emerge con ancora più nitore nelle ipotesi in cui a ricorrere a strumenti derivati siano enti pubblici, poiché l'elevata complessità degli strumenti finanziari coinvolti si coniuga a un alto numero di soggetti portatori di interessi in conflitto ed eventuali perdite potrebbero andare a gravare sul conto economico degli esercizi futuri⁶.

Infine, un'ulteriore ramificazione concettuale del "patrimonio" è rinvenibile nelle ipotesi in cui l'atto dispositivo a matrice criminosa investa il patrimonio pubblico. Poiché la gestione e la disposizione di tale patrimonio sono vincolate a precisi obiettivi istituzionali, il mancato rispetto dei vincoli di scopo è suscettibile di alterare il patrimonio pubblico nella sua composizione prettamente quantitativa ovvero, come si vedrà con riferimento alla truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-*bis* c.p., nella sua funzionalità pubblicistica, così unificando la prospettiva personalistica a quella macro-economica e restituendo una "patrimonialità" dinamica e adattiva (4.2.).

È infatti soprattutto il delitto di truffa, nella duplice veste di truffa tra privati e di truffa a danno di soggetti pubblici, a svelare come il referente teleologico delle molteplici diversificazioni del concetto di "patrimonio" (*sub specie* danno patrimoniale) sia sempre la "persona", privata o pubblica che sia: nella sua dimensione *in action*, infatti, il patrimonio è concepito come un agglomerato di *res* finalisticamente orientate, un insieme di risorse *zweckverbunden*, la cui disposizione allocativa mira a fini di "utilità" soggettiva. Sotto questo profilo, rispetto alle aggressioni fraudolente al patrimonio pubblico i vincoli di scopo vanificati dal reato e la conseguente "inutilità" della disposizione patrimoniale sono chiaramente identificabili. Nelle ipotesi di aggressione fraudolenta tra privati, di contro, poiché i profili finalistici e l'"utilità" della *res* sono squisitamente soggettivi, il mancato ancoraggio a criteri di tipo economico nell'apprezzamento del danno tipico rischia di trasformare l'art. 640 c.p. in un delitto contro la mera

⁵Sul tema si v. il recente e pregevole approfondimento di F. MUCCIARELLI, *Mercato finanziario e tutela penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 13 febbraio 2024, p. 8 ss., che evidenzia efficacemente il ruolo che la fiducia degli investitori nei mercati finanziari svolge ai fini dell'efficienza e integrità del mercato e quindi, in ottica più ampia, della crescita e del benessere economico collettivo.

⁶Rileva G. PETRONI, *Truffa contrattuale e strumenti finanziari derivati: il mark to market nel diritto penale* (nota a Cass. pen., Sez. II, 16 dicembre 2011 (dep. 21 dicembre 2011), n. 47421, in Cass. pen., 2013, p. 184 ss., spec. p. 188 che in tali ipotesi si contrappone l'interesse della Pubblica amministrazione contraente a disporre di risorse nell'immediato, l'interesse dell'ente creditizio a trarre profitto dall'operazione sui derivati pubblici e, infine, l'interesse dell'eventuale nuova amministrazione locale a poter gestire la cosa pubblica con le opportune risorse.

libertà dispositiva, slabbrando a dismisura proprio quelle “frontiere della patrimonialità” oggetto delle riflessioni multidisciplinari del presente volume.

2. *Patrimonio e autorealizzazione personale nella prospettiva di tutela personalistica*

Poiché il fulcro del sistema penalistico di tutela del patrimonio è la proprietà, l'assetto repressivo si è sempre caratterizzato per una dimensione personalistica.

Sin da principio, infatti, la proprietà riceve tutela penale non già in quanto somma di singole *res*, bensì in virtù del legame che la società borghese e proto-capitalista che si va formando a partire dalla fine del XVIII secolo riconosce tra “avere” ed “essere”: in un mondo in cui *dominium rerum* significa *dominium sui*, e quindi “la proprietà sulle cose [è vista come] rappresentazione esterna [...] di quella proprietà intrasubiettiva che ogni io ha di se stesso e dei suoi talenti”⁷, l'esercizio del diritto di proprietà è sintomo e insieme manifestazione oggettivizzata di volontà e libertà individuale⁸. Di conseguenza, la tutela penale della proprietà è accordata in funzione del *valore* che i beni rivestono per il titolare ai fini della sua autorealizzazione personale e libera, ossia in funzione della relazione di interesse che lega la persona al proprio patrimonio⁹. E, come noto, tale configurazione del rapporto tra persona e *res* riceve piena consacrazione nel sistema penale italiano tardo-ottocentesco, ove la proprietà è concepita come uno dei “beni naturalmente goduti dall'uomo per la sua natura di uomo isolatamente considerato”¹⁰.

L'avvento del regime fascista determina una frattura rispetto all'assetto pro-

⁷ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 32; si v. anche ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2006, pp. 70, 102, 114 (in tema di *property* lockiana) e 118 (sulla connessione che la *Déclaration* francese del 1789 sancisce tra proprietà e libertà), nonché le considerazioni di K. PISTHOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma 2021, p. 16 e p. 41 ss., sull'avvento del diritto di proprietà come uno dei motivi dell'ascesa politica dell'Occidente.

⁸ G.W.F. HEGEL, *Werke in zwanzig Bänden – 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp Verlag, Berlin 1986, §§ 44-45.

⁹ BETTIOL, *Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, in *Giur. it.*, 1947, IV, p. 6 ss.

¹⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte speciale*, Firenze 1898, § 1081, citato in G. PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 628 s., spec. p. 630.

tettivo liberale. Più che il passaggio dai delitti “contro la proprietà” ai delitti “contro il patrimonio”¹¹, a cambiare è la stessa prospettiva dalla quale la ricchezza è guardata e conseguentemente tutelata a mezzo del diritto penale. Nella concezione statalista e autoritaria del regime, infatti, la predisposizione di un apparato repressivo nei confronti delle aggressioni patrimoniali giova non già al soggetto titolare di interessi patrimoniali, bensì allo Stato stesso che, composto com’è “di uomini e beni”, ha interesse a che siano tutelati i momenti di formazione, conservazione e circolazione della ricchezza¹².

La (tutela della) proprietà torna a essere attratta entro un’orbita e una *ratio* di stampo personalistico soltanto con l’avvento dell’ordinamento costituzionale. In prospettiva diametralmente opposta all’assetto individualistico-ottocentesco e a quello corporativo di matrice fascista, la preminenza della persona come valore si esplica sia in verticale che in orizzontale, indirizzando cioè sia le funzioni dello Stato, sia le relazioni economiche al compito di attuazione della persona/personalità, così subordinando la dimensione dell’avere a quella dell’essere e, con l’ausilio degli interpreti, funzionalizzando a tal fine gli istituti giuridici¹³.

La dogmatica penale, in particolare, ha teorizzato una concezione c.d. personalistica o funzionale-personalistica della nozione di “patrimonio” che, affiancandosi a pieno titolo alle più risalenti concezioni giuridica, economica ed economico-giuridica, considera il patrimonio alla stregua di “libertà condensata”¹⁴; e non in ragione della tradizionale connessione tra proprietà e autorealizzazione individuale, quanto in forza dell’ordito personalistico che caratte-

¹¹ Secondo parte della dottrina, infatti, tale modifica non ha determinato una rottura sostanziale rispetto alla configurazione tardo-ottocentesca della proprietà, trattandosi di un mero mutamento lessicale, dal momento che la “proprietà” di cui al Codice Zanardelli non era intesa in senso tecnico: così F. SGUBBI, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1982, p. 331 ss., spec. p. 336; S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1998, p. 3; F. SGUBBI, *Delitti contro il patrimonio – Profili generali*, in S. CANESTRARI ET AL., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, p. 721 ss., spec. pp. 728-729, il quale dà comunque conto di una variazione di senso accolta da una giurisprudenza, in materia di furto, negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore del Codice Rocco.

¹² F. CARNELUTTI, *La tutela penale della ricchezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, p. 7 ss., spec. p. 10.

¹³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 13, 150 e 20. In ambito civilistico, ciò ha dato impulso al discorso attorno alla c.d. “depatrimonializzazione” del diritto civile: cfr. C. DONISI, *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, “*Depatrimonializzazione*” e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

¹⁴ A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 22.

rizza la Carta costituzionale¹⁵. Tanto che, come noto, il c.d. Progetto Pagliaro di riforma del Codice penale proponeva di “considera[re] i reati contro il patrimonio come reati che offendono la proiezione dei valori personali sulle realtà immediate del mondo esterno”, collocandoli dunque all’interno del Titolo dedicato ai delitti contro la persona¹⁶.

In quest’ottica, pertanto, il patrimonio è inteso come l’insieme dei rapporti giuridici che fanno capo a una persona e che hanno a oggetto cose dotate di funzione strumentale rispetto all’esistenza e ai bisogni della persona stessa¹⁷. Tutela del patrimonio, di conseguenza, significa (anche) tutela e garanzia di libero sviluppo della personalità del suo titolare¹⁸: secondo taluni in ambito meramente economico¹⁹; secondo altri anche nel campo esistenziale-spirituale²⁰.

Così, il compito di definire il valore (*sub specie* utilità) della *res* per il soggetto vittima di aggressione patrimoniale spetta non più, come accade in seno alla concezione giuridica e in quella economica, a parametri, rispettivamente, civilistici o di mercato, bensì allo stesso offeso dal reato. Con la conseguenza che, così inteso, il predicato della “patrimonialità” potrebbe essere riconosciuto anche in ipotesi di aggressioni patrimoniali di *res* prive di valore di mercato (in particolare furti)²¹ ovvero, come si vedrà, nel caso in cui la vittima sia fraudolentemente indotta a disporre dei propri *asset* patrimoniali in un senso soggettivamente inutile o svantaggioso.

A questa definizione del patrimonio come aggregato di *res* a strumentalità

¹⁵ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 63 ss.

¹⁶ COMMISSIONE PAGLIARO, Progetto per l’elaborazione di uno schema di delega per un nuovo Codice penale, 8 febbraio 1988 – *Relazione*, 25 ottobre 1991. G. PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 628 s., spec. p. 631 rileva come già nel Codice penale sardo del 1859 le offese contro le persone e contro la proprietà costituissero quasi due rami di un’unica tipologia offensiva.

¹⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II: *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2021, p. 21; A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, cit., p. 73. Critico su questa impostazione, il cui impianto personalistico sarebbe una “nobilitazione” delle ragioni che giustificano la tutela del patrimonio, rispetto all’ottica prettamente economica, G. COCCO, *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l’economia pubblica tra beni giuridici e tecniche di tutela*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, p. 1445 ss., spec. p. 1451.

¹⁸ H. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin 1970, p. 29 ss.

¹⁹ S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 67.

²⁰ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 22 (purché si tratti di bisogni spirituali cui il diffuso sentire attribuisce crisma positivo); A. CARMONA, *I reati contro il patrimonio*, cit., p. 160.

²¹ Sebbene, come correttamente rilevato, si tratti di ipotesi tutto sommato marginali: S. FIORE, *Note introduttive*, in ID. (a cura di), *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, p. 1 ss., spec. p. 12.

personalistica corrisponde, sul versante patologico dell'aggressione patrimoniale, una nozione di "danno patrimoniale" quale riduzione della capacità strumentale del patrimonio di soddisfare i bisogni (economici e/o personali-esistenziali) del soggetto. In particolare, è proprio in relazione al danno tipico del delitto di truffa che la dottrina tedesca ha avviato un ricco dibattito sul predicato di "patrimonialità" della classe dei delitti contro il patrimonio, avvertendosi la necessità di una maggiore individualizzazione del rapporto tra persona e *res* nell'indagine su *an* e *quantum* del *Vermögensschaden*²².

Ciò posto, il dibattito inerente la (corretta) concezione del patrimonio – economica, giuridica, economico-giuridica o personalistica-funzionale –, se da un lato non può considerarsi totalmente sopito²³, dall'altro è oggi affrontato in dottrina e giurisprudenza in sede di interpretazione delle singole fattispecie incriminatrici. In tale contesto, il vero piano rispetto al quale l'opzione a favore dell'una o dell'altra concezione produce effetti reali è quello, fondamentale, del momento consumativo del singolo delitto. Come noto, infatti – e salvo il frequente ricorso, da parte della giurisprudenza, alla figura pretoria del reato a c.d. consumazione prolungata – secondo la concezione giuridica il *tempus commissi delicti* coincide con la stessa assunzione di un'obbligazione sfavorevole da parte del soggetto passivo del reato, ossia con un momento ben più anticipato rispetto a quello dell'effettiva diminuzione del patrimonio, inteso ora nella sua quantità (concezione economica), ora nella sua strumentalità personalistico-funzionale²⁴.

Deve infine accennarsi al fatto che la concezione personalistico-funzionale del patrimonio sembra aver ottenuto un recente riconoscimento normativo in seno al nuovo sistema dei reati contro il patrimonio culturale²⁵.

Le disposizioni del nuovo Titolo VIII-*bis*, infatti, pur mirando innanzitutto

²² P. BOCKELMANN, *Betrug verübt durch Schweigen*, in W. GALLAS, P. BOCKELMANN (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1961, p. 437 ss.; ID., *Zum Begriff des Vermögensschadens im Betrug*, in *JZ*, 1952, p. 461 ss.

²³ Secondo Sez. Un., 25 maggio 2023, n. 41570 del (dep. 12 ottobre 2023), tuttavia, la concezione funzionale-personalistica sarebbe quella pacificamente oggi prevalente. Per un'analisi della sentenza, concernente il dolo specifico di profitto nel reato di furto, si rinvia al contributo di F. VALENTE BAGATTINI, *Il fine di profitto del delitto di furto e le "frontiere" della patrimonialità*, in questo volume, p. 141 ss., e a ID., *Le Sezioni unite sul fine di profitto del delitto di furto*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2024, p. 478 ss.

²⁴ In tal senso, secondo Cass. pen., Sez. II, 23 ottobre 2010, n. 41382, la truffa sarebbe consumata già nel momento di sottoscrizione del preliminare di vendita riportante un prezzo non corrispondente al reale valore dell'immobile, anche se il successivo contratto di vendita riportava un prezzo corretto.

²⁵ L. 9 marzo 2022, n. 22, recante *Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*, in G.U. n. 68 del 22 marzo 2022, in vigore dal 23 marzo 2022.

a tutelare l'integrità *fisica* dei beni culturali²⁶, attirano nello specifico fuoco di tutela delle fattispecie anche la cifra di culturalità di tali beni. Così, le condotte tipiche di recente introduzione non si limitano a riprodurre le figure delittuose "generalì" di aggressione materiale contro il patrimonio²⁷ ma, in taluni casi, si arricchiscono di un'ulteriore modalità lesiva, consistente nella *deminutio* della *funzione* culturale del bene, ossia nella frapposizione di un ostacolo "al libero esplicarsi della funzione culturale del bene a favore di ciascuno, come singolo e come componente di una comunità"²⁸ e al conseguente regime di fruibilità dello stesso. La precedente concezione privatistica, di contro, parificando *sic et simpliciter* i beni culturali alle altre cose soggette alla logica e alla pratica proprietaria individuale, non solo mortificava l'afflato pubblicistico e superindividuale di tali beni, ma nemmeno li tutelava da eventuali aggressioni perpetrate dallo stesso titolare nella cui disponibilità la *res* si trovava²⁹.

3. Patrimonio e investimento collettivo nella prospettiva di tutela economica

Nonostante le diversità di accenti, l'*an* della tutela penale del patrimonio rappresenta una costante dell'assetto repressivo codicistico.

Il *quomodo* della tutela, di contro, è sempre stato più vulnerabile alle evoluzioni della modernità, tanto che l'avvento di nuove e più dinamiche forme di organizzazione della ricchezza individuale ha avuto un impatto, se non distruttivo, quantomeno dirompente sui due tradizionali architravi della forma della tutela penale del patrimonio: la materialità delle cose e l'unicità della posizione giuridica tutelata.

²⁶ Critica sul punto C. IAGNEMMA, *I nuovi reati inerenti ai beni culturali. Sul persistere di una politica criminale ricondotta alla deterrenza punitiva*, in www.archiviopenale.it, 27 aprile 2022, spec. p. 2, secondo la quale si tratterebbe di una riproposizione delle istanze penalistiche tradizionali.

²⁷ G.P. DEMURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, in *Sist. pen.*, 2/2022, p. 5 ss., spec. 14: specialità per specificazione dell'oggetto materiale. Nello stesso senso anche U. SANTORO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: commento alla L. n. 22 del 2022*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 872 ss.

²⁸ C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.lalegislationeopenale.eu, 19 febbraio 2018, p. 12. Sul carattere "immateriale" della culturalità quale vettore di identità con "valore di civiltà" cfr. A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Torino, 2023, p. 86 ss., e pp. 116-117.

²⁹ C. PERINI, *op. ult. cit.*, p. 14.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è venuto meno uno dei presupposti ontologici della protezione penale del patrimonio, ossia la necessaria fisicità/materialità dei beni oggetto di aggressione.

Tradizionalmente, infatti, le *res* presidiate penalmente si caratterizzano per una forte dimensione “cosale”, essendo dotate di un referente materiale esplicito e fisicamente afferrabile³⁰. Per contro, l’ascesa delle *res* immateriali e delle connesse esigenze di tutela ha messo in crisi questo impianto ostinatamente cosale³¹, inducendo gli interpreti a manipolazioni ermeneutiche volte ad adattare le modalità aggressive tradizionali a “cose” non più afferrabili³². Difatti, se la materialità delle *res* oggetto di aggressione patrimoniale ha tradizionalmente impresso ai delitti contro il patrimonio una fisionomia peculiare, tale per cui le singole figure criminose “si stagliano innanzitutto come modelli caratteristici di condotta” e il mezzo offensivo è il principale vettore di disvalore del fatto³³, l’immaterialità dei beni, al contrario, mina la capacità mimetica e l’attitudine visiva che tradizionalmente caratterizzano i tipi criminosi del Titolo XIII³⁴.

In secondo luogo, ad aver subito una radicale *remise en cause* è stato l’ulteriore pilastro del sistema di tutela codicistico consistente nella definitezza della posizione patrimoniale aggredita³⁵.

Se agli albori del Codice penale era possibile affermare che “il patrimonio non è suscettivo di una tutela penale specifica di natura collettiva [bensì] si risolve e dissolve nei singoli rapporti dai quali risulta”³⁶, riferendosi le aggressioni

³⁰ F. SGUBBI, *op. ult. cit.*, p. 388; G. PECORELLA, voce *Patrimonio*, cit., p. 347.

³¹ Secondo V. MILITELLO, *op. ult. cit.*, p. 298, le norme a tutela dell’informatica, bene tipicamente immateriale, hanno “aperto una breccia nel carattere esclusivamente materiale della nozione di ‘cosa’”.

³² Sul tema si rinvia al contributo di C. COLUCCI, *I mobili confini della “cosa” nel mondo digitale*, in questo volume, p. 73 ss.

³³ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 19 ss.; v. anche R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità di lesione tipiche: l’impraticabilità di un “equivalente funzionale” al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 573 ss., spec. p. 589.

³⁴ Così, in riferimento al delitto di autoriciclaggio, M. PAPA, *La fattispecie come sceneggiatura dell’ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*, in *www.discrimen.it*, 23 marzo 2020, p. 15; ID., *I delitti contro il patrimonio*, cit., pp. 311-312. Sulla tendenza del diritto penale a una rappresentazione “naturalistica” della realtà, diversamente dal diritto civile, v. F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità e offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 38 ss., spec. pp. 46-47.

³⁵ S. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 2.

³⁶ SANTORO, *La tutela penale del patrimonio: prolusione al corso ufficiale di diritto e procedura penale detta nell’aula magna della R. Università di Cagliari il 23 gennaio 1934*, estratto dagli *Stu-*

sioni a una platea definita o definibile di soggetti, a partire dalla fine degli anni '80 la tutela del patrimoniale individuale acquista rilievo (anche) nell'ottica collettiva di tutela dell'economia nazionale³⁷. In particolare, l'ibridazione tra la prospettiva individuale e quella collettiva assume connotati tanto più marcati quanto più il risparmio evolve da posta contabile del patrimonio individuale a fattore di investimento e poi di speculazione finanziaria³⁸.

Il processo di finanziarizzazione della ricchezza, in forza del quale la proprietà, *sub specie* risparmio, si fa innanzitutto investimento e si manifesta in forma di (titolarità di) diritti di credito e di partecipazione, determina infatti l'insorgere di nuove esigenze di tutela penale che sono specificamente rivolte alle scelte di allocazione della ricchezza compiute in vista di obiettivi (pur sempre individuali) di massimizzazione del profitto, e che in tale ottica affidano al diritto penale nuovi compiti di tipo gestorio.

Diventa, così, fondamentale preservare la libertà e la correttezza delle scelte allocative di ricchezza compiute dalla collettività dei consumatori, per effetto delle quali il risparmio collettivo circola in forma aggregata, alla stregua di flussi finanziari³⁹. Così, i risparmiatori ricevono protezione nella loro qualità di investitori, e tale tutela "è al contempo tutela congiunta di plurimi interessi patrimoniali individuali e di un interesse collettivo riferibile all'economia nazionale"⁴⁰. In tale contesto, infatti, poiché le offese al patrimonio-risparmio sfruttano i canali finanziari⁴¹, il "danno" che ne risulta è suscettibile di propagarsi sull'intera collettività dei partecipanti alla competizione economica, assecondando il "respiro collettivo del patrimonio"⁴²: di talché "il danno patri-

di Economico-Giuridici della R. Università di Cagliari, A.A. 1933-1934, Cagliari, Società editoriale italiana, 1934, p. 49 ss., spec. p. 54.

³⁷ C.F. GROSSO, *Interessi protetti e tecniche di tutela*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1984, p. 163 ss.

³⁸ Sul tema G. MARTIELLO, *La tutela penale del "risparmio" tra effettività e simbolismo: la vicenda delle false comunicazioni sociali*, in F.M. D'ETTORE, A. BUCCELLI, F. ZATTI (a cura di), *La dualità istituzionale del risparmio popolare*, Torino, 2017, p. 116 ss., spec. pp. 123-124, il quale ben evidenzia la profonda differenza tra l'impiego tradizionale (e "sicuro") del risparmio e la sua odierna e fisiologica propensione al rischio.

³⁹ F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 340 ss., spec. p. 341.

⁴⁰ C. PEDRAZZI, *Diritto penale – vol. II: Scritti di parte speciale*, Milano, 2003, p. 385 ss., spec. p. 387.

⁴¹ M. PELISSERO, *Prospettive economiche e prospettive personalistiche nella tutela penale del patrimonio. Riflessioni in margine a una possibile riforma*, in M. PAPA (a cura di), *La riforma della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2005, p. 208 ss., spec. p. 215.

⁴² A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, cit., p. 268.

moniale del singolo non è un danno isolato, è il riflesso della dispersione di ricchezza collettiva”⁴³.

Quando, poi, il risparmio è oggetto di speculazione finanziaria, soprattutto per mezzo di negozi giuridici aventi a oggetto prodotti finanziari ad alto tasso di aleatorietà, il raggio protettivo del diritto penale si fa ancora più ampio e, al contempo, sottile. Poiché la rischiosità connaturata agli strumenti finanziari sottrae al diritto penale la possibilità di definire *a priori* il confine tra lecito e illecito⁴⁴, il meno ambizioso compito dello *ius terribile* consiste nel garantire l’effettività delle regole economiche che presiedono all’attività speculativa, al duplice fine di, da un lato, garantire pari opportunità conoscitive e quindi di azione ai differenti attori e, dall’altro, evitare che il rischio fisiologico trasciniamo in rischio anomalo di origine criminale⁴⁵. E di questa duplice finalità sembrano farsi carico due delitti che testimoniano in via esemplare il movimento “centrifugo” dell’orizzonte di tutela del Titolo XIII dal patrimonio all’economia, ossia la truffa (4.) e il riciclaggio di proventi illeciti (5.).

4. *La fattispecie di truffa a tutela della disposizione patrimoniale di soggetti privati e pubblici, tra solidarietà e vincoli di scopo*

La fattispecie di truffa offre un punto di osservazione privilegiato sulle recenti variazioni del connotato patrimoniale delle aggressioni alle *res*. Il più giovane dei delitti contro il patrimonio⁴⁶ si rivela infatti particolarmente con-

⁴³ C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia*, in AA.VV., *Verso un nuovo Codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 350 ss., spec. p. 351 ss.

⁴⁴ C. PIERGALLINI, “Civile” e “Penale” a perenne confronto: l’appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1299 ss., spec. p. 1310.

⁴⁵ C. PEDRAZZI, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 278 ss., spec. p. 280; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell’economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 544 ss., spec. p. 547; G. MARTIELLO, *op. ult. cit.*, p. 129; B. MAGRO, *Truffa contrattuale e derivati: profilazione dell’investitore e standard di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3355 ss., spec. p. 33558. Inoltre, il diritto penale è strutturalmente impotente a fronte di “oscillazioni e perdite di valore dipendenti da fattori macroeconomici, quali inflazioni e oscillazioni di mercato. La classica tutela del patrimonio, piattamente ‘materialistica’, funziona per così dire nel quotidiano, dentro un contesto di presupposti socio-economici che sfuggono alla sua portata”: così D. PULITANO, *Il patrimonio come oggetto di tutela*, in ID. (a cura di), *Diritto penale – Parte speciale*, Torino, 2010, p. 3 s., spec. p. 12.

⁴⁶ M. SBRICCOLI, voce *Truffa (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 236 ss., sull’evoluzione della truffa da *stellionatus*, titolo di reato generale, a *mise en scène* ingannevole, fino a divenire il prototipo dei reati c.d. a cooperazione artificiosa della vittima.

sentaneo all'esigenza di mobilitzare le frontiere della patrimonialità in funzione delle mutate forme di (gestione della) ricchezza e delle rinnovate esigenze di tutela a queste connesse⁴⁷, con riferimento tanto ai patrimoni di soggetti privati quanto alle somme di pertinenza di soggetti pubblici. In entrambi i casi, infatti, può osservarsi una focalizzazione della tutela rispetto all'integrità non già del patrimonio *in quanto tale*, quanto piuttosto delle *condizioni* nelle quali matura la scelta di disposizione degli *asset* patrimoniali, in quanto presupposto per un risultato "utile" della stessa.

Per quanto riguarda la truffa tra privati, sia il formante giurisprudenziale che il legislatore esibiscono un particolare "spirito protettivo"⁴⁸ nei confronti dei soggetti vittime di condotte fraudolente allorquando il contesto decisionale nel quale le stesse siano state indotte all'atto di disposizione patrimoniale si caratterizzi per uno squilibrio tra le parti – squilibrio da accertarsi in concreto ovvero sancito in via legislativa in caso di "incapacità per età o infermità".

L'art. 640 c.p., infatti, restituisce una tipicità fraudolenta che ben si presta a un'opera di modellizzazione in base al concreto contesto criminologico⁴⁹, poiché il disvalore del fatto, piuttosto che scolpito in modo netto, è espresso sinteticamente nella formula degli artifici o raggiri, caratterizzandosi innanzitutto come condotta *ad decipiendos alios*⁵⁰. Inoltre, la condotta a carattere truffaldino si attaglia sia ad atti unilaterali, sia a negozi a carattere patrimoniale – primo fra tutti il contratto, nella fase tanto della sua formazione quanto della sua esecuzione⁵¹. In materia di truffa contrattuale, in particolare, forti sono le esigenze di protezione del contraente che concluda contratti aventi a

⁴⁷ Già A. ESER, *Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden*, in *GA*, 1962, p. 298 ss., spec. p. 290, parla di "cambiamento di significato della fattispecie" („Bedeutungswandel des Tatbestandes“).

⁴⁸ Così, con riferimento al versante giurisprudenziale, M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2/2018, p. 553 ss., spec. p. 570. L'A. mette inoltre in guardia rispetto alla pericolosa connessione che va instaurandosi, in ottica di politica criminale, tra vulnerabilità e sicurezza. Sul tema si v. anche A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1209 ss.

⁴⁹ G. ROTOLO, *Il momento consumativo della truffa: casi giurisprudenziali e prospettive politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3/2011, p. 645 ss., spec. p. 668 ss.

⁵⁰ G. MARINI, voce *Truffa*, in *Nov. dig. disc. pen.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 664 ss., spec. p. 872.

⁵¹ G. AZZALI, *Prospettive negoziali del delitto di truffa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 321 ss., spec. p. 333 ss. Rispetto alla fase esecutiva, la giurisprudenza distingue, ai fini della consumazione del reato, tra contratti a esecuzione istantanea e contratti soggetti a condizione o a esecuzione differita: cfr. Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 2016, n. 29853 (dep. 14 luglio 2016), *Prattichizzo*; di recente Cass. pen., Sez. II, 26 maggio 2023, n. 26190 (dep. 16 giugno 2023).

oggetto prodotti finanziari complessi e “opachi” (a maggior ragione laddove, come frequentemente accade, sia privo di competenze specialistiche in materia) ovvero che si trovi a gestire l’*iter* negoziale attraverso piattaforme online⁵².

Con riferimento, poi, alle ipotesi di truffa in danno di soggetti pubblici (artt. 640, comma 2, n. 1) e 640-*bis* c.p.), la particolare rilevanza del momento di disposizione patrimoniale deriva sia dalla natura pubblicistica del *deceptus*, sia dall’esistenza di precisi vincoli di scopo chiamati a presiedere all’allocazione di ricchezza pubblica: vincoli la cui frustrazione è suscettibile di danneggiare (*lato sensu*) sia il soggetto erogatore, sia i soggetti indebitamente esclusi dal sovvenzionamento, sia, eventualmente, la qualità stessa del servizio che l’erogazione intendeva garantire. In altri termini, il coinvolgimento del patrimonio pubblico nella dinamica fraudolenta permette di visualizzare con maggior chiarezza le frontiere “collettive” della patrimonialità e la dimensione macroeconomica del danno derivante dall’induzione in errore e dall’atto di disposizione patrimoniale del soggetto pubblico. Dimostrando, così, come il danno patrimoniale della truffa integri sempre più un danno alla “persona”, privata o pubblica che sia, dal momento che vanifica le sue possibilità, rispettivamente, di massimizzazione dell’utilità soggettiva delle *res* ovvero di soddisfacimento dei vincoli teleologici che presiedono all’allocazione di risorse pubbliche.

4.1. Tendenze espansive a tutela della libertà dispositiva nelle truffe tra soggetti privati

4.1.1. Condotta tipica

L’istanza solidaristica che spesso connota l’attività interpretativa in materia di truffa si manifesta innanzitutto con riferimento alla condotta tipica del reato.

Poiché artifici e raggiri “*continuano a permanere nel sistema come condotte in sé strutturalmente variegata e contenutisticamente aperte*”, la loro capacità precettiva tende viepiù a dilatarsi e sbiadirsi⁵³: piuttosto che connotarsi per un’intrinseca carica decettiva e attitudine ingannatoria, le note modali della truffa finiscono per comprendere condotte anche a bassa intensità manipolatoria ovvero “mezz[i] di persuasione che rivela[no] una moralità eccessiva-

⁵² G. MORGANTE, G. FIORINELLI, *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte “vulnerabile” tra contratto e mercato*, in *www.discrimen.it*, 4 giugno 2020, p. 2.

⁵³ Cass. pen., Sez. II, 10 febbraio 2006, n. 10231 (dep. 23 marzo 2006). Sulle “*più o meno ampie ‘capacità di presa’*” che l’interprete può riconoscere al delitto di truffa v. già Corte cost., 8 marzo 2004, ord. n. 95 (dep. 12 marzo 2004).

mente disinvolta”⁵⁴. Come accennato, questo fenomeno interpretativo si riscontra soprattutto qualora tra le parti della vicenda negoziale sussista uno squilibrio imputabile a un’asimmetria conoscitiva (la quale a sua volta ingenera un affidamento legittimo nel *deceptor* da parte del *deceptus*) e/o a una distanza fisica tra i soggetti, potendosi in tal caso discorrere di “sopraffazione della volontà negoziale”⁵⁵ da parte del soggetto attivo del reato.

Dal punto di vista del “metodo”, tale estensione esegetica del cono applicativo dell’art. 640 c.p. è resa possibile, come noto, da un’inversione del percorso accertativo del nesso di causa tra la condotta e l’induzione in errore. Posto che, diversamente dall’art. 413 del Codice Zanardelli, l’astratta idoneità dei mezzi ingannatori non è più elemento costitutivo della fattispecie di truffa (dovendo però rilevare ai fini della caratterizzazione del tentativo)⁵⁶, la giurisprudenza tende a desumere il carattere ingannatorio della condotta non già da una sua intrinseca, e oggettivamente rilevabile, “gravità espressiva”⁵⁷, bensì dall’accertamento *ex post* del nesso di causa rispetto all’(asserito) errore della vittima. E, una volta ammessa l’idea secondo cui “l’idoneità [della condotta] è dimostrata dall’effetto raggiunto”⁵⁸, nemmeno la grossolanità dell’artificio o il difetto di negligenza della persona offesa valgono a elidere la caratura offensiva del fatto⁵⁹, il cui disvalore finisce con tutta evidenza per incentrarsi sulla sola condotta, trasformandosi così la truffa da reato a forma vincolata a reato causale a schema libero⁶⁰.

⁵⁴ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 226.

⁵⁵ M. BERTOLINO, *Il patrimonio nella circonvensione di incapaci e nell’usura*, Torino, 2010, p. 64.

⁵⁶ Così Cass. pen., Sez. II, 25 giugno 2019, n. 51166 (dep. 19 dicembre 2019); per una nozione ‘forte’ di idoneità degli atti della truffa tentata Cass. pen., Sez. II, 4 ottobre 2012, n. 40624 (dep. 12 ottobre 2012).

⁵⁷ G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1988, p. 67.

⁵⁸ Trib. Firenze, Sez. I, 28 luglio 2016, n. 29224. In termini simili si esprime A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 333 (“se l’inganno è riuscito vuol dire che la condotta ingannatoria era idonea a produrlo”). Sul tema si v. *amplius* i rilievi critici di V. MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, in S. CANESTRARI ET AL., *Diritto penale*, cit., p. 781 ss., spec. pp. 783-784 e M. BELLÌ, *I delitti di truffa e frode informatica*, in C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro il patrimonio*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2022, p. 285 ss., spec. pp. 290 e 297.

⁵⁹ *Ex multis* Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2018, n. 55180 (dep. 10 dicembre 2018) per un caso in cui gli imputati, durante un giorno festivo, si erano spacciati per addetti comunali incaricati di riscuotere i pagamenti di un parcheggio comunale, pagamenti in realtà non dovuti nei giorni festivi; Cass. pen., Sez. II, 15 giugno 2016, n. 30952 (dep. 20 giugno 2016): fattispecie nella quale il truffatore si era presentato a due potenziali investitori come direttore di una filiale di banca ma ai fini del successivo incontro li aveva invitati a presentarsi non già in banca ma in un albergo.

⁶⁰ G. MARINI, voce *Truffa*, cit., p. 876; R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 316;

In questa direzione si muove innanzitutto la corrente giurisprudenziale secondo cui lo squilibrio dovuto al differenziale conoscitivo in capo ai due attori della vicenda negoziale impone all'offerente un dovere di condivisione totale e veritiera delle informazioni in suo possesso.

Da tale "obbligo" di *disclosure* discende in primo luogo la ritenuta configurabilità della truffa in caso di minimizzazione dei rischi connessi all'investimento in prodotti finanziari complessi, paragonabile alla creazione artificiosa di una realtà negoziale nient'affatto corrispondente alla realtà e alla violazione di una fiducia ingenerata dalla stessa posizione professionale dell'agente⁶¹. Questa soluzione è tuttavia suscettibile di gradazioni qualora il tasso di aleatorietà e rischiosità dell'operazione finanziaria possa, per la natura stessa dell'operazione, non essere del tutto noto nemmeno alla controparte "esperta"⁶².

Di contro, una volta abbandonata l'area dei negozi complessi e aleatori, poiché per la controparte diventa possibile conoscere *ex ante* i rischi ai quali si espone, condivisibilmente la giurisprudenza esige un *quid pluris* rispetto alla mera ostentazione o affermazione di benessere economico da parte del debitore. Laddove costui abbia fatto ricorso ad assegni scoperti, postdatati o a vuoto, affinché siano integrati gli artifici o i raggiri occorre infatti "*un malizioso comportamento dell'agente nonché fatti e circostanze idonee a determinare nella vittima un ragionevole affidamento sul regolare pagamento dei titoli*"⁶³; tale so-

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale – vol. II: Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2022, pp. 188-189.

⁶¹ Paradigmatico in tal senso il *Sachverhalt* oggetto di giudizio in Cass. pen., Sez. II, 15 ottobre 2009, n. 43347 (dep. 13 novembre 2009), nel quale la pericolosità dell'operazione era talmente elevata, stante l'imminente e chiaro rischio di svalutazione della lira rispetto al marco tedesco, che si è parlato di "truffa auto-evidente". Cfr. anche Cass. pen., Sez. II, 22 gennaio 2015, n. 9933 (dep. 9 marzo 2015), in *Cass. pen.*, 2015, p. 3213 ss., in cui l'imputato aveva sia taciuto i reali rischi dell'operazione finanziaria, sia dato rassicurazioni sulla (falsa) alta redditività della stessa; nello stesso senso Cass. pen., Sez. II, 3 luglio 2014, n. 39478 (dep. 25 settembre 2014): minimizzazione dei rischi e mancata rivelazione di tutti gli elementi dell'operazione finanziaria; Cass. pen., Sez. II, 13 luglio 2023, n. 33588 (dep. 1° agosto 2023): rassicurazioni sulla serietà dell'operazione di investimento e sull'alto ritorno economico. Sul tema si v., per tutti, G. MORGANTE, G. FIORINELLI, *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse*, cit., p. 9 ss.; sul più ampio tema dell'informazione quale "centro del sistema riguardante la tutela del mercato" e della "parità informativa" come "canone assiologico" cfr. da ultimo F. MUCCIARELLI, *Mercato finanziario e tutela penale*, cit., p. 14 ss.

⁶² Sottolinea come in queste ipotesi non sempre sia agevole rinvenire nella condotta del promotore finanziario le note modali degli artifici o raggiri G. ROTOLO, Bond, swap e delitto di truffa, in *Le società*, 2014, p. 1133 ss., spec. p. 2235.

⁶³ Così, di recente, Cass. pen., Sez. II, 12 aprile 2022 (dep. 14 giugno 2022), n. 23229; cfr. anche Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2014 (dep. 6 maggio 2014), n. 10850, *Montesanti*, in *Dir. & giust.*, 2014.

luzione si rivela tuttavia problematica quando si considera che, secondo taluni arresti, tale comportamento ultroneo rispetto alla mera promessa di solvibilità può consistere anche in una semplice omissione⁶⁴.

Anche la condotta omissiva è infatti ritenuta in contrasto con il summenzionato dovere di *disclosure* tra contraenti, sia laddove si verta *ex ante* in una situazione di squilibrio negoziale, sia quando a generare un rapporto squilibrato tra le parti sia la stessa omissione. In particolare, è possibile individuare tre linee argomentative addotte a giustificazione della soluzione ermeneutica relativa alla truffa omissiva, soluzione come noto condensata attorno alla formula del silenzio “*maliziosamente serbato*” e osteggiata da autorevole dottrina⁶⁵.

Innanzitutto, il silenzio è considerato alla stregua di un raggirio a seconda della *qualità*, ai concreti fini negoziali, delle informazioni che sono state tacite, in particolare quando la reticenza ha a oggetto circostanze ritenute decisive sotto al profilo sinallagmatico per la conclusione⁶⁶ o il mantenimento in vigore di un’operazione negoziale⁶⁷.

Di silenzio “*maliziosamente serbato*” la giurisprudenza parla, poi, qualora l’omissione si innesti su un terreno regolato da obblighi giuridici di comunica-

⁶⁴ Cass. pen., Sez. II, 6 dicembre 2011, n. 46890, *Mascia* (dep. 20 dicembre 2011): mancata rivelazione del fatto che gli assegni dati in pagamento erano privi di copertura e che l’agente ne aveva la disponibilità non già in qualità di privato imprenditore ma in quanto appartenenti al Consorzio di cui era presidente.

⁶⁵ R. ZANNOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, p. 30; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contracto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 997 ss., spec. p. 104; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 195.

⁶⁶ Cass. pen., Sez. II, 20 marzo 2014, n. 16343 (dep. 15 aprile 2014): mancata condivisione delle informazioni relative all’assoggettamento della società creditrice a procedura concorsuale; Cass. pen., Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39741 (dep. 1° ottobre 2015): silenzio sulle modifiche essenziali apportate su un capo di alta sartoria; Cass. pen., Sez. II, 9 maggio 2018, n. 223079 (dep. 23 maggio 2018): mancata informazione dell’acquirente di un immobile rispetto alle pretese sullo stesso accampate da parte di terzi che, se vittoriose, avrebbero comportato la restituzione del bene; Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2018, n. 55170 (dep. 10 dicembre 2018), *Fiorilli*: mancata informazione degli acquirenti di un immobile del carattere abusivo di importanti porzioni dello stesso; Cass. pen., Cass. pen., Sez. II, 51166/2019, cit.: mancata comunicazione a un istituto di credito dello stato di dissesto finanziario della società richiedente; Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 2022, n. 45144 (dep. 28 novembre 2022): mancata comunicazione all’acquirente dell’esistenza di pignoramenti e procedure esecutive su beni essenziali all’esercizio dell’azienda ceduta; Tribunale di Frosinone, 12 luglio 2023, n. 1494.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. II, 25 marzo 2014, n. 18778 (dep. 7 maggio 2014), *Nomura*: mancata comunicazione agli organi sociali del collegamento negoziale tra due operazioni speculative fortemente rischiose, la seconda delle quali era strumentale a dissimulare le perdite derivanti dalla prima.

zione, poiché in simili circostanze il *deceptor* è gravato di specifici obblighi contrattuali o deontologici di informazione, completa e trasparente, a beneficio della controparte⁶⁸ (*a fortiori* se presidiati da sanzione penale). Non mancano tuttavia ipotesi in cui l'esistenza e il necessario rispetto di obblighi comunicativi tra parti contraenti sono inferti dal solo principio generale di buona fede in materia contrattuale, quale obbligo che innerva l'intero sistema delle relazioni negoziali⁶⁹.

Il più recente approdo giurisprudenziale, infine, attribuisce rilevanza fraudolenta alla condotta omissiva qualora, quale risultato del “*rapporto inferenziale*” tra l'omissione e altri fattori comportamentali di segno positivo messi in opera dall'agente, “*il silenzio acquist[i] un più pregnante significato comunicativo*”, divenendo un “*silenzio eloquente*”⁷⁰.

Questa soluzione di origine dottrinale⁷¹, se da un lato attrae condivisibilmente il silenzio nella nozione di “artifici o raggiri” soltanto a condizione che il comportamento omissivo si saldi a condotte fraudolente, queste sì, attive, rafforzandone la portata decettiva, dall'altro lato finisce per dissolvere la rilevanza della questione, dal momento che ai fini dell'integrazione della condotta tipica sarebbero sufficienti anche le sole condotte attive.

Infine, ulteriore contesto negoziale nel quale il ritenuto squilibrio cognitivo tra le parti apre a una caratterizzazione più flessibile degli artifici o raggiri è quello digitale, potendo il fatto di truffa essere commesso grazie all'approfittamento di circostanze, di luogo o di persona, tali da ostacolare la pubblica o

⁶⁸ In materia bancaria v. per esempio Cass. pen., Sez. II, n. 39478/2014, cit.; nell'ambito di vendite di beni immobiliari a opera di intermediari Cass. pen., Sez. II, 17 settembre 2021, n. 31978 (dep. 29 ottobre 2021), *Argentini* (mancata comunicazione da parte dell'agenzia immobiliare dell'ipoteca gravante sull'immobile).

⁶⁹ Cass. pen., Sez. II, n. 31978/2021, cit.; Cass. pen., Sez. II, n. 23079/2018, cit.; Cass. pen., Sez. II, 6 ottobre 2021, n. 43112 (dep. 24 novembre 2021); Cass. pen., Sez. II, n. 45144/2022, cit. In dottrina sottolinea il valore della buona fede in funzione di garanzia C. PEDRAZZI, *Ingan- no ed errore*, cit., p. 201; *contra*, per tutti, G. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, pp. 86-87.

⁷⁰ Così Cass. pen., Sez. II, 3 ottobre 2023, n. 46209 (dep. 16 novembre 2023). Per un commento cfr. G.P. DEMURO, *La qualificazione del silenzio nella truffa*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2024, p. 489 ss., secondo il quale l'attribuzione di senso decettivo al silenzio dovrebbe fondarsi non tanto su un *quid pluris* commissivo, quanto sul *significato* veicolato dalla complessiva “strategia comunicativa” in cui consiste la truffa, posto che spesso “la tecnica fraudolenta [è] composta di mezze verità o di omissioni che fanno seguito a precedenti affermazioni positive”.

⁷¹ G. MARINI, *op. ult. cit.*, pp. 88-89, secondo il quale, inoltre, il “valore concludente” del silenzio dev'essere “tale da circonvenire la vittima”, nel senso di privarla di ogni altra via di convincimento diversa da quella voluta dal truffatore; G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, cit., p. 196 ss.; v. anche L. FERLA, *Truffa e altre frodi*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale*, cit., p. 101 ss., spec. pp. 104-105. Critici, invece, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 195.

privata difesa ai sensi dell'art. 61, n. 5 c.p., giusto il disposto dell'art. 640, comma 2, n. 2-*bis*. Secondo giurisprudenza costante, infatti, “*la distanza tra il luogo in cui si trova l'agente e il luogo in cui si trova la vittima determina una posizione di maggior favore di quest'ultimo*”, perché il *deceptor* può schermare la propria identità, non sottomettere i prodotti in vendita ad alcun controllo preventivo e, infine, sottrarsi alle conseguenze della propria azione fraudolenta⁷².

Tuttavia, poiché la distanza tra offerente e acquirente è connaturata alla contrattazione telematica e la mancata contestualità tra pagamento e *datio* può dipendere da circostanze oggettive, prive di qualsiasi connotato fraudolento, il discrimine tra elemento costitutivo ed elemento circostanziante del reato di “truffa online” deve essere oggetto di un puntuale accertamento in concreto.

In tal senso, condivisibilmente, la giurisprudenza esige innanzitutto che la distanza tra le parti sia stata continua, non potendosi altrimenti più parlare di una “*particolare vulnerabilità*” della persona offesa⁷³ ovvero di una “*speriquazione cognitiva*” tra i due protagonisti della vicenda⁷⁴.

In secondo luogo, in costanza di *décalage* spazio-temporale tra le parti, è necessario appurare che l'agente si sia effettivamente e concretamente approfittato di tale distanza, strumentalizzando la conseguente situazione di “*inferiorità negoziale*” dell'acquirente al fine di portare a conclusione l'affare⁷⁵; soluzione, questa, in linea con il recentemente pronunciamento della Corte di cassazione riunita nel supremo consesso secondo cui, seppur in riferimento alla fattispecie di furto, per essere rilevante ai sensi dell'art. 61, comma 1, n. 5) c.p. la “*minorata difesa*” del soggetto passivo deve essere stata in concreto oggetto di approfittamento da parte dell'agente⁷⁶.

Ciò posto, individuare il *quid pluris* rispetto agli artifici o raggiri che connota in termini aggravati il disvalore della truffa commessa sul web non è sempre facile: se l'occultamento della propria identità è senz'altro un fattore

⁷² Cass. pen., Sez. II, 17 luglio 2018, n. 40045 (dep. 6 settembre 2018), *Onnis*; Cass. pen., Sez. VI, 22 marzo 2017, n. 17937 (dep. 10 aprile 2017), *Cristaldi*; Cass. pen., Sez. II, 29 settembre 2016, n. 43706 (dep. 14 ottobre 2016), *Pastafiglia*.

⁷³ Così a partire da Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 20220, n. 1986 (dep. 13 gennaio 2021), *Salamone*.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. II, 9 maggio 2023, n. 27132 (dep. 22 giugno 2023).

⁷⁵ Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2021, n. 18070 (dep. 20 luglio 2021), *K.E.*; Cass. pen., Sez. II, 2 dicembre 2021, n. 7819 (dep. 4 marzo 2022); Cass. pen., Sez. II, 29 aprile 20221, n. 18656 (dep. 12 maggio 2021); Cass. pen., Sez. II, 14 dicembre 2021, n. 2092 (dep. 26 gennaio 2022).

⁷⁶ Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 40275 (dep. 8 novembre 2021), *Cardellini*.

di strumentalizzazione delle modalità di vendita online, dall'altro l'utilizzo di modulistica scaricata da siti istituzionali⁷⁷ o il ricorso a clausole contrattuali che prevedono il pagamento anticipato⁷⁸ non paiono superare, in sé sole, la soglia degli artifizii o raggiri e giustificare la procedibilità *ex officio* nonché – vera questione focale nella prassi applicativa – l'applicabilità della custodia cautelare in carcere.

4.1.2. (Segue): *danno patrimoniale*

Che il momento della disposizione patrimoniale – “precipitato esecutivo” dell'errore cagionato da artifizii o raggiri⁷⁹ – costituisca il vero centro di tutela nella dinamica applicativa del delitto di truffa è altresì confermato dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui la truffa contrattuale è integrata anche laddove il valore economico delle prestazioni pattuite in un contesto sinallagmatico sia equivalente o conforme ai parametri di mercato, sol che il bene, la prestazione o l'oggetto alla cui acquisizione il soggetto truffato sia stato fraudolentemente indotto non si riveli per lui *lato sensu* utile, il danno consistendo in tal caso nella perdita *chances* dispositive migliori.

La lettura personalistica del concetto di patrimonio raggiunge qui la sua vetta più elevata. Difatti, la conservazione al delitto di truffa di una matrice strettamente patrimonialista induce a individuare la cifra lesiva dell'art. 640 c.p. nella strumentalizzazione della libertà di disposizione a fini di aggressione patrimoniale e a identificare il danno nell'effettiva *deminutio* della consistenza, per così dire, numerica del patrimonio. Da questa prospettiva, dunque, le ipotesi di truffa contrattuale a prestazioni eque o equivalenti sarebbero atipiche, poiché a essere intaccato dagli artifizii o raggiri non sarebbe il *quantum* di patrimonio ma la mera autodeterminazione e volontà dispositiva del soggetto passivo⁸⁰.

È soltanto inforcando le lenti funzionali-personalistiche che simili dinamiche negoziali possono essere ricondotte nel paradigma criminoso della truffa: il danno consiste infatti proprio nella diminuzione di strumentalità del patrimonio, nella misura in cui la conclusione in via fraudolenta di un contratto

⁷⁷ Cass. pen., Sez. II, 7 luglio 2022, n. 27023 (dep. 13 luglio 2023): in questo caso, tuttavia, il ricorrente, che si fingeva un legale addetto alle aste giudiziarie online, aveva anche occultato la propria identità e negato ogni incontro in presenza agli interessati.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. II, 13 aprile 2022, n. 18252 (dep. 6 maggio 2022).

⁷⁹ V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 786.

⁸⁰ G. MARINI, voce *Truffa*, cit., p. 871; G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, cit., p. 35; R. ZANNOTTI, *La truffa*, cit., p. 13.

“dirotta” le somme a scopi economici inutili (c.d. *wirtschaftliche Zweckverfehlung*)⁸¹, di conseguenza privando il soggetto truffato di possibilità di disposizione e allocazione patrimoniale davvero serventi ai propri fini di autorealizzazione. In altri termini, poiché le ipotesi della truffa contrattuale a prestazioni eque o equivalenti ruotano attorno al concetto di “utilità” della prestazione e di strumentalità personalistica del patrimonio individuale, non è la *sostanza*, ma la *disponibilità* del patrimonio a essere rilevante⁸²; non la quantità delle *res* ma il mantenimento della loro relazione (*qualitativa*) di utilità nei confronti del titolare⁸³.

Ciò posto, diverse sono le ipotesi di *deminutio* di utilità che possono venire in rilievo. Ferma la tipicità della condotta e l’equivalenza tra le prestazioni avvinte dalla sinallagmaticità, occorre a nostro avviso distinguere a seconda del “grado” di minorata utilità che la prestazione, il bene o il servizio ottenuto per effetto di una condotta truffaldina risulti, per il *deceptus*. In particolare, è possibile adottare la seguente scansione:

a) prestazione oggettivamente inutile, poiché non consente di impiegare la *res* in modo conforme alla sua stessa ragion d’essere ovvero alla causa del contratto. È il caso, ad esempio, della vendita di un immobile a fini abitativi, qualora, una volta il contratto concluso, il bene si riveli privo dei requisiti legali di abitabilità⁸⁴;

b) prestazione soggettivamente inutile, poiché la qualità o la quantità della *res* ottenuta dal soggetto passivo non ne consente un utilizzo conforme a quello che costui si era preposto, come nel caso della vendita a un privato di un prodotto in quantità industriali, ovvero della manutenzione di un bene che, in realtà, non ne aveva bisogno⁸⁵;

c) prestazione “meno utile” di quanto il soggetto truffato sperasse, poiché indotto a credere che l’acquisto della *res*, seppur per lui utile, rappresentasse “un affare”: ad esempio nel caso dell’acquisto, da parte di un allevatore di bo-

⁸¹ H. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, cit., p. 185. Letteralmente, l’espressione può essere tradotta come “mancata aderenza allo scopo economico” della quota di patrimonio oggetto di disposizione fraudolentemente carпита.

⁸² Per tutti E. MAZZANTINI, *La tutela del patrimonio alla prova della smaterializzazione dei rapporti socio-economici. La centralità dei delitti di frode nel sistema penale “vivente”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 75 s., spec. p. 99.

⁸³ P. BOCKELMANN, *Zum Begriff des Vermögensschadens im Betrug*, cit., p. 263.

⁸⁴ Fattispecie concreta di Cass., Sez. II, 23 settembre 1997 (dep. 23 dicembre 1997), n. 12027, *Marrosu*.

⁸⁵ Esempi riportati, rispettivamente, da G. AZZALI, *Prospettive negoziali del delitto di truffa*, cit., p. 337 e M. PAPA, *I delitti con la cooperazione artificiosa della vittima*, cit., p. 372.

vini, di strumenti per la mungitura il cui prezzo di acquisto corrispondeva, in realtà, a quello di mercato⁸⁶;

d) prestazione utile ma discendente da artifici o raggiri dell'offerente, come nel caso della vendita, al giusto prezzo di mercato, di una vettura usata previa manomissione del contachilometri al fine aumentare l'appetibilità dell'acquisto⁸⁷.

A queste diverse gradazioni di minorata utilità della *res* corrispondono infatti diversi gradi di menomazione della strumentalità del patrimonio, di talché occorrerebbe fare opportuni distinguo rispetto alla tipicità o meno del danno. In particolare, nelle ipotesi *sub*:

a) la sussistenza del reato è affermata per il fatto stesso che il *deceptus* sia addivenuto alla stipula di un contratto che non avrebbe concluso se non fosse stato oggetto di artifici o raggiri, indipendentemente dallo squilibrio oggettivo delle prestazioni⁸⁸. A ben vedere, tuttavia, in queste ipotesi l'assenza *intrinseca* di utilità della *res* acquistata o della prestazione ottenuta sembra produttiva di un danno patrimoniale in senso economico-oggettivo prima ancora che soggettivo-personalistico. Ogni patrimonio risulterebbe infatti menomato – nella sua sostanza, prima ancora che nella sua strumentalità – in caso di esborso di denaro al quale non corrisponda *alcuna* possibilità di fruizione del bene;

b) la prestazione soggettivamente inutile è trattata alla stregua di un'inutilità oggettiva (*sub* a). Secondo la giurisprudenza dominante, la sussistenza della truffa si giustificherebbe per il fatto che, pur essendo equo il prezzo pagato o equivalente il valore delle prestazioni sinallagmatiche, il soggetto ha fatto un uso delle proprie risorse *diverso*, ossia soggettivamente meno vantaggioso, di quello che avrebbe effettuato in un contesto privo di artifici o raggiri. In particolare, questa inutilità soggettiva viene affermata quando il contratto sia stato concluso “*a condizioni più gravose o differenti da quelle che sarebbero state pattuite senza lesione dell'autodeterminazione dell'acquirente*”⁸⁹ ovvero quan-

⁸⁶ Questo il *Sachverhalt* devoluto a BGH, sentenza del 16 agosto 1961, in NJW, 1962, p. 309 ss.

⁸⁷ Cfr. R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 324.

⁸⁸ Orientamento consolidato, a partire da Cass. pen., Sez. II, n. 1202/1997, *Marrosu*, cit.; Cass. pen., Sez. II, 13 gennaio 2006 (dep. 27 febbraio 2006), n. 7193 *Leone*; Cass. pen., Sez. II, 29 ottobre 2008 (dep. 22 dicembre 2008), n. 47623 *Del Prete*; Cass., Sez. II, dell'8 novembre 2013 (dep. 6 febbraio 2014), n. 5801 *Montalti*; Cass. pen., Sez. II, n. 29853/2016, *Prattichizzo*, cit.

⁸⁹ Così Cass. pen., Sez. II, 17 ottobre 2023, n. 43294 (dep. 25 ottobre 2023); v. anche Cass. pen., Sez. II, n. 55170/2018, *Fiorilli*, cit., secondo cui “i profili di irregolarità edilizia del bene erano certamente idonei, se conosciuti, a indurre le controparti ad astenersi dalla conclusione dell'affare o quantomeno a stipularne uno diverso” (corsivo aggiunto). In senso conforme, in dottrina, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 499; M. BELLI, *I delitti di truffa e frode informatica*, cit., p. 307.

do, al fine di concludere il contratto o di liberarsi della *res*, il truffato abbia dovuto impegnare una parte di patrimonio sproporzionata rispetto al valore oggettivo della *res*, per esempio indebitandosi o sacrificando in misura rilevante altri interessi⁹⁰. È evidente, tuttavia, che una ricostruzione così soggettivistica del danno tipico quale *wirtschaftliche Zweckverfehlung* rischia di obliterare qualsivoglia profilo patrimoniale del reato di truffa, ampliandone la gittata sanzionatoria a ipotesi di pura manipolazione della volontà dispositiva. Deve pertanto concordarsi con quella dottrina che, ai fini della caratterizzazione del danno, ritiene necessario dimostrare che il truffato avesse la concreta possibilità di destinare le proprie risorse al fine di ottenere prestazioni o cose *oggettivamente* più utili⁹¹;

c) sembra opportuno negare, con autorevole dottrina, la tutelabilità di una mera aspettativa di guadagno da parte di chi abbia erroneamente “fiutato” un affare, qualora la *res* o la prestazione ottenuta sia comunque utile, oggettivamente e soggettivamente⁹². Tuttavia, qualora ai fini della conclusione dell’“affare” il soggetto abbia mobilizzato ingenti risorse patrimoniali, taluni riconducono tale situazione ai casi di inutilità soggettiva *sub b)*⁹³, aprendo dunque a una valutazione a posteriori di costi e benefici in termini di strumentalità personale;

d) ammesso che la *res* sia stata venduta al prezzo di mercato⁹⁴, deve escludersi un danno patrimoniale perché, pur avendo l’atto dispositivo trovato origine in una condotta fraudolenta, il bene riveste per il soggetto un’utilità tanto soggettiva quanto oggettiva: affermare il contrario, infatti, significherebbe obliterare *in toto* l’elemento della strumentalizzazione della libertà allocativi a fini di aggressione patrimoniale⁹⁵.

⁹⁰ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 23; LA CUTE, voce *Truffa (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 243 ss., spec. p. 266.

⁹¹ M. PAPA, *op. ult. cit.*, p. 372 (corsivo aggiunto). Sul punto si v. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 203.

⁹² M. PAPA, *op. ult. cit.*, p. 372; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 203; W. HARDWIG, *Beiträge zur Lehre des Betrugs*, in *GA*, 1965, p. 6 ss., spec. p. 20 (l’Autore distingue tra inutilità – *recte* inutilizzabilità – e mera indesiderabilità della *res*, aderendo esclusivamente alla prima lettura).

⁹³ A. ESER, *Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden*, cit., p. 291.

⁹⁴ Ritiene integrata la truffa in caso di vendita di auto usate, previa manomissione del contachilometri, a un prezzo *superiore* a quello effettivo di mercato Cass. pen., Sez. III, 25 gennaio 2018, n. 24027 (dep. 29 maggio 2018).

⁹⁵ R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 324; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 203; G.P. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, cit., p. 90.

Vi sono, poi, ipotesi di confine, nelle quali l'“utilità” dell'atto dispositivo è giocoforza soggettiva-personalistica, non risolvendosi nell'ottenimento di un bene o di una prestazione tangibile ed economicamente valutabile bensì manifestando un determinato aspetto, anche transitorio, dell'interiorità del soggetto, come nel caso di una donazione. Tuttavia, le argomentazioni sin qui sviluppate non paiono attagliarsi né alla fenomenologia “classica” del c.d. *Spenden- und Bettelbetrug* (ipotesi in cui il donante sia stato indotto all'offerta attraverso artifici e raggiri consistenti nella falsa rappresentazione di una situazione di indigenza ovvero di una finalizzazione della donazione a scopi caritatevoli in realtà inesistenti), né a quella, recentemente balzata all'onore delle cronache, in cui i fini di beneficenza siano stati soddisfatti *prima* e indipendentemente dagli esborsi di ignari benefattori, poiché in queste ipotesi manca, a ben vedere, il presupposto di sinallagmaticità ed equivalenza tra le prestazioni.

4.1.3. (Segue): *regime di procedibilità*

La tendenza alla flessibilizzazione del raggio applicativo della fattispecie di truffa in funzione del ritenuto squilibrio tra i protagonisti della vicenda criminosa sembra caratterizzare anche le recenti modifiche legislative del regime di procedibilità del reato. In ragione sia della rilevante incidenza statistica della truffa nelle aule giudiziarie⁹⁶, sia della “notevole oscillazione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, non foss'altro che in ragione della variabilità del danno che può derivare alla vittima”⁹⁷ che contraddistingue la dimensione *in action* della truffa, infatti, l'art. 640 c.p. è da sempre al centro degli interventi volti ad ampliare il ventaglio di delitti procedibili a querela dell'offeso⁹⁸.

⁹⁶ Con riferimento alla truffa, http://dati.statistiche-pa.it/Index.aspx?DataSetCode=DCAR_NUM_PROC_PEN# riporta un totale di 4.288 condanne definitive per truffa semplice consumata pronunciate nel 2017.

⁹⁷ F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 62; similmente argomenta G. COCCO, *Una introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica*, cit., p. 1458.

⁹⁸ L. 24 novembre 1981, n. 689, recante *Modifiche al sistema penale*, in G.U. n. 329 del 30 ottobre 1981; l. 25 giugno 1999, n. 205, recante *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, in G.U. n. 149 del 28 giugno 1999; l. 23 giugno 2017, n. 103, recante *Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento penitenziario*, in G.U. n. 154 del 4 luglio 2017; d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36, recante *Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 16, lettere a) e b), e 17, della legge 23 giugno 2017, n. 103*, in G.U. n. 95 del 24 aprile 2018; l. 9 gennaio 2019, n. 3, recante *Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e di trasparenza*

In questo senso, la l. n. 689/1991 aveva optato per la procedibilità su impulso di parte per la fattispecie base di truffa, destinando la procedibilità d'ufficio alle sole ipotesi aggravate allora previste (art. 640, comma 2, nn. 1 e 2). In simili casi, il fatto si carica in effetti di un disvalore non solo maggiore, ma anche qualitativamente differente: o perché l'offesa è diretta a un soggetto pubblico (n. 1 – v. *infra*, 4.2.1.), o perché si rivolge contro un soggetto privato per il tramite di modalità esecutive particolarmente insidiose (n. 2) ovvero, a partire dal 2009⁹⁹, mediante approfittamento della sua (*lato sensu*) vulnerabilità (n. 2-*bis*).

Alla luce di simile assetto repressivo, sul quale si sono poi innestate le recenti modifiche apportate dalla c.d. riforma Cartabia (v. *infra*), possono svolgersi alcune considerazioni in ordine a due opposte tendenze che paiono animare la dinamica applicativa della fattispecie incriminatrice in questione e che si apprezzano, la prima, sotto al profilo dell'offensività del reato e, la seconda, sul versante delle scelte di politica criminale.

Una prima tendenza, trasversale all'intero comparto dei reati contro il patrimonio, è quella alla privatizzazione-personalizzazione della tutela penale¹⁰⁰: secondo alcuni Autori, infatti, il regime di procedibilità dell'art. 640 c.p. sconfigge una lettura pubblicistica dell'offensività della truffa quale reato a tutela della buona fede e/o della libertà negoziale, dovendosi associare la querela di parte alla natura strettamente patrimonialistica – e dunque pienamente disponibile – del bene giuridico tutelato¹⁰¹. E, in effetti, mentre fino a poco tempo fa era possibile obiettare che non sempre la procedibilità a querela indizia della disponibilità del bene, come dimostrava la procedibilità d'ufficio del furto aggravato *ex art.* 625 c.p.¹⁰², la recente modifica di tale regime (limitazione della procedibilità d'ufficio alle sole ipotesi in cui il furto sia realizzato secondo le modalità aggravanti di cui al n. 7) – a esclusione, però, del furto “*su cose esposte a pubblica fede*” ovvero commesso sulle componenti metalliche elenca-

dei partiti e movimenti politici, in G.U. n. 13 del 16 gennaio 2019; d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022, suppl. ord. n. 38 (in vigore dal 30 dicembre 2022, giusto il rinvio disposto dal d.l. 31 ottobre 2022, n. 162).

⁹⁹ L. 15 luglio 2009, n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

¹⁰⁰ D. BIANCHI, *Procedibilità a querela e delitti contro il patrimonio*, in G.L. GATTA, M. GIALUZ (a cura di), *Codice penale commentato*, in corso di pubblicazione, p. 447 ss.

¹⁰¹ G. AZZALI, *Prospettive negoziali del delitto di truffa*, cit., p. 348; di recente, M. PAPA, *I delitti con la cooperazione artificiosa della vittima*, cit., p. 369.

¹⁰² D. BIANCHI, sub *Art. 50*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, tomo I, VII ed., Milano, 2019, p. 404 ss., spec. p. 409.

te al n. 7-*bis*)) – sembra corroborare la tesi suesposta, avendo il legislatore della riforma sancito un chiaro legame tra procedibilità d’ufficio e “dimensione pubblicistica dell’oggetto materiale della condotta”¹⁰³.

La seconda tendenza, già indagata in relazione all’applicazione giurisprudenziale del reato, è di tipo protettivo, manifestandosi in un’espansione della possibilità di tutela accordata al *deceptus* sotto forma di “pubblicizzazione” della scelta di attivazione della macchina repressiva. Il regime di operatività della fattispecie di truffa si amplia infatti in considerazione (*inter alia*) della ritenuta “fragilità” della persona offesa e del tasso di squilibrio della vicenda negoziale, secondo un andamento che la l. n. 689/1991 inaugura; il “pacchetto sicurezza” del 2009 rafforza e, da ultimo, la riforma Cartabia mette a sistema, cristallizzandolo entro la “formula” della incapacità per età (giovane o avanzata) o infermità (fisica o psichica).

La strategia messa a punto dal d.lgs. n. 150/2022, infatti, può essere letta alla luce del duplice obiettivo, da un lato, di garantire una tutela effettiva delle vittime di episodi truffaldini fortemente squilibrati quanto ai rapporti tra le parti e, dall’altro, di conseguire un risultato di efficientamento della giustizia penale senza compiere scelte a monte, in punto cioè di (de)criminalizzazione¹⁰⁴ e di obbligatorietà dell’azione penale¹⁰⁵, anche grazie a una complessiva valorizzazione e incentivazione di moduli risarcitori/ripristinanti di gestione del conflitto¹⁰⁶.

¹⁰³ Relazione illustrativa dello schema definitivo di d.lgs. n. 150/2022, cit., p. 326.

Il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, recante *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* ha infine allineato all’assetto punitivo del furto il regime di procedibilità del delitto di danneggiamento. L’art. 635, comma 5, primo periodo, c.p. sancisce ora la procedibilità a querela di parte del danneggiamento *anche* nel caso in cui il fatto sia commesso sulle cose indicate dall’art. 625, comma 1, n. 7) c.p., *limitatamente* a quelle esposte per necessità, consuetudine o destinazione alla pubblica fede. La disparità di disciplina tra i regimi di procedibilità dei due reati era stata in effetti criticamente rilevata da molti commentatori ed era stata oggetto di due questioni di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 76, 111 e 117 della Costituzione, ritenendo i giudici *a quo*, condivisibilmente, che le cose esposte a pubblica fede siano “*insuscettibil[i] ex se di attribuire un’intrinseca connotazione pubblicistica o di concretare un’offesa al patrimonio pubblico*” (Trib. Ragusa, ord. del 5 dicembre 2023, n. 2) e che le offese recate loro siano dunque suscettibili di “riparazione” in via risarcitoria o restitutoria (Trib. Lecce, II sezione penale, ord. del 21 marzo 2023).

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 57 ss. (c.d. querela-selezione).

¹⁰⁵ F. PALAZZO, *La querela: un istituto rivitalizzato tra diritto e processo penale*, in *Giur. it.*, 2021, p. 984 ss.

¹⁰⁶ Sottolineano come la riforma persegua (anche) l’obiettivo di incentivare lo strumento della riparazione O.C. ARTALE, L. BIN, *Procedibilità a querela*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI,

La riduzione dell'operatività del regime *ex officio*, infatti, da una parte riconosce alla persona offesa margini di manovra più ampi nella gestione processuale del conflitto e nell'attività di ricostituzione della propria consistenza patrimoniale; d'altra parte, subordina tale riconoscimento a una condizione di piena e attuale "capacità" della persona offesa, con riferimento a fattori patogeni o legati all'età.

In tal senso l'art. 1, comma 16, lett. a) della l. n. 103/2017 delegava il legislatore a modificare il regime di disciplina di taluni reati contro il patrimonio facendo tuttavia salva la procedibilità d'ufficio qualora la persona offesa fosse incapace per età o infermità. In parziale attuazione di tali principi e criteri di delega, l'art. 8 d.lgs. n. 36/2018 circoscriveva i casi di reviviscenza della procedibilità d'ufficio a ipotesi di criminalità già in astratto "non grave, ma nemmeno bagatellare"¹⁰⁷: secondo il combinato disposto tra l'art. 640 e il neointrodotta art. 649-*bis* c.p., la truffa diventava procedibile d'ufficio in caso di: ricorrenza delle aggravanti speciali previste dall'art. 640, comma 2; produzione di un danno patrimoniale di rilevante entità *ex art.* 61, comma 1, n. 7) c.p.; ricorrenza di circostanze a effetto speciale sul reato di truffa aggravato ai sensi dell'allora art. 640, comma 3 o aggravato a norma dell'art. 61, comma 1, n. 11), c.p.

La nuova causa di procedibilità ufficiosa connessa alla "incapacità" della vittima vedeva la luce soltanto con l'interpolazione dell'art. 649-*bis* c.p. a opera della l. n. 3/2019 (art. 1, lett. v), senza peraltro che venisse fornita una definizione di tale nuova forma di incapacità.

Né, d'altronde, a tale lacuna ha rimediato il d.lgs. n. 150/2022, che pure ha imboccato con ancor più decisione la strada della procedibilità a querela, conferendo a quest'ultima, anche in virtù delle connessioni processuali con il sistema della giustizia riparativa, "un significato sistemico"¹⁰⁸.

Innanzitutto, il legislatore della riforma ritiene che la rilevante entità del danno patrimoniale non osti più alla procedibilità a querela della truffa, sulla scorta del rilievo secondo cui questa circostanza "non esclude la possibilità di

E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 166 ss., spec. p. 168.

¹⁰⁷ F. GIUNTA, *Il potenziamento della querela-selezione e la sua gestione giudiziale in presenza di condotte riparatorie*, in *www.discrimen.it*, 10 novembre 2018, p. 4.

¹⁰⁸ G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 63 ss., spec. p. 63. Da ultimo, la modifica dell'art. 129-*bis* c.p.p. prevista dallo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 152/2022* (A.C. n. 102, attualmente passato all'esame della II Commissione Giustizia e della V Commissione Bilancio e Tesoro della Camera) intende espressamente "favorire i programmi di giustizia riparativa anche per i reati procedibili a querela", al fine di incentivarne una rimessione.

un integrale risarcimento, consentendo la definizione anticipata del procedimento penale attraverso la remissione della querela o l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 162-ter c.p.”¹⁰⁹. La ragionevolezza di tale decisione si apprezza sotto a un profilo sia pratico – all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2018 erano infatti state avanzate non poche critiche rispetto al mantenimento della rilevante entità del danno patrimoniale quale causa di applicazione della procedibilità d'ufficio, in considerazione dell'eccessiva indeterminazione di tale circostanza¹¹⁰ – sia assiologico, dato che, perlomeno in linea tendenziale, tanto maggiore è l'entità del danno patrimoniale, quanto maggiore potrebbe essere l'interesse della persona offesa all'accertamento delle penali responsabilità, ovvero la pressione a una composizione in forma risarcitoria del conflitto. La relazione soggettiva della persona con il suo patrimonio e con le *res* che ne fanno parte risulta quindi valorizzata, ampliandosi i margini per una valutazione personale della persona offesa rispetto all'attivazione o meno della macchina giudiziaria.

In secondo luogo, il d.lgs. n. 150/2022 agisce sull'art. 649-bis c.p. escludendo la recidiva dal novero delle circostanze aggravanti a effetto speciale la cui ricorrenza determina la procedibilità *ex officio* dei fatti di truffa aggravati a norma dell'art. 640, comma 3 o dell'art. 61, comma 1, n. 11), c.p., ritenendo il legislatore delegato che “*la dimensione personale del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici di cui si tratta giustifica la procedibilità a querela a prescindere dalla condizione soggettiva dell'autore del reato*” e, dunque, la possibile chiusura anticipata della vicenda processuale¹¹¹.

L'incapacità per età o l'infermità, di contro, continuano a figurare tra le cause che sottraggono il processo al “potere dispositivo”¹¹² della persona offesa dal reato di truffa – nonché dai reati di cui agli artt. 610, 612, 614, 634, 635, 659 e 660 –, dando così corpo alla suddetta tendenza alla “pubblicizzazione”

¹⁰⁹ Relazione illustrativa dello schema definitivo di d.lgs. n. 150/2022, cit., p. 328.

¹¹⁰ C. IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione “liquida” del diritto postmoderno?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7 dicembre 2017, p. 10; C. CHIANTINI, *Il rinnovato regime di procedibilità (D. Lgs. 36 del 2018)*, A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, Milano, 2018, p. 69 s., spec. p. 77; A. GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2018, p. 579 ss., spec. p. 582, secondo il quale tale circostanza “appare destinata a produrre incertezze e difficoltà valutative, con esiti applicativi non uniformi, piegati alla logica del caso concreto”.

¹¹¹ Ritiene, criticamente, che questa scelta palesi la preminenza di ragioni di efficientamento della risposta penale rispetto a considerazioni relative al disvalore del reato e alla pericolosità sociale del suo autore D. BIANCHI, *Procedibilità a querela e delitti contro il patrimonio*, cit., p. 453.

¹¹² U. DINACCI, voce *Querela*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 39 ss., spec. p. 49.

della protezione penale. In queste ipotesi, infatti, l'ordinamento presume che sussistano i presupposti per una tutela rafforzata del soggetto truffato: anche ammesso che non abbia impedito la formazione di una scelta di disposizione patrimoniale libera, tale incapacità è *ipso iure* considerata un ostacolo all'idoneità della persona a “gestire il meccanismo repressivo o comunque [...] orientare in modo libero la propria scelta processuale in ordine alla perseguibilità”¹¹³. Interprete del concreto bisogno di pena, quindi, torna a essere lo Stato, in funzione tutelare rispetto alla relazione tra la persona incapace e il proprio patrimonio.

Restano tuttavia da chiarire gli esatti confini della nozione di incapacità per età o infermità, posto che, rispetto al disposto degli artt. 120 e 121 c.p., quest'ultima nozione si estende anche alle ipotesi di età *avanzata* e di infermità *fisica*¹¹⁴.

Nella prospettiva del d.lgs. n. 36/2018, tale condizione era considerata alla stregua di un *effetto* naturalistico delle condotte tipiche dei reati interessati dalla riforma¹¹⁵, di talché il ritorno alla procedibilità d'ufficio assumeva venature sanzionatorie.

Nell'ottica del legislatore della riforma, invece, l'incapacità in questione sembra riferirsi a una “[in]capacità di querela”¹¹⁶, posto che il novellato art. 152, comma 4, c.p., derogando al precedente comma 3, n. 1), esclude che la mancata comparizione della persona offesa all'udienza di deposizione valga remissione tacita della querela qualora il querelante sia “*persona incapace per ragioni, anche sopravvenute, di età o infermità ovvero persona in condizione di particolare vulnerabilità*” *ex art. 90-quater c.p.*¹¹⁷.

¹¹³ C. PAONESSA, *I nuovi scenari della procedibilità a querela veicolati dalla riforma Cartabia: una prima lettura*, in *www.discrimen.it*, 21 novembre 2022, p. 2. Secondo S.B. TAVERRITI, *La tutela della vittima tra procedibilità a querela e procedibilità d'ufficio*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, in p. 503 ss., spec. p. 508, età, genere, condizione psichica e relazioni vittima-autore costituiscono i criteri per l'individuazione della vittima con particolari esigenze di tutela *ratione personae*.

¹¹⁴ Relazione illustrativa dello schema definitivo di d.lgs. n. 150/2022, cit., p. 330.

¹¹⁵ Critica su questa prospettiva I. GIUGNI, *Riforma Orlando: l'ampliamento del novero dei reati procedibili a querela*, in *St. iuris*, 2018, p. 1427 ss., spec. p. 1432.

¹¹⁶ G.L. GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la Legge 199/2022*, in *Sist. pen.*, 1/2023, p. 35 ss., spec. p. 39; nello stesso senso O.C. ARTALE, L. BIN, *op. ult. cit.*, p. 170.

¹¹⁷ Sul punto si v. la critica di L. PARLATO, *Estensione della procedibilità a querela e tutela delle vittime: un binomio complicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 861 ss., spec. p. 871 sulla variabilità dei fattori che condizionano l'area di concreta operatività della querela. Critico anche G. DODARO, *op. ult. cit.*, p. 68, secondo il quale tale previsione contrasta con gli obiettivi deflazionistici della riforma, privando anche la persona offesa il cui stato di “incapacità” sia venuto meno della possibilità di chiusura anticipata del procedimento.

In un'ottica sistematica, invece, si è proposto di allineare la nuova incapacità alle condizioni personali al cui ricorrere sussiste una minorata difesa ai sensi, rispettivamente, dell'art. 61, comma 1, n. 5) c.p. ovvero dell'art. 643 c.p.: sempreché il reo ne abbia abusato, infatti, tale condizione di minorata difesa sarebbe tale da imprimere al fatto un maggior disvalore, avendo agevolato la commissione dello stesso¹¹⁸.

Quest'ultima sembra, in effetti, la soluzione che meglio si attaglia al delitto di truffa, iscrivendosi nel *continuum* di tutela tracciato dalla giurisprudenza in riferimento alle ipotesi di relazione negoziale affetta da squilibrio cognitivo tra contraenti, soprattutto in caso di relazione contrattuale dematerializzata.

D'altra parte, però, la reviviscenza della procedibilità d'ufficio in caso di commissione del fatto con approfittamento di condizioni di minorata difesa, come visto, è già fatta salva dall'art. 640, comma 2, n. 2-bis) c.p., sicché l'ipotesi dell'incapacità per età o infermità sembra tipizzare due delle “*condizioni di persona, anche in riferimento all'età*” previste dall'art. 61, comma 1, n. 5) c.p. Al fine di evitare profili di sovrapposizione tra le due forme di procedibilità *ex officio* si potrebbe quindi pensare che l'incapacità per età (giovane o avanzata) o infermità (fisica o psichica) introduca una sorta di (problematica) “presunzione” di approfittamento, ovvero che copra le ipotesi in cui il peculiare effetto di “avvolgimento psichico” che la condotta truffaldina può ingenerare sulla vittima coinvolga le sue stesse possibilità di ricorso in giustizia – qualora, per effetto dei raggiri su persona minore o anziana, costei si convinca della impossibilità o inutilità di sporgere querela.

4.2. La truffa a danno di soggetti pubblici: la tutela della vincolatività dispositiva

Quando il “fatto” di cui all'art. 640 c.p. è commesso in danno di soggetti

¹¹⁸D. BIANCHI, *Commento a Tribunale dei Minori di Genova*, 8 marzo 2023, n. 26 (dep. 222 marzo 2023), in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2023, aderendo a questa prospettiva “sostantiva”. La sentenza in questione dichiara infatti non doversi procedere nei confronti dell'imputato per sopravvenuta remissione tacita della querela (assenza ingiustificata del querelante all'udienza di comparizione), dal momento che tra i due minorenni coinvolti nella vicenda di lesioni per cui era processo non sussisteva, al momento dei fatti, alcuno squilibrio relazionale, e il reato risultava dunque procedibile a querela rimettabile. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, lo stato di infermità o deficienza psichica rilevante *ex art.* 643 c.p. consiste in una “*minorata capacità psichica, con compromissione del potere di critica e indebolimento di quello volitivo, di intensità tale da agevolare la suggestionabilità della vittima e ridurne l'autodeterminazione e i poteri di difesa contro le altrui insidie*”: così, di recente, Cass. pen., Sez. II, 24 febbraio 2023, n. 23283 (dep. 26 maggio 2023).

pubblici, ai fini della caratterizzazione del danno penalmente rilevante entrano in gioco due caratteri essenziali del patrimonio pubblico (statale, di altro ente pubblico o unionale) tutelato dalle fattispecie aggravate di cui agli artt. 640, comma 2, n. 1) e 640-*bis* c.p.: il suo assoggettamento a un vincolo di scopo e le particolari modalità con cui il titolare pubblico ne dispone.

Posto che le condotte truffaldine aggravate di cui all'art. 640-*bis* c.p. hanno a oggetto “*contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo*”¹¹⁹, sicché le due norme sono tra loro in rapporto di specialità¹²⁰, in questa sede preme evidenziare che, come il patrimonio privato si rivela, in chiave personalistico-funzionale, strumentale a fini di autorealizzazione personale, così il patrimonio pubblico è finalizzato a scopi di governo e sviluppo della *res publica*. Da qui, come noto, la necessità di un presidio penale a tutela della correttezza nell'attribuzione e nella gestione delle risorse stanziare a tale fine.

Tuttavia, se da un lato le due fattispecie sono accomunate dalla rilevanza che il profilo della strumentalità patrimoniale riveste ai fini dell'apprezzamento del danno, dall'altro possono differenziarsi quanto al “grado” di vincolatività delle entità patrimoniali mobilitate per effetto di artifici o raggiri. Laddove le provvidenze *ex* art. 640-*bis* c.p. siano finalizzate a scopi di programmazione economica, infatti, l'elemento della patrimonialità del danno può essere oggetto di una ricostruzione esegetica particolare: mentre rispetto alla casistica della c.d. truffa in assunzione, pacificamente sussumibile entro il comma 2 dell'art. 640 c.p., la giurisprudenza si mostra in linea di massima favorevole a mantenere una connotazione economica del danno patrimoniale, la patrimonialità *sub* art. 640-*bis* c.p. può assumere una colorazione sia personalistico-strumentale, sia macro-economica, nella quale rileva anche il “danno” inferto ai soggetti indebitamente esclusi dal sovvenzionamento.

¹¹⁹ Le “sovvenzioni” sono state aggiunte dall'art. 28-*bis* del d.l. 4 gennaio 2022, recante *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico*, conv. l. 28 marzo 2022, n. 25, nell'ambito di una complessiva opera di allineamento e riscrittura delle fattispecie di illecita captazione e destinazione di erogazioni pubbliche, resasi necessaria in ragione della predisposizione di un ingente apparato di sovvenzioni pubbliche per far fronte alle conseguenze economiche della pandemia da Covid-19. Per una ricostruzione e analisi della recente evoluzione di tale fronte della legislazione pandemica F. DI VIZIO, *I nuovi abusi penali nelle sovvenzioni pubbliche: dalla Direttiva PIF al Decreto Sostegni-ter*, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2023.

¹²⁰ Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 221663, *Fedi* (dep. 10 luglio 2002), in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 302 ss., con nota di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*; in dottrina già R. ZANNOTTI, *La truffa*, cit., p. 150.

4.2.1. *Il danno patrimoniale nella c.d. truffa in assunzione (art. 640, comma 2, n. 1 c.p.)*

La questione del danno patrimoniale subito dalla Pubblica amministrazione (P.A.) che, siccome indotta in errore da artifici o raggiri, abbia assunto un soggetto privo dei requisiti professionali necessari all'espletamento dell'attività lavorativa è stata, come noto, risolta in modo tranciante dalla sentenza *Celammare*¹²¹, con la quale le Sezioni Unite hanno, almeno in un primo tempo, posto un freno alla diversità di soluzioni giurisprudenziali rispetto al danno e al momento consumativo del reato.

Secondo l'insegnamento del giudice della nomofiliachia, qualora la costituzione del rapporto di impiego sia il frutto di artifici o raggiri (nella fattispecie, il ricorrente si era fraudolentemente fatto iscrivere in una lista di giovani disoccupati residenti di un Comune cui egli, in realtà, non apparteneva), occorre – se si vuole “*mantenere ancorata l'operatività della norma a una solida base oggettiva*” ed evitare quindi di trasformare la truffa in reato di pericolo contro la libertà del consenso – ricostruire l'elemento del danno in termini strettamente economico-patrimoniali, così individuando il momento consumativo del reato nella definitiva *deminutio patrimonii* da parte del soggetto truffato.

Devono allora essere rigettati tutti i criteri di valutazione “*estranei*” alla predetta lettura economico-patrimoniale, quali le “*conseguenze meramente virtuali del reato*”, come le spese sostenute dalla P.A. per attività di rettifica e riparazione dell'errore; le “*conseguenze di natura non immediatamente patrimoniale*”, come l'assunzione di persona priva dei requisiti professionali e l'alterazione della graduatoria concorsuale e, infine, le “*conseguenze estrinseche rispetto all'ambito di tutela della norma incriminatrice*”, quali i pregiudizi ai concorrenti esclusi e alla regolarità delle procedure amministrative. Il danno patrimoniale consiste dunque esclusivamente in “*spese, esborsi e oneri finanziari sostenuti nella procedura di costituzione del rapporto di impiego*”, come spese vive; costi necessari al fine di istruire la pratica, informatizzare la posizione del soggetto assunto e predisporre i locali; uso indebito di apparecchi e macchinari; spese connesse a operazioni amministrative e contabili. Di conseguenza, il reato si consuma all'atto stesso dell'indebito conseguimento della nomina da parte del *deceptor*.

¹²¹ Sez. Un., 18 dicembre 1998, n. 1 (dep. 19 gennaio 1999), *Celammare*, in *Foro it.*, 1999, c. 148 ss., con nota di A. FANELLI, p. 150 ss., sulla scorta di Cass. pen., Sez. II, 24 giugno 1986, *Luccitti*. In materia di indebita percezione di ratei pensionistici, la soluzione di tale arresto era già stata prospettata da Cass. pen., 23 marzo 1969, in *Cass. pen.*, 1969, p. 1023 e Cass. pen., Sez. II, 30 novembre 1974, in *Cass. pen.*, 1975, p. 741 ss. e infine avallata da Sez. Un., 22 marzo 1969, *Carraro*, in *Foro it.*, 1970, II, c. 5 ss. e Sez. Un., 30 novembre 1974, *Forneris*.

Nonostante i toni recisi della Suprema Corte, l'esegesi strettamente economico-patrimoniale patrocinata dalla sentenza *Cellammare* si è rivelata, alla prova del tempo, più friabile di quanto non potesse inizialmente apparire.

Accanto ad arresti che pedissequamente si conformano al *decisum* delle Sezioni Unite ed escludono la sussistenza del reato di truffa aggravata per assenza di un danno patrimoniale individuato nei termini sopra indicati¹²², parte della giurisprudenza ha infatti iniziato a operare importanti *distinguo* fondati sulla questione della idoneità o meno del soggetto indebitamente assunto a svolgere l'attività lavorativa.

Come presto rilevato, infatti, la soluzione *Cellammare* pare consentanea alla sola ipotesi nella quale il truffatore, successivamente all'assunzione, *svolga* a tutti gli effetti la relativa attività professionale: o perché, come avviene nella fattispecie di *Cellammare*, ai fini dell'attività lavorativa non occorre requisiti professionali sostanziali, o perché costui è, *di fatto*, in possesso delle competenze (ma non dei titoli) necessarie e quindi in grado di svolgere una prestazione conforme agli standard lavorativi rilevanti¹²³.

In questa ipotesi – ma solo in questa – la sinallagmaticità del rapporto tra prestazione e remunerazione osterebbe alla qualificazione come “ingiusto” del profitto conseguito dall'agente, perché la P.A. si è comunque giovata dell'attività lavorativa, pure esercitata *sine titulo*; pertanto le Sezioni Unite del 1998 affermano che le remunerazioni percepite dal truffatore sono da considerarsi come un *post factum* irrilevante.

In tali casi limitati, infatti, la perimetrazione del danno agli esborsi sostenuti per costituire il rapporto di lavoro poi effettivamente e adeguatamente svolto evita interpretazioni eccessivamente soggettivistiche, secondo le quali il danno patrimoniale risiederebbe nel fatto stesso che la P.A. sia stata indotta ad assumere un soggetto in conseguenza di artifici o raggiri, nonostante l'“utilità soggettiva” della prestazione da costui resa. Ipotesi, questa, che richiama da

¹²² Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 26269, *Caruso* (dep. 24 giugno 2009), in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 455 ss., con nota di S. BELTRAMI, p. 458 ss.: soggetto che, tramite artifici e raggiri, era stato assunto in qualità di infermiere in una struttura ospedaliera pubblica; Cass. pen., Sez. II, n. 49382/2016, cit.; Cass. pen., Sez. II, 5 maggio 2011, n. 20806 (dep. 25 maggio 2011): non integra truffa, per assenza di un danno economico alla P.A., il fatto di indurre i competenti Uffici comunali al rilascio di una concessione edilizia mediante false documentazioni; Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2016, n. 49382 (dep. 21 novembre 2016), in *Cass. pen.*, 2017, p. 1970: presentazione di un falso diploma di laurea per la partecipazione al bando di assunzione di Comandanti di Polizia municipale.

¹²³ Così Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2003, n. 7702 (dep. 23 febbraio 2004), *Rizzi* (in cui però la S.C. non entra nel merito dell'effettivo e corretto svolgimento della prestazione lavorativa da parte del ricorrente, avendo i giudici di primo e secondo grado correttamente rilevato l'intervenuta prescrizione del reato contestato).

vicino quella scrutinata al par. 2.1.2., *sub d*), in cui un soggetto privato ottiene una *res* o una prestazione sì utile, ma essendo stato indotto all'atto dispositivo per effetto di artifici o raggiri. E infatti, così come parte della dottrina, anche alcune pronunce escludono la sussistenza del reato di truffa aggravata in simili ipotesi¹²⁴.

Di contro, qualora il soggetto assunto per effetto di condotte fraudolente sia *privo* dei requisiti professionali essenziali ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa e dunque non sia in grado di svolgere una prestazione qualitativamente idonea, una prima opinione ritiene che il danno patrimoniale dell'ente debba comprendere, oltre alle voci di spesa indicate dalla sentenza *Cellammare*, anche i ratei di remunerazione versati in assenza di una relazione sinallagmatica (e quindi "utile") tra le prestazioni in gioco (con conseguente postergazione del momento consumativo del reato)¹²⁵. Difatti, "nelle ipotesi in cui si richiedono specifiche qualità soggettive [...], il trasferimento di aliud pro alio 'avvantaggia' ingiustamente chi offre e danneggia – evidentemente sul piano squisitamente economico – chi 'acquista' una prestazione lavorativa 'squalificata'"¹²⁶.

Secondo la terminologia utilizzata nel presente lavoro, saremmo quindi di fronte a una prestazione oggettivamente (a) e soggettivamente (b) "inutile": la condotta truffaldina ha infatti impedito all'ente pubblico di devolvere somme vincolate in senso pubblicistico a fini di assunzione e remunerazione di un candidato, lui sì, idoneo, così "danneggiando" la strumentalità finalistica del patrimonio pubblico¹²⁷.

La soluzione di cui sopra è soprattutto affermata quando gli interessi collettivi alla cui soddisfazione è subordinata l'assunzione di un candidato con

¹²⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 348; G. ROTOLO, *Il momento consumativo della truffa*, cit., p. 668; in giurisprudenza cfr., prima della pronuncia *Cellammare*, Cass. pen., Sez. V, 20 settembre 1989, *Pizzichetta*, in *Foro it.*, 1990, n. 13; dopo: Cass. pen., Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 22973 (dep. 22 maggio 2018): induzione in inganno della Commissione giudicatrice di un concorso, senza però emersione di danni patrimoniali nel senso indicato dalle Sezioni Unite, "a fronte di un'attività lavorativa comunque erogata" e non potendo l'alterazione della graduatoria concorsuale integrare in quanto tale il danno patrimoniale *ex art. 640, comma 2, n. 1) c.p.*; Cass. pen., Sez. II, n. 49382/2016, cit.; Cass. pen., Sez. II, n. 20806/2011, cit.

¹²⁵ S. BELTRAMI, *op. ult. cit.*, p. 461.

¹²⁶ Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2009, n. 127 (dep. 7 gennaio 2010); similmente, Cass. pen., Sez. II, 9 maggio 2007, n. 22170 (dep. 6 giugno 2007), *Bonomelli*, aveva individuato un danno economico-patrimoniale per la P.A. fraudolentemente indotta a sottoscrivere una convenzione con due Associazioni di volontariato addette al servizio di ambulanze, che avevano *inter alia* falsamente accertato il possesso, da parte dei volontari, dei titoli conferiti all'esito della partecipazione ad appositi corsi di formazione in realtà mai frequentati.

¹²⁷ R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 325; G.P. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, cit., p. 91; M. BELLI, *I delitti di truffa e frode informatica*, cit., p. 308.

precisi requisiti professionali sono costituzionalmente garantiti, come nel caso paradigmatico del diritto alla salute. In questo settore, infatti, la giurisprudenza si mostra desiderosa di distinguere ulteriormente a seconda della natura degli interessi in gioco. Qualora si tratti di interessi costituzionalmente rilevanti, la rottura del vincolo sinallagmatico tra le prestazioni deriva dal fatto che lo svolgimento di attività lavorativa da parte di soggetto inidoneo può integrare un'ipotesi di illiceità forte per contrarietà all'art. 2126 c.c. *sub specie* violazione dell'ordine pubblico¹²⁸.

In questo caso, peraltro, ci pare che l'esborso di denaro pubblico in ambiti costituzionalmente garantiti al fine di remunerare una prestazione lavorativa inadeguata, perché svolta da soggetto incompetente, non sia soltanto "inutile" per la P.A. ma, a ben vedere, anche *lato sensu* "dannoso" per i fruitori del servizio pubblico in gioco nonché per il buon funzionamento della P.A. Non a caso, in relazione a truffe aggravate ai danni del Servizio sanitario nazionale taluni arresti ritengono necessario valutare, ai fini della caratterizzazione del danno, se la *qualità del servizio* prestato dal medico convenzionato che si sia fatto sostituire, nell'esercizio della sua attività professionale, da altro soggetto medico, sia o meno corrispondente a quella attesa dalla P.A.¹²⁹.

In definitiva, la pregnanza del momento dispositivo del patrimonio nella dinamica applicativa del reato di truffa emerge qui con chiarezza, perché gli artifici o raggiri *ex art.* 640, comma 2, n. 1) c.p., oltre che cagionare al soggetto passivo un danno "strettamente economico-patrimoniale" nei termini di *Cel-lammare*, possono altresì frustare la strumentalità pubblicitica delle risorse oggetto dell'atto di disposizione, con riverberi lesivi ben più ampi.

4.2.2. Il danno patrimoniale nella truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-bis c.p.

Insieme all'art. 316-ter c.p., l'art. 640-bis presidia con sanzione penale l'indebita captazione di finanziamenti pubblici; captazione che avviene, rispetti-

¹²⁸ Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 15669 (dep. 10 aprile 2009) *Oriolo*, che pur senza richiamare l'art. 2126 c.c. afferma che lo svolgimento di attività di infermiere da parte del *deceptus* privo della relativa qualifica professionale viola il sinallagma contrattuale tra le prestazioni delle parti, non essendo sufficiente la "mera attività materiale" svolta. In seguito v. Cass. pen., Sez. II, 3 febbraio 2010, n. 8584 (dep. 3 marzo 2010), *Piscitelli*, "poiché il rapporto di lavoro dell'imputato coinvolge essenziali interessi collettivi", di recente richiamata, in un caso di conseguimento di un incarico dirigenziale nella Regione Veneto avendo presentato un falso diploma di laurea, da Cass. pen., Sez. II, 25 febbraio 2021, n. 12791 (dep. 2 aprile 2021), che non ravvisa nella fattispecie tale "illiceità forte".

¹²⁹ Cass. pen., Sez. II, 9 marzo 2022, n. 2277 (dep. 10 giugno 2022); Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 2015, n. 44677 (dep. 6 novembre 2015), *Renieri*.

vamente, per mezzo di un silenzio anti-doveroso o senza induzione in errore, ovvero mediante artifici o raggiri¹³⁰.

Con riferimento all'art. 640-*bis* c.p., le elargizioni – “*contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo*” – alla cui erogazione lo Stato, altri enti pubblici o l'Unione Europea siano stati fraudolentemente indotti si caratterizzano per due profili interconnessi: le condizioni di favore che presiedono alla loro concessione o erogazione e il vincolo a finalità pubblicistica che anima l'emolumento (*Zweckverbindung*)¹³¹, essendo il patrimonio pubblico un “complesso di risorse collettive destinate a fini di programmazione economica o di intervento assistenziale”¹³².

Sebbene la dottrina dubiti della ragionevolezza di un intervento penale il cui disvalore si impernia sull'*eventus damni* piuttosto che sulla condotta¹³³, dato il vincolo pubblicistico gravante su tali somme, nell'attuale configurazione dell'art. 640-*bis* c.p. il rimprovero penale si appunta su un danno la cui “patrimonialità” assume fattezze peculiari, potendosi a nostro avviso riscontrare una “coesistenza” tra dimensione personalistico-funzionalistica del patrimonio e dimensione macro-economica.

Come rilevato dalla stessa sentenza *Cellammare* al fine di distinguere la patrimonialità *ex art. 640-bis* c.p. da quella rilevante ai fini della truffa *tout court*, “*il profilo della distrazione di risorse economiche dagli scopi istituzionali dell'en-*

¹³⁰ Questa la nota distinzione tracciata, nel segno della sussidiarietà, tra le fattispecie in questione. Inizialmente sviluppata da Corte cost., 26 gennaio 1994, n. 25 (dep. 10 febbraio 1994) e Sez. Un., 24 novembre 1996, n. 2780 (dep. 15 marzo 1996), *Panigoni et al.* con riferimento ai rapporti tra gli artt. 640 e 640-*bis*, da un lato, e l'art. 2 l. n. 898/1986, dall'altro, è stata poi applicata ai rapporti tra truffa aggravata e indebita percezione da Corte cost., ord. 95/2004, cit. e Cass. pen., Sez. II, n. 10231/2006, cit., per essere infine consacrata da Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, *Carchivi* (dep. 27 aprile 2007).

¹³¹ M. PELISSERO, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 923 ss., spec. p. 936; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 512; sul punto cfr. anche Cass. pen., Sez. VI, 13 novembre 2003, n. 938 (dep. 19 gennaio 2004). Deve inoltre trattarsi di un'erogazione effettivamente realizzata da un soggetto pubblico e non già della mera garanzia pubblica di una sovvenzione erogata da un soggetto privato (banca), come avviene nel meccanismo messo recentemente a punto da d.l. n. 23/2020, e nel quale il Fondo pubblico gestito da SACE s.p.a. si limita a farsi garante di eventuali inadempienze da parte dell'impresa beneficiaria dell'erogazione: sul punto si rinvia alla dettagliata analisi critica di G. CARUSO, J. DELLA VALENTINA, *La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia 'sostanziale' e divieto di cripto-analogia* in malam partem, in www.lalegislazionepenale.eu, 26 gennaio 2024.

¹³² G. FIANDACA, *Frode valutarie e truffa a danno dello Stato*, in *Foro it.*, 1981, c. 429 ss., spec. p. 430.

¹³³ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 943; R. ZANNOTTI, *La truffa*, cit., p. 51 (che per questo motivo muove alla disposizione critiche di simbolicità).

te pubblico è di per sé irrilevante” nella prospettiva strettamente economica del patrimonio che le Sezioni Unite in tale occasione fanno propria.

Di più: a ben vedere, tale prospettiva pare estranea all’elemento costitutivo del danno patrimoniale della truffa aggravata ai sensi dell’art. 640-*bis* c.p., perché le somme oggetto di indebita elargizione da parte del soggetto pubblico sono *già* state iscritte a bilancio e computate nella disponibilità patrimoniale del soggetto pubblico. Di conseguenza, come rilevato, la loro concessione o erogazione a persone, fisiche o giuridiche, prive dei requisiti a tal fine necessari non produce un’alterazione *in peius* della consistenza *quantitativa* del patrimonio: da un punto di vista numerico, infatti, la medesima alterazione si sarebbe verificata anche in caso di allocazione a soggetti che fossero stati in possesso del titolo di accesso¹³⁴.

Piuttosto, il danno consiste nel c.d. sviamento delle risorse pubbliche rispetto ai loro fini istituzionali¹³⁵, sicché l’alterazione patrimoniale si produce sul piano non del *quantum* di patrimonio pubblico ma della sua composizione *qualitativa*; in altri termini, sulla utilità o meno della disposizione patrimoniale indotta da artifici o raggiri. Quando il finanziamento viene erogato a vantaggio di un soggetto privo dei requisiti stabiliti dalle rilevanti disposizioni extrapenalistiche, infatti, non solo lo scopo pubblicistico (di programmazione economica e/o sostegno sociale) in funzione del quale le somme erogate erano state stanziare e vincolate è frustrato¹³⁶; ma il soggetto erogatore è pure privato della possibilità di impiegare le risorse in modo “utile”, ossia rispondente alle scelte istituzionali stabilite a monte. Inoltre – sebbene tali ultime evenienze difficilmente potranno rientrare nel fuoco del dolo –, a essere danneggiata dallo sviamento di provviste *ab origine* vincolate può essere anche la corretta distribuzione delle risorse pubbliche¹³⁷ e, in un’ottica ancora più ampia, lo stesso principio di buon funzionamento della P.A.

¹³⁴ Così, per tutti, K. TIEDEMANN, *Der Subventionsbetrug*, in *ZStW*, 1974, p. 897 ss., spec. p. 908, il quale preconizza quindi la natura di reato di mera condotta pericolosa della futura fattispecie di *Subventionsbetrug*.

¹³⁵ Sul concetto di “danno da sviamento” cfr. M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 951 ss.; G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, p. 207; G.P. DEMURO, *op. ult. cit.*, p. 92; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 205; D. ATTANASIO, *Il sostegno economico alle imprese nella “legislazione pandemica”*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 515 ss., spec. p. 517.

¹³⁶ Secondo Cass. pen., Sez. VI, n. 938/2003 (dep. 2004), cit., relativa a un caso di indebito ottenimento di un mutuo da parte dell’Istituto regionale per il finanziamento delle industrie in Sicilia, “*il danno risulta qualificato dalle finalità pubblicistiche dell’istituto e perciò sorge allorché le stesse sono vanificate*”.

¹³⁷ Sez. Un., n. 221663/2002, *Fedi*, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 23 febbraio 2017 (dep. 28 aprile 2017), n. 20664, *Stalla*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, con nota di C. COLUCCI, *Le Sezioni unite*

Proprio il differente “grado” di vincolatività che caratterizza le risorse mobilizzate – assoluta vincolatività del patrimonio pubblico, da un lato, e illimitatezza funzionale di quello privato, dall’altro – permette di caratterizzare con la dovuta precisione le ipotesi di disposizione patrimoniale “inutile” per il soggetto pubblico vittima di truffa. Di contro, la “minore utilità” soggettiva del risultato dell’atto dispositivo per il soggetto privato rappresenta un parametro di patrimonialità non definibile né conoscibile *ex ante* né sindacabile *ex post*¹³⁸, così aprendo la via a un problematico ampliamento del raggio della fattispecie di truffa.

5. Rilievi conclusivi alla luce del reato di riciclaggio

Il fenomeno criminoso dell’illecita e truffaldina percezione di erogazioni pubbliche segna un ampliamento della carica offensiva della truffa dal patrimonio all’economia, rivelando molteplici punti di contatto con il fenomeno del riciclaggio di proventi illeciti.

Al di là della circostanza che, in virtù della clausola modale “*in modo da ostacolare l’individuazione della provenienza delittuosa*” dei proventi, anche le condotte riciclatorie *ex art. 648-bis c.p.* si caratterizzano per un’intrinseca capacità decettiva e per un’idoneità *ex ante* a rappresentare artificiosamente e/o dissimulare artatamente la realtà (*i.e.*, la provenienza illecita del bene oggetto di sostituzione, trasferimento o altre operazioni), un primo punto di tangenza tra la truffa aggravata ai danni dello Stato e il riciclaggio emerge a livello di possibili *Erscheinungsformen* dei due fenomeni.

Difatti, se è vero che, secondo il recente insegnamento del Giudice delle leggi, il delitto truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche non è *di per sé* indice di un’organizzazione criminale, poiché la sua realizzazione non implica una struttura associativa né una preventiva organizzazione di mezzi e persone¹³⁹, nondimeno la stessa genesi del delitto di cui all’art. 640-

tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione, p. 43 ss.; SALCUNI, *L’ipotesi delle frodi agli enti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, p. 114 ss., spec. p. 117.

¹³⁸K. TIEDEMANN, *Der Subventionsbetrug*, cit., p. 911; R. BARTOLI, *Nota introduttiva*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, Milano, 2017; G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 203.

¹³⁹Corte cost., 6 luglio 2021, n. 178 (dep. 30 luglio 2021), che dichiara quindi l’illegittimità costituzionale di una disposizione che inseriva la truffa aggravata *ex art. 640-bis c.p.* tra i delitti per i quali il Codice antimafia prescrive effetti interdittivi, anche prima del definitivo passaggio in giudicato della sentenza, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

bis c.p. rivela come la fenomenologia delittuosa dell'indebita percezione possa ben costituire un *modus operandi* della criminalità organizzata. D'altronde, molte delle riforme che interessano il comparto dei delitti contro il patrimonio sono mosse da intenti di "lotta" al fenomeno del crimine organizzato¹⁴⁰. In particolare, lo stesso provvedimento che nel 1990 introduce l'art. 640-*bis* c.p. opera una fondamentale modifica della fattispecie riciclatoria, includendo i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti nella rosa dei delitti-presupposto, così (quantomeno nelle intenzioni del legislatore) finalizzando l'art. 648-*bis* c.p. e i connessi strumenti investigativi e ablativi agli obiettivi di *war on drugs* e di lotta al crimine organizzato¹⁴¹.

Anche il più recente Rapporto annuale dell'Unità di informazione finanziaria per l'Italia esplicita la possibile connessione operativa tra indebita percezione di erogazioni pubbliche, riciclaggio e criminalità organizzata: il Rapporto, relativo alle attività di segnalazione, collaborazione e *information exchange* a fini di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, dà infatti conto di una "diffusa presenza di reti di imprese che hanno avuto indebitamente accesso a finanziamenti agevolati", imprese "spesso legate a prestanome della criminalità organizzata" e/o "espressione di reti relazionali finalizzate ad agevolare gli interessi" approfittando, in particolare, della congiuntura economica legata all'implementazione del PNRR¹⁴².

È, poi, sul piano dell'offensività dei due fenomeni criminosi in discorso che può rivenirsi un'ulteriore contiguità.

Ancorché ai fini della distinzione tra art. 640-*bis* c.p. e art. 316-*ter* c.p. (distinzione a sua volta funzionale all'affermazione della possibilità di un concorso materiale tra i due reati), le Sezioni Unite *Stalla* non trascuravano di consi-

¹⁴⁰ R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 231.

¹⁴¹ L. 19 marzo 1990, n. 55, *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*, in G.U. n. 69 del 23 marzo 1990. Rileva come, a differenza dei reati-presupposto "di prima generazione" (rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione) i delitti di produzione o traffico di stupefacenti costituiscano una "ipotesi criminosa gravissima, con la quale sparisce ogni possibilità di identificazione del denaro" S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 728 ss., spec. p. 733.

¹⁴² UNITÀ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA, *Rapporto annuale 2022*, Roma, maggio 2023, pp. 34 e 36. Delle operazioni sospette potenzialmente riconducibili alla criminalità organizzata (18%), il 5,8% è riferibile all'area di rischio connessa alla pandemia e ai correlati interventi di sostegno economico. Inoltre, al fine aumentare le capacità di "intercettazione" delle fattispecie e dei contesti operativi legati alle politiche pubbliche di sostegno all'economia connesse al PNRR, nel 2022 è stata creata un'apposita tassonomia delle segnalazioni di operazioni sospette che evidenziano situazioni a rischio legate a tali fattispecie (fenomeno "PN1 – Anomalie connesse all'attuazione del PNRR" – su cui cfr. p. 24 ss.).

derare la vicenda genetica dell'art. 640-*bis* c.p. e di ampliare la visuale prospettica ai soggetti indebitamente esclusi dall'erogazione e all'ordine economico. La S.C. rilevava infatti che l'autore della truffa aggravata non ottiene soltanto un ingiusto profitto "in sé", consistente cioè nel conseguimento di un credito in realtà non dovuto, ma anche, per così dire, un profitto ingiusto "*per relationem*", consistente nel vantaggio lucrato rispetto agli altri *competitors*: mentre costoro sono stati ingiustamente pretermessi dal finanziamento, il *deceptor* potrà invece "*recuperare quote di mercato maggiori, quale effetto dell'abbattimento dei costi*", e quindi conseguire un utile più elevato¹⁴³. Ebbene, questo ulteriore grado di lesività del danno da sviamento *ex art.* 640-*bis* c.p. pare avvicinarsi all'offensività che – soprattutto a livello criminologico – è imputabile al *money laundering*.

Posto che la riconducibilità del delitto di riciclaggio al sistema del Titolo XIII è sempre apparsa problematica¹⁴⁴ e che la tipicità della fattispecie – complice l'enorme gamma di reati-presupposto e l'ampiezza delle condotte incriminate – è tutt'altro che scolpita, la dottrina ha prospettato due principali soluzioni esegetiche relative all'offensività della fattispecie riciclatoria nel sistema italiano.

Una prima lettura, incentrata sull'effetto di *nascondimento* della *res* implicato dal suo "lavaggio" nonché sul tenore letterale della fattispecie, rinviene il nucleo di offensività dell'art. 648-*bis* c.p. nell'Amministrazione della giustizia, con riferimento, in particolare, all'attività investigativa concernente la provenienza illecita dei proventi¹⁴⁵.

Una seconda lettura, focalizzando piuttosto il momento dell'*immissione* dei proventi nei canali del mercato lecito, ritiene, nel prisma degli artt. 3 e 41 Cost., che il riciclaggio sia lesivo delle potenzialità economiche degli *altri* soggetti che partecipano alla competizione economica e che, poiché operano in senso legalitario, sono privi della liquidità e dei vantaggi competitivi derivanti dal "lavaggio" di proventi illeciti. In questo senso, l'offesa al bene giuridico patrimoniale si realizzerebbe mediante l'alterazione del sistema economico di mercato¹⁴⁶, in spregio alla parità di opportunità di azione nelle vicende economiche.

¹⁴³ Sez. Un., n. 20664/2017, *Stalla*, cit. Anche Sez. Un., n. 221663/2002, *Fedi*, cit. rileva che l'illecita captazione *ex art.* 640-*bis* c.p. se da un lato, come visto *supra*, non cagiona uscite di bilancio superiori a quelle già stanziare dall'ente erogatore, dall'altro "*può avere l'affetto di sottrarre il finanziamento ad altre imprese in possesso dei requisiti di legge*".

¹⁴⁴ Secondo V. MILITELLO, voce *Patrimonio*, cit., p. 278, l'introduzione dell'art. 648-*bis* c.p. ha inferto un duro colpo alla tenuta del "patrimonio" quale oggettività giuridica comune ai delitti del Titolo XIII.

¹⁴⁵ Per tutti A.M. DELL'OSSO, *Proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, p. 83 ss.; con riferimento alla ricettazione cfr. già F. CARNELUTTI, *La tutela penale della ricchezza*, cit., p. 59.

¹⁴⁶ S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio*, cit., p. 740.

Come si vede, si tratta di una lettura del bene giuridico “patrimonio” che coniuga la prospettiva di tutela di stampo personalistico-funzionale (privazione di *chances* di autorealizzazione in campo economico dei *competitors*) alla dimensione macro-economica del fenomeno (alterazione delle regole concorrenziali); e, se da un lato è smentita dall’assenza di una reale relazione di offensività tra le condotte tipiche e tale bene giuridico, dall’altro si avvicina, condivisibilmente, alla suesposta caratterizzazione del danno da sviamento di risorse pubbliche ai sensi dell’art. 640-*bis* c.p.

La lettura in discorso, inoltre, rende giustizia delle risultanze criminologico-economiche relative alla lesività del fenomeno riciclatorio. Da questo punto di vista, infatti, l’immissione nel circuito economico-finanziario lecito e regolamentato di capitali illeciti crea nel mercato a un rischio anomalo, poiché lo espone al pericolo di essere governato “secondo logiche e in base a criteri essenzialmente preoccupati di garantire l’invisibilità della matrice e quindi, non di rado, distorsivi rispetto al corretto funzionamento del mercato”¹⁴⁷. La distorsione in parola, in particolare, può riguardare le regole concorrenziali, i prezzi di beni e servizi, i tassi di interesse, i tassi di crescita di uno o più settori, nonché le regole che presiedono alla regolazione di domanda e offerta. Ampliando la visuale al piano sociale-istituzionale, un simile disordine di mercato può inoltre condurre a scelte monetarie errate e sub-ottimali, instabilità economica e politica, indebolimento degli apparati statali e, in un’ottica più ampia ancora, rischi per la stessa tenuta dell’ordine democratico e dello stato di diritto¹⁴⁸.

¹⁴⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 633 ss., spec. p. 644.

¹⁴⁸ B. UNGER, *The Scale and Impact of Money Laundering*, Northampton 2007, p. 150 ss. In questa prospettiva pare muoversi altresì la Direttiva (UE) 2018/1673, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale, in G.U.U.E. L 284/22. Sul riciclaggio quale “minaccia diretta” alla *rule of law* cfr. Corte europea dei diritti dell’Uomo, Prima Sezione, *Zaghini v. San Marino*, causa 3405/21, 11 maggio 2023, par. 60.

PATRIMONIALITÀ E NATURA DELL'INTERESSE NEL RAPPORTO TRA LA PERSONA E I SUOI GAMETI

di *Leonardo Dani*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La relazione persona-campioni biologici. Critica alle tradizionali teorie proprietarie. – 3. (*Segue*) Patrimonialità e natura dell'interesse nel rapporto tra la persona e i suoi gameti. – 4. Diritto al controllo e principio di finalità nella destinazione dei gameti. – 5. Successione *mortis causa* e destinazione dei gameti. – 6. (*Segue*) I poteri del disponente. – 7. Rilievi conclusivi.

1. *Premessa*

Il progresso tecnologico-scientifico, ampliando l'orizzonte dei bisogni umani e la capacità delle *res* di soddisfarli, condiziona l'attenzione del diritto nei confronti delle cose. Infatti, la scoperta di nuove proprietà o di possibilità d'impiego prima ignote conferisce valore d'uso anche ad entità materiali comunemente ritenute di scarsa utilità, rendendole oggetto di interessi variamente assortiti da parte delle persone e, così, luoghi di conflitto¹ tra istanze che il diritto è chiamato a regolare.

Al contempo, l'evoluzione della sensibilità sociale e giuridica può indurre a de-reificare quelle entità che, in ragione della loro vicinanza con la persona e gli aspetti più strettamente esistenziali di essa, sono destinatarie di una tutela specifica, che tende ad allontanarle dal concetto di «patrimonio» nella sua accezione codicistica e, dunque, dalle logiche circolatorie e rimediali ad esso connesse².

¹Cfr. P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, num. spec., 2016, p. 193.

²Cfr. R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Beni a valore non prettamente economico: rilievi privatistici per un diritto "relazionale"*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2023, p. 431 ss., il quale rileva come il diritto dei beni sia un diritto liquido e in costante evoluzione, tant'è che mentre alcune cose, acquistando nuove

Fenomeni, questi, che trovano un peculiare luogo d'emersione nel campo delle *res* biologiche derivanti dal corpo umano, le quali, oltre a contenere una vasta serie di informazioni genetico-identitarie³, sono oggi conservabili a lungo grazie all'impiego delle biotecnologie, che consentono di mantenerne inalterate le funzionalità persino per molti anni dopo il distacco dall'organismo. Il che, se da un lato apre la strada a svariate e innovative opportunità terapeutiche e di ricerca⁴, dall'altro solleva non poche questioni a livello morale, etico,

utilità grazie all'apporto tecnologico, vengono assunte al rango di "beni" (si pensi, ad esempio, ai rifiuti o agli elementi della natura divenuti scarsi o recentemente scoperti), altre subiscono il processo inverso, per cui non vengono più considerate delle mere porzioni della realtà materiale oggetto di atti di godimento e di scambio, e si avvicinano, invece, alla persona e alla considerazione ad essa riservata. In realtà, quest'ultimo fenomeno, dalle radici antichissime, ha riguardato innanzitutto l'essere umano, come testimonia il processo di de-reificazione del *servus* romano, che, da *res* oggetto di una totale signoria da parte del *dominus*, è divenuto soggetto di diritto, con conseguente eliminazione di ogni discriminazione rispetto agli uomini liberi (sulla condizione dello schiavo nell'antica Roma, cfr., *ex multis*, O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976; G. FRANCIOSI, voce *Schiavtù*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 620 ss.; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37, 1986, 1 ss.). Più recentemente, una simile evoluzione ha coinvolto entità quali l'embrione (cfr. Corte Cost., sent. n. 229 del 14 maggio 2015; sent. n. 84 del 22 marzo 2016 e sent. n. 161 del 24 maggio 2023) e gli animali d'affezione (sul tema, si rinvia alle considerazioni di C. SARTORIS, *Il regime giuridico degli animali d'affezione. Il problema dell'interesse tutelato*, in questo volume, p. 123 ss.).

³ Rileva M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, p. 7, come l'interesse sui campioni biologici siano sempre più legato ai dati genetici da essi ricavabili, che hanno spostato «il focus dell'attenzione [...] dalla dimensione fisica a quella 'informazionale'». Sul tema, v. anche L.M. LUCARELLI TONINI, *Biobanche e campioni biologici*, in A. MANIACI (a cura di), *Nuovi beni e new properties*, Pisa, 2023, p. 189 ss.

⁴ Da tempo si parla, con un'espressione alquanto indicativa, di «*spare-part medicine*», per indicare una delle attuali declinazioni della medicina. Infatti, grazie all'uso delle biotecnologie, sempre più frequentemente vengono trapiantati organi, prelevate cellule e tessuti a fini scientifici e sperimentali, ma anche fecondati ovuli – e poi impiantati i relativi embrioni – nell'ambito di procedure di procreazione medicalmente assistita (la formula si deve a P. MATTHEWS, *Whose Body? People as Property*, in *Current Legal Problems*, vol. 36, 1983, p. 193 ss.).

Si consideri, inoltre, che gli sviluppi delle biotecnologie stanno aprendo nuove prospettive nel campo della manipolazione e dell'utilizzo dei campioni biologici per finalità sia terapeutiche che riproduttive. In quest'ultimo settore, in particolare, si stanno prospettando gli scenari più sorprendenti (e, per certi versi, sconvolgenti), che coinvolgono la c.d. gametogenesi artificiale, ossia la creazione di spermatozoi e ovociti a partire da normali cellule somatiche, che vengono trasformate in cellule staminali pluripotenti, cioè unità biologiche che possono essere programmate affinché diventino un ovocita o uno spermatozoo (C.A. REDD, M. MONTI, *Gameti artificiali*, in *Le Scienze*, 2015, n. 562; P.Y. ZHANG, Y. FAN, T. TAN, Y. YU, *Generation of Artificial Gamete and Embryo From Stem Cells in Reproductive Medicine*, in *Frontiers in Bioengineering and Biotechnology*, giugno 2020, vol. 8). Per il momento, tali tecniche sono state sperimentate per lo più su cavie murine, ma iniziano a comparire le prime applicazioni sulle cellule di derivazione umana, che – non senza difficoltà – hanno permesso di produrre gameti, femminili

sociale e giuridico⁵, legate al regime da riservare a tali entità e agli impieghi cui esse possano lecitamente essere destinate.

Infatti, la possibilità di prelevare, manipolare e conservare cellule, tessuti od organi che, se non adeguatamente trattati, subirebbero un rapido processo di deterioramento una volta distaccati dal corpo, mette in evidenza la necessità di delineare uno statuto giuridico capace di contemperare la domanda di queste «preziosissime» entità con le esigenze di tutela della persona.

Si pone, così, il delicato problema del rapporto tra persona e *res*, seppur quest'ultima rilevi in un'accezione del tutto peculiare, essendo non già una porzione della realtà materiale qualsiasi, bensì una parte – in molti casi infinitamente piccola – della realtà corporea proveniente dalla persona stessa⁶. Di qui, l'interrogativo riguardante le regole applicabili a tali entità, nella cui individuazione occorre tener conto sia della loro capacità informazionale, sia dell'ontologica destinazione funzionalistica che le caratterizza, tale per cui esse

e maschili, capaci di svilupparsi *in vitro* e quindi, almeno potenzialmente, anche *in vivo* (D. CYRANOSKI, *Rudimentary egg and sperm cells made from stem cells*, in *Nature*, 24 dicembre 2014, il quale riferisce di alcuni esperimenti condotti da ricercatori israeliani e inglesi). Al di là delle delicate questioni etiche che tali sviluppi sicuramente pongono, è dato rilevare come essi potrebbero astrattamente risolvere molti dei problemi legati alla medicina riproduttiva, rendendola senz'altro più sostenibile sia in termini di reperimento dei gameti (in particolare degli ovociti, per i quali si ricorre sempre più spesso alla c.d. *egg-sharing* o all'importazione dall'estero, cfr. S. RAVIZZA, *Pochi donatori, ospedali in difficoltà. Ecco come si importano i gameti*, in *Corriere della Sera*, 14 maggio 2016, <https://www.corriere.it/cronache/cards/pochi-donatori-ospedali-difficolta-ecco-come-si-importano-gameti/gli-ovociti.shtml>), sia per quanto riguarda l'accesso alla p.m.a., che, da un punto di vista meramente tecnico, diverrebbe possibile anche per le persone non più fertili e per le coppie dello stesso sesso. In questo contesto, nel quale quasi tutte le cellule umane potrebbero acquisire una capacità riproduttiva, emerge con particolare nitidezza l'esigenza di definire regole e principi che, tenendo presenti dette potenzialità, tutelino adeguatamente la dignità umana e gli interessi anche identitari che si radicano sui campioni biologici (per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a L. DANI, *Lo statuto e la destinazione dei gameti tra interessi personali e patrimoniali*, in *Familia*, 1/2024, p. 105 ss.).

⁵ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 42 ss.; S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, t. 1, *Trattato di biodiritto*, dir. da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 60 rileva come il corpo umano sia oggi «distribuito nello spazio e nel tempo»; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Biotecnologie e disposizione delle c.dd. parti staccate del corpo*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti SISDiC, Napoli, 2006, p. 405: «[...] il corpo si presenta sempre più in maniera parcellizzata e sempre meno come organismo unitario ed è possibile operare sulla singola parte in maniera assolutamente disgiunta rispetto all'organismo umano, rendendo labile il riferimento a quest'ultimo e alle regole ad esso relative».

⁶ Afferma R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, 2014, p. VIII, che il rapporto tra persone e cose può essere osservato dal privilegiato angolo visuale del corpo, quale «luogo sensibile in cui le cose sembrano interagire con le persone, fino a divenirne una sorta di prolungamento simbolico e materiale».

mantengono, al di fuori dell'organismo da cui derivano, le stesse funzioni che avevano al suo interno.

È il caso, in particolare, dei gameti umani, la cui intrinseca attitudine riproduttiva, unitamente al patrimonio informativo di cui essi sono portatori⁷, li rende un *unicum* nel panorama delle realtà biologiche umane e fa sì che siano particolarmente ambiti nel settore della procreazione medicalmente assistita⁸. Essi – almeno tendenzialmente – sono prelevabili dal corpo umano senza particolari difficoltà, così come ancor più facilmente possono essere a lungo conservati mantenendone intatta la predisposizione alla fecondazione. È proprio tale circostanza che suggerisce di interrogarsi su quali siano i poteri riferibili ai gameti e se tali poteri, vista la materialità delle *res* in questione, siano riconducibili all'area dei diritti patrimoniali, oppure se debba accogliersi una concezione che vede nelle cellule riproduttive il punto di riferimento oggettivo di interessi di natura essenzialmente esistenziale.

L'occasione di svolgere alcune riflessioni sul tema è offerta da una recente pronuncia della seconda Sezione penale della Corte di cassazione, che ha qualificato come reato di rapina – e dunque reato contro il patrimonio – l'asporta-

⁷ Appare utile precisare fin da subito che, grazie all'innovazione tecnologica, la possibilità di ricavare dati genetici accomuna, seppur con alcune differenze in ordine al tipo di informazioni, tutti i campioni biologici provenienti dal corpo umano. Anticipando quanto si dirà nel prosieguo, si ritiene che, a differenza di quanto poteva dirsi in passato, tale circostanza impedisca di considerare le parti staccate del corpo come dei semplici scarti corporei, eventualmente oggetto di atti di disposizione e scambio. Al contrario, l'apparato di informazioni ricavabile anche da quelle realtà tradizionalmente compravendute – come, ad esempio, i capelli o i denti – richiede di individuare delle regole di circolazione rispettose delle esigenze di tutela dei relativi dati personali. Ciò che, però, distingue i gameti dalle altre parti staccate del corpo è la loro fisiologica destinazione alla riproduzione, che rende necessario delineare uno statuto giuridico di tali entità rispettoso della loro natura e degli interessi che su di essi possono appuntarsi. Sulla necessità di distinguere il regime applicabile ai vari campioni biologici, v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Bioteχνologie e disposizione delle c.dd. parti staccate del corpo*, cit., p. 397 ss.; C. CARDINALE, *L'acquisto delle parti staccate del corpo umano: sympathy for the devil?*, in A. MIRANDA (a cura di), *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, Torino, 2015, pp. 61-62.

⁸ In generale, può dirsi che le componenti del corpo – non solo di persona vivente, ma anche defunta, come testimonia la recente l. 10 febbraio 2020, n. 20 in materia di destinazione *post mortem* del corpo e dei tessuti a fini di studio, formazione e di ricerca scientifica – hanno acquisito, col tempo, un «valore intrinseco» che è funzione delle utilità che da esse possono derivare, per lo più rientranti nell'area delle funzioni *latu sensu* terapeutiche (così M. PAGANELLI, *Alla volta di Frankenstein: biotecnologie e proprietà (di parti) del corpo*, in *Foro it.*, 1989, c. 418, ma, nello stesso senso anche E. RIZZO, *Atti dispositivi del corpo umano e nuovi principi*, in *Nuovi beni e new properties*, cit., p. 176). Allo stesso modo – e accedendo alla concezione terapeutica della procreazione medicalmente assistita cui sembra deporre la l. n. 40/2004 (cfr., artt. 2 e 4) – si può affermare che i gameti sono dotati di un valore d'uso assai rilevante, tale da renderli risorse particolarmente ambite. Ciò che occorre chiedersi, però, è se da ciò possa derivare anche la loro riconducibilità all'area delle *res* patrimonialmente rilevanti.

zione violenta di ovociti dal corpo di una donna dissenziente, al fine di utilizzarli in futuri interventi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁹. Una simile interpretazione, che sembra ricondurre i gameti all'area delle cose mobili e di ciò che è patrimonialmente rilevante, stimola anche il civilista a tentare di individuare un'esatta classificazione di queste entità, che, viste le loro caratteristiche, sembrano porsi sul crinale tra «essere» e «avere»¹⁰.

La questione, infatti, assume una specifica rilevanza pratica, in particolare nelle ipotesi – già poste all'attenzione della giurisprudenza civile, anche se con esiti contrastanti – in cui, dopo la crioconservazione delle cellule riproduttive, si verificano degli eventi che rendano necessario stabilire le sorti di tali entità e i poteri spettanti al soggetto dal quale esse provengono.

2. La relazione persona-campioni biologici. Critica alle tradizionali teorie proprietarie

Il tema si inserisce nel più ampio e dibattuto problema dello statuto giuridico dei campioni biologici, ossia delle parti e sostanze staccate o prodotte dal corpo umano¹¹. Si tratta di un insieme eterogeneo di entità – come organi, cel-

⁹ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37818, in *www.cortecassazione.it*. Per alcuni commenti alla decisione, v. A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1732 ss.; M. FORMICA, *Un'inedita forma di rapina: la sottrazione violenta di cellule gametiche*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2021, p. 1502 ss.; A. DE LIA, *"Lo chiameremo Andrea". Prelievo forzoso di gameti femminili e rapina: una decisione della Cassazione assai discutibile*, in *Cass. pen.*, 4/2021, p. 1219 ss.

¹⁰ Rileva A. VALLINI, *op. cit.*, p. 1733 che, poiché le biotecnologie consentono oggi di «esteriorizzare e governare tecnicamente le dinamiche un tempo più recondite della procreazione umana», si palesano sempre più frequentemente occasioni per nuove forme di intromissione nella sfera biologica dell'uomo, dirette a ricavare un profitto dall'uso illecito dei materiali biologici.

¹¹ Manca una definizione normativa generale di campione biologico, che viene preso in considerazione essenzialmente per le informazioni che da esso possono trarsi. Al riguardo, l'art. 6, lett. c), l. 30 giugno 2009, n. 85 parla di «quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA»; oppure, ai sensi del punto 4.1 del Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 5 giugno 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati ai sensi dell'art. 21, comma 1, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, viene considerato campione biologico «ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo». In dottrina, cfr., *ex multis*, D. FARACE, *Campioni biologici – Diritto civile*, in *Enc. italiana Treccani*, IX Appendice, t. 1, Roma, 2015, p. 215 ss.; G. NOVELLI, I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 1027 ss.; M. MACILLOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 222 ss.; M. TALLACCHINI,

lule, tessuti, capelli, unghie, liquido seminale, ovuli e sangue – dotate di qualità biologiche e funzioni affatto diverse tra loro¹², ma tutte caratterizzate da una nota comune: la materialità. È proprio l'antitesi tra tale carattere – che porta a ricondurre le entità in questione alla categoria delle *cose* – e il loro essere parti della *persona* che induce a dubitare della loro qualificazione come porzioni della realtà materiale suscettibili di formare oggetto di diritti patrimoniali¹³.

La questione è stata tradizionalmente affrontata con riferimento a parti staccate del corpo – come unghie o capelli, ma anche sangue e liquido seminale – che, in quanto prelevabili nel rispetto dei limiti di cui all'art. 5 c.c.¹⁴, sono state

Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, 2003, p. 171 ss.; C. SARTEA, *Verso uno statuto biogiuridico dei campioni biologici umani. Premesse teoriche*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, num. spec., 2016, p. 113 ss.; T. MALOMO, *Banche di tessuti – Parte giuridica*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, dir. da E. Sgrecia e A. Tarantino, v. II, Napoli-Roma, 2009, p. 44 ss.

¹²G. CALABRESI, *In che modo e perché le parti del corpo vengono trattate diversamente*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, p. 351.

¹³La dualità tra *persona* e *res* in relazione al materiale biologico umano è avvertita da più parti in dottrina. In merito, cfr., almeno, FR. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 232; F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 89 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 99 ss.; R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, cit., p. VII ss.; M. ORLANDI, *Unità biologica del corpo*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 231 ss.; P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, *ivi*, p. 187 ss.; D. FARACE, *Proprietà dei gameti umani e successione mortis causa*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2016, p. 147.

¹⁴L'art. 5 c.c., com'è noto, riflette alcune delle principali questioni affrontate dalla Corte di cassazione in un caso relativo alla liceità della cessione a titolo oneroso di un testicolo da parte di un giovane e a favore di un facoltoso anziano (cfr. Cass. 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, c. 146 ss., con nota di G. ARANGIO RUIZ, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*). Sebbene la norma sia il frutto del contemperamento di due opposte ideologie – quella liberal-individualistica, volta a garantire la disponibilità del proprio corpo o di sue parti anche a titolo oneroso, e quella autoritario-pubblicistica, diretta a preservare l'integrità fisica a tutela di interessi sovraordinati –, è dato rilevare che era sottesa a entrambe le concezioni una visione proprietaria del corpo, inteso come elemento esterno alla persona e oggetto di diritti di natura anche patrimoniale (cfr., al riguardo, M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 200; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 808). Come noto, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, la portata precettiva della norma è stata notevolmente ridimensionata, sia in seguito alle numerose deroghe introdotte da norme speciali, sia per effetto della sostanziale sostituzione del riferimento all'«integrità fisica» con quello al più elastico concetto di «salute». Anche il limite generale della contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume ha

qualificate come beni mobili¹⁵, suscettibili di formare oggetto di situazioni proprietarie o possessorie¹⁶ e, di conseguenza, liberamente commerciabili¹⁷.

In questa prospettiva, la separazione dal corpo determinerebbe una vera e propria reificazione delle sostanze umane, le quali rileverebbero come un agglomerato di cellule¹⁸ autonomo rispetto alla persona dalla quale provengono e perciò insensibile alle vicende che riguardano la sua sfera corporea¹⁹.

Alla base di questa impostazione vi è l'idea che il fattore materiale del cor-

assunto una diversa connotazione che, basandosi sulla funzione identitaria del corpo e, dunque, sulla sua strumentalità alla realizzazione dei diritti fondamentali della persona, ha portato al superamento della logica proprietario-contrattualistica propria dell'impostazione originaria. Su questi e altri aspetti legati all'art. 5 c.c. e agli atti di disposizione del corpo, cfr., *ex multis*, M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 23 ss.; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg. VII, Torino, 2012, p. 216 ss.; G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, *passim*; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, *passim*; D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1998, p. 1 ss.; M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 660 ss.; A. DE CUPIS, voce *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1988, p. 2 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, *passim*; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, v. 2, *Persone e famiglia*, t. I, Torino, 1999, p. 93 ss.; R. ROMBOLI, sub art. 5, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, U. BRECCIA, A. DE VITA, *Persone fisiche*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, *Libro primo: Persone e famiglia art. 1-10*, Bologna-Roma, 1988, p. 225 ss.; C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 2000, p. 712 ss., spec. 715 ss.

¹⁵ Come si è già avuto modo di rilevare, tale soluzione pare essere stata accolta dalla Corte di cassazione penale, nella sentenza n. 37818 del 30 dicembre 2020, cit.

¹⁶ A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. Sc. giur.*, 1901, p. 192 ss.; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, cc. 94-95; M. PESANTE, voce *Corpo umano*, cit., p. 663; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da A. Cicu e F. Mes-sineo, Milano, 1982, p. 178; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 602; G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 266 ss.; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 111 ss.; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1998, p. 1 ss.

¹⁷ È noto, ad esempio, che intorno ai capelli si è creato un vero e proprio mercato, nel quale operano aziende che li acquistano per poi utilizzarli nella produzione di prodotti come parrucche, estensioni o trecce. Non solo, ma recentemente se ne sono scoperti anche impieghi ulteriori, che potrebbero alimentare il mercato di queste entità ma anche rappresentare un'utile risorsa per la sostenibilità ambientale: pare, infatti, che i capelli abbiano un'intrinseca proprietà assorbente di sostanze oleose, tale per cui vengono compattati in "tappetini" e utilizzati per ripulire le chiazze petrolifere, oppure come fertilizzanti naturali. Al riguardo, v. S. ONG, *I capelli sono davvero riciclabili?*, in *National Geographic Italia*, 7 luglio 2023, reperibile all'indirizzo https://www.nationalgeographic.it/i-capelli-sono-davvero-riciclabili?utm_source=pocket-newtab-bff.

¹⁸ Cfr. M. MACILLOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., p. 227.

¹⁹ V. RIZZO, *Atti di disposizione del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 618 ss.

po umano rivesta una valenza decisiva, tanto da avvalorare la scissione concettuale tra uomo-persona e uomo-cosa e giustificare la configurabilità di un diritto di proprietà sulle parti staccate e i prodotti del proprio corpo²⁰.

Sempre ragionando in ottica proprietaria, ma argomentando, all'opposto, dall'assunto che il corpo umano, in quanto tale, non possa costituire oggetto di diritti, si è sostenuto che il diritto dominicale sulle parti staccate del corpo verrebbe acquistato a titolo originario, da parte del soggetto-fonte, per il semplice fatto del distacco²¹. Così, non vi sarebbe soluzione di continuità tra il momento personale della pertinenza del materiale biologico al corpo e quello (esclusivamente) patrimoniale dell'appartenenza in termini proprietari²². Dalla logica dell'essere si passerebbe direttamente a quella dell'avere.

Secondo queste impostazioni, dunque, il materiale biologico potrebbe rappresentare il punto di riferimento oggettivo di interessi di godimento e di scambio ma non di altra natura²³, rientrando a pieno titolo nel novero delle cose che possono formare oggetto di diritti reali. Tutt'al più, qualche incertezza potrebbe sussistere sul modo di acquisto del diritto di proprietà²⁴ e sul contenuto dei poteri dominicali spettanti al titolare, ma nessun dubbio si porrebbe sulla qualificazione della situazione giuridica in termini proprietari²⁵.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940 p. 204 ss. Per una critica a questa impostazione, che presuppone l'esistenza di uno *ius in se ipsum*, v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182 ss.

²¹ In questo senso, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pp. 178 e 180. In giurisprudenza, già Trib. Napoli, 14 marzo 1972, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 394 ss.

²² A. DE CUPIS, *ivi*: «La parte staccata esce dalla sfera giuridica strettamente personale per entrare immediatamente in quella patrimoniale facente capo alla stessa persona [...]. Un diritto si sostituisce all'altro senza soluzione di continuità».

²³ Cfr., G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, cit., p. 267; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, cit., p. 111.

²⁴ Oltre ai due orientamenti brevemente descritti nel testo, altri se ne sono sviluppati in ordine al modo di acquisto del diritto di proprietà sulle *res* in esame. Secondo alcuni (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, pp. 163-164; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 111), le parti del corpo, in seguito alla loro separazione, diverrebbero *res nullius per derelictio*, con la conseguenza che il diritto di proprietà potrebbe essere acquistato per occupazione (artt. 922-923 c.c.) da parte di chi possa trarne qualche utilità. Altri, criticando tale impostazione, hanno invece sostenuto che le parti staccate del corpo potrebbero essere assimilate ai frutti naturali di cui all'art. 820 c.c. e che, pertanto, il diritto di proprietà si acquisterebbe, *ex art. 821 c.c.*, per effetto della separazione dalla "cosa-madre", cioè il corpo (cfr. G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. p. 266 ss., spec. p. 272 ss.). Altri ancora (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 52) hanno ritenuto applicabile alle ipotesi in esame la disciplina prevista per l'acquisto delle opere dell'ingegno.

²⁵ Cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 603, il quale sostiene che si tratterebbe di una proprietà «estremamente conformata», perché i poteri del titolare sarebbero fortemente limitati, stante la particolare natura dell'oggetto del diritto.

Tuttavia, se si ha riguardo al tema specifico dei gameti, è dato rilevare come il descritto modello (pan)proprietario susciti dubbi e perplessità, poiché non pare cogliere, nella sua intrinseca essenza, la reale natura degli interessi che, in detti casi, conformano il rapporto tra persona e *res* e, in particolare, i valori identitari ed esistenziali che connotano tali entità.

Infatti, la concezione patrimonialistica pare condizionata dalla circostanza che i materiali biologici separati dal corpo umano, sino alla fine del secolo scorso, erano considerati fondamentalmente degli scarti e, in quanto tali, dotati di una scarsa utilità pratica per il soggetto-fonte²⁶, riconducibile quasi esclusivamente alla possibilità di ricavare qualche profitto dalla loro commercializzazione²⁷.

Tale assunto, però, è messo in crisi dalle più recenti acquisizioni tecnologiche, che consentono di trarre dai campioni biologici numerose utilità. Oggi, infatti, il corpo umano, anche nelle sue parti più piccole, è divenuto non solo un'inesauribile fonte di informazioni genetico-identitarie²⁸, ma anche una preziosa risorsa per la cura delle patologie che, in vario modo, possono colpire il soggetto stesso, nonché fattore essenziale nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il che dota i campioni biologici di un valore d'uso che si esprime primariamente, se non addirittura esclusivamente, nell'ambito delle

²⁶ Cfr., S. DEPLANO, *Il campione biologico di unidentified person. Profili di sistema*, in *Bio-Law J.*, 1/2022, Special Issue a cura di M. RIZZUTI e E. PILLI, p. 51; D. FARACE, *Proprietà dei gameti umani e successione mortis causa*, cit., p. 156.

²⁷ Rileva M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 254, che talune parti staccate del corpo possono acquisire un valore di scambio, come nei casi dei denti da cui si possa estrarre l'oro incorporato e della ciocca di capelli di un personaggio dotato di particolare notorietà, che vengano alienati secondo lo schema della vendita di cose mobili.

²⁸ Come si è accennato, la possibilità di ricavare dati personali permette di trarre ulteriori utilità dai campioni biologici, in particolare a causa del fenomeno della circolazione c.d. secondaria delle informazioni, ossia quei trasferimenti di dati ulteriori rispetto al consenso funzionale a un determinato trattamento sanitario e tendenzialmente posti in essere per finalità ulteriori (ad esempio, commerciali). La questione è stata anche recentemente posta all'attenzione della Corte di cassazione, che ha affermato la necessità di garantire all'interessato il controllo dei dati personali anche in occasione del successivo trattamento (cfr., Cass. civ., Sez. I, 7 ottobre 2021, ord. n. 27325, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2022, p. 26 ss., con nota di M. CIANCIMINO, *Circolazione "secondaria" di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche*). In dottrina, su questi temi, cfr., *ex multis*, anche I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 326 ss.; F. GASPARI, *La circolazione dei dati genetici e delle biobanche: limiti e prospettive de iure condendo*, in *Federalismi.it*, 5, 2021, p. 130 ss.; V. RICCIUTO, *Campioni biologici e trattamento dei dati personali*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 159 ss.; C. PERLINGIERI, *eHealth and Data*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software services*, Springer ed., 2021, p. 130 ss.; L.M. LUCARELLI TONINI, *Biobanche e campioni biologici*, cit., p. 189 ss.

vicende esistenziali dell'individuo, per cui non sembra che il legame della persona con le parti staccate del proprio corpo si esaurisca sempre e comunque con il distacco, rendendo la prima insensibile alle sorti delle seconde (e viceversa)²⁹. Al contrario, è dato ritenere che proprio la possibilità di impiegare il biomateriale per la realizzazione di interessi strettamente inerenti alla sfera esistenziale della persona – oltre alla capacità informativa³⁰, e dunque identitaria, che è propria tali entità³¹ – mantenga e rafforzi tale connessione³².

Il che si coglie in particolar modo se si pensa proprio alle cellule gametiche, le quali – almeno nell'ipotesi in cui fuoriescano dal corpo della persona e vengano crioconservate ai fini del loro impiego in una procedura di p.m.a. omologa³³ – mantengono uno stretto legame con il soggetto-fonte³⁴, derivante

²⁹ *Contra* M. MACILLOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi*, cit., p. 226.

³⁰ Si noti, infatti, che se si considera la c.d. dimensione immateriale dei campioni biologici, ossia la loro capacità informativa, anche l'individuazione stessa di un "proprietario" risulterà più complessa, dato che i dati da essi ricavabili non sono riferibili unicamente alla persona dalla quale vengono prelevati, ma riguardano una cerchia di soggetti ben più ampia, che abbraccia anche il suo nucleo familiare e cioè le persone che col soggetto-fonte condividono il patrimonio genetico. Sul punto, cfr. L.M. LUCARELLI TONINI, *Biobanche e campioni biologici*, cit., p. 198.

³¹ Cfr. V. MARZOCCO, *Il consenso informato alla conservazione e all'utilizzo di materiale biologico umano*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Università degli Studi di Trento, 2012, p. 156.

³² Del resto, la rilevanza di taluni aspetti personalistici non cessa neppure con la morte, com'è a dirsi – ad esempio – per le vicende legate alle sorti delle spoglie mortali, in relazione alle quali il rispetto della volontà del *de cuius*, unitamente alle disposizioni poste a tutela della pietà verso i defunti e della memoria di chi ha cessato di vivere, delineano «un'ultrattività dell'esistenza della persona fisica, una proiezione della sua identità oltre la morte, che prescinde dalla dimensione religiosa, e che assume una valenza strettamente e rigorosamente giuridica» (così, M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., pp. 211-212). In realtà, taluni profili di sopravvivenza della personalità oltre la morte sono rinvenibili anche al di fuori delle vicende legate alla persona fisica, come nel caso della tutela *post mortem* dei dati personali, potenzialmente caratterizzati da profili di perennità (v., D. SISTO, *Digital Death. Le trasformazioni digitali della morte e del lutto*, in *Lessico di etica pubblica*, 1/2018, p. 52 ss.). Pertanto, a maggior ragione è dato ritenere che la connessione della persona con le entità che, come i gameti, assumono un forte valore identitario non si spezzi con il distacco, ma perduri ben oltre tale evento.

³³ In realtà, le medesime considerazioni possono essere estese anche all'ipotesi di "medical freezing", cioè il prelievo e la crioconservazione dei gameti posti in essere non già nell'ambito di un procedimento di p.m.a. avviato insieme al partner, ma attuati allo scopo di riservarsi una *chance* di procreare qualora la persona debba sottoporsi a trattamenti terapeutici che potrebbero compromettere la sua fertilità.

³⁴ Rileva P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, cit., p. 117, che il materiale biologico può «separarsi spazialmente senza separarsi dal punto di vista identitario: la parte è di-

dall'essenziale funzione che tali entità rivestono nel procedimento procreativo³⁵. Infatti, il rapporto tra la persona e la “res” sorge proprio con la separazione dal corpo: né prima, né dopo. È in tale momento che l'unità biologica assume per il soggetto una sua specifica utilità, relativa e circoscritta alla realizzazione di un progetto di vita genitoriale³⁶.

In questa logica, dubbi e perplessità suscita la richiamata decisione della seconda sezione penale della Corte di cassazione³⁷, che, nel qualificare come rapina l'asportazione violenta degli ovociti dal corpo della donna, muove dall'affermazione che essi siano “cose mobili” o, più precisamente, “mobilizzabili”³⁸. Il che, però, non appare condivisibile nella misura in cui presuppone che le componenti del corpo umano siano qualificabili come “cose” suscettibili di detenzione già *ab origine*, cioè prima della separazione dal corpo umano³⁹. Da un punto di vista prettamente civilistico, riferirsi alle parti biologiche umane come “cose”, prima ancora del loro distacco dall'organismo, fonda una scissione concettuale tra il corpo e la materia che lo compone affatto inappagante, che rischia di tradursi in una disaggregazione dell'unitarietà della persona

staccata, ma in senso *funzionale* o *identitario* non isolata, perché, ad esempio, resta per me lo strumento di una funzione vitale (poniamo, il seme depositato) o “tabernacolo”, come un tempo si diceva, della mia identità genetica».

³⁵ Al valore d'uso non corrisponde necessariamente l'idoneità a soddisfare interessi economici, perché esso è da intendersi unicamente come attitudine di un dato bene a soddisfare i bisogni (soggettivi e variabili) del singolo fruitore. Cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 228; H.A. FISCHER, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1903, p. 20.

³⁶ Rileva C. PIRIA, *Interessi scientifici e patrimoniali su parti staccate dal corpo oggetto di ricerca biotecnologiche*, in *Rass. dir. farm.*, 1990, p. 812 come sia necessario aver riguardo al contesto del distacco nella valutazione relativa alla natura degli interessi rilevanti nel caso concreto.

³⁷ Cass. pen., sent. n. 37818/2020, cit.

³⁸ Cfr. A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del “tipo criminoso”*, cit., p. 1734.

³⁹ La nozione di “cosa” in ambito penale non coincide con il concetto civilistico, essendo per un verso più ristretta, per altro più ampia. In particolare, la “cosa mobile” rilevante nei delitti contro il patrimonio viene individuata a partire da una serie di requisiti che l'oggetto della condotta deve possedere, costituiti dalla materialità, dalla definitezza spaziale, dall'esistenza autonoma e dalla mobilità; carattere, quest'ultimo, che presuppone che la *res* sia suscettibile di materiale trasferimento da una sfera patrimoniale all'altra (cfr. D. ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, in E. FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 1936, p. 51 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale. Reati contro il patrimonio*, IX, 1, Torino, 1938, p. 10; F. MANTOVANI, voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 359 ss.; ID., *Diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2021, p. 28; F. SGUBBI, *Profili generali*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, p. 721 ss.; G. PECORELLA, voce *Furto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, p. 335; C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei reati contro il patrimonio*, Milano, 1955).

umana, oltre a non cogliere i tratti essenziali della relazione che, proprio dopo il distacco, si instaura tra la persona e i propri gameti.

Essa – è evidente – non può fondarsi unicamente sul profilo materiale, né essere semplicisticamente circoscritta alla possibilità di utilizzare le cellule riproduttive come oggetto di atti godimento e di disposizione⁴⁰, posto che – come si vedrà – tali facoltà risultano piuttosto limitate.

Il riferimento alla “proprietà” dei gameti può assumere, semmai, un’accezione descrittiva e a-tecnica, cioè diretta unicamente a indicare l’appartenenza del materiale biologico alla sfera giuridica della persona⁴¹, perché – come rilevato, del resto, anche da alcuni sostenitori dell’impostazione proprietaria⁴² – i poteri esercitabili su tali entità risultano diversi e senz’altro più limitati rispetto a quelli tipici del diritto delineato dall’art. 832 c.c.

3. (Segue) *Patrimonialità e natura dell’interesse nel rapporto tra la persona e i suoi gameti*

Muovendosi lungo questa direttrice, è dato rilevare come sia l’apparato normativo e assiologico vigente in questa materia a circoscrivere i poteri dispositivi sul corpo umano, impedendo che esso e le sue parti possano costituire l’oggetto di atti dispositivi onerosi.

Infatti, a partire dalla Convenzione di Oviedo⁴³, passando dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁴⁴, fino ad arrivare alla legislazione di settore⁴⁵, emerge, senza eccezioni, un modello fondato sull’*extra*-patrimonia-

⁴⁰ Cfr. R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Beni a valore non prettamente economico*, cit., p. 434, il quale osserva come concentrare l’attenzione unicamente sull’utilità economica che può essere tratta da un bene offuschi molti tratti essenziali del rapporto tra la persona e le *res*.

⁴¹ Rileva infatti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, II ed., Milano, 2017, p. 106, che, sebbene nel linguaggio normativo la proprietà sia spesso indicata col termine “appartenenza”, in realtà quest’ultimo lemma ha un significato più ampio, sostanzialmente identificabile con la titolarità del diritto.

⁴² Cfr. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 603; D. FARACE, *Proprietà dei gameti e successione mortis causa*, cit., p. 159 ss.

⁴³ Cfr. art. 21, Convenzione di Oviedo del 1997 (*Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell’Uomo e la biomedicina*).

⁴⁴ Cfr. art. 3, comma 2, *lett. c*), Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea.

⁴⁵ Procedendo in ordine cronologico e con riferimento ai soli atti di disposizione del corpo animato, si pensi alla l. n. 458/1967 sul trapianto di rene tra viventi, ove all’art. 2, comma 4 si

lità del materiale biologico umano⁴⁶, che trova espressione nel divieto di farne fonte di profitto e nella conseguente necessaria gratuità dei relativi atti di disposizione⁴⁷.

Principio, questo, che è stato accolto altresì in materia di procreazione medicalmente assistita, ove la l. n. 40/2004, all'art. 12, comma 6 sanziona la commercializzazione di gameti ed embrioni, così dimostrando chiaramente l'intento di vietarne ogni forma di disposizione a titolo oneroso⁴⁸.

Da ciò emerge, innanzitutto, la difficoltà di considerare i gameti delle *res* suscettibili di valutazione economica, dato che, alla luce del contesto normati-

prevede che la dichiarazione di assenso al prelievo sia a titolo gratuito, necessariamente pura, nonché incapace di far sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente, e, all'art. 6 si afferma la nullità di eventuali pattuizioni che prevedano la corresponsione di un compenso in denaro o altra utilità in favore del disponente. La successiva l. 16 dicembre 1999, n. 483 ammette la possibilità di disporre del lobo del fegato ai fini del trapianto, purché a titolo gratuito (art. 1). In materia di prelievo delle cellule staminali, midollari e periferiche a scopo di trapianto, la l. 6 marzo 2001, n. 52, all'art. 4 prevede che la donazione di midollo osseo è atto gratuito. Parimenti, la disciplina della sperimentazione clinica di medicinali stabilisce il divieto di «offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica» (art. 1, comma 5, d.lgs. 211 del 24 giugno 2003). Alquanto incisiva è anche l'affermazione di cui alla legge sulla trasfusione del sangue e sul trapianto di cellule staminali, midollari e periferiche (l. 21 ottobre 2005, n. 219) che, dopo aver previsto che le attività trasfusionali si fondano su un atto di disposizione gratuito, prevede all'art. 4 che «il sangue umano non è fonte di profitto». Infine, degno di menzione è quanto previsto dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) ove, all'art. 17, comma 4, si esclude addirittura il rimborso spese per le attività di volontariato aventi ad oggetto la donazione di sangue e di organi.

⁴⁶ Non appare irrilevante che negli studi sul tema si faccia sovente uso dell'espressione «*extra-patrimoniale*» in relazione al corpo umano (cfr. G. RESTA, *La disposizione del corpo*, cit., p. 805 ss.; in generale, con riferimento alle questioni successorie legate ai rapporti che fuoriescono dall'ambito della patrimonialità, A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, *passim*), come a dire che le entità in oggetto, in base a un giudizio di tipo assiologico, non solo e non tanto non si prestano a una valutazione in termini economici, ma, soprattutto, sono (*rectius*, devono essere) poste radicalmente al di fuori delle logiche patrimonialistiche e delle conseguenze che esse comportano, su tutte la commerciabilità.

⁴⁷ È ormai pacifico che all'incommerciabilità – intesa come impossibilità di disporre a titolo oneroso – non corrisponde l'indisponibilità del corpo umano. I due concetti, infatti, devono essere tenuti distinti, tant'è che, come dimostra l'apparato normativo in materia di trapianti e di atti di disposizione del corpo inanimato, sono ammessi numerosi negozi giuridici a titolo gratuito e solidaristici, aventi a oggetto proprio il corpo umano (anche inanimato) e le sue parti. Cfr. D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 1119 ss.

⁴⁸ La gratuità della donazione dei gameti è stata poi espressamente ribadita dall'art. 1, lett. *n*), D.M. 28 dicembre 2016, n. 265, che si pone in linea di continuità con quanto statuito dall'art. 12 del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 in materia di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

vo descritto, è considerata inammissibile – o quantomeno inopportuna – l’istituzione di un rapporto di conversione tra le cellule riproduttive e una prestazione economicamente valutabile. Pertanto, in questo ambito non pare possa darsi asilo all’impostazione che, in materia obbligatoria, fa dipendere la patrimonialità della prestazione di cui all’art. 1174 c.c. dalla volontà delle parti, sì da riconoscere ai privati il potere di attribuire carattere patrimoniale a prestazioni non aventi di per sé valore economico, mediante la previsione di un corrispettivo o di una clausola penale⁴⁹. Al contrario, tale possibilità appare radicalmente esclusa con riferimento al corpo umano, alle sue parti e ai suoi prodotti (come i gameti), in relazione ai quali emerge chiaramente l’intenzione di escludere che essi possano acquisire un valore di scambio⁵⁰ e, di conseguenza, essere definiti delle *res* patrimoniali⁵¹.

⁴⁹ In questa prospettiva, accolta già dalla *Relazione al Codice civile* (n. 557), si è posta la giurisprudenza maggioritaria: cfr. Cass. 8 febbraio 1961, n. 265, in *Giust. civ.*, 1961, p. 585 ss., con nota di F. BRIGNOLA, *Donazione modale, negozio oneroso e patrimonialità della prestazione*; Cass. 10 aprile 1964, n. 835, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 333, con nota di G.B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*; Cass. 18 giugno 1968, n. 1995, in *Foro it.*, 1968, c. 2798; Cass. 9 marzo 1971, n. 649, in *Rep. Foro it.*, 1971, *Contratto in genere*, n. 173, c. 706; Cass. 20 ottobre 1984, n. 5324, in *Giur. it.*, 1986, p. 299; Cass. 27 marzo 2007, n. 7449, in *Giust. civ.*, 2007, p. 567 ss. In dottrina, C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, Napoli, 1944, p. 80; G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all’attività di culto e di assistenza spirituale svolte dal religioso per contratto in casa di cura privata*, nota a Cass., Sez. lav., 20 ottobre 1984, n. 5324, in *Quadrimestre*, 1986, p. 184 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazione*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 20.

⁵⁰ Al riguardo, è opportuno precisare che altro è il “valore economico” di una data prestazione o entità, altro è il suo “valore di scambio” o “di mercato”. I due concetti, infatti, stanno tra loro in un rapporto di dipendenza, nel senso che una prestazione in tanto potrà avere un “valore di scambio” in quanto abbia un “valore economico” (cfr. L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 25, nt. 33). Se, poi, di un dato bene sia vietata la commerciabilità – intesa come assoggettabilità alle regole di mercato, e dunque, come suscettibilità di essere alienata in una logica di scambio – non è detto che tale bene non abbia un “valore economico”. Infatti, le ragioni per le quali determinate *res* – si pensi, ad esempio, ai beni demaniali – sono sottratte alla possibilità di alienazione entro le comuni regole del commercio, sono le più varie, ma da ciò non deriva necessariamente l’assenza di un loro valore economico (cfr. S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 89 ss.).

⁵¹ L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, pp. 26-27 e 209 ss.; V. BARBA, *Campioni biologici e atto di ultima volontà*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 227. In generale, sul tema della patrimonialità della prestazione e sulla necessità di adottare un criterio oggettivo di valutazione, cfr. M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, I, Milano, 1951, p. 29 ss.; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 243; A. CHECCHINI, voce *Prestazione*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 3; U. SCARPELLI, *Carattere della prestazione e carattere dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 33 ss.; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 679.

Ma, soprattutto, tale concezione sottintende una precisa scelta valoriale del nostro ordinamento⁵², che si riflette sulla natura degli interessi che caratterizzano il rapporto della persona con i propri gameti⁵³. Vietare che tali entità possano costituire fonte di lucro significa non solo sottrarle a una valutazione in termini economici, ma anche impedire che su di esse possano assumere giuridico rilievo interessi di natura patrimoniale⁵⁴ – intesi come fine di profitto – tant'è che gli unici atti di disposizione ammessi sono a titolo gratuito e per lo più connotati da finalità solidaristiche⁵⁵. Si è così inteso conformare il rapporto della persona con le proprie cellule riproduttive, estromettendo ogni connotazione patrimonialistica dal ventaglio di interessi che astrattamente su di esse potrebbero appuntarsi⁵⁶.

Ciò, beninteso, non significa affatto negare che i gameti possano costituire il punto di riferimento oggettivo di situazioni giuridiche soggettive, giacché – come da tempo affermato – tale idoneità prescinde dalla patrimonialità e dalla possibilità di formare oggetto di diritti reali, in quanto guarda alle porzioni della realtà materiale funzionali alla soddisfazione di interessi meritevoli di tu-

⁵² Cfr. G. CALABRESI, *In che modo e perché le parti del corpo vengono trattate diversamente*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., p. 351, ad avviso del quale il corpo e le sue parti sono considerate in modo diverso a seconda del contesto socioculturale di riferimento, variabile nel corso del tempo. Al riguardo, ma più in generale sul principio di patrimonialità, già D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 198, il quale rileva come «il concetto di patrimonialità non sia stato assunto dal sistema giuridico come un concetto naturalistico-evolutivo, ma come un concetto evocativo di processi, ad un tempo materiali e culturali, socialmente evolutivi. Se così è, il requisito della patrimonialità ha il suo referente essenziale nell'evoluzione del sistema sociale, e dunque può legittimamente ritenersi che muti col mutare di questo».

⁵³ Avverte S. DEPLANO, *op. cit.*, p. 49, della necessità di individuare la disciplina applicabile ai campioni biologici a partire dagli interessi rilevanti nel singolo caso oggetto d'indagine.

⁵⁴ G. CHIARINI, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla ricostruzione giuridica sugli istituti della società post-industriale*, Milano, 2011, p. 122, il quale rileva che la suscettibilità di valutazione economica e la funzione economica – cioè l'idoneità a soddisfare interessi di natura patrimoniale – sono profili che devono restare separati. Del resto, come osserva l'A., «per poter formare oggetto di diritti reali, la cosa deve bensì presentare intrinseca attitudine strutturale alla valutazione in chiave patrimonialistica, ma può indubbiamente avere una destinazione funzionale soddisfattiva di bisogni di carattere non economico».

⁵⁵ L. INVERNIZZI, *Introduzione*, in AA.VV., *La gratuità. Il segno e il suo prezzo*, Milano, 2007, p. 5; D. MESSINETTI, *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 3 ss.

⁵⁶ Afferma M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, *Proprietà*, t. 1, Torino, 1982, p. 9: «il contenuto delle situazioni soggettive private non consiste mai in un interesse assolutamente egoistico: tutti gli interessi sono selezionati e tipizzati dall'ordinamento, non dal soggetto che afferma di esserne il portatore».

tela⁵⁷, indipendentemente dalle utilità economiche che esse possono conferire al titolare⁵⁸. Si tratta, semmai, di affermare che le cellule riproduttive, pur potendo costituire oggetto di una peculiare signoria, devono essere tenute distinte dai beni di cui all'art. 810 c.c.⁵⁹, la cui nozione, per come tradizionalmente intesa⁶⁰, identifica quelle entità che possono essere oggetto di *alcune*, determinate e specifiche, forme attributive e di appartenenza⁶¹, essenzialmente connesse alla mediazione mercantile e, dunque, alla circolazione della ricchezza⁶².

In questa logica, la patrimonialità funge da presupposto degli schemi attri-

⁵⁷ Rileva A. MANIACI, *Introduzione. La nozione di bene giuridico e la sua evoluzione*, in *Nuovi beni e new properties*, cit., p. XVIII, che, nel procedimento di qualificazione, deve essere esaltata la dimensione giuridica dell'interesse che le entità sono volte a soddisfare.

⁵⁸ M. ALLARA, *Le nozioni giuridiche fondamentali del diritto civile*, I, Milano, 1958, p. 285; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 26 ss.; G. CHIARINI, *Fattispecie e disciplina dei servizi*, cit., pp. 115 e 139 ss.; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 483-484, il quale precisa che l'interesse rilevante per la qualificazione di una *res* come bene non può essere «anodino» perché «quello che si riannoda al *quid* candidato ad essere elevato al rango di bene non può che essere l'interesse a trarre da quest'ultimo giovamento percependo i vantaggi che ente è in grado di fornire. Quei vantaggi che al termine del processo di reificazione vengono rielaborati dall'ordinamento nel linguaggio delle facoltà, dei poteri, delle libertà, dei rimedi in cui si può sostanziare la situazione soggettiva di cui l'entità tradotta in bene diviene il referente dell'oggetto»; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 331-333 e 337.

⁵⁹ M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione del corpo*, cit., p. 211 ss.

⁶⁰ Cfr. F. DE MARTINO, *Sub art. 810 c.c.*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro terzo. Della proprietà*, Bologna-Roma, 1964, p. 1; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 236 ss.

⁶¹ A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2017, p. 54; P. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 242-243. Sul tema del rapporto tra beni giuridici e regime di appartenenza, v. A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 855 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 357 ss., e p. 563 ss.; ID., *Dei beni*, in *Il codice civile. Commentario dir.* da P. Schlesinger (artt. 810-821), Milano, 1999, p. 3 ss.; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 607 ss., spec. p. 647 ss. In merito al rapporto tra «cose» e «beni» v. S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, p. 164 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 438 ss.; D. MESINETTI, *Sub art. 810*, in *Commentario al codice civile*, dir. da P. Cendon, III, Torino, 1991, p. 3 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999, p. 35 ss.

⁶² Che il concetto di «bene» sia dotato di una portata economica e patrimoniale è stato affermato, tra le righe, anche nella sentenza della Corte Edu Parrillo c. Italia del 27 luglio 2015, ove ai par. 214 e 215 si è precisato che gli embrioni, in quanto entità non patrimoniali, non possono essere ricondotti alla nozione di «possessions» di cui all'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu.

butivi delle *res* e delle utilità – anche economiche – che esse possono produrre, per cui una determinata entità può assurgere a rango di «bene» ex art. 810 c.c. quando è suscettibile di valutazione economica⁶³ e, di conseguenza, ha un valore di scambio. Pertanto, tale principio, selezionando le risorse dalle quali è ammissibile trarre utilità economiche attraverso la loro riduzione in quantità confrontabili, opera come *discrimen* tra ciò che può essere “spersonalizzato” (e dunque soggetto alle dinamiche mercantili) e ciò che, invece, deve mantenere il suo connaturale legame con la persona, con conseguente estraneità dalle logiche proprie del regime dominicale⁶⁴.

Si comprende, dunque, perché si è soliti riferirsi al corpo umano – sia animato che inanimato – come *res extra commercium*, cioè entità insuscettibile di costituire oggetto di rapporti e diritti privati patrimoniali⁶⁵. Così, anche il biomateriale separato o prodotto dal corpo umano non può essere acriticamente ricondotto al concetto di bene mobile e, di conseguenza, rientrare negli schemi di appartenenza tipici dei diritti reali, i quali – oltre a poter determinare una lesione del principio di dignità della persona umana⁶⁶ – rischierebbero di offuscare le peculiarità dei valori di cui il corpo stesso è espressione⁶⁷.

⁶³ Cfr. M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa*, cit., p. 675; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. ult. cit.*, p. 66.

⁶⁴ Cfr., D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006, p. 168 ss., che osserva come il denaro, indice primario di delimitazione dei confini mercantili, sia portatore di «relazioni “impersonali” tra gli uomini» e dunque rilevi come «mezzo che consente la massima dilatazione della libertà individuale» (p. 169). Tuttavia, la stessa Autrice precisa che i rischi sottesi alla funzione “liberatoria” del denaro (e dunque della patrimonialità) risiedono nella stessa “libertà” di cui esso è portatore (p. 171 ss.). È il caso, si ritiene, delle c.d. “scelte tragiche”, nelle quali l’intermediazione economica potrebbe rendere *neutro* il rapporto della persona con il proprio corpo e con le parti staccate di esso, riducendo l’entità in conflitto a “pura quantità” e dunque frapponendo una netta linea di separazione tra l’individuo e il proprio campione biologico.

⁶⁵ M. PESANTE, voce *Corpo umano*, cit., p. 656; S. PUGLIATTI, voce *Cosa (teoria generale)*, cit., p. 89 ss.; M. COMPORI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2005, pp. 330-331; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 68; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2012, p. 216 ss.; C. CARDINALE, *L’acquisto delle parti staccate del corpo umano*, cit., p. 60. Con riferimento al corpo umano inanimato, v., almeno, M. PESANTE, voce *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 769 ss.; A. DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 657 ss.

⁶⁶ C. CICERO, “*Anche i giuristi hanno da saper manovrare il microscopio*” (*osservazioni in tema di c.d. donazione dei campioni biologici umani*), in *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1236: «È evidente come l’interferenza del mercato [...] possa portare ad effetti distorti e perfino pregiudizievole; non appare quindi ammissibile che il perimetro e l’allocazione di risorse tanto preziose quanto non facilmente reperibili come tessuti ed organi sia affidata alle logiche del mercato [...]».

⁶⁷ RESTA, *La disposizione del corpo*, cit., p. 819; F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 2144; C. MURGO, *Gli atti di disposizione non patri-*

Di qui, l'*extra-patrimonialità* del corpo (e del cadavere⁶⁸) assurge a criterio di conformazione delle situazioni soggettive che lo coinvolgono, le quali – come dimostrano la rigorosa procedimentalizzazione cui sono sottoposti i relativi atti di disposizione e la necessità che ogni evento che riguarda tale entità si basi sul consenso libero e informato dell'interessato – sono caratterizzate da una struttura tendenzialmente difensiva⁶⁹, che ne esclude ogni possibilità di commercializzazione⁷⁰.

Del resto, il corpo umano, in generale, e i gameti, in particolare, sono il referente oggettivo di una serie di valori e interessi strettamente legati all'identità della persona, non solo spirituale, ma altresì fisica, biologica e genetica⁷¹. Interessi, questi, che, com'è stato affermato⁷², impongono di superare il ricorso alla categoria proprietaria e alla netta dicotomia tra *persona* e *cosa*, così da mettere in risalto che il corpo umano è considerato dal sistema ordinamentale come entità a sé stante⁷³, in cui i profili della sua realtà empirica (quella di *res*

moniali, Milano, 2020, p. 142. Sul tema, v. Trib. Napoli, 14.01.2005, in *Dir. e giur.*, 2008, p. 300 ss., con nota di C. GHIONNI, *Le parti separate del corpo umano tra proprietà e diritto alla salute*, che ha escluso che si possa configurare un diritto di proprietà su un reperto anatomico conservato in un laboratorio ospedaliero di anatomopatologia, «stante la peculiarità della genesi della *res* quale parte separata dal corpo dal quale ha tratto origine e delle ragioni, attinenti a finalità d'interesse pubblico, poste a base della necessità della sua conservazione».

⁶⁸ Il principio di *extra-patrimonialità* è stato affermato a più riprese nella legislazione speciale anche con riferimento agli atti di disposizione del corpo inanimato: si pensi alla normativa in tema di prelievo di organi e tessuti da cadavere (l. 1° aprile 1999, n. 91) che, dopo aver simbolicamente definito l'atto dispositivo «donazione» (art. 4), agli artt. 19 e 22 rispettivamente prevede che l'atto sia gratuito e sanziona penalmente l'illegittimo prelievo e la commercializzazione di organi e tessuti dei soggetti di cui sia stata accertata la morte. Di recente, il principio è stato esplicitamente ribadito dalla l. 10 febbraio 2020, n. 10 (*Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*), ove all'art. 7 si vieta l'utilizzabilità del corpo del defunto e dei suoi tessuti per fini di lucro, così escludendolo dal circuito commerciale.

⁶⁹ G. RESTA, *La disposizione del corpo*, cit., pp. 817-818; C. MURGO, *Gli atti di disposizione non patrimoniali*, cit., p. 174 ss.

⁷⁰ G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in A. GALASSO, A. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 329 ss.

⁷¹ F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, cit., p. 2140. Con riferimento al collegamento tra comunità familiare e situazioni giuridiche *extra-patrimoniali* rilevanti *post mortem*, cfr. A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., pp. 258-259.

⁷² F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, pp. 2143-2144; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni post mortem del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2021, p. 478; R. SENIGAGLIA, *Identità del corpo inanimato e legami affettivi. Rilevanza delle relazioni "familiari" oltre la convivenza*, nota a Trib. Treviso, Sez. I, 15 dicembre 2014, in *Jus civile*, 2015, p. 690; E. RIZZO, *Atti dispositivi del corpo umano e nuovi principi*, cit., p. 175 ss., spec. p. 178 ss.

⁷³ Che il corpo umano, da un punto di vista statico, sia un'entità non equiparabile ai beni

*extensa*⁷⁴) non valgono a snaturare lo stretto legame che lo lega alla sfera personale, identitaria e relazionale dell'individuo⁷⁵, di cui esso può essere considerato una proiezione.

4. Diritto al controllo e principio di finalità nella destinazione dei gameti

Alla luce di tali considerazioni, appare preferibile qualificare la posizione giuridica avente a oggetto i gameti non già come diritto di proprietà⁷⁶, ma – in

economici, in virtù del suo legame con valori e interessi della persona e data la diversità di norme costituzionali ad esso riferibili (art. 2 Cost. per il corpo e art. 42 Cost. per i beni economici), lo ha affermato anche Corte Cost., 30 gennaio 1986, n. 18, in *Foro it.*, 1986, c. 1783 ss. In questa prospettiva si è posta, dapprima una decisione del tribunale di Roma (ord. 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, c. 1986 ss.) e, recentemente, anche una sentenza del Tribunale di Nola (28 dicembre 2022, in *Foro it.*, 2023, fasc. 7, c. 2288 ss.) in tema di risoluzione per inadempimento del negozio con cui un uomo, prima di sottoporsi a trattamenti chemioterapici, aveva deciso di crioconservare il proprio seme presso una clinica specializzata, onde riservarsi la possibilità di procreare tramite il ricorso alla p.m.a. Al riguardo, si è affermato che i gameti crioconservati «non possono essere considerati *tout court* “beni”, come tali facenti parte di un “patrimonio” appartenente alla persona dal cui corpo furono prodotti». Tale soluzione si trae, secondo i giudici, dall'assoluta centralità del «ruolo della persona del cui corpo si tratta», derivante dalla circostanza che i gameti «sono strettamente inerenti (pur se separati) al corpo nella sua interezza e complessità; meglio ancora: sono componenti della persona umana nella sua unità fisica e psichica. Ne segue che essi [...] sono sì *res*, beni, suscettibili di essere oggetto di negozi giuridici, ma in termini del tutto peculiari, e sostanzialmente *extra commercium*, in quanto espressione di un immanente e inalienabile diritto personalissimo alla propria identità [...]». Per un commento, anche critico, alla decisione, sia consentito rinviare a L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2023, p. 1612 ss., ove vengono svolte alcune considerazioni sulla qualificazione del contratto con cui vengono crioconservati i gameti e sulle sorti del rapporto nel caso in cui, dopo la scadenza del termine pattuito, il disponente si disinteressa del proprio materiale biologico.

⁷⁴ Cfr., A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 74.

⁷⁵ A. GAMBARO, *ivi*, p., 74, il quale rileva che qualsiasi disposizione inerente il corpo umano «non è una decisione che riguardi una cosa, ma una decisione che riguarda la persona e va quindi considerata in riferimento ai diritti delle persone e non già in riferimento al fatto che fisicamente si tratta di una *res extensa*»; C.M. MAZZONI, *Il corpo nascosto dei giuristi*, in ID., *Per uno statuto del corpo*, cit., p. 141, per cui «Uomo e persona si duplicano nei ruoli e si unificano nella corporeità [...] alla fine è proprio il corpo, substrato della persona e elemento carnale dell'uomo, a diventare il dato unificante dell'essere». Con specifico riferimento al liquido seminale, cfr. G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, p. 177.

⁷⁶ Tale qualificazione è proposta, con riferimento ai campioni biologici in generale, da G. GIAIMO, *Il corpo umano tra proprietà e autodeterminazione*, in *Riv. dir. comp.*, Special Issue II, 2020, p. 75 ss. L'A., poi, distingue tale posizione giuridica dal “diritto al compenso”, relativo alla possibilità per il soggetto-fonte di partecipare agli eventuali guadagni derivanti dalla ricerca

linea con la descritta inerenza di tali entità con la sfera intima del soggetto – come “diritto al controllo” sulla loro destinazione, che rileva quale espressione di un interesse esistenziale della persona e si esprime attraverso atti di natura non già traslativo-attributiva, bensì autorizzativa.

Si tratta di una situazione giuridica che è diretta espressione della personalità dell'individuo⁷⁷, il quale è l'unico legittimato a decidere il destino dei propri gameti, nei limiti imposti dalla legge, dal principio di dignità e dalla natura del campione biologico. Il che attribuisce all'interessato un potere di autodecisione sulle cellule riproduttive che non si esaurisce con il (e nel momento del) distacco, ma perdura – almeno nelle ipotesi di p.m.a. omologa⁷⁸ – fino all'eventuale formazione dell'embrione.

Del resto, se si considera che ogni operazione sulle cellule riproduttive richiede l'intermediazione tecnica di uno specialista, affinché il diritto al controllo possa essere esercitato in maniera edotta e consapevole, è necessario che il divario informativo tra la persona e il tecnico venga colmato⁷⁹. Si spiega, così, il dovere che grava sul medico di fornire, in modo esauriente e sufficientemente comprensibile, tutte le informazioni utili a far maturare nel disponente la consapevolezza degli effetti delle proprie determinazioni, ivi compresa ogni notizia relativa agli eventi che possono incidere sulla destinazione e sulla conservazione dei gameti⁸⁰. La particolare natura del bene oggetto di destinazione, così come le caratteristiche del trattamento a cui è sottoposto impongono, infatti, che il dovere di informazione del medico non si esaurisca nel momento in cui chiede all'interessato il consenso al prelievo e alla crioconservazione, ma prosegua nel tempo, essendo necessario che la persona conosca tutti gli «elementi ulteriori e successivi che, in linea teorica, avrebbero una rilevanza tale da poter influire sull'originario volere»⁸¹.

effettuata a partire da tali entità. Prospetta l'esigenza di garantire il controllo sui campioni biologici anche L.M. LUCARELLI TONINI, *Biobanche e campioni biologici*, cit., pp. 190 e 198.

⁷⁷ Come tale, è un diritto assoluto, intrasmissibile, irrinunciabile e indisponibile. Cfr., G. GIAIMO, *Il corpo umano*, cit., p. 77.

⁷⁸ Rileva M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 228: «I poteri e i doveri risultanti dall'affidamento di gameti a fini di fecondazione eterologa non sono neppure identificabili con quelli che risultano dall'affidamento di gameti ai fini di fecondazione omologa. In quest'ultimo caso, il materiale genetico rimane nella piena disponibilità degli affidanti – quasi che continuasse ad essere incluso nel loro rispettivo corpo – finché non venga utilizzato, o non divenga inutilizzabile a scopo procreativo, o sino al diverso termine convenuto. Il potere di disporre non si trasferisce neppure agli eredi (v. anche l'art. 790 cod. civ.)».

⁷⁹ J. BELISLE, *Recognizing a Quasi-Property Right in Biomaterials*, in *UC Irvine Law Rev.*, 2013, p. 791.

⁸⁰ Cfr., in merito, Trib. Nola, cit.

⁸¹ G. GIAIMO, *op. cit.*, p. 76.

È proprio il consenso libero, spontaneo e informato, infatti, che costituisce lo strumento tramite il quale la persona può autorizzare la conservazione dei propri gameti e mantenere un potere di controllo sugli stessi⁸². Consenso che – come dimostrano la l. n. 40/2004⁸³, le *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione assistita*⁸⁴ e il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265 sulla manifestazione di volontà di accedere alle tecniche di p.m.a. – deve necessariamente precedere sia il singolo atto autorizzativo, sia ciascuna delle attività che compongono il procedimento di procreazione medicalmente assistita, così da tutelare l'autodeterminazione del disponente⁸⁵.

Da ciò emerge, altresì, che il regime di circolazione dei gameti – e, più in generale, dei campioni biologici umani – si fonda sul principio di finalit . Tale assunto – gi  espresso in materia di trattamento dei dati personali⁸⁶ e di tutela

⁸² L'importanza del consenso informato in materia di atti dispositivi che coinvolgono l'identit  personale, quali sono gli atti di disposizione del corpo,   stata da tempo affermata dalla Corte costituzionale (sent. n. 438 del 23 dicembre 2008, in *cortecostituzionale.it*) e ribadita, anche recentemente, dalla giurisprudenza di legittimit . Cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. III., 11 novembre 2019, n. 28985, in *dejure.it*; Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2023, n. 30032, *ivi*; Cass. civ., Sez. III, 7 novembre 2023, n. 31026, *ivi*. In dottrina, *ex multis*, C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilit  medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 1222 ss.; G. FACCI, *Il dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 558 ss. (parte I) e p. 617 ss. (parte II); A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre pi  unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilit  del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss.; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attivit  medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 85 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Digesto civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 177 ss. Con specifico riguardo al consenso nella p.m.a., F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 32 ss.; F. DI LELLA, *Il consenso nella procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2005, p. 31 ss.; A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 227 ss.; U. SALANITRO, *Art. 6 – Consenso informato*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, in *Comm. Cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2010, p. 544 ss.; L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, III ed., Torino, 2016, p. 129 ss.; A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novit  e vecchi problemi*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 40 ss.

⁸³ Cfr. artt. 6 e 14, comma 8, l. n. 40/2004.

⁸⁴ Cfr. D.M. 1  luglio 2015, in G.U. serie gen., n. 161 del 14 luglio 2015.

⁸⁵ G. GIAIMO, *op. cit.*, p. 77; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 100.

⁸⁶ Cfr. art. 5, par. 1, Reg. UE n. 679/2016. In riferimento a tale principio sul terreno del trattamento dei dati personali, v. M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceit  del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 179 ss.; G. D'IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalit  del trattamento tra Data Protection e Antitrust. Il caso dell'uso secondario di Big Data*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 943 ss.

del diritto all'immagine⁸⁷ – trova il suo fondamento nell'art. 22 della Convenzione di Oviedo e nell'art. 170-*bis*, comma 3 del codice della proprietà industriale e circoscrive la possibilità di disposizione e d'impiego dei gameti alle sole destinazioni per le quali la persona sia stata adeguatamente informata e per cui abbia espresso il proprio consenso – purché, naturalmente, si tratti di impieghi rispettosi della natura del bene e dei limiti imposti dalla legge. In altri termini, in forza del principio di finalità, l'efficacia legittimante del consenso informato è limitata ai soli utilizzi dei quali la persona sia stata resa edotta e per i quali abbia espresso la propria autorizzazione.

Ne segue che il consenso prestato dall'interessato non è un mero consenso a un atto dispositivo-traslativo, ma è fattore condizionante la liceità dell'utilizzo dei gameti da parte di terzi per le specifiche finalità indicate dal soggetto ed è diretto a impedire ogni altra diversa destinazione. Così, una volta separati dal corpo e salvo che il disponente non muti la propria determinazione, i gameti sono sottoposti a un regime che ne definisce la destinazione fissata⁸⁸, la quale deve essere compatibile con il perimetro operativo del consenso espresso e con la funzione riproduttiva propria di tali entità.

Il principio di finalità costituisce dunque l'elemento qualificante detti atti autorizzativi, impedendo che essi vengano ricondotti a fattispecie attributive di "beni", con conseguente acritica applicazione delle norme dettate in materia di proprietà e circolazione dei diritti reali, visto che la "finalità" per cui i gameti vengono affidati alla crioconservazione non solo circoscrive e conforma i poteri del terzo, ma garantisce il controllo dell'interessato sugli impieghi e le destinazioni cui il biomateriale viene sottoposto.

5. Successione mortis causa e destinazione dei gameti

La complessità della procreazione artificiale⁸⁹ può richiedere un considerevole lasso di tempo prima che la p.m.a. dia gli esiti sperati, sicché – come si è

⁸⁷ Cfr. M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, p. 142 ss.

⁸⁸ Così, Trib. Modena, sent. 8 maggio 2020, in *Ondif – Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 20 luglio 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17509334/illegittima-la-consegna-dei-gameti-crioconservati-alla-vedo.html>.

⁸⁹ In estrema sintesi, il procedimento di p.m.a. può essere tripartito: in una prima fase (c.d. informativa), i richiedenti sono resi edotti degli aspetti medici della procreazione medicalmente assistita e viene verificata la presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dalla legge per l'accesso alle tecniche; in un secondo momento, le parti sono invitate a prestare, per iscritto, il loro consenso all'applicazione delle tecniche di p.m.a.; infine, vi è una terza fase, nella quale

accennato in apertura – non è infrequente il verificarsi di vere e proprie sopravvenienze tra il momento della crioconservazione delle cellule riproduttive e quello dell'inseminazione, con conseguente incertezza circa la prosecuzione del trattamento⁹⁰. Il riferimento, più precisamente, è al caso in cui, dopo aver affidato il proprio seme a una clinica – in vista di un futuro impiego⁹¹, oppure

ha origine il trattamento medico, suddivisibile a sua volta in tre sotto-fasi, ossia quella della iper-stimolazione della donna (tesa alla formazione degli ovociti), quella del prelievo del materiale genetico e, poi, quella della formazione dell'embrione, con il suo successivo impianto nell'utero materno. Per un'analisi, cfr. A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita post mortem*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2019, p. 1614 ss.

⁹⁰ Diversa è l'ipotesi in cui l'evento si verifichi dopo la fecondazione degli ovuli, con conseguente creazione di uno o più embrioni. In questo caso, infatti, si ritiene che sull'asserito diritto del nascituro alla bigenitorialità – che ha ispirato la previsione dell'art. 5, l. n. 40/2004, sui requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a. – prevalgano le istanze di tutela dell'embrione nella sua aspettativa alla vita e il diritto della donna all'autodeterminazione in ambito familiare. Pertanto, nelle ipotesi di revoca del consenso da parte dell'uomo conseguente alla crisi della coppia e in quella di decesso del partner maschile, la donna mantiene il diritto a ottenere il trasferimento intrauterino degli embrioni. In questa prospettiva si pongono la giurisprudenza, anche costituzionale (cfr., sulla legittimità dell'impianto in caso revoca del consenso da parte dell'uomo, Corte Cost. 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*; Trib. S.M. Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, in *biodiritto.org*; Trib. S.M. Capua Vetere, ord. 11 ottobre 2020, *ivi*; mentre, in tema di impianto *post mortem*, Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 384 ss., con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, p. 488, con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*; Trib. Messina, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2019, c. 1430; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, *ivi*; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, p. 949, con nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*; Cass. 14 maggio 2019, n. 13000, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2019, p. 1143, con nota di F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*) e l'ultima versione delle *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione assistita* recentemente approvata con il D.M. 20 marzo 2024. In dottrina, cfr., oltre agli autori già citati e senza pretesa di esaustività, M. FACCIOLO, *Procreazione assistita omologa, separazione dei coniugi e revoca del consenso da parte dell'uomo*, in *Persona e mercato*, 2/2021, p. 361 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 104 ss.; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 523; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, 2004, p. 8 ss.; M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *BioLaw J.*, 3, 2015, p. 38 ss.; F. AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 576 ss.; A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 535 ss.; C. PETTA, *Procreazione medicalmente assistita post mortem, status filiationis e diritti successori del nato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 17 bis, dicembre 2022, p. 1018 ss.

⁹¹ È il caso, ad esempio, in cui l'uomo, prima di sottoporsi a delle cure che potrebbero compromettere la sua fertilità, decida di crioconservare il proprio seme, così da non precludersi la possibilità di generare un figlio.

nell'ambito di un procedimento di p.m.a. già avviato insieme alla partner – l'uomo muoia⁹². Il che pone la delicata questione delle sorti postume del seme crioconservato, stante il divieto di fecondazione *post mortem* desumibile dal combinato disposto degli artt. 5, commi 1 e 12, comma 2 della l. n. 40/2004.

Sul tema, recentemente sottoposto anche all'attenzione della Corte Edu⁹³, si stanno formando i primi, contrastanti, indirizzi giurisprudenziali, sorti a seguito della richiesta avanzata dagli eredi del defunto – solitamente la vedova – di ottenere il seme crioconservato, al (non sempre celato) fine di trasportarlo in un Paese ove tale pratica è consentita.

Al riguardo – e riprendendo quanto esposto nelle pagine che precedono – non pare condivisibile la tesi, adottata dal Tribunale di Roma nel 2013⁹⁴, che, muovendo dalla qualificazione dei gameti come beni oggetto di diritto di proprietà, ha ritenuto pienamente ammissibili il subentro degli eredi nella titolarità di tale diritto e la conseguente restituzione del seme in capo ai medesimi. Tale concezione, infatti, sembra essere il frutto di un'eccessiva semplificazione, poiché esalta unicamente il dato materiale dei gameti, assimilandoli a qualsiasi altra *res*, senza tenere conto, invece, dello stretto legame che essi mantengono con la persona, nonché del peculiare statuto giuridico al quale sono sottoposti.

Infatti, pur prescindendo dal fatto che la natura non patrimoniale di tali entità sembra escludere a priori l'esistenza di una vicenda successoria in ordine ad essi⁹⁵, ciò che preme rilevare è che i gameti sono il punto di riferimento oggettivo di interessi – quelli inerenti all'identità personale e alla procreazione –

⁹² La p.m.a. dopo la morte della donna, infatti, non pare allo stato ammissibile, dato che presupporrebbe il ricorso alla maternità surrogata, rendendo la fattispecie illecita alla luce del divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40. In merito, cfr. M. FACCIOLO, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw J.*, 3/2015, p. 1 ss.; A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, p. 211; A. VALONGO, *Profili evolutivi*, cit., p. 532; I. BARONE, *Procreazione post mortem*, cit., p. 952 ss.

⁹³ Si allude a Corte Edu, Sez. V, 14 settembre 2023, *Baret e Caballero c. Francia*, nn. 22296/20 e 37138/20, in cui la Corte ha escluso il contrasto con l'art. 8 CEDU dei provvedimenti con cui l'autorità giudiziaria francese – ai sensi del combinato disposto degli artt. L. 2141-2 e L. 2141-11-1 del Codice della sanità pubblica – ha negato alle ricorrenti la possibilità di esportare, rispettivamente, i gameti del partner defunto e gli embrioni.

⁹⁴ Il riferimento è a Trib. Roma, Sez. II, 28 giugno 2013, n. 14146, in *Nuovo dir. civ.*, I, 2016, p. 139 ss., con nota di D. FARACE, *Proprietà dei gameti umani e successione mortis causa*, cit.

⁹⁵ Per un'impostazione che tende a ravvisare l'esistenza di un vero e proprio fenomeno successorio anche in talune situazioni giuridiche non patrimoniali, si vedano, A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., *passim*; G. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, Napoli, 2022, p. 173 ss.

che escludono la fungibilità soggettiva nella titolarità del diritto e, dunque, anche il possibile subentro di terzi (gli eredi) nella medesima posizione giuridica del *de cuius*⁹⁶.

Non solo, ma neppure condivisibile appare la soluzione alternativa proposta nella medesima decisione, secondo la quale, in assenza di un apprezzabile interesse della clinica sanitaria a conservare i gameti una volta morto il donatore, andrebbe privilegiato l'interesse dei ricorrenti ad avere «una reliquia» del defunto. Una siffatta concezione, oltre a rappresentare una reificazione incompatibile con la dimensione personale delle cellule riproduttive, appare in contrasto con il principio di finalità, che, come si è detto, imprime ai gameti una destinazione ben precisa. Infatti, per quanto l'interesse dei superstiti ad avere un ricordo del defunto possa essere apprezzabile, non pare poter giustificare un uso del seme diverso da quello per il quale l'interessato aveva prestato il suo consenso, dovendosi, in sede di bilanciamento, riconoscere prevalenza all'interesse originario del *de cuius*.

Né maggiormente condivisibile può considerarsi l'argomentazione dei giudici capitolini – poi sostanzialmente ripresa in una successiva decisione del 2019⁹⁷ – secondo la quale il divieto di fecondazione *post mortem* non inibirebbe l'operare del meccanismo successorio, in quanto un eventuale uso vietato – l'impiego per finalità riproduttive – verrebbe in gioco solo se e quando

⁹⁶ Il fenomeno ereditario, invece, presuppone che la situazione giuridica oggetto di devoluzione sia indifferente alla mutazione soggettiva di titolarità. Cfr., *ex multis*, G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Vassalli, Torino, 1977, p. 14; G.B. FERRI, *Successioni in generale*, artt. 456-511, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1965, p. 32 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione necessaria*, 3^a ed., in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1992, p. 178; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, IV ed., t. I, Milano, 2015, p. 32 ss.

⁹⁷ Il riferimento è a Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, cit. Il caso, a ben vedere, differisce da quello deciso nella citata sentenza del 2013, ove la richiesta di consegna era stata avanzata dai genitori del defunto nella loro qualità di eredi legittimi, mentre in questa ipotesi la vedova aveva fondato la propria domanda sulla volontà testamentaria del *de cuius* di affidarle la disponibilità del materiale biologico, senza ulteriori specificazioni in ordine al loro impiego. Argomentando a partire dalla richiesta di una condotta “neutra”, quale è parsa la semplice consegna degli spermatozoi in adempimento di un atto di ultima volontà altrettanto neutro, il Tribunale di Roma ha affermato che il divieto di fecondazione *post mortem* potrà entrare in gioco solo «se e quando, eventualmente la parte [la vedova, ndr] volesse servirsi dei gameti a fini riproduttivi». Tuttavia, come rilevato in una successiva pronuncia del Tribunale di Modena (sent. 8 maggio 2020, cit.) «la finalità per cui la consegna dei gameti viene richiesta deve essere esplicitata al fine di valutare il rispetto dei limiti e dei vincoli posti dalle norme imperative e la conformità alla destinazione indicata dall'interessato nell'atto di consenso informato [...]», cosicché una domanda di consegna “neutra”, anche se diretta a utilizzare i gameti in un modo consentito, non può essere accolta in assenza di uno specifico consenso informato dell'interessato in ordine a tale impiego.

posto in essere da parte dell'erede. In altri termini, secondo questa prospettiva, la valutazione dell'uso che il beneficiario farà degli spermatozoi del defunto non rilevarebbe nel giudizio relativo alla trasmissibilità *mortis causa* dei gameti, potendo eventualmente costituire l'oggetto di uno specifico processo avente a oggetto la condotta ritenuta vietata.

Si è visto, tuttavia, che il regime circolatorio dei gameti è ispirato al principio di finalità, il quale impone che gli atti giuridici e materiali riguardanti tali entità siano conformi agli scopi per i quali è stato espresso il consenso informato e rispettosi dei vincoli posti dalle norme imperative. Nel caso in cui la persona crioconservi i suoi gameti nell'ambito di una procedura di p.m.a. avviata insieme al partner oppure per riservarsi una *chance* di procreare qualora debba sottoporsi a terapie che potrebbero compromettere la sua fertilità⁹⁸, il consenso espresso si frappone all'operatività degli automatismi tipici del diritto successorio. Di conseguenza, esso impedisce anche la consegna dei campioni, perché, alla luce del divieto di fecondazione *post mortem*, il fine della procreazione – che aveva ispirato l'originario atto dispositivo – non è più realizzabile dopo la morte dell'interessato⁹⁹.

6. (Segue) *I poteri del disponente*

Più complessa è l'ipotesi in cui, con un atto a causa di morte, l'interessato abbia disposto che il proprio seme debba essere consegnato alla moglie o, comunque, ad altro erede.

Al riguardo, occorre distinguere il caso in cui l'atto dispositivo sia privo di un'espressa indicazione circa il futuro impiego del seme, da quello in cui, invece, il *de cuius* abbia precisato che il suo sperma dovrà essere utilizzato per finalità riproduttive¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. nota 33.

⁹⁹ In questo senso, Trib. Modena, cit. In una prospettiva tesa a negare il subentro degli eredi nella posizione giuridica dell'interessato, anche Trib. Roma, ord. 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, c. 692 ss.; Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, c. 3349 ss.

¹⁰⁰ Ipotesi, quest'ultima, da tempo posta all'attenzione dei giuristi statunitensi, a partire dal noto caso *Hecht v. Superior Court of Los Angeles (Kane)* del 1993 (16 *Cal. Rptr. 2d*, p. 275 ss.), nel quale un uomo, con disposizione testamentaria, aveva lasciato il proprio liquido seminale alla partner, affinché lo potesse utilizzare per procreare. La *Court of Appeal* della California ha adottato una soluzione di compromesso, perché ha riconosciuto il diritto di proprietà sul seme in capo al *de cuius*, ma, al contempo, ha ritenuto sussistente su di esso un vincolo di destinazione, impresso dalla volontà del defunto, tale per cui la moglie non avrebbe potuto «dare, vendere o

Nella prima ipotesi, è dato ritenere che la disposizione, difettando dell'indicazione relativa alla finalità dell'impiego, non sia idonea a integrare gli estremi di un consenso informato dotato della specificità necessaria per mutare la destinazione originariamente impressa ai gameti¹⁰¹. Infatti, una disposizione di ultima volontà "neutra" non consentirebbe di vagliare il rispetto dei limiti imposti dalla legge in questa materia (su tutti il divieto di fecondazione *post mortem*)¹⁰², né di cogliere appieno le reali intenzioni del *de cuius* circa la destinazione postuma da questi voluta per i suoi gameti, rendendo così più arduo valutare in concreto anche la meritevolezza degli interessi perseguiti dal disponente¹⁰³.

Per tali ragioni, contrariamente a quanto recentemente affermato¹⁰⁴, una disposizione *mortis causa* meramente attributiva dei gameti non sembra idonea a giustificare l'accoglimento della domanda di consegna avanzata dal beneficiario di tale lascito.

Anche nella seconda ipotesi, a ben vedere, la domanda non potrebbe essere accolta. Infatti, l'atto *mortis causa* con cui il *de cuius*, volendo revocare l'eventuale consenso informato alla distruzione dei gameti crioconservati, abbia espressamente previsto l'utilizzo del seme ai fini di una fecondazione postuma, sarebbe nullo per contrarietà a norma imperativa, o comunque, ricorrendone i presupposti, per illiceità dei motivi *ex art. 626 c.c.*¹⁰⁵. Ciò induce a

disporre in qualsiasi altro modo del lascito [...], atteso che esso era stato deliberato dal testatore esclusivamente al fine di concepire un figlio con la signora Hecht e con nessun'altra».

¹⁰¹ In questo senso, Trib. Modena, cit.

¹⁰² Anzi, una siffatta disposizione si tradurrebbe nell'attribuzione di un potere dominicale pieno invero affatto insussistente già nella sfera giuridica del disponente.

¹⁰³ Sulla necessità che il controllo di meritevolezza sia svolto in concreto, *v.*, in particolare, P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in materia di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, II, p. 500 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, pp. 95 ss. e 106 ss.

¹⁰⁴ Cfr., Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, cit.

¹⁰⁵ Così, Trib. Modena, cit., ove si rileva, in maniera condivisibile, che, anche a voler ritenere che il fine procreativo espresso sia qualificabile come motivo della disposizione, quest'ultima sarebbe comunque nulla *ex art. 626 c.c.* qualora la fecondazione *post mortem* rappresenti il motivo illecito determinante che ha indotto il testatore a disporre. *V.* anche Trib. Roma, ord. 19 novembre 2018, cit. In dottrina, V. BARBA, *Campioni biologici e atto di ultima volontà*, cit., p. 229. *Contra*, invece, E. GIUSTI, *Il lascito testamentario dei gameti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, p. 1279 ss., la quale, muovendo dalla circostanza che la l. n. 40/2004 si limita a vietare la fecondazione *post mortem* senza statuire alcunché circa la possibilità di disporre dei gameti, sostiene la validità di una siffatta disposizione. Tuttavia, tale opinione non appare condivisibile perché, nonostante l'indifferenza della legge verso la possibilità di disporre *post mortem* dei propri gameti,

ritenere che attualmente una simile disposizione non potrebbe colmare la sopraggiunta mancanza dei requisiti soggettivi richiesti per l'accesso alla p.m.a. e, dunque, consentire la consegna dei gameti alla richiedente.

Escluso, dunque, che la manifestazione di volontà dell'interessato possa tradursi in una fattispecie attributiva, è possibile invece ipotizzare che, in alcuni casi, essa possa assumere rilevanza nella destinazione *post mortem* dei gameti, purché presenti i requisiti formali e sostanziali di un consenso specifico, libero, autonomo e informato.

Innanzitutto, la persona potrebbe dichiarare, mediante atto scritto, che i gameti crioconservati debbano essere destinati, dopo la morte, a finalità di ricerca e di studio. Del resto, ai sensi dell'art. 13, l. n. 40/2004, la ricerca sui gameti non soggiace a un divieto tanto stringente come quello previsto per gli embrioni, perché, a differenza di questi ultimi, le cellule riproduttive non sono dotate di quel grado di soggettività giuridica che, seppur relativa e contingente¹⁰⁶, esclude liceità di tale attività¹⁰⁷. Pertanto, nel rispetto dei limiti imposti dalla norma e dal principio di dignità, è dato ritenere che essa sia ammissibile e possa essere prevista dal *de cuius* come impiego a cui dovranno essere destinati i propri gameti.

Si consideri, del resto, che l'ordinamento riserva un particolare favore alla possibilità di disporre di parti del proprio corpo per scopi simili, come testimonia la recente l. 10 febbraio 2020, n. 10¹⁰⁸, in materia di destinazione del corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica¹⁰⁹.

il divieto desumibile dal combinato disposto degli artt. 5, commi 1 e 12, comma 2, della l. n. 40/2004 è idoneo a incidere non solo sulla concreta realizzazione della fecondazione *post mortem*, ma altresì sulla validità degli atti che la prevedano.

¹⁰⁶In questi termini, M. RIZZUTI, *Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 17 bis, dicembre 2022, p. 674.

¹⁰⁷Sul tema, cfr. Corte Cost., sent. n. 84 del 22 marzo 2016, in *biodiritto.org*, ma, altresì, Corte Edu *Parrillo c. Italia* del 27 luglio 2015, cit.

¹⁰⁸Per un commento alla normativa, v. L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 523 ss.; G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 843 ss.; S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw J.*, 2020, p. 271 ss.; M. GHIONE, *Luci e ombre della l. 10/2020 in materia di disposizione del corpo e dei tessuti post mortem*, in *Famiglia*, 2020, p. 457 ss.

¹⁰⁹Sebbene, dal punto di vista concettuale, vi sia una differenza fra cellule – quali sono i gameti – e tessuti, è altresì vero che non mancano ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad aver messo sullo stesso piano tali entità, com'è a dirsi, ad esempio, per quanto previsto dall'art. 3, lett. q) del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 in materia di qualità e sicurezza nel trattamento di

Peraltro, da tempo si è chiarito che le disposizioni *mortis causa* di carattere non patrimoniale – quale sarebbe quella in oggetto – sono ammissibili anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge, purché nei limiti di liceità e meritevolezza degli interessi perseguiti dal disponente¹¹⁰. Requisiti, questi ultimi, che possono ritenersi sussistenti quando, come nel caso in esame, l'atto trascenda il mero individualismo e si colori di una connotazione solidaristica, perché diretto a contribuire allo sviluppo e alla sostenibilità del progresso medico-scientifico.

Muovendosi in questa prospettiva, è possibile ritenere meritevole di tutela anche l'atto con cui l'interessato preveda che, in caso di suo decesso, i gameti che aveva crioconservato debbano essere destinati alla fecondazione eterologa¹¹¹. In altri termini, la persona, mediante un atto a causa di morte, potrebbe sostituire l'originario consenso informato con un nuovo atto, che, risolvendo il precedente rapporto, determini una conversione della destinazione impressa ai propri gameti, tale per cui questi dovranno essere impiegati non più per il soddisfacimento degli interessi procreativi del disponente (peraltro non più realizzabili), ma nell'ambito di procedure di p.m.a. di tipo eterologo e dunque per finalità di stampo solidaristico¹¹².

Tale atto – che, stante la sua natura non patrimoniale, potrebbe essere espresso sia per via testamentaria, sia mediante un diverso negozio di ultima volontà¹¹³ – risulterebbe rispettoso della funzionalità riproduttiva dei gameti e non

cellule e tessuti umani, ove si afferma che gli istituti che conservano le cellule riproduttive devono essere ricompresi tra gli istituti dei tessuti. Cfr. E. GIUSTI, *Il lascito testamentario di gameti*, cit., p. 1284.

¹¹⁰ Cfr., *ex multis*, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 11 ss.; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 21 ss.; G. MUSOLINO, *Disposizioni non patrimoniali di ultima volontà e testamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 965 ss.; V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787 ss.; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 500 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., pp. 95 ss. e 106 ss.

¹¹¹ Sul tema del consenso alla donazione dei gameti, v. M. BASILE, *I donatori di gameti*, cit., p. 223 ss.; E. PRASCINA, *The Prohibition of Gametes' Donation: When the Constitutional Court 'Decides to Decide'*, in *The Italian Law Journal*, 2016, p. 213 ss.; S.P. PERRINO, *Note a margine del D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131: le nuove disposizioni in materia di donazioni di cellule riproduttive a cinque anni dalla Corte cost. n. 162/2014*, in *BioLaw J.*, 2020, p. 311 ss.

¹¹² Destinazione, questa, che sarà concretamente attuabile qualora siano rispettati i requisiti di cui all'allegato III del d.lgs. n. 16 del 25 gennaio 2010, così come modificato dal d.P.R. 23 agosto 2019, n. 131.

¹¹³ Sull'ammissibilità di atti di ultima volontà diversi dal testamento, si vedano G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 316 ss. e 326 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., p. 141 ss.; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p.

contrasterebbe con il divieto di fecondazione *post mortem*, perché tale proibizione deve ritenersi circoscritta alla sola p.m.a. omologa¹¹⁴.

Conseguentemente, può ritenersi che, nonostante i rigorosi vincoli cui soggiace il regime circolatorio dei gameti, il perseguimento di finalità non patrimoniali e di natura essenzialmente solidaristica ampli i margini riservati all'autonomia privata anche nella destinazione *post mortem* delle cellule riproduttive.

7. Rilevi conclusivi

La questione relativa alle sorti *post mortem* delle cellule riproduttive rappresenta un'ipotesi paradigmatica del tema oggetto d'indagine e senz'altro densa di ricadute applicative, come dimostrato dai descritti – e tra loro contrastanti – arresti giurisprudenziali. Nondimeno, la morte dell'interessato non è l'unico evento che pone il problema di stabilire il destino dei gameti e la natura dei poteri che su di essi possono essere esercitati, perché altri e variegati sono i casi che possono porsi: si pensi, ad esempio, alla deducibilità dei gameti in accordi che ne stabiliscano le sorti per il caso di crisi della coppia¹¹⁵, oppure all'ambito operativo della clausola con cui si autorizza la clinica sanitaria a distruggere il materiale biologico al termine del periodo stabilito per la loro crioconservazione¹¹⁶. Ipotesi, anche queste ultime, che, nell'individuazione della disciplina in concreto applicabile, suggeriscono di non fermarsi alla materialità e all'esteriorità della *res*, così come alla rigida scissione concettuale tra persona e cosa, dato che essa non pare in grado di comprendere la vera essen-

504; e, si consenta, L. DANI, *Disposizioni mortis causa di carattere non patrimoniale: riflessioni in tema di destinazione del cadavere* (l. 10/2020), in *Dir. succ. fam.*, 3, 2022, p. 981 ss.

¹¹⁴ Anche in questa ipotesi, a ben vedere, la volontà dispositiva potrebbe essere ricondotta nell'ambito degli atti solidaristici con cui la persona dispone del proprio corpo *post mortem*, di cui un chiaro esempio è il consenso al prelievo di organi e tessuti *post mortem* a fini di trapianto di cui alla l. 1° aprile 1999, n. 91.

¹¹⁵ In tali ipotesi le questioni che vengono in rilievo sono molteplici e non si esauriscono nella definizione della natura dell'entità oggetto dell'atto di disposizione e, quindi, alla possibilità che i gameti possano essere oggetto di un vincolo di natura pattizia, ma attengono anche all'ammissibilità dei c.d. patti prematrimoniali. Su questo tema, si veda M. RIZZUTI, *Accordi sulla sorte di embrioni e gameti crioconservati*, cit., p. 664 ss., spec. p. 675, il quale apre alla possibilità di dedurre le cellule riproduttive in accordi che ne stabiliscano le sorti, quantomeno con riferimento alla loro destinazione alla ricerca o alla fecondazione eterologa.

¹¹⁶ Su questo aspetto, sia consentito rinviare a L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., p. 1612 ss.

za della relazione tra essere umano e *res*. È proprio al profilo relazionale e alle molteplici sfaccettature del rapporto, che, invece, appare necessario dare preminente rilievo, evitando categorizzazioni che possono rilevarsi inadeguate a cogliere la reale natura degli interessi in gioco.

Del resto, a differenza delle scienze economiche, per le quali il concetto di bene è univocamente connesso ai vantaggi patrimoniali che una data entità può apportare, le scienze giuridiche si connotano per l'attenzione nei confronti degli interessi umani; così, la tutela offerta dal diritto non si rivolge solo alle utilità patrimoniali, ma anche – e spesso prevalentemente – a quelle non patrimoniali che le entità, sia materiali che immateriali¹¹⁷, sono in grado di offrire¹¹⁸.

Sicché, i poteri esercitabili sul corpo umano e le relative tutele non possono essere semplicisticamente ricondotti al paradigma dominicale e alle logiche circolatorie ad esso connesse. Il corpo umano, i gameti e gli altri campioni biologici sono realtà che – seppur con diverse sfumature¹¹⁹ – appartengono in modo immanente alla persona, ma il concetto di appartenenza deve essere inteso in modo diverso e senz'altro più ampio di quello di proprietà¹²⁰, identificandosi, invece, nella *indefettibile riferibilità alla persona*. È detto nesso di appartenenza che giustifica i poteri dispositivi sui gameti, i quali, come dimostra

¹¹⁷ Circa la capacità delle “*res*” immateriali – e, in particolare, di quelle digitali – di soddisfare interessi sia patrimoniali che non patrimoniali, *v.*, in questo volume, V. PUTORTÌ, *Trattamento post mortem dei dati digitali e mandato ex art. 2-terdecies d.lgs. n. 101/2018*, p. 103 ss. e, per i profili penalistici, C. COLUCCI, *I mobili confini della “cosa” nel mondo digitale*, p. 73 ss.

¹¹⁸ Da tempo si è affermato che anche gli istituti giuridici patrimoniali sono diretti a soddisfare interessi di carattere esistenziale (cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.). In questo volume, il tema è stato affrontato, con riferimento al diritto di abitazione del coniuge superstite *ex art. 540*, comma 2, c.c., da G. PACINI, *I diritti successori del coniuge superstite nel prisma della depatrimonializzazione* (p. 155 ss.), che ha altresì evidenziato il collegamento tra tale istituto e il reato di violazione di domicilio *ex art. 614 c.p.*

¹¹⁹ Infatti, sebbene i campioni biologici siano tutti accomunati da una capacità informativa tale da esigere comunque particolari tutele, è dato rilevare che altro sono i gameti, altro sono unghie e capelli, cioè materiale privo di quell'intrinseca attitudine riproduttiva che, come si è detto, rende i gameti un *unicum* nel panorama delle realtà biologiche umane. Per la necessità di distinguere il regime applicabile ai vari campioni biologici in ragione della natura degli stessi, *v.* V. CAREDDA, *Il corpo e le sue parti: premesse di una riflessione*, in S. ARU, M. BETZU, S. CECCHINI, R. CHERCHI, L. CHIEFFI, G. COINU, A. D'ALOIA, A. DEFFENU, G. DEMURO, G. FERRAIUOLO, F. PASTORE, I. RUGGIU, S. STAIANO (a cura di), *Studi in onore di Pietro Ciarlo*, vol. III, Napoli, 2022, p. 1725 ss.

¹²⁰ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., p. 69 ss.; E. RIZZO, *Atti dispositivi del corpo umano e nuovi principi*, cit., p. 180; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 106.

l'impianto normativo vigente, possono essere esercitati dalla persona per il solo soddisfacimento di interessi di carattere esistenziale o solidaristico. Tale legame con interessi di siffatta natura riconduce gli atti dispositivi sui gameti a una logica di stampo personalistico, che induce a individuare regole e principi diversi da quelli sottesi ai paradigmi circolatori tipici degli atti che riguardano qualcosa di separato da sé e non, come in questi casi, *una parte di sé*¹²¹.

¹²¹ A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2013, pp. 1018-1019, la quale, muovendo dall'acquisita centralità dell'interesse nel rapporto tra persona e *res* e dunque nella qualificazione delle entità, materiali e immateriali, come beni in senso giuridico, afferma come sia l'interesse – e non la cosa – a definire la disciplina. Sicché, afferma l'A., «al fondo del procedimento di qualificazione giuridica restano [...] gli interessi che funzionalizzano la disciplina e la destinazione impressa al bene» (p. 1046).

I MOBILI CONFINI DELLA “COSA” NEL MONDO DIGITALE

di *Clementina Colucci*

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra persona e *res*: una premessa. – 2. I delitti contro il patrimonio e il legame tra modalità di condotta e suo oggetto. – 3. Il modello di aggressione *diretta* ... – 4. ... e la centralità del concetto di cosa. – 5. Il fenomeno della smaterializzazione dei beni. – 6. I caratteri delle *res* smaterializzate: il dato digitale tra cosa mobile ed entità immateriali. – 7. Dal possesso all'accesso: mutamento del paradigma di appartenenza ... – 8. ... e delle modalità di offesa. – 9. Le condotte “offensive” del dato informatico e l'applicabilità dei delitti di furto e appropriazione indebita. – 10. Alcune conclusioni.

1. *Il rapporto tra persona e res: una premessa*

Quale che ne siano state le differenti declinazioni teoriche, la tutela penale del patrimonio rappresenta una costante storica di ogni ordinamento collocandosi la difesa dell'“altruità” patrimoniale tra le «condizioni-base di ogni società organizzata»¹.

Tale centralità spetta al patrimonio in ragione del rapporto, atavico e inscindibile, tra l'uomo e le *res* del mondo. Fin dall'origine, infatti, la civiltà si è fondata sulla distinzione tra persona e cosa e sul rapporto di dominio strumentale che tra queste intercorre²: le cose appartengono all'uomo che le usa, quali entità fisica separate da sé e distinte dalla più ampia realtà che lo circon-

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, II, Padova, 2021, p. 2.

² Il carattere ancestrale di tale rapporto, così come la complessità del suo contenuto, è ben illuminata dall'etimo del termine «appartenenza» che designa al contempo l'*estendersi* e lo *spettare*: la continuità naturale del mondo viene frammentata dall'uomo che la converte nella pluralità delle cose di cui può poi appropriarsi. V., N. IRTI, *S-confinatezza*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2925 secondo cui «la volontà di “far proprio” si manifesta mediante l'individuazione degli oggetti, e dunque distinguendoli e separandoli», spec. 2926.

da, per soddisfare bisogni altrimenti inattuabili, ora attraverso l'immediato ap-
pagamento che esse possono garantire, ora mediante la loro disposizione³.

La strumentalità, storicamente radicata, che connota il rapporto tra perso-
na e *res* ha contribuito a definire i connotati stessi dell'esistenza consociata,
estendendosi fino a colorare le relazioni tra gli uomini, il cui *status* è dipeso
per lungo tempo dalla solidità del loro patrimonio: il possesso delle cose o la
perdita di esse ha per secoli definito i vincitori e i vinti in tempo di guerra, le
classi sociali e il loro assetto in tempo di pace.

Il rapporto che lega l'uomo alle cose del mondo e il suo declinarsi secondo
il paradigma dell'avere trova fondamento nella finitezza delle risorse e nell'e-
sigenza, che ne scaturisce, di regolare i limiti e i modi dell'appartenenza. In
questo senso, il "diritto delle cose" è sempre stato concepito come diritto del-
le ricchezze; connotazione, questa, che si è fatta ancor più evidente in epoca
tardo-ottocentesca, quando nel trinomio valore, appropriazione e scarsità la
scienza economica ha individuato il fulcro dell'"economicamente utile" e del-
l'ottimale allocazione delle risorse sul mercato: il valore delle cose si riduceva
allora al mero punto di incontro tra domanda ed offerta, determinato esclusi-
vamente dalla loro utilità e scarsità⁴.

La traccia storica di un simile legame risiede nella constatazione della eter-
na esistenza della 'proprietà' intesa, secondo un'ottica grandangolare, come il
legame giuridico più intenso fra un soggetto e un bene e «la risposta all'inter-
rogativo centrale sulla consistenza minima del 'mio' giuridico»⁵.

Il moderno statuto proprietario, incastonato nell'attuale cultura giuridica
occidentale dai codici ottocenteschi come «proprietà solitaria delle cose del
mondo fisico»⁶, si rifà in larga misura alla nozione romanistica che la indicava
come *piena signoria sulla cosa materiale*. Il riconoscimento di una disponibilità

³ Adottando un'ottica più strettamente antropologica le cose, con la loro fisicità, agendo sul
mondo come punti nodali, consentono all'uomo di concretizzare il trascendente e di sperimen-
tare l'esperienza della progettualità, fornendo continuità e stabilità alla sua esistenza. Sul punto,
H. ARENDT, *Vita activa*, trad. it. di S. Finzi, Milano, 2017 (1ª ed. 1964), p. 156; U. FABIETTI,
Materia sacra. Corpi, oggetti, immagini, feticci nella pratica religiosa, Milano, 2014, p. 7; G.
AGAMBEN, *L'irrealizzabile. Per una politica dell'ontologia*, Torino, 2022.

⁴ La costruzione della modalità di appartenenza intorno al principio della massimizzazione
dello sfruttamento della cosa trova il proprio riferimento economico nel teorema di Coase, R.
COASE, *The Problem of Social Costs*, in *J. L. Econ.*, 1960. A queste premesse è allineato il fonda-
mento storico-dogmatico della proprietà, secondo una struttura adeguata a trainare la conver-
sione del sistema produttivo da un'economia feudale ad un sistema capitalistico, ma che si mo-
stra inidonea di fronte alle nuove esigenze. V. A. GAMBARO, *La proprietà*, II ed., in *Tratt. dir.
priv.*, 2017, p. 23 ss.

⁵ P. GROSSI, *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 266.

⁶ P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quad. fior.*, 1977, p. 862.

piena, che reclama disinteresse da parte dei consociati, si impenna sul carattere fisico ed esclusivo di detta relazione: la *res* è “nelle mani” di chi la possiede⁷, il quale ha il diritto di goderne e disporne in modo esclusivo e assoluto⁸.

Se per secoli un simile paradigma ha dominato il panorama dogmatico ciò non si deve solo alla stabilità dei bisogni che le cose sono state, a lungo, in grado di soddisfare; così come le esigenze che spingono oggi a ripensarlo non trovano causa nel solo modificarsi degli interessi da tutelare. In verità, anche i caratteri dei beni hanno consentito di far coincidere l'appartenenza con la tutela del *proprio* giuridico, così come le peculiarità che distinguono le *res* dell'oggi fanno emergere l'esigenza di ripensarne lo statuto e la tutela. Come si dirà, infatti, in conseguenza dell'evoluzione che ha investito il mondo delle cose si profila l'esigenza di interrogarsi circa l'adeguatezza del quadro teorico tradizionale e l'attualità di concepire i beni unicamente secondo logiche appropriate⁹.

2. I delitti contro il patrimonio e il legame tra modalità di condotta e suo oggetto

Del protagonismo di una simile relazione nel corso di tutta la storia e, certamente, di quella moderna e contemporanea sono espressione anche le fattispecie del titolo XIII del codice penale, che si connotano in senso marcatamente antropocentrico, all'insegna di una relazione materiale tra soggetto e oggetto¹⁰. Il proteiforme sistema dei delitti contro il patrimonio ha infatti «a

⁷L'uso della mano in funzione di appropriazione è atto assai antico, che si lega ai riti di guerra nei quali la cosa appartiene a chi fisicamente la prende. A Roma, l'azione di *vindicatio* prevedeva che chi volesse rivendicare l'appartenenza di una determinata cosa (o persona, nel caso di schiavi) toccasse la *res* e pronunciasse la formula di rito. Anche il trasferimento della proprietà attraverso il rito del *mancipium* prevedeva l'uso della mano insieme alla pronuncia delle frasi rituali. Cfr. A. SCHIAVONE, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2010.

⁸Sul rapporto tra bene e diritto di proprietà, *ex multis*, U. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, 1976, p. 77 ss.; S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 164 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 84 ss.

⁹R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Beni a valore non prettamente economico: rilievi privatistici per un diritto “relazionale”*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2023, p. 439.

¹⁰L'intenzione del legislatore codicistico che modificò l'intitolazione del capo rispetto alla previgente versione che titolava “dei delitti contro la *proprietà*”, fu infatti quella di precisare l'oggetto giuridico e non quella di apportare un mutamento sostanziale al fulcro della tutela penale dell'appartenenza. Sul punto, in particolare V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino, VIII, 1938, p. 2. Nello stesso senso, F. ANTOLISEI, *Manuale*

che fare con l'assetto dei rapporti degli uomini con le loro cose»¹¹, da cui discende la dimensione "cosale" e la peculiare fisionomia di delitti che tutelano «una relazione atomizzata uomo-natura»¹², simbolo di un mondo ove l'uomo soddisfa i propri bisogni tramite l'esercizio di un potere sui suoi avere e ove la proprietà dei «frammenti di natura» rappresenta l'estrinsecazione stessa della persona umana.

Che l'ideale confine dei delitti contro il patrimonio sia segnato proprio dalla materialità delle cose e dalla unicità della relazione tra soggetto e oggetto trova ulteriore conferma nell'esclusione dal fuoco di tutela dei beni immateriali, con la sola eccezione delle energie, normativamente prevista (art. 624, comma 2, c.p.)¹³.

È dunque indubbio che la tutela penale apprestata alle *res*, pur distinguendosi dalla violazione della mera disciplina civilistica, faccia perno sul regime di appartenenza che ha rivestito il ruolo di protagonista nei secoli, trovando nello statuto proprietario un necessario presupposto. La piena attuazione di tale regime, e dunque la sua centralità, è stata garantita dalla natura delle cose che ne hanno formato oggetto, la cui materialità ha dato agio alla costruzione di fattispecie che tutelassero il patrimonio contro comportamenti di illecita rottura di tale relazione.

La stretta compenetrazione tra le caratteristiche proprie delle cose e le modalità di costruzione delle fattispecie a loro tutela riflette, infatti, la correlazione tra oggetto e modalità di offesa che nei reati contro il patrimonio si rivela particolarmente stringente.

Essi costituiscono, infatti, una forma archetipica di illecito penale la cui tipicità accoglie schemi universali e costanti di condotte già nettamente stagliate come modalità di offesa sul piano fenomenologico e che, per quanto piegati e ritagliati dal legislatore, continuano a fornire l'ossatura concettuale a qualunque

di diritto penale – Parte speciale, I, Milano, 2022, p. 374; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale – Parte speciale*, III, Milano, 2003, p. 3; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015, p. 4. V. anche A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 115.

¹¹ D. PULITANÒ, *Il patrimonio come oggetto di tutela*, in ID. (a cura di), *Diritto penale – Parte speciale*, Torino, 2010, p. 12.

¹² Parla di relazione cosale F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, p. 128.

¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale, Tutela penale del patrimonio*, Vol. II, Torino, 2013, p. 22 secondo il quale «l'aggancio a cose materiali, in continuità con la tradizione, segna un limite di funzionalità dei classici delitti contro il patrimonio: vi è estranea la tutela di diritti di contenuto patrimoniale che non siano, però incorporati in cose». Sul tema v. anche C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 351 ss.

costruzione scientifica¹⁴, traducendosi, sul piano della costruzione normativa, in una tendenziale «coincidenza fra comportamenti umani aggressivi del patrimonio e condotte tipizzate»¹⁵.

Il sistema così originato si compone di figure criminose che, nell’ambito della comune oggettività giuridica, si stagliano come *tipi* orditi sulla modalità di condotta¹⁶, nei quali è «il “mezzo” il momento più originale e significativo» che funge da *principium individuationis* «a chi si accinga a riordinare e classificare la materia»¹⁷.

Diversamente da quanto avviene per altri settori, infatti, la tutela codicistica del patrimonio non è orientata dalla funzione di offensività di danno o di pericolo della condotta, quanto piuttosto dalla modalità di aggressione intesa in una dimensione «oggettivo-materiale»¹⁸, che il legislatore ha saputo declinare attraverso l’enucleazione, cesellata e raffinata, di comportamenti descritti in modo plastico e “visuale”¹⁹.

¹⁴ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei reati contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 4, il quale evidenzia come, su tale constatazione non influisca in alcun modo la prevalenza della concezione normativa su quella naturalistica. Il pensiero era già stato espresso in F. CARRARA, *Corso di diritto penale. Parte speciale*, vol. IV, § 2280, Prato, 1889, il quale affermò: «Punisca il legislatore questo o quel fatto come par meglio alla prudenza sua; il fatto per contesto non muta; esso rimane sempre quello che è».

¹⁵ A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 102.

¹⁶ La loro storia si identifica con la progressiva differenziazione dei tipi di aggressione dalle primordiali categorie del *furtum* e del *falsum*, poi approdata all’odierna strutturazione codicistica ordita secondo la contrapposizione tra violenza e frode che, seppur interpretativamente abbandonata in favore della distinzione tra offese inferte con aggressione unilaterale e offese attuate con la cooperazione della vittima, sulla quale è ormai concorde tutta la dottrina, esprime un’attenzione alla modalità di condotta che non ha mai del tutto abbandonato il sistema classificatorio. V. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 39 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., pp. 10, 11. Per una ricostruzione storica del percorso di differenziazione, seppur con puntuale riferimento al diritto anglo-americano, M. PAPA, *Patrimonio (reati contro il) in diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 313 ss.

¹⁷ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 39. Sul punto v. anche F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962.

¹⁸ M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell’usura*, Torino, 2010, p. 9.

¹⁹ Sul carattere visuale che la condotta descritta dalla norma incriminatrice dovrebbe assumere, v. M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2021. Sul tema, seppur da un differente angolo prospettivo, ID., *Dal codice scheumorfico alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 129 ss. Sulla nascita e lo sviluppo della tipicità penale, fondamentale A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Torino, 1997. Per l’approfondimento del principio di tipicità, nella dottrina italiana v. F. PALAZZO, *Principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 342 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento*

Con particolare riguardo ai reati di aggressione unilaterale, poi, il ruolo dell'evento risulta significativamente sacrificato, mentre emerge con chiarezza la rilevanza dei profili modali della vicenda delittuosa, la quale si impernia proprio sull'azione aggressiva dell'altrui sfera patrimoniale²⁰.

L'impostazione che ne consegue, seppur espressa in una forma – quella della partizione tra violenza e frode – ritenuta «grossolana»²¹ ed equivoca, foriera di problematiche che le sono valse la critica di quella dottrina che la additò come «priva di contenuto scientifico ed interpretativo»²², rimane tuttora una valida intuizione. È indubbio, difatti, che la modalità di lesione, considerata nella sua attitudine offensiva, svolge una funzione illuminante non solo della specifica oggettività giuridica la quale, pur non perdendo la propria autonomia, si misura con la capacità lesiva dei singoli mezzi e in rapporto ad essi si specifica²³, ma anche degli altri elementi della fattispecie. Posta la condotta come fulcro del meccanismo esegetico-dogmatico, si produce infatti un'«inversione di precedenze nella logica del procedimento interpretativo» in forza della quale gli elementi della fattispecie trovano definizione in funzione della modalità aggressiva²⁴, marcando così il loro affrancamento dagli omonimi civilistici²⁵ e l'ancoraggio al tipo²⁶.

Come si dirà più avanti, il legame che avvince le modalità aggressive al loro oggetto, così come la stessa delimitazione del concetto di patrimonio, sono oggi messe in discussione dall'evoluzione tecnologica e dal processo di dematerializzazione che ad essa si accompagna, che modifica il rapporto dell'uomo con le cose e con la loro utilità, e dunque, la correlazione tra quest'ultime e la ricchezza.

vigente, Torino, 1979, 139 ss.; ID., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 693 ss.; G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 535 ss.

²⁰ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 30 ss.; F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., pp. 24-26.

²¹ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 39.

²² F. MANTOVANI, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1.

²³ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., 31 osserva come il bene giuridico si riveli uno strumento euristico inidoneo a cogliere il reale baricentro delle fattispecie in esame. Nei reati contro il patrimonio, si osserva, l'oggettività specifica non è altro che un riflesso dell'attitudine lesiva del mezzo tipico alla quale, pur tuttavia, può porre dei limiti nell'ambito dell'incriminazione.

²⁴ F. MANTOVANI, *Contributo allo studio*, cit., p. 61.

²⁵ Sull'interpretazione da darsi ad elementi normativi che ricorrono anche nella disciplina civilistica, per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, II, cit., pp. 14-16.

²⁶ M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, in M. PAPA, F. CINGARI, A. VALLINI, *Lezioni di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2023, pp. 315, 316.

3. Il modello di aggressione diretta ...

Premessa la piena centralità che la modalità di condotta riveste nel sistema dei delitti contro il patrimonio, ed evidenziato il legame che la avvince agli oggetti sui quali l'azione si riversa, occorre addentrarsi in uno dei principali modelli offensivi – quello di aggressione unilaterale – per poter meglio cogliere le sfaccettature e l'intensità del legaccio che tiene unite le forme di aggressione al loro naturale elemento di destinazione.

I delitti di aggressione unilaterale rappresentano una delle due categorie nelle quali, per unanime indicazione della dottrina, è possibile suddividere i delitti contro il patrimonio: tra questi si possono annoverare, come ipotesi paradigmatiche, il furto, l'appropriazione indebita ma anche, sebbene foriero di non poche problematiche, il danneggiamento.

Tali delitti offendono il patrimonio c.d. "determinato", nella misura in cui, cioè, esso sia concretizzato in cose specifiche. Le condotte oggetto di incriminazione intaccano, fino a spezzarla, la relazione tra l'offeso e la cosa ponendosi in urto con i rapporti giuridici costituiti e conculcando il patrimonio nella sua dimensione *statica*. Non sorprende, dunque, che essi si impernino sulla cosa che forma oggetto dell'agire criminoso, che ne costituisce termine di riferimento. Per converso, i delitti perpetrati con la cooperazione della vittima, il cui atto di disposizione è necessario perché si realizzi la lesione, insidiando il rapporto nel suo divenire, offendono il patrimonio nella sua dimensione *dinamica* e ruotano intorno al concetto di *valore*²⁷.

Come anticipato, il profilo di interesse riguarda le modalità di condotta e il loro rapporto con l'oggetto materiale, ed è da questo specifico punto di vista che occorre osservare le citate fattispecie. Nei delitti di aggressione unilaterale, alla centralità del mezzo offensivo si affianca la dimensione "cosale" impressa dalla materialità delle *res* e dalla natura "atomizzata" del rapporto uomo-natura che tali delitti intendono tutelare²⁸.

Proprio in ragione del fatto che le modalità della condotta tendono a plasmarsi su – ed essere modellate da – la natura dell'oggetto materiale, è possibile operare un'ulteriore differenziazione interna alla categoria, tra delitti che implicano un *illecito trasferimento di ricchezza* e quelli che si sostanziano in un *mero pregiudizio* per il titolare del bene.

Sotto questo profilo, furto e appropriazione indebita rappresentano le due forme, fenomenologicamente fondate, con cui avviene l'illecita traslazione di valore dalla sfera giuridico-economica della vittima a quella dell'agente.

²⁷ G. PECORELLA, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, p. 642.

²⁸ F. SGUBBI, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 334.

In particolare, nel furto la sottrazione è modalità di condotta particolarmente pregnante che assurge ad elemento indefettibile del reato, cosicché l'impossessamento della cosa altrui non può essere realizzato senza ricorrere all'azione sottrattiva intesa, nel suo significato etimologico, come la decurtazione fisico-qualitativa di un bene con il quale la vittima intratteneva un precedente rapporto di strumentalità, sulla quale aveva signoria e di cui poteva disporre²⁹.

La tipicità del furto incrimina l'illecito spostamento patrimoniale, collegato alla sostituzione dell'agente alla persona offesa nella "signoria del bene sottratto", intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva; alla sottrazione deve dunque necessariamente seguire l'impossessamento: non è sufficiente, infatti, che vi sia stata la dispersione dell'altrui ricchezza ma da ciò deve conseguire l'arricchimento, pur non contestuale, della sfera giuridica dell'autore.

In ragione della imprescindibile correlazione tra i due momenti della condotta, la dottrina ha evidenziato come la norma sul furto presenti un duplice contenuto precettivo: essa non si limita a vietare l'alterazione del rapporto esistente tra soggetto e *res* ma proibisce altresì l'instaurazione di una nuova relazione con essa da parte dell'agente, così al contempo presidiando l'integrità del patrimonio altrui e arginando l'indebito arricchimento dell'autore³⁰.

In tale duplicità troverebbe giustificazione, secondo alcuni, la minore gravità del danneggiamento, il quale tutelerebbe unicamente il nucleo più duro della relazione tra uomo e *res*, coincidente con l'integrità della cosa nella sua sostanza e nella sua utilizzabilità. Tale disparità sanzionatoria, resa oggi ancor più evidente dalla depenalizzazione dell'ipotesi di danneggiamento "semplice", varrebbe ad individuare la distinzione tra i delitti che operano un trapasso di valori e quelli che si esauriscono in una mera diminuzione patrimoniale: «nel primo caso l'agente si arricchisce impoverendo altri, nel secondo impoverisce altri senza arricchirsi»³¹.

Sotto questo specifico aspetto, il fenomeno si declina in modo simile anche nella struttura dell'appropriazione indebita, ove l'autore infrange l'assetto della sua detenzione instaurando con la cosa un rapporto di autonoma strumen-

²⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 27; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 24; ID., voce *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 366; F. SGUBBI, *Patrimonio*, cit., p. 344.

³⁰ F. MANTOVANI, *Contributo allo studio*, cit., p. 16.

³¹ F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., il quale rinviene il fondamento dei delitti contro il patrimonio nella finalità di tutelare l'assetto della società di stampo borghese-capitalistico.

talità *uti dominus*. Secondo autorevole dottrina, anche la condotta appropriativa sarebbe suddivisibile in due segmenti in grado di esprimere la duplicità precettiva di cui si è detto: il primo, negativo, rappresentato dall’appropriazione del legittimo proprietario, nella sua esclusione definitiva dal rapporto con la cosa; il secondo, positivo, dell’impropriazione, consistente nella creazione in capo al soggetto agente di un nuovo rapporto di fatto con essa³².

Della centralità del concetto di cosa in tale categoria di delitti partecipa anche il requisito del “danno” che, pur non testualmente menzionato, secondo la dottrina sarebbe naturalmente implicato dalle modalità aggressive; privando il legittimo titolare del suo rapporto con la cosa, la sottrazione e l’impossessamento recano con sé un nocimento necessario ed implicito, non potendo la sua espressa previsione aggiungere alcunché in termini di tipicità. Se ne desume che nei delitti di aggressione la tutela del patrimonio si sostanzia nella garanzia della relazione di libera disponibilità tra soggetto e bene.

Infine, sempre alla cosa è legato l’ulteriore requisito che, pur come oggetto di proiezione soggettiva, contribuisce a ritagliare l’ambito applicativo della norma: il profitto, infatti, quale connotato della specifica direzione della volontà con funzione delimitatrice rispetto al profilo oggettivo della condotta³³, deve poter essere tratto direttamente dalla cosa, come dimostra l’uso della particella pronominale nella locuzione “*al fine di trarne profitto*”³⁴.

³² V., A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 449, il quale esclude dalla condotta di appropriazione tanto l’ipotesi in cui vi sia unicamente la condotta di espropriazione – come nell’ipotesi di distruzione del bene – quanto quella in cui l’agente usi la cosa con l’intenzione di restituirla all’avente diritto.

³³ L’effettiva funzione delimitatrice del dolo specifico di profitto sembra essere stata messa, *de facto*, in crisi da una recente pronuncia delle Sezioni Unite nella quale si afferma che “nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall’autore”, come una finalità di diletto, ritorsione o vendetta. La soluzione accolta da Cass. S.U., 12 ottobre 2023, n. 41570, infatti, ampliando la nozione di profitto fino a farlo coincidere con qualsiasi finalità soggettivamente ritenuta apprezzabile, mette in pericolo la funzione delimitativa del dolo specifico che ne risulta tacitamente abrogato con conseguente estensione in *malam partem* del raggio applicativo della fattispecie incriminatrice. In argomento v., A. NATALINI, *Dubbi sul fine di trarre profitto nel delitto di furto*, in *Guid. dir.*, 33, 2022, p. 60 ss.; G. FLORA, “Mi parli del dolo specifico nei delitti contro il patrimonio”. *La risposta (sbagliata?) delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2023, p. 611 ss. Per una ricostruzione del dibattito sul tema, v. F. VALENTE, *Il fine di profitto del delitto di furto e le “frontiere” della patrimonialità*, in questo volume, 141 ss.

³⁴ Per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 44. In giurisprudenza, Cass., Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 30073, in *CED*, Rv. 273561; Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 2017, n. 4966, non mass.; Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2009, n. 47997, in *CED*, Rv. 24572.

4. ... e la centralità del concetto di cosa

Se, dunque, i legami tra la condotta e il suo oggetto materiale sono, nei delitti di aggressione unilaterale, tanto stretti da influenzarsi reciprocamente, il concetto di *cosa* con i caratteri che le sono propri, non può che trovare compiuta definizione non già sul piano astratto bensì nel contesto del “tipo”³⁵.

Nel linguaggio comune con il termine «cosa» si definisce un’entità naturale, una parte del mondo esterno funzionale all’attuazione di un interesse umano, individuale o collettivo. Nel mondo del diritto, invece, non esistono «cose» se non nei limiti in cui esse costituiscano termine di riferimento di una relazione giuridicamente qualificata³⁶. Ancorché non sia oggetto di esplicita definizione, né sul versante civilistico né su quello penalistico, il termine è utilizzato nella descrizione di altre nozioni. La *cosa* rileva, infatti, quale complemento oggetto nell’ambito dell’art. 810 c.c., a tenore del quale si identificano i beni come quelle “*cose suscettibili di formare oggetto di diritti*”³⁷, mentre nel comma 2 dell’art. 624 c.p., il quale afferma che «*agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l’energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico*», essa è utilizzata quale termine di un’espressa equiparazione tra un bene (considerato) immateriale e la cosa mobile³⁸.

Nonostante l’assenza di definizioni positive, dottrina e giurisprudenza concordano circa le caratteristiche essenziali della cosa mobile rilevante nella categoria di delitti contro il patrimonio “mediante aggressione”, incentrata sulla specifica relazione tra soggetto e cosa, fornendo una ricostruzione articolata in chiave empirico-naturalistica³⁹.

Il primo dei requisiti è rappresentato dalla *fisicità*; carattere che, come si è detto, pone all’esterno del perimetro della nozione le espressioni del pensiero, le dichiarazioni o manifestazioni di volontà, le invenzioni dell’ingegno: entità

³⁵ M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, cit., p. 311 ss., spec. p. 315.

³⁶ S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, II, Milano, 1934, p. 14 ss. Per un ampio panorama in ordine al concetto giuridico di cosa v. ID., *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 19 ss. V. anche C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, Torino, 1937.

³⁷ Sulla differenza tra beni e cose v. O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni. Artt. 810-821*, in P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1999, p. 12 ss.

³⁸ V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1995, p. 279. La scelta, intesa a porre fine ad un dibattito che aveva impegnato la dottrina sotto l’impero del codice del 1889, appare tuttavia oggi ridimensionata dal superamento scientifico della distinzione tra energia e materia.

³⁹ Così, F. SGUBBI, *Profili generali*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2000, p. 426 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 28.

immateriali⁴⁰ che, per le loro caratteristiche, non sono suscettibili di essere sottratte e non possono formare oggetto di furto o di appropriazione⁴¹.

La cosa deve essere anche *mobile*, caratterizzata cioè da definitezza spaziale ed esistenza autonoma che la rendono suscettibile di essere materialmente trasferita da una sfera patrimoniale all'altra⁴².

La delimitazione del concetto penalistico di "cosa mobile"⁴³ ricomprende dunque ogni entità fisico-materiale – diversa dal corpo vivente e dal cadavere⁴⁴, destinatari di autonoma e specifica tutela – idonea ad essere trasportata da un luogo all'altro, che presenti i caratteri della definitezza spaziale, esistenza autonoma e corporeità⁴⁵, che sia in grado di soddisfare un bisogno umano,

⁴⁰ Per un'ampia riflessione sui beni immateriali, pur nell'ottica della tutela civilistica, v. M. ARE, *Beni immateriali (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, p. 244 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 11. maggio 2010, n. 20647, in *CED*, Rv. 247270, che esclude che possa ritenersi oggetto materiale di furto o appropriazione indebita l'apprensione di disegni o carteggi contenenti informazioni coperte dal segreto industriale, in quanto, riconducibili alla categoria dei "beni immateriali", ai quali il legislatore, preso atto della loro crescente importanza nella società contemporanea, ha offerto specifica tutela.

⁴¹ B. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 167 ss.; C.F. GROSSO, *Problemi di responsabilità penale di appropriazione e utilizzazione non plagaria delle altrui opere dell'ingegno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 67 ss. Di contrario avviso LANZA, *La tutela penale del prodotto immateriale del lavoro e il concetto di «amotio» nel delitto di furto*, in AA.VV., *Per il cinquantenario della Rivista Penale*, Città di Castello, 1925, p. 516 ss. Assurge, invece, al rango di *cosa* il supporto materiale su cui le entità immateriali vengono trasfuse (c.d. materializzazione), in un'opera di concretizzazione che fonde contenente e contenuto in un *unicum* che assume la forma del primo e il valore del secondo e rispetto al quale è ipotizzabile la sottrazione o l'impossessamento. V. G. PECORELLA, *Furto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1969, p. 335.

⁴² G. PECORELLA, *Furto (dir. pen.)*, cit., 335. Sul punto, pacifico in dottrina, v. anche PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit.

⁴³ Come noto, la nozione di cosa rilevante ai fini penali non coincide con l'omonimo concetto civilistico, rivelandosi rispetto ad esso per un verso più ridotto, per un altro più ampio. Sul punto, D. ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, in E. FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 1936, p. 51 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale. Reati contro il patrimonio*, IX, 1, 1938, p. 10; F. MANTOVANI, *Furto*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 359 ss.; G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 29; F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁴ Sul tema, per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, il quale afferma che, come avviene per le parti del corpo vivente mediante il distacco, anche il cadavere, con la morte, passa da essere persona a cosa. Tuttavia, pur non esistendo un *tertium genus*, il cadavere è *res sui generis*: in quanto «proiezione ultraesistenziale della persona umana», esso non è assoggettato né alle norme del diritto privato riguardanti le cose né a quelle del diritto penale a loro tutela. Le parti dell'organismo, come capelli, sangue e organi, invece, una volta distaccate dal corpo, possono considerarsi cose mobili. Recentemente la giurisprudenza ha qualificato in tal senso gli ovociti prelevati dal corpo della donna, Cass., Sez. II, 25 novembre 2020, n. 37818, in *CED*, Rv. 280361.

⁴⁵ G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 27; MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit.,

sia esso materiale o spirituale, e dunque di formare oggetto di diritti patrimoniali⁴⁶.

La conferma della correttezza di una simile delimitazione concettuale proviene proprio dal dato testuale dell'art. 624 c.p., comma 2, il quale, nell'operare un'equiparazione, ai soli effetti penali, delle energie naturali al concetto di cosa mobile, *a contrario* conferma l'effettivo contenuto del concetto oggetto di estensione.

Infine, il ruolo che l'oggetto materiale è chiamato a svolgere nell'interazione con la condotta, così come la necessità che entrambi gli elementi siano valutati ai fini della sussumibilità del fatto sotto l'art. 624 c.p., trova conferma in quelle affermazioni della giurisprudenza secondo cui, nonostante il dettato del secondo comma equipari le energie alle cose mobili da ciò non può desumersi la piana applicabilità ad esse di tutti i delitti contro il patrimonio⁴⁷; ed in particolare, la norma sul furto non sarebbe applicabile alle condotte acquisitive che si riferiscano a "energie libere", come le onde radiofoniche o televisive, sia perché non suscettibili di appropriazione⁴⁸, sia «per mancanza di una diretta *deminutio patrimonii* nei confronti dell'ente trasmittente⁴⁹.

5. Il fenomeno della smaterializzazione dei beni

Sebbene molteplici e mutevoli siano state le forme di utilità che le cose hanno potuto garantire agli uomini⁵⁰, poche delle trasformazioni che nel tem-

p. 24; ID., *Furto*, cit., p. 366; *contra*, L. SOLA, *Tutela dei beni immateriali e reati contro il patrimonio: alcune osservazioni*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 782 ss.

⁴⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 24. V. anche A. PAGLIARO, *Appropriazione indebita*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 225 ss. Per la condivisione di tale nozione anche da una parte della giurisprudenza. V., Cass., Sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, in *CED*, Rv. 247270 secondo cui «per cosa mobile – secondo la nozione desumibile, nella sua massima estensione, dall'art. 624 cpv. c.p. – deve intendersi qualsiasi entità di cui in rerum natura sia possibile una fisica detenzione, sottrazione, impossessamento, appropriazione, e che a sua volta possa spostarsi da un luogo ad un altro o perché ha l'attitudine a muoversi da sé oppure perché può essere trasportata da un luogo ad un altro o, ancorché non mobile *ab origine*, resa tale da attività di mobilitazione ad opera dello stesso autore del fatto, mediante sua avulsione od enucleazione».

⁴⁷ Cass., Sez. III, 28 settembre 1987, n. 276, in *Foro it.*, 1987, 5, II, c. 297 ss.; cfr. anche, Cass., Sez. II, 23 settembre 1977, n. 2788, in *CED*, Rv. 137856.

⁴⁸ G. MARINI, *Interferenza "indebita" nell'"altrui banda" di trasmissione radiotelevisiva e delitto di danneggiamento comune*. *Notazioni*, nota a Cass. pen., Sez. III, 20 settembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, p. 284.

⁴⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., 30.

⁵⁰ M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, cit., p. 316.

po hanno investito la categoria ha avuto un impatto tanto significativo quanto la “smaterializzazione”, che ha ormai permeato i rapporti sociali ed economici modificando nel profondo l’assetto dei rapporti tra l’uomo e la ricchezza.

L’avvento dell’immateriale e il frenetico irrompere delle tecnologie digitali rappresentano, infatti, una radicale rottura rispetto alle certezze che il mondo materiale, con le sue regole, ha assicurato all’uomo per diecimila anni⁵¹, e hanno impresso alla realtà un moto rivoluzionario dai profili inediti. Quella digitale è, infatti, una “tecnologia” trasversale che, per il suo diffuso impatto sulle strutture economiche e sociali, può essere annoverata nel ristretto numero di quelle *tekné* – tra le quali si collocano il fuoco e l’elettricità – che, investendo ogni aspetto della vita umana, sono state in grado di plasmare l’intera società e modificare radicalmente la vita dell’uomo e il corso della sua storia⁵².

Volendo tratteggiare i contorni del fenomeno – nei limiti di quanto interessa in questa sede – esso si sostanzia nella separazione dal sostrato empirico di attività e utilità, che sempre più spesso esprimono la propria essenza prescindendo dalle entità materiali cui afferiscono.

Le cose che abitano il nostro tempo sono prive di quella fisicità intrisa di *negatività* che caratterizza il mondo materiale; sarebbero piuttosto “non-cose”⁵³, la cui essenza è trasferita in massima parte nella componente immateriale che le permea, e cioè il *significato* simbolico che esse esprimono per chi le possiede e utilizza: «sulla funzione utilitaria prevale un’ipertrofia del senso che ha convertito l’uso in segno di questo uso»⁵⁴.

La decostruzione della realtà effettuale e materiale si sostanzia in un processo di datificazione della realtà che consente di trasformare in informazione qualsiasi oggetto, creando un mondo digitale parallelo ma del tutto autonomo rispetto a quello materiale, nel quale la versione “datificata” delle *res* è suscettibile di essere replicata all’infinito senza alcun costo, e la cui circolazione, li-

⁵¹ Si ritiene che l’economia dei beni materiali abbia avuto inizio con la nascita dell’agricoltura che, rendendo l’uomo stanziale e non più nomade, ha consentito la nascita e lo sviluppo delle società e che ha condotta, attraverso una lenta e costante evoluzione, all’attuale organizzazione sociale ed economica. È all’agricoltura che si devono l’addomesticamento degli animali, la divisione e specializzazione dei ruoli, la produzione di strumenti, la nascita del concetto di proprietà e l’esigenza della sua tutela.

⁵² Nel linguaggio degli economisti esse sono definite GPT (*General Purpose Technologies*).

⁵³ Sul tema degli oggetti tecnologici, come cose prive di quella fisicità e negatività che è qualità propria ed essenziale degli oggetti (da *obicere*: resistere), il venir meno di ogni contrapposizione tra utilizzatore e cose, pensate non per contrapporsi all’uomo ma per seguirne e assecondarne le esigenze v. BYUNG CHUL-HAN, *Le non-cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Torino, 2022.

⁵⁴ A. CUSUMANO, *Se le cose non sono soltanto cose*, in *Dialoghi mediterranei*, 13, 2015.

bera da ogni vincolo, così come lo sfruttamento, sono difficilmente assoggettabili a controllo.

Sebbene si tratti all'apparenza di una mera "traslitterazione", il funzionamento di tale realtà si fonda su "regole" di funzionamento profondamente diverse da quelle che il mondo materiale ci ha abituati a conoscere. Ciò non può che riflettersi sui fenomeni che il diritto si prefigge di regolare, rendendo difficoltosa l'applicazione degli statuti teorici tradizionali: cambiano, infatti, le interazioni e le posizioni di fatto dei soggetti verso le *res*, così come si sviluppano nuove aggressioni ai beni giuridici, le cui forme sfuggenti sono spesso insuscettibili di essere rappresentate morfologicamente e difficilmente sussumibili sotto le tradizionali fattispecie.

6. I caratteri delle *res smaterializzate*: il dato digitale tra cosa mobile ed entità immateriali

È necessario a questo punto provare a stilare, seppur in modo provvisorio, i tratti che caratterizzano le *res* digitali.

Il primo e più immediato profilo concerne, come si è detto, l'immaterialità. Le nuove "cose" esistono in una dimensione non fisica, trascendono e superano il supporto materiale nel quale pur possono *dimorare* ma dal quale non mutuano la loro ontologia. L'immaterialità, dunque, non implica necessariamente l'assenza di materia che, tuttavia, non contribuisce a definire l'essenza della *res* alla quale è invero solo strumentale, destinata a rappresentare un mero supporto di una sostanza che la domina e la trascende.

La problematicità di tale intrinseca differenza si è posta agli interpreti con riferimento alla natura del file informatico, soprattutto in considerazione del suo *esistere* su supporti materiali da e verso i quali può essere trasferito. Se la pressoché unanime dottrina è concorde nel negare il carattere materiale del file informatico⁵⁵, la giurisprudenza più recente ne ha invece affermato la natura fisica⁵⁶, che sarebbe determinata dai *Byte*, e cioè dal numero delle com-

⁵⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 28; G. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, p. 267 ss.; G. AMARELLI, *Furto (art. 624 c.p.)*, in S. FIORE (a cura di), *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, p. 51. *Contra*, seppur con diversità di argomentazioni, U. GRECO, *Il furto di software*, in *Giur. Mer.*, 1988, p. 706 ss.; R. BORRUSO, S. RUSSO, C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, Milano, 2009, p. 31; D. FALCINELLI, *Tempi moderni e cultura digitale: il valore del patrimonio dell'identità umana "on line"*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 317 ss.

⁵⁶ La riconduzione del dato informatico al concetto di cosa mobile è stata fatta propria dalla più recente giurisprudenza la quale, al fine di affermare l'applicabilità dei reati di cui agli artt.

ponenti necessarie per l'archiviazione e la lettura dei dati in esso contenuti. La fisicità del file sarebbe dunque dimostrata dall'esistenza di unità di misurazione della sua capacità di contenere dati, e ciò sarebbe conclamato dalla «differente grandezza dei supporti fisici in cui possono essere conservati e elaborati»⁵⁷.

Una simile argomentazione non solo sovrappone, confondendole, le nozioni di fisicità e di misurabilità, dacché non tutto ciò che è misurabile è dotato di corpo, ma si rivela poi contraddetta dall'impossibilità di ricondurre le fenomenologie offensive a quelle delle fattispecie prese in considerazione, rispetto alle quali la particolare natura dei dati informatici rappresenta un ostacolo logico, prima ancora che giuridico.

Ancora, numerose sono le differenze strutturali che segnano il confine tra mondo materiale e mondo digitale. Alcune di queste interessano in misura minima il giurista, e ben più l'economista o il sociologo: il costo minimo della produzione di beni digitali e quello nullo della riproduzione e del trasferimento degli stessi; o, ancora, la tendenziale non deperibilità dei beni che appartengono alla dimensione immateriale e il carattere crescente dei rendimenti di scala.

Altri caratteri, invece, richiamano l'attenzione del diritto imponendo al giurista riflessioni circa l'adeguatezza dei modelli tradizionali. Tra questi, legata all'immaterialità delle *res* digitali, la riproducibilità delle stesse. Il mondo virtuale permette infatti la riproduzione delle *res* smaterializzate un numero potenzialmente infinito di volte, consentendo la creazione di innumerevoli esempla-

624 c.p. e 646 c.p. alle condotte appropriative di *files* informatici, si è concentrata sul dimostrare la struttura fisica qualificandoli quali insiemi di dati numerici che, anche al di là della loro rappresentazione grafica, assumono carattere materiale. V. Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959 secondo cui è configurabile il reato di appropriazione indebita nella condotta di chi, dopo aver copiato alcuni documenti presenti su un computer aziendale affidatogli per motivi d'ufficio, proceda alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer "formatato". Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza sono state oggetto di forti critiche da parte della dottrina che ha ravvisato nell'applicazione delle fattispecie di furto e appropriazione indebita ai dati informatici un'operazione di carattere analogico, come tale del tutto illegittima. Sul punto v., N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2020, p. 651 ss.; C. ZANOTTI, *Appropriazione indebita di "files"? Il "file", come l'aria, è un bene immateriale che può essere concretizzato solo attraverso un supporto*, in *Giust. pen.*, 8-9, pt. 2, 2020, p. 464 ss.; L. BARILE, *Appropriazione indebita di file informatici: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia. Il diritto penale è 'cosa mobile'*, in *Sist. pen.*, 3, 2021, p. 139 ss.; P. CIPOLLA, *L'appropriazione indebita "informatica" nel contesto della dematerializzazione del concetto di cosa nei reati contro il patrimonio*, in *Giust. pen.*, 2020, II, p. 614; A. SCARCELLA, *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, p. 556 ss.; G. FIORINELLI, *Nomina nuda tenemus? Lo statuto penalistico del crimine informatico tra mutamenti fenomenici e modificazioni semantiche*, in *disCrimen*, 3 gennaio 2023, p. 23.

⁵⁷ Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, § 1.5.3.

ri, autonomi ma perfettamente identici. Questa modalità si riflette sullo statuto di circolazione di dette entità, che transitano non legate al *corpus* originario ma attraverso le inesauribili “copie”.

All'intrinseca riproducibilità è poi strettamente legata la possibilità di un contemporaneo ed integrale godimento della cosa da parte di una pluralità, potenzialmente indefinita, di soggetti.

Nella dimensione immateriale i beni sono dunque *non escludibili*, non essendo possibile impedire ad un soggetto di goderne. Essi sono anche *non rivali*⁵⁸ poiché la fruizione da parte di taluno non ostacola il contestuale e simultaneo utilizzo dello stesso bene da parte di altri: una fruizione diffusa, plurale, ubiqua che fino a poco tempo fa era atta a descrivere unicamente entità astratte, come le idee o la cultura⁵⁹.

Ciò consente di mettere a nudo un ulteriore carattere della *res* che, nel bene smaterializzato, assume una propria autonomia concettuale. Nella logica dei beni tradizionali, l'*esclusività* della relazione tra uomo e cosa, e con essa lo *ius excludendi alios* che pone il primo in una posizione di assoluta signoria sul proprio bene, è garantita dalla fisicità di quest'ultimo; in quanto esistente nel mondo materiale, la cosa è limitata e spazialmente definita e il suo rapporto esclusivo con l'uomo è assicurato proprio da tale unicità fenomenica.

Le *res* smaterializzate si distinguono, invece, per una disponibilità potenzialmente infinita. Ed è proprio la dissociazione tra esclusività e fisicità il nodo che maggiormente pone in crisi il concetto di “cosa”, il suo statuto di strumentalità, il suo valore.

È evidente come ciò comporti maggiori difficoltà di regolazione del mondo immateriale e del relativo *enforcement*: quella dose di escludibilità necessaria a garantire i tradizionali statuti di appartenenza può essere assicurata solo evitando di porre il bene nel pieno dominio dell'utente – impedendogli, ad esempio, di riprodurre il brano musicale o il video con lettori diversi da quelli che impediscano il salvataggio di copie locali⁶⁰.

⁵⁸ Le categorie della non escludibilità e della non rivalità, coniate con riferimenti ai beni pubblici che per primi – e a lungo da soli – hanno presentato simili caratteri, risale a A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, p. 585 (ed. or. *An Inquiry into the Nature and causes of the Wealth of Nations*, London, 1776).

⁵⁹ È celebre la massima del Presidente degli Stati Uniti Thomas Jefferson che disse: «Chi riceve un'idea da me, ricava conoscenza senza diminuire la mia; come chi accende la sua candela con la mia riceve la luce senza lasciarmi al buio».

⁶⁰ Il riferimento è al campo del c.d. *legal design* e, più in particolare, al ristretto insieme della *normatività strutturale* (o architettura deontica). Nate con lo scopo di rinvigorire la forza prelettiva e l'attuazione delle norme, esse postulano una modalità di coinvolgimento del diritto fin dalla fase di disegno e strutturazione degli artefatti e dei processi della realtà sociotecnica che può essere riassunta con la formula *Code is Law*. La costruzione di veri e propri artefatti digita-

Se osservate con la dovuta distanza prospettica, le descritte proprietà non rappresentano che sintomi di una natura profondamente differente tra le cose del mondo fisico e quelle della realtà digitale; differenza che non consente alcuna operazione di coerente traslitterazione delle prime nella “versione” propria delle seconde. Esse sono in tutto e per tutto «oggetti sociali»⁶¹ le cui funzioni e i cui limiti non hanno diverso perimetro se non quello attribuitogli dall’uomo.

Interrogarsi su quale sia il livello in cui si colloca la natura degli oggetti digitali presuppone l’abbandono della ricerca di un codice di traduzione che consenta di comprendere la “versione digitale” con l’alfabeto di quella materiale e implica un complesso ripensamento del modo di concepire, e tutelare, i nuovi oggetti. Se per un verso la *res* digitale non può essere in alcun modo collocata sotto il cappello ermeneutico del concetto di cosa, dall’altro essa si discosta anche dai beni immateriali *tout court*.

Come è stato evidenziato, infatti, pur non spazialmente definito e passibile di infinita duplicazione il dato informatico ha una propria sussistenza autonoma, esiste a prescindere dal supporto sul quale è inglobato e dai diritti su questo vantati⁶²; pur non consistendo in entità materiale dotata di corpo, esso non è un’entità puramente concettuale.

li, la cui strutturazione impedisce o impone all’utente di tenere un determinato comportamento, si distingue per l’alto grado di efficacia. Tra gli esempi si possono annoverare i programmi per la lettura dei file che impediscono all’utente di scaricarne, copiarne o stamparne il contenuto attuano direttamente quanto imposto dalla normativa sulla tutela del diritto di autore. Ancora, sebbene più discusso, il caso degli NFT (*Non-fungible token*) che, tramite il meccanismo di *blockchain* è in grado di restituire quell’unicità – che si traduce in unicità della relazione con il suo titolare – che nel bene digitale non è garantita dalla fisicità.

Senza potersi qui dilungare sull’ampio dibattito che interessa lo studio di queste forme di *legal design*, deve evidenziarsi come in tale ambito si tocchi con mano la portata dell’inversione del rapporto tra diritto e tecnica che giunge a confondere (e fondere) l’ordinante con l’ordinato. È legittimo infatti dubitare del loro carattere normativo in ragione della dissoluzione del carattere deontico: in tali ipotesi la struttura normativa è imperniata su una radicale oggettività nella quale la differenza, logica e temporale, tra comando ed esecuzione – tra essere e dover essere – viene assorbita. Sul tema, L. LESSING, *Code and Others Laws of Cyberspace*, 1999; ID., *Code is law. On liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000; M. HILDEBRANDT, *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*, in *Legisprudence*, 2011, p. 223 ss.; ID., *Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters*, in *Techné*, 3, 2008.

⁶¹ Il riferimento è alla nota teoria di J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, il quale definisce gli oggetti sociali come la categoria ontologica che, nel distinguersi dai “fatti bruti”, riunisce quei “fatti oggettivi del mondo” che sono tali solo grazie ad un accordo tra gli esseri umani. Essi richiedono il concorso di tre elementi: l’assegnazione di funzione, l’intenzionalità collettiva e le regole costitutive. Per una declinazione della teoria con riferimento agli oggetti digitali, R. LIMONTA, *I diritti dell’algoritmo. Per un’ontologia dell’“autorialità digitale”*, in F. CIRACÌ, R. FEDRIGA, C. MARRAS, *Filosofia digitale*, Bologna-Udine, 2021, p. 129 ss.

⁶² L. SCOPINARO, *Internet e reati contro il patrimonio*, Torino, 2007, pp. 110, 112.

Tale considerazione conduce a non poter sovrapporre integralmente la natura della *res* digitale con quella dei beni immateriali. Se privato del supporto materiale e spogliato della veste giuridica che da rilievo alle posizioni giuridiche che su di esso si attestano, del bene immateriale non rimane infatti che l'idea, il pensiero, la scoperta che non sono altro che fatti, comportamenti ed estrinsecazioni della persona umana.

7. Dal possesso all'accesso: mutamento del paradigma di appartenenza ...

Al mutare della fisionomia dell'oggetto se ne modificano anche gli statuti di utilizzo. Sotto il profilo civilistico, si sono posti rilevanti problemi circa la qualificazione di entità e rapporti che, pur inclusi nel novero degli 'oggetti giuridici' soggetti a regole di circolazione, non sono agevolmente sussumibili nelle categorie ricevute dalla tradizione storica e dogmatica che devono essere, in una certa misura, ripensate e riplasmate. A reclamare collocazione giuridica sono, per esempio, entità intangibili costruite dal sistema socioeconomico come risorse atte a generare utilità e a soddisfare interessi patrimoniali, ma connotate da un incerto regime di appartenenza⁶³.

Parallelamente si modificano, infatti, i modelli economici: da un'economia imperniata sul massimo ed esclusivo sfruttamento delle risorse⁶⁴ si passa ad un'economia della condivisione⁶⁵, nella quale titolarità esclusiva e relazione materiale non costituiscono più i tratti salienti di modelli di consumo fondati, invece, sulla possibilità di fruizione collettiva di beni non rivali o di vere e proprie "risorse relazionali"⁶⁶.

Le rinnovate caratteristiche dell'oggetto conducono allo stravolgimento del

⁶³ Sul versante civilistico, interessante e completa riflessione sull'argomento è fornita da A. MANIACI (a cura di), *Nuovi beni e new properties*, Pisa, 2023.

⁶⁴ L'obiettivo della massimizzazione dello sfruttamento, cui dovrebbe tendere l'utilizzo delle cose, trova il proprio riferimento economico nel teorema di Coase, R. COASE, *The Problem of Social Costs*, in *J. L. Econ.*, 1960. A queste premesse è allineato il fondamento storico-dogmatico della proprietà, secondo una struttura adeguata a trainare la conversione del sistema produttivo da un'economia feudale ad un sistema capitalistico, ma che si mostra inidonea di fronte alle nuove esigenze. V. A. GAMBARO, *La proprietà*, II ed., in *Tratt. dir. priv.* 2017, p. 23 ss.

⁶⁵ La c.d. *sharing economy* è il modello economico, basato sull'accesso comune alle risorse, nel quale il valore è creato dall'interazione tra fornitore e fruitore del servizio che, potendo scegliere tempo, luogo e modalità di fruizione del servizio, non è più un mero consumatore passivo ma parte attiva del rapporto e potenziale diffusore.

⁶⁶ P. DONATI, R. SOLCI, *I beni relazionali*, Torino, 2011; ID., *Misurare l'immateriale: il caso dei beni relazionali*, in *Soc. ric. soc.*, 2015, 108, p. 13 ss.

tradizionale paradigma di relazione tra persona e *res* legato alla sua materialità fisica, superato e sostituito da quello dell'accesso⁶⁷. La perdita di rilievo della proprietà consente l'ascesa dell'utilità fornita dal bene che, insieme con l'interesse soddisfatto, assume a diretto oggetto di scambio: è dunque l'interesse, e non la cosa, che definisce la disciplina⁶⁸.

La dottrina civilistica non ha infatti mancato di evidenziare come il modello dominicale, così come originariamente concepito, non appare utilmente estensibile alla tutela di interessi così lontani da quelli legati all'utilizzazione delle cose fisiche e certamente non a nuove entità immateriali che, oltre a trascendere la corporalità, presentano dei legami con gli interessi della persona che determinano, secondo alcuni, «un'ontologica attitudine a collegarsi con i diritti della personalità»⁶⁹.

La prevalenza dell'*uso* sulla titolarità costituisce, invero, un tratto che caratterizza l'intero orizzonte della proprietà, sempre più di frequente piegata e conformata ad esigenze esterne, siano esse pubbliche o private⁷⁰, in un moto

⁶⁷ Per una lettura del fenomeno in chiave sociologica, J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, (tr. it. P. Canton), Milano, 2009.

⁶⁸ A.C. NAZZARO, *Trasferimento e circolazione dei beni. Spunti ricostruttivi in tema di possesso al (solo) fine della fruizione*, in *Annali SISDIC*, 4, 2019, p. 17.

⁶⁹ E. BATELLI, *La patrimonializzazione dell'immateriale (anche nella prospettiva del moderno diritto d'impresa)*, in A. MANIACI (a cura di), *Nuovi beni e new properties*, Pisa, 2023, p. 61.

⁷⁰ Di interesse la tematica dei "beni comuni" la cui qualifica non discende tanto dalla destinazione collettiva della *res*, quanto dal legame che essa assume con la persona umana, il suo benessere e il suo sviluppo, da cui «emerge l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Liberati dal marchio della titolarità essi sono definiti per la funzione che sono chiamati a svolgere: soddisfare interessi della collettività, anche in un'ottica transgenerazionale. In giurisprudenza, Cass. civ., S.U., n. 3665, 3812, 3936, 3937, 3938 e 3939 del 2011. Sul tema, *ex multis*, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; P. GROSSI, *I beni: itinerari tra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Riv. trim.*, 2012, p. 1059 ss.; A. AMENDOLA, *Diritto proprietario, beni comuni, comune tra sperimentazioni istituzionali e trasformazione costituente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 517 ss.; C. MICCICHÉ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibili*, Napoli, 2018. Nella prospettiva penalistica, cfr. P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei beni comuni*, in *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, a cura di C. ARCIDIACONO, Pomigliano d'Arco, 2013, p. 248 ss.; R. PALAVERA, *Beni comuni e sistema penale*, in *Criminalia 2020*, 3p. 97 ss.; G. ROTOLO, *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in *Leg. pen.*, 2023.

Il risalto del godimento in luogo della titolarità, e la possibilità che l'uso conformi lo statuto ontologico-strutturale del bene, costituisce da sempre un tema centrale per il patrimonio culturale che ha tuttavia recentemente ricevuto un'interessante estensione ermeneutica. Difatti, con la sentenza n. 5 del 2023, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è positivamente pronunciata circa l'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso sul bene, nelle ipotesi in cui il valore culturale dello stesso non risieda nella sua conformazione materiale bensì nell'uso cui è destinato. Il più generale tema dei beni culturali, poi, rappresenta un angolo visuale parti-

di contrazione che sembra riscoprire e aggiornare i paradigmi della realtà medievale⁷¹ e per la cui qualificazione occorre dare rilievo all'aspetto teleologico-funzionale, piuttosto che alle caratteristiche corporali delle cose che ne formano oggetto. Il tema si inserisce in un orizzonte ben più ampio e complesso che solo in parte involge il noto tema della rottura dello schema unitario della proprietà⁷², aprendosi ad una prospettiva che talvolta giunge a spostare l'attenzione del diritto dal titolare al bene. Dall'altro l'emersione di interessi collettivi nei quali è particolarmente robusto il carattere relazionale, conduce a concepire le cose come entità generative non solo di diritti e di rapporti primari ed esclusivi per il titolare, ma anche di doveri a beneficio di terzi, e contribuisce a ricentrare il fuoco sull'accesso alle risorse e sulla loro gestione col-laborativa.

Secondo taluno, dunque, pur non condannando all'oblio lo statuto proprietario, è necessario operarne un ripensamento e cessare di considerare la categoria di appropriazione come l'unico punto da cui osservare la relazione tra cosa e

colarmente felice per cogliere l'emersione di esigenze di autonoma tutela del contenuto "funzionale" delle opere d'arte. È recente, infatti, l'affermazione secondo cui il valore delle opere artistiche risieda non tanto nella loro versione materiale bensì nella loro unicità, "nell'esperienza irripetibile" che all'osservatore può essere assicurata solo dall'originale, e non più unicamente nella estrinsecazione materialmente tangibile del contributo artistico. La preminenza dell'immateriale sul materiale ha condotto fino al riconoscimento di uno statuto di tutela dell'immagine delle opere d'arte. Cfr. W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 2014 (1^a ed. 1936).

Anche il riformato apparato di tutela penale del patrimonio artistico risente di tale differente declinazione. Dall'analisi delle fattispecie introdotte nel Titolo VIII-*bis*, infatti, emerge come il legislatore abbia inteso approntare tutela non solo alla dimensione fisica dei beni culturali, assicurata dalla mutuaione delle tradizionali modalità di offesa al patrimonio, bensì anche alla dimensione *funzionale*, intesa come trasmissione del valore retrostante, e tutelata nei confronti di modalità lesive nuove che rendano il bene incapace di esprimere la propria "culturalità". In argomento, A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Torino, 2023.

⁷¹ Il riferimento è allo statuto proprietario in vigore nel Medioevo, quando, alla titolarità formale delle cose – in special modo la terra – si contrapponeva l'uso che di esse facevano i gestori dell'attività produttiva, i cui diritti furono tanto valorizzati da offuscare quelli del proprietario che, pur non vedendosi privato della titolarità sulla cosa doveva dividerne l'utilizzo con chi ne garantiva la produttività. Si ammetteva, così, una coesistenza tra dominio utile e dominio diretto, successivamente ripudiata nell'era dello sviluppo industriale e dell'ascesa dell'individuo, e oggi nuovamente riscoperta, attraverso la valorizzazione del funzionale delle *res* che ha la potenzialità di conformare e restringere l'assolutismo che caratterizza il moderno statuto proprietà.

In tal senso, la Corte costituzionale, valorizzando la portata della l. n. 168/2017, ha recentemente riportato in auge l'istituto dell'uso civico, anch'esso in grado di mettere in luce il profilo funzionalistico delle *res*. V. Corte cost. n. 119 del 2023. Cfr. anche Cass. civ., S.U., n. 12570 del 2023.

⁷² S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Napoli, 1954.

persona, ampliando l'orizzonte e riflettendo su «altri modi di rapportarsi con i beni»⁷³, sempre più spesso plasmati nella direzione di interessi costituzionalmente rilevanti, per l'attuazione dei quali risulta essenziale il ricorso a "statuti intermedi" che valorizzino l'utilizzabilità in luogo della titolarità⁷⁴.

Tuttavia, se sul versante civilistico il processo di adeguamento delle tradizionali categorie giuridiche può avvenire per il tramite di estensioni interpretativo-analogiche, sul versante penalistico, come si dirà *infra*, simili interventi rischiano di assumere i tratti dell'inammissibile applicazione analogica.

8. ... e delle modalità di offesa

Come si è detto, le trasformazioni citate garantiscono la buona riuscita di modelli economici "collettivi" e l'affiorare, all'interno della categoria dei beni, di interessi sovraindividuali e personali. Al contempo esse possono tuttavia dare vita a forme patologiche di (ab)uso, in grado di ledere la sfera di appartenenza del soggetto e alle quali la legislazione vigente, sul piano penalistico, non è in grado di rispondere.

Ben più di altri, infatti, il comparto dei delitti contro il patrimonio risente delle evoluzioni socio-economiche: da un lato, infatti, il processo di profonda trasformazione che ha investito la stessa idea di ricchezza e, per conseguenza, di patrimonio è destinato ad assumere dimensioni più ampie, estendendosi fino ad inglobare interessi strettamente contigui alla persona; dall'altro il mondo digitale consente modalità aggressive del tutto nuove e per le quali risulta difficile un adattamento degli attuali modelli di tutela del patrimonio, incentrati sulla consistenza materiale delle cose e sulla relazione fisica tra soggetto e oggetto.

La dematerializzazione delle cose segna poi il superamento del tradizionale limite di funzionalità dei delitti contro il patrimonio, ancorato ad una concezione corporea e materiale degli oggetti in proprietà⁷⁵. Da un lato, la riconducibilità delle *res* informatiche al concetto di cosa mobile è foriera di non pochi

⁷³ R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Beni a valore non prettamente economico: rilievi privatistici per un diritto relazionale*, cit., 437.

⁷⁴ Si giunge dunque ad una separazione tra forma ufficiale e sostanza effettuale che vede la prima devitalizzata in favore della seconda: uso, esercizio, godimento e ogni altra forma espressiva di una familiarità concreta dell'uomo con le cose, del «suo mescolarsi e vivere con esse» si ergono dalla massa di fattualità in cui tradizionalmente erano relegati e sopravanzano, pur non annullandolo, il profilo della formale titolarità. Sul punto, cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quad. fior.*, 17, 1988. Sul tema del rapporto tra titolarità e accesso, A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016.

⁷⁵ V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, p. 279.

problemi sul fronte del principio di tassatività, risolvendosi in un'operazione di stampo analogico. Dall'altro, le condotte aggressive che abbiano per oggetto la *res* digitale sono difficilmente riconducibili agli schemi aggressivi tipici della sottrazione e dell'appropriazione, presentando elementi di novità tali da rendere necessaria l'elaborazione di nuovi e differenti modelli di tutela⁷⁶.

Sia sotto il profilo dei confini del bene giuridico tutelato, che con riferimento alle modalità di condotta emerge dunque l'esigenza di ripensare anche lo statuto penale. Il primo orizzonte di lavoro, sul quale tuttavia non è possibile soffermarsi in questa sede, è dunque costituito da una possibile riformulazione dell'oggetto di tutela che lo adegui alle reali dimensioni del moderno concetto di patrimonio ed al ruolo effettivo che questo svolge nell'attuale assetto socio-istituzionale. Occorrerà, infatti, ripensare i confini del patrimonio penalmente rilevante dal momento che una percentuale dei rapporti tra l'uomo e le cose risultano declinati secondo i paradigmi di "accessibilità" non esclusiva, nei termini di cui si è detto.

Per altro verso, l'ascesa delle *res* digitali e le modificate modalità di usurpazione patrimoniale trovano di fronte a sé il muro invalicabile rappresentato del substrato materiale dei delitti di aggressione. L'immaterialità delle *res* aggredite compromette il carattere "modale" che tradizionalmente caratterizza i tipi criminosi del Titolo XIII⁷⁷ e mette alle strette il sistema penale, avvinto nella alternativa tra strappare le categorie giuridiche per adattarle alle nuove necessità o ripensare nuove modalità di offesa in grado di soddisfare la descritta trasformazione dei rapporti patrimoniali⁷⁸.

9. Le condotte "offensive" del dato informatico e l'applicabilità dei delitti di furto e appropriazione indebita

All'analisi delle singole condotte offensive della *res* informatica deve premettersi che il vaglio di sussumibilità entro le esistenti fattispecie involge due differenti profili: mentre il primo attiene all'oggetto materiale della condotta ed impone di distinguere la cifra binaria dalle cose materiali – e dall'energia –,

⁷⁶ Sul punto v., L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale*, Torino, 2023, 33 ss.

⁷⁷ M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, cit., p. 311 ss.

⁷⁸ Con riferimento all'evoluzione degli interessi che emergono nella società e della necessità di una loro presa in considerazione da parte dell'ordinamento, anche penale, v. C.F. GROSSO, *Interessi protetti e tecniche di tutela*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 163 ss.

cui si è fatto riferimento, il secondo attiene alla condotta del reato e porta a concludere che l'entità digitale non possa essere oggetto di sottrazione e di impossessamento. I due aspetti, come detto, sono intimamente connessi.

Le condotte astrattamente offensive del bene smaterializzato – e in particolare del dato informatico – possono risultare assai eterogenee. Si pensi alla condotta di chi, inserendo una chiavetta *usb* nel *computer* della vittima, "scarichi" i dati ivi contenuti trasferendoli sul proprio supporto, oppure di chi, utilizzando il sistema *bluetooth*, capti le informazioni mediante le onde elettromagnetiche; oppure, approfittando di una linea telematica aperta, si inserisca nel dispositivo informatico e ne copi il contenuto. Ovvero, ancora, "fotografi" direttamente la pagina aperta sullo schermo altrui o, ancora, ricopi su un supporto cartaceo le informazioni che risultano da quella stessa pagina⁷⁹.

Le citate condotte, che presentano caratteristiche molto diverse tra loro, sono riconducibili a tre diverse tipologie "offensive", con riferimento a ciascuna delle quali il vaglio di sussumibilità rispetto alle fattispecie aggressive – 624 e 646 c.p. – consentirà di mettere a nudo, sul piano applicativo, le difficoltà predette. Dalle ipotesi richiamate deve poi distinguersi quella della distruzione o considerevole compromissione del dato informatico, oggetto di specifica incriminazione.

In primo luogo, la riconduzione al paradigma del furto risulta dubbia con riferimento alla copiatura non consensuale, delle entità digitali dal supporto del legittimo possessore a quello dell'agente. Nel delitto di furto, infatti, la condotta sottrattiva implica una deprivazione della detenzione materiale della sfera della vittima ed un contestuale arricchimento di quella del reo. Si tratta di una condotta che incide direttamente sulla cosa, in violazione del potere del suo titolare di escludere altri dalla relazione con essa.

Diversamente, la copiatura del dato informatico, pur arricchendo la sfera dell'autore, non intacca la detenzione della *res* da parte del possessore.

La natura dell'entità digitale, duplicabile all'infinito, rende impossibile il verificarsi della sottrazione; a seguito del processo di copiatura il dato rimane sul medesimo dispositivo, non fuoriuscendo dalla sfera di disponibilità nella quale si trovava originariamente⁸⁰. L'impossessamento del dato – nella sua versione "copia" – da parte dell'agente non dovrebbe dunque avere alcuna ri-

⁷⁹ I calzanti esempi riportati si trovano in P. CIPOLLA, *op. cit.*, p. 611.

⁸⁰ In giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 44840, in *CED*, Rv. 249067, secondo la cui massima «è da escludere la configurabilità del reato di furto nel caso di semplice copiatura non autorizzata di *files* contenuti in un supporto informatico altrui, non comportando tale attività la perdita del possesso della *res* da parte del legittimo detentore»; Cass., Sez. IV, 13 novembre 2003, n. 344, in *CED*, Rv. 229785 la quale paragona la copiatura del dato al processo fotografico il quale, al pari della prima, è incapace di spossessare il titolare di un bene materiale.

levanza perché non preceduto dalla sottrazione, che ne rappresenta una precondizione necessaria⁸¹. Se, dunque, il patrimonio dell'autore si arricchisce, quello della vittima non si depauperà⁸², o almeno non direttamente; esso, infatti, potrà risultare leso solo in modo indiretto, a seguito del venir meno dell'esclusività del possesso⁸³.

Diversamente, la compatibilità della condotta di copiatura del dato con il delitto di appropriazione indebita ruota intorno all'interrogativo in ordine al se la sua duplicazione possa rappresentare o meno un indice dell'*interversio possessionis*. La domanda riporta in auge il tema dei «limiti dell'appropriazione»⁸⁴, oggetto di risalente dibattito circa la possibile rilevanza di forme di uso indebito o arbitrario della cosa (uso *ultra titulum*).

Sebbene la dottrina maggioritaria⁸⁵ e la giurisprudenza prevalente⁸⁶ forniscano risposta affermativa circa tale estensione del perimetro dell'appropriazione, deve tuttavia evidenziarsi come tutte le condotte ritenute espressive di

⁸¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 73; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 62.

⁸² Sul punto, utile può risultare il confronto con le ricostruzioni dottrinali che escludono la riconducibilità della captazione di onde radiofoniche o televisive al concetto di “sottrazione” poiché nessuna diretta diminuzione patrimoniale ne deriva alla società trasmittente. V., G. PECORELLA, voce *Furto (dir. pen.)*, cit., p. 339.

⁸³ Se dunque la lesione del patrimonio altrui non deriva direttamente dalla sottrazione della *res* bensì dall'alterazione dell'esclusività del possesso, il paradigma di tutela dovrebbe essere differente da quello retrostante alle fattispecie che ledono il patrimonio “mediante aggressione”. Simili argomenti risultano alla base delle osservazioni svolte in occasione della discussione e della successiva approvazione della l. n. 547/1993 – recante modificazioni ed integrazioni alle norme del c.p. e c.p.p. in tema di criminalità informatica – a mente delle quali il difetto dell'elemento dell'estromissione illecita del proprietario dall'esercizio dei poteri sulla cosa avrebbe implicato l'inapplicabilità del delitto di furto alle condotte di sottrazione di dati, programmi e informazioni, quando esso non comportassero una defezione nella sfera giuridica del titolare. V., *Relazione al disegno di legge n. 2773 del 1993*, in www.cameradeideputati.it, p. 6.

⁸⁴ V., C. PEDRAZZI, *Sui limiti dell'appropriazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1441.

⁸⁵ C. PEDRAZZI, *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 844; G.D. PISAPIA, *Appropriazione indebita*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 800. La dottrina che, al contrario, esclude la appropriazione mediante uso argomenta, da un lato, a partire dalla mancata previsione di una figura di appropriazione di uso momentaneo, in simmetria con quanto avviene per il furto d'uso; dall'altro, dal fatto che l'utilizzo sia una facoltà tipica del possesso, da che ne deriva che l'unico discrimine sarebbe rappresentato dall'intenzione dell'agente di restituire o meno il bene. Cfr. B. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, cit., p. 377 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁶ Cass., Sez. II, 24 settembre 2015, n. 1852, in *CED*, Rv. 264899; Cass., 27 novembre 2009, n. 47665, in *CED*, Rv. 245370; Cass., Sez. III, 2 febbraio 1995, n. 3445, in *CED*, Rv. 203402; Cass., Sez. II, 22 febbraio 1983, n. 9208, in *CED*, Rv. 161008. Di contrario avviso, Cass., Sez. II, 22 febbraio 1983, n. 9208, in *CED*, Rv. 161008; Cass., Sez. II, 24 novembre 1970, n. 1534, in *CED*, Rv. 117263; Cass., Sez. II, 20 dicembre 1965, n. 3502, in *CED*, Rv. 100333.

un rapporto *uti dominus* dell'agente sulla cosa debbano essere, al tempo stesso, caratterizzate dalla incompatibilità con l'esercizio delle medesime facoltà da parte del legittimo proprietario. Ed infatti, nell'ammettere l'appropriazione d'uso sia dottrina che giurisprudenza espungono dal relativo paradigma le ipotesi che non si sostanzino in un utilizzo logorante della cosa⁸⁷, come non lo sarebbe quello di indebita duplicazione di un dato digitale per sua natura duplicabile senza che ciò comporti alcun deterioramento della sua struttura.

Taluno evidenzia che, al contrario, sebbene la *res* non sia logorata nella sua manifestazione fenomenica da una condotta che lascia inalterato il documento originale, essa sarebbe tuttavia consumata nel suo valore economico e nel suo significato giuridico: l'esistenza stessa di una copia, ponendo fine all'esclusività del possesso, intaccherebbe la sostanza economica della cosa, logorandola⁸⁸. La ricostruzione, foriera di un interessante spunto di riflessione circa il diverso rapporto che, nel mondo digitale, intercorre tra soggetto, cosa e suo valore, non sembra tuttavia condivisibile dacché, a tipicità invariata, risulta impossibile sovrapporre la manifestazione fenomenica dell'oggetto con il suo valore.

La sussumibilità della condotta di copiatura del dato nello spettro dell'appropriazione indebita è resa ancor più problematica se si tiene in considerazione la duplicità in cui autorevole dottrina sostiene di dover suddividere la condotta descritta dall'art. 646 c.p., e di cui si è detto. Le due porzioni di condotta, seppur cronologicamente separate, rappresentano un'unità funzionale non rinvenibile nella condotta di duplicazione del dato informatico: da un lato, non sussiste alcuna espropriazione del proprietario, che rimane nel possesso del dato oggetto di copia; dall'altro la creazione del nuovo rapporto di fatto avrà come oggetto la copia e non il documento originario.

Nonostante lo iato, logico e cronologico, che separa i due momenti la giurisprudenza più recente ha invece ritenuto che possano configurarsi i citati reati nell'ipotesi in cui alla duplicazione del dato si accompagni la contestuale cancellazione dello stesso. A fondare la soluzione ermeneutica la considerazione secondo cui, in conseguenza di un simile condotta "complessivamente" valu-

⁸⁷ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 327, 353; C. PEDRAZZI, *Appropriazione indebita*, cit., p. 843 ss. La stessa giurisprudenza, nel riconoscere all'uso arbitrario della cosa la possibilità di rappresentare condotta rilevante ai sensi dell'art. 646 c.p., ne limita l'assimilazione ai casi in cui esso determini una dismissione irreversibile del bene, così da poter essere equiparato all'appropriazione in senso stretto. V. Cass., Sez. II, 4 aprile 1997, in *CED*, Rv. 208059; Cass., Sez. V, 8 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1985. Ed infatti, la dottrina che pur sostiene l'estensione del perimetro dell'appropriazione all'uso indebito evidenzia come la fattispecie possa dirsi integrata solo laddove la cosa abbia subito un deprezzamento il quale, evidentemente, rappresenta il sintomo dell'impossibilità del legittimo titolare di esercitare sul bene, così "modificato", le medesime facoltà.

⁸⁸ P. CIPOLLA, *op. cit.*, 624.

tata, l'agente acquisterebbe una facoltà di uso esclusivo dei *files*, incompatibile con la posizione di supremazia del *dominus* originario⁸⁹.

Una simile ricostruzione pecca sotto molteplici punti di vista. Su un piano dogmatico, l'analisi della questione è spostata dal piano strutturale a quello dell'offensività, categoria che, se non esternamente circoscritta da quella della tipicità, è atta ad espandersi fino a prosciugare quel "mare di libertà" che dovrebbe circondare le ristrette "isole" dei divieti penalmente presidiati⁹⁰. Un'argomentazione di tipo «teleologico-valutativo», basata sull'equivalenza offensiva e proiettata sul disvalore dell'*agere* complessivamente inteso, ingenera inoltre il rischio di trasformare la norma in una fattispecie a forma libera di evento⁹¹, nonché di torcere il paradigma aggressivo incentrandolo sulla componente del danno, che deve rimanere un limite interno e non divenire il baricentro della struttura delle fattispecie di usurpazione⁹².

Per altro verso, una simile ricostruzione finisce per invertire la sequenza tipica dell'appropriazione indebita: l'espropriazione, si verifica infatti solo in un momento successivo l'impropriazione, e cioè quando l'autore, dopo che il dato copiato è entrato nella sua sfera di controllo, proceda con la distruzione dell'originale, assicurandosi così l'unicità del possesso. L'indifferenza con cui la giurisprudenza si appropria al posizionamento dei due momenti, valorizzandone piuttosto una visione unitaria, si pone poi in aperto contrasto con l'acquisito dato secondo cui l'organizzazione degli elementi essenziali nel tipo criminoso «è, essa stessa, una sorta di ulteriore elemento costitutivo nella misura in cui determina un orientamento teleologico dei fatti, e attribuisce loro un "significato", differenti da quelli che discenderebbero da un diverso assetto»⁹³.

⁸⁹ V. Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, cit., secondo cui «ove l'appropriazione venga realizzata mediante condotte che mirano non solo all'interversione del possesso legittimamente acquisito dei dati informativi, [...] ma altresì a sottrarre definitivamente i dati informatici mediante la loro cancellazione, previamente duplicati e acquisiti autonomamente nella disponibilità del soggetto agente, si realizza il fatto tipico della materiale sottrazione del bene, che entra a far parte in via esclusiva del patrimonio del responsabile della condotta illecita».

⁹⁰ Il riferimento è alla nota metafora di G. BETTIOL, *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Padova, 1984, p. 112. Sul rapporto tra tipicità ed offensività v., F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, p. 447 ss., ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 184 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, in part. 245 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2013, p. 4 ss.

⁹¹ N. PISANI, *op. cit.*, p. 654.

⁹² Sulla distinzione tra paradigmi aggressivi incentrati sulla *cosa* e quelli basati sul *danno*, v. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 16 ss.

⁹³ A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*, in *Giur. it.*, 7, 2021, p. 1735. Il riferimento è a G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 9 ss.

Stante l’ubiquità dell’elemento digitale che, come si è detto, può trovarsi contemporaneamente nella disponibilità di soggetti diversi, giacché all’atto di duplicazione del dato non segue necessariamente una correlativa perdita della medesima entità a carico del detentore, la condotta di sottrazione si realizza compiutamente nei confronti del soggetto attivo, nella cui sfera entra l’entità digitale, ma non nei confronti della vittima, la quale non subisce una correlativa perdita⁹⁴.

L’ontologica ubiquità del dato non consentirebbe poi di affermare con certezza che dalla cancellazione derivi la definitiva privazione del soggetto passivo, che ben potrebbe custodirne altre copie in differenti luoghi informatici⁹⁵; di tal che si farebbe dipendere la consumazione del reato non tanto dalla condotta dell’agente quanto da quella della vittima.

Le considerazioni svolte devono ritenersi estendibili anche all’ipotesi di illegittimo trasferimento del dato, non solo in ragione dell’equivalenza esistente, nel mondo digitale, tra la copiatura e lo spostamento ma anche perché, pure in questa ipotesi, la concreta lesività della condotta verrebbe a dipendere dalla diligenza adoperata dalla vittima nel conservare altre copie.

La terza tra le possibili condotte “aggressive” del dato informatico consiste nella mera captazione intellettuale dello stesso; un’acquisizione che non si risolva nella materiale apprensione del supporto, nel trasferimento o nella copia dei dati bensì nella ricopiatura con modalità analogiche del contenuto o nella mera memorizzazione dello stesso. Sembra innegabile che l’oggetto dell’ipotetica “apprensione” sia il mero contenuto informativo, scisso dalla sua versione digitale, la cui natura innegabilmente immateriale lo rende un bene non suscettibile di materiale spoliamento ma solamente di abusiva condivisione; pertanto, contro condotte offensive che non sembrano potersi ricondurre a quelle di cui agli artt. 624 e 646 c.p., esso riceverà tutela nelle forme, nei casi e con i limiti in cui la legislazione penale riconosce alle *res incorporales* un valore tutelabile⁹⁶.

⁹⁴ Sul tema v., A. CAPPELLINI, *I delitti contro l’integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, II ed., 2023, p. 810 ss.

⁹⁵ L. SCOPINARO, *Internet e reati contro il patrimonio*, Torino, 2007, p. 131.

⁹⁶ L’utilizzo, da parte della giurisprudenza, di fattispecie patrimoniali per la tutela di entità immateriali non è cosa nuova. In particolare, si veda la giurisprudenza che, con un’evidente forzatura del tipo criminosa applica l’art. 648 c.p. alle condotte di acquisto e ricezione di prodotti con marchi contraffatti. In questo senso, Cass., Sez. VII, 10 gennaio 2017, ord. n. 23818, in *CED*, Rv. 270456; Cass., Sez. II, 26 novembre 2015, n. 3000, in *CED*, Rv. 265779; Cass., Sez. II, 24 giugno 2019, n. 29965, in *CED*, Rv. 244673. In dottrina, *ex multis*, M. PAPA, *La vendita di prodotti con marchi contraffatti: spunti sui rapporti tra ricettazione e norme disciplinanti la circolazione di «cose illecite»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 3, p. 715 ss.

10. *Alcune conclusioni*

Se da un lato l'ampio fenomeno della smaterializzazione dell'appartenenza e dell'aggressione è stato affrontato dal legislatore attraverso uno sforzo di adattamento delle fattispecie incriminatrici enucleate nel codice, senza che da esse però scomparisse il nucleo consistente nel rapporto fisico-materiale tra soggetto e cosa, dall'altro la giurisprudenza ha tentato un'operazione di adattamento che, al di là dell'aperto contrasto col divieto di analogia *in malam partem*, assume i tratti del "vino nuovo in otri vecchi".

La pur illegittima operazione di "estrazione" dal tipo vigente di tipi viventi operata dalla giurisprudenza, se da un lato merita di essere stigmatizzata in quanto in aperta violazione del divieto di analogia, dall'altro deve essere colta come sintomo della potenziale necessità di valutare la tipicizzazione di forme aggressive inedite, il cui disvalore è avvertito come unitario, e la cui concretizzazione fenomenica non è riconducibile, neppure sotto un profilo logico, a quelle prese in considerazione dalle norme vigenti.

Come è stato evidenziato, «in un mondo in cui la ricchezza è in gran parte costituita da "beni immateriali" e circola in forme smaterializzate, la tutela della ricchezza (delle nazioni e dei singoli) ha bisogno anche di strumenti nuovi», che trovano sempre più spesso sfogo in meccanismi di tutela *strutturale* che, pur discusso lo statuto deontico, impediscano di fatto la possibilità che la *res* sia oggetto delle condotte di cui si è detto⁹⁷.

Per parte sua, il legislatore si troverebbe di fronte al dilemma circa la praticabilità di nuovi modelli di incriminazione in luogo di estensioni della nozione di "cosa", medesima preoccupazione che impegnò il legislatore codicistico con riferimento a quella nuova e diffusissima "cosa" che era l'energia, e la cui traccia normativa si rinviene nel comma 2 dell'art. 624 c.p.⁹⁸.

A queste domande deve precedere l'interrogativo su quale sia il bene giuridico che si intenderebbe tutelare per mezzo di nuove ipotesi incriminatrici.

⁹⁷ Vedi *retro*, nota 61.

⁹⁸ P. NUVOLONE, *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 713. La medesima impostazione estensiva pare aver ispirato le scelte del legislatore laddove ha inteso estendere il raggio operativo di alcune fattispecie tradizionali a modalità informatica di offesa di beni giuridici tradizionali. V. MILITELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, p. 278 s., secondo cui il confine materiale e tangibile del patrimonio è stato messo in discussione dall'introduzione di alcune «norm(e) a tutela dell'informatica», aprendo «una breccia al carattere esclusivamente materiale della nozione di cosa quale oggetto necessario della condotta offensiva del patrimonio», spec. 298.

Affermare o negare che sia il patrimonio ad essere offeso nelle ipotesi cui si è fatto cenno dipende in larga misura dall'accezione che di esso si voglia sposare.

Sotto il profilo della condotta più agevole sembrerebbe l'enucleazione di un'autonoma fattispecie di "furto informatico" che, prescindendo dalla sequenza bifasica che caratterizza il 624 c.p., si incentri sulla compromissione del rapporto *esclusivo* tra proprietario e bene informatico, seppur continuerebbe ad incombere sul requisito del danno la spada di Damocle delle possibili copie detenute *aliunde*. Più difficile sembra poter affermare lo stesso con riferimento alla condotta di mera duplicazione. Se, infatti, si volesse mantenere la lente più strettamente economica non potrebbe ragionevolmente affermarsi che la *duplicazione* della *res* arrechi un'effettiva lesione al patrimonio della vittima, se non al costo di far coincidere il *vulnus* patrimoniale con la lesione, questa sì, del principio di scarsità che tuttavia può essere apprezzata significativamente solo se osservata con una lente macroeconomica.

Considerare come disvalore patrimoniale l'illegittima duplicazione di un "bene" apre alla personalizzazione dei beni patrimoniali⁹⁹, una delle due direzioni di quel movimento centrifugo¹⁰⁰ cui si è accennato. Si tratta dell'emersione di spinte personalistiche nella tutela dei beni alla base di letture del bene giuridico secondo le quali non sarebbe il valore in sé del bene a determinare l'offesa-contenuto del reato, quanto piuttosto la funzione che quel bene è in grado di svolgere nel soddisfacimento delle esigenze del titolare. La tutela del valore materiale veicolerebbe la tutela (anche) del soggetto che, in questa ipotesi, si sostanzierebbe non tanto, come nelle interpretazioni del danno da truffa¹⁰¹, nella propria autodeterminazione, bensì nella tutela del *mio* esclusivo che rappresenta il nucleo dei rapporti proprietari.

Dunque, se come si è detto lo statuto di utilizzo vira dalla titolarità all'uso, con netta predominanza del secondo sulla prima, e se le modalità di offesa mutano in consonanza con quelle di utilizzo, la tutela penalistica deve invece assumere direzione uguale e contraria, incentrandosi più sulla titolarità che sull'uso, in una rinnovata accezione personalistico-funzionale, dal momento che nei beni smaterializzati, così come in quelli immateriali, i due profili sono ontologicamente separati e destinati a vivere di vita autonoma.

⁹⁹ Nella dottrina italiana, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 5; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte speciale*, cit., p. 22.

¹⁰⁰ F. SGUBBI, *Patrimonio*, cit., p. 333.

¹⁰¹ Sul punto, si rinvia a F. HELFERICH, *Le aggressioni fraudolente al patrimonio privato e pubblico tra dimensione personalistica e dimensione economica del danno*, in questo volume, 1 ss.

In conclusione, prima di poter ipotizzare soluzioni possibili occorre sciogliere l'alternativa tra intendere quella informatica come mutazione fenomenica rispetto alla realtà materiale o invece quale semplice variante semantica rispetto al tenore della legislazione vigente. Si tratta, come è evidente, di una scelta di fondo che condiziona considerevolmente le soluzioni adottate e che si apre al rischio di celare, dietro un'estensione all'apparenza risolutiva e per mezzo di un'etichetta "informatica", apposta alla variante tradizionale, l'essenza e le specificità del fenomeno in esame.

TRATTAMENTO POST MORTEM DEI DATI DIGITALI E MANDATO EX ART. 2-TERDECIES D.LGS. N. 101/2018

di *Vincenzo Putortì*

SOMMARIO: 1. Precisazioni concettuali e termini del problema. – 2. Il mandato *ex art. 2-terdecies* d.lgs. n. 101/2018. – 3. Le clausole di intrasmissibilità dell'*account* e i poteri del mandatario. – 4. La posizione della giurisprudenza. – 5. Mandato *post mortem* a contenuto non patrimoniale e divieto dei patti successori. – 6. Dati digitali e ambito di operatività del mandato.

1. *Precisazioni concettuali e termini del problema*

La validità del mandato *post mortem*, quale schema contrattuale idoneo alla regolazione degli interessi patrimoniali e non patrimoniali del *de cuius*, costituisce oggetto di un dibattito mai sopito e ancora oggi particolarmente vivo, soprattutto alla luce delle più recenti previsioni normative interne ed europee.

Nell'ambito di tale ampia e generica fattispecie, seguendo il lessico dottrinale e giurisprudenziale corrente¹, è opportuno tuttavia distinguere gli in-

¹ V. PUTORTÌ, *Il mandato post mortem*, in R. CALVO, A. CIATTI (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, p. 343 ss.; L. GHIDONI, *Conferme e novità in tema di mandato 'post mortem'*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 942 ss.; F.A. MONCALVO, *Il mandato post mortem*, in *Formulario notarile commentato*, dir. da G. Bonilini, vol. VII, *Successioni e donazioni. Le successioni per causa di morte*, Milano, 2022, p. 45 ss.; ID., *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Pers. fam. succ.*, 2010, p. 56 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022, p. 19 ss.; A.A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, p. 453 ss.; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Pers. fam. succ.*, 2011, p. 685 ss.; R. CALVO, *Il divieto dei patti successori*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni* Napoli, 2008, p. 21; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 122 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, p. 137 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, com-*

carichi gestori a contenuto non patrimoniale, conferiti dal *de cuius* ad una persona di sua fiducia, dal mandato avente ad oggetto il trasferimento dei beni da attuarsi dopo la morte del *dominus* (c.d. mandato *mortis causa*) e dal mandato che obbliga il mandatario a compiere una mera attività esecutiva di un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi in vita (mandato *post mortem exequendum*), oltre che dal c.d. mandato testamentario. Locuzione, quest'ultima, con la quale si intende far riferimento, generalmente, alla disposizione unilaterale, contenuta in un testamento, tesa a conferire ad un terzo il potere di agire con riferimento alla categoria di interessi economici o personali che il testatore vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere².

Le predette figure, sebbene trovino un minimo comune denominatore sotto il profilo dell'intento negoziale, dal momento che il *de cuius*, mediante siffatti negozi, tende sempre a realizzare una tipica finalità successoria, pongono, però, problemi differenti. Infatti, mentre il c.d. mandato testamentario è perfettamente compatibile con i principi successori, traducendosi nel conferimento di un incarico gestorio mediante un atto di ultima volontà, di natura autorizzativa, liberamente revocabile, che lascia il terzo libero di decidere se esercitare o meno il potere conferitogli, le altre fattispecie, invece, secondo parte della dottrina, contrasterebbero sia con il divieto dei patti successori che con i principi che tipizzano le fonti di vocazione ereditaria.

Conseguentemente, essendo diversi e articolati i profili problematici che interessano gli incarichi gestori a causa di morte, in questa sede, limiteremo la nostra attenzione al solo *mandato post mortem* avente ad oggetto la gestione dei

missione, spedizione, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984, p. 360 ss.; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 694; F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 825 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. civ., 13 luglio 2022, n. 22180, in banca dati *DeJure*; Cass. civ., 15 maggio 2018, n. 11763, in banca dati *DeJure*.

²Tra coloro che riconoscono la validità del mandato *post mortem* contenuto in un testamento, vedi: V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 343 ss.; F.A. MONCALVO, *Il mandato post mortem*, cit., p. 48 ss.; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 130. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Riv. not.*, 2007, p. 693, con nota di G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 524 con nota di G. BONILINI, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato post mortem*, e già Cass., 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, c. 920, che ha distinto il mandato *post mortem* dal *modus*, affermando che il primo "ha per oggetto il compimento di un'attività negoziale da porsi in essere dopo la morte del *de cuius* in nome e per conto del medesimo ed in ordine a beni non attribuiti al mandatario, mentre la finalità perseguita con l'onere non si pone come lo scopo principale avuto di mira dal testatore, bensì come finalità ulteriore ed accessoria rispetto alla finalità principale, che trova la sua realizzazione nell'attuazione della disposizione testamentaria gravata dal modo".

dati digitali³. Precisando subito che utilizzeremo la locuzione mandato *post mortem*, senza l'aggiunta del termine *exequendum*, poiché, in tale ambito, detta aggettivazione non assume alcuna specifica significatività ai fini della validità dell'atto, essendo il negozio destinato a soddisfare soltanto le intime e personali esigenze del mandante e non già a realizzare un'attribuzione di beni al mandataro o a terzi⁴. Infatti – come vedremo – i predetti dati, benché dotati di una potenziale duplice valenza, patrimoniale e non patrimoniale⁵, vengono qui in con-

³ Oltre al mio scritto, V. PUTORTI, *Patrimonio digitale e successione mortis causa*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 163 ss., vedi F.M. TAMPIERI, *Il patrimonio digitale oltre la vita: quale destino?*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 543ss.; A. SPANGARO, *La tutela postmortale dei dati personali del defunto*, *ivi*, 2021, p. 574 ss.; F. D'AVINO, *Eredità digitale e tutela dei dati personali "post mortem"*, in *Familia*, 2023, p. 547 ss.; I. MARTONE, *Sulla trasmissione a causa di morte del «patrimonio digitale»*, in *Tecn. dir.*, 2/2020, p. 454 ss.; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 65 ss.; M. GIULIANO, D. BARBATO, *Osservazioni in tema di "eredità digitale"*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 2103 ss.; A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, 2020; S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss.; I. MASPE, *Ereditarietà digitale, diritto degli eredi ad accedere all'account dell'utente defunto, clausole di non trasferibilità: una panoramica alla luce di due sentenze emesse dai giudici italiani*, in *The Italian Law Journal*, 2022, p. 407 ss.; G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti: memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Torino, 2017; M. FELEPPA, *L'accesso ai dati del defunto crioconservati su "smartphone": soluzioni emergenti e problemi aperti*, in *Dir. inform.*, 2022, p. 25 ss.; R. TREZZA, *Necro-robotica e circolazione dei dati personali "post mortem"*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, p. 219 ss.; M. CINCQUE, *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 72 ss.; R. BETTI, S. ZANETTI, *La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo*, in *Medialaws*, 2016, reperibile all'indirizzo <https://www.medialaws.eu/la-trasmissione-mortis-causa-del-patrimonio-e-dellidentita-digitale-strumenti-giuridici-operativi-e-prospettive-de-iure-condendo-working-paper-series-no-182016/>, p. 12; G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 916; M. ROSIELLO, *Il patrimonio digitale e gli strumenti alternativi per la sua trasmissibilità mortis causa*, estratto *Cammino Diritto*, 12/2022, p. 11 ss.

⁴ Sulla distinzione tra disposizioni patrimoniali e non patrimoniali, v. L. DANI, *Disposizioni mortis causa di carattere non patrimoniale: riflessioni in tema di destinazione del cadavere (l. 10/2020)*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 981 ss., che rileva come il dato caratterizzante gli atti *mortis causa* di natura non patrimoniale sia la natura esistenziale dell'interesse sotteso alla disposizione.

⁵ C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 68 ss., che sottolinea come in taluni casi vi sia un intreccio tra i beni intrinsecamente dotati di un valore patrimoniale ed i dati personali, potendo anche questi ultimi costituire oggetto di scambio ed avere un rilevante valore economico, visto che sono proprio tali dati a costituire la maggior parte del fatturato dei *big player* della rete; G. MARINO, *La «successione digitale»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, pp. 177-178, secondo il quale ciò che caratterizza il mondo digitale è la «natura *proteiforme* degli interessi che si intersecano, facendo sì che la sfera patrimoniale e quella non patrimoniale si combinino tra loro e rendano anche gli aspetti della vita personale, affettiva e sociale suscettibili di tramutarsi in fonti di ricchezza per il soggetto.

siderazione nella loro accezione personalistica. In particolare, quali elementi intrinsecamente connessi all'essere persona e diretti a definire l'identità del *de cuius* e non anche quali entità che, attraverso specifiche operazioni di trattamento, generano nuovi beni suscettibili di essere oggetto di scambio⁶.

2. Il mandato ex art. 2-terdecies d.lgs. n. 101/2018

Il *mandato post mortem* trova oggi espresso riconoscimento nell'art. 2-terdecies del d.lgs. n. 101/2018⁷, il quale prevede che «i diritti di cui agli artt. 15-22 del Regolamento (679/2016) riferiti ai dati personali di soggetti deceduti possano essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

Tale norma riconosce quindi a dette persone il potere di esercitare i diritti di accesso, di rettifica, di integrazione, di portabilità, di opposizione e di cancella-

⁶ Sulla dissociazione tra l'«io» reale, fisico, e l'«io» digitale, quale espressione dell'identità digitale della persona, M. MATTIONI, *Profili civilistici dell'identità digitale tra tutela e accertamento*, in O. POLLICINO, V. LUBELLO, M. BASSINI (a cura di), *Identità ed eredità digitali, Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Roma, 2016, p. 58 ss. Sul tema dell'identità digitale quale specificazione dell'identità *tout court* della persona, v. I. TARDIA, *L'identità digitale tra memoria e oblio*, Napoli, 2017; M.F. COCUCCIO, *Il diritto all'identità personale e identità «digitale»*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 949 ss.

⁷ Il d.lgs. n. 101/2018 è stato introdotto dal legislatore allo scopo di adeguare la normativa nazionale ai principi del Regolamento europeo n. 679 del 2016 (GPRD) in tema di trattamento dei dati personali. La disciplina dettata GPRD appare come il risultato di un complesso bilanciamento di diversi interessi rilevanti, quali quello relativo alla riservatezza e all'integrità dell'identità personale, nonché all'accesso e alla conoscibilità dei dati sensibili, allo scopo di arginare ogni rischio inerente alla loro diffusione, che appaiono ancor più evidenti in ambito successorio. Questo perché con la morte della persona si pone il problema della trasmissibilità *mortis causa* di tali dati, del controllo e della gestione degli stessi, essendovi una sopravvivenza dell'identità digitale rispetto a quella reale. In questo senso il d.lgs. n. 101/2018 ha innovato il quadro normativo preesistente, che prevedeva una disciplina piuttosto scarna sulla sorte dei diritti delle persone decedute; in particolare l'art. 9 comma 3 si limitava a stabilire che i diritti di accesso, aggiornamento, rettifica, cancellazione e opposizione potessero essere esercitati a seguito della morte dell'interessato da chiunque vantasse un interesse proprio o agisse a tutela del defunto per «ragioni familiari meritevoli di protezione». I. MARTONE, *Sulla trasmissibilità a causa di morte dei 'dati personali': l'intricato rapporto tra digitalizzazione e riservatezza*, in L. BALLEBINI, G. Buset, T. PERTOT, L. REG (a cura di), *Nuovi modelli di diritto successorio: prospettive interne, europee e comparate. Atti del convegno*, Trieste, 2022, pp. 103-106; I. SASSO, *La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del regolamento UE 2016/679)*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 189.

zione dei dati personali del *de cuius*⁸ anche a coloro che hanno ricevuto dall'utente un siffatto incarico gestorio. Il che significa, da un lato, riconoscere la rilevanza, anche *post mortem*, dei dati personali, che, sebbene dotati di una potenziale valenza patrimoniale⁹, in questo ambito vengono in considerazione essenzialmente quali entità tese a definire l'identità del *de cuius*¹⁰, e dunque come elementi intrinsecamente connessi al suo essere persona e non anche quali strumenti della propria attività professionale o commerciale capaci di generare rilevanti e cospicui profitti; dall'altro, attribuire la legittimazione ad agire a tutela dei diritti dell'utente deceduto in capo a coloro che agiscono come mandatari e che possono anche essere persone diverse dagli eredi o dai legatari.

In altri termini, la norma individua nel mandatario il soggetto legittimato ad agire per far valere un interesse altrui (quello del *de cuius*), di natura esclusivamente non patrimoniale; mentre attribuisce una particolare legittimazione ad agire *iure proprio* ai familiari dell'utente deceduto, in quanto titolari di un autonomo e distinto interesse meritevole di tutela.

Si tratta dunque di una disciplina che, riprendendo quanto previsto dall'abrogato art. 9 del codice della *privacy* – il quale permetteva il trattamento dei dati delle persone decedute – è particolarmente apprezzabile per un triplice ordine di ragioni: a) perché sposta la normazione a un livello territoriale e ordinamentale suscettibile di maggior effettività rispetto a quella dei singoli Stati membri¹¹; b) per l'ampio raggio che assume la categoria dei diritti suscet-

⁸L'espressione dati personali viene normalmente riferita sia all'insieme di informazioni o notizie che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica (stile di vita, relazioni personali, stato di salute, opinioni politiche, sindacali, filosofiche, situazione economica, convinzioni religiose, orientamento sessuale), sia ai dati biometrici ed a quelli contenuti nelle comunicazioni elettroniche via Internet o via telefono, che consentono la geolocalizzazione. Anche tali documenti, immagini, video, audio, applicazioni, *account* su *social networks* e *software*, si contraddistinguono infatti per la loro natura personale e finiscono per costituire parte integrante della proiezione della sua identità personale. Cfr. I. MARTONE, *Sulla trasmissione a causa di morte del «patrimonio digitale»*, cit., p. 431; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 323 ss.

⁹C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, cit., p. 68 ss.; G. MARINO, *La «successione digitale»*, cit., pp. 177-178.

¹⁰Sulla dissociazione tra l'«io» reale, fisico, e l'«io» digitale, quale espressione dell'identità digitale della persona, M. MATTIONI, *Profili civilistici dell'identità digitale tra tutela e accertamento*, in *Identità ed eredità digitali, Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Aracne editrice, p. 58 ss. Sul tema dell'identità digitale quale specificazione dell'identità *tout court* della persona, v. I. TARDIA, *L'identità digitale tra memoria e oblio*, Napoli, 2017; M. F. COCUCCHIO, *Il diritto all'identità personale e identità «digitale»*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 949 ss.

¹¹La sempre più ampia attenzione che gli organi dell'Unione Europea dedicano alle normative riguardanti i fenomeni legati al progresso scientifico e tecnologico e la insufficienza di una

tibili di essere esercitati *post mortem* in modo che gli stessi possano essere acquisiti al patrimonio dell'interessato e non rimangano per un tempo indefinito nella disponibilità del titolare del trattamento; c) per aver individuato nel mandato *post mortem* uno schema contrattuale capace di operare in un ambito del tutto nuovo, qual è quello della gestione *post mortem* dei dati personali, ossia in un settore nel quale ciò che viene in rilievo è, essenzialmente, la dimensione personalistica e intima degli interessi che il *de cuius* intende realizzare¹² e non anche l'attribuzione di utilità economiche a terzi.

In questi casi, in cui l'utente utilizza le risorse digitali non già quali mezzi rientranti nella propria organizzazione professionale o imprenditoriale per trarne profitto, bensì quali entità espressive di informazioni, notizie e dati intrinsecamente connessi all'essere persona, spesso diretti a definire la sua identità personale, si opera una scissione tra il piano dell'"essere" e quello dell'"avere", di guisa che al mandatario viene attribuito solo un potere gestorio e non anche un diritto dominicale. Ne segue che, alla morte dell'interessato, si verifica una vera e propria separazione tra l'attribuzione delle utilità economiche che tali risorse possono potenzialmente produrre¹³ – le quali possono essere devolute agli eredi o ai legatari – e l'esercizio dell'attività gestoria sui dati personali che il mandatario deve svolgere per soddisfare gli interessi dell'utente¹⁴. Il conferimento al terzo della possibilità di accedere al proprio *account* o profilo *social* non vuol dire quindi attribuirgli anche i proventi che derivano dall'eventuale sfruttamento economico di tali risorse¹⁵, per cui il

regolamentazione rimessa soltanto a singoli Stati è sottolineata da G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 668.

¹² Cfr. L. DANI, *op. cit.*, p. 981 ss.

¹³ G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, p. 55 ss.; I. MARTONE, *op. ult. cit.* p. 442 ss.

¹⁴ Si pensi, ad esempio, a tutti i servizi di *banking on line*, mediante i quali l'utente, tramite un proprio *account*, oltre a raccogliere, archiviare e consultare i dati relativi al rapporto con la banca, può compiere operazioni dispositive di somme esistenti sul suo conto corrente. Anche questi casi, la titolarità del denaro e le operazioni in conto corrente sono regolate dal contratto di deposito, per cui l'*account* serve esclusivamente ad eseguire le predette operazioni. Infatti, le somme depositate costituiscono una bene diverso dall'*account*, dal momento che quest'ultimo rappresenta soltanto la modalità informatica attraverso la quale è possibile gestire il proprio conto corrente *on line* e, come tale, costituisce un'entità autonoma non dotata, di per sé, di una propria utilità economica (V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 285 ss.) Il che si verifica pure là dove oggetto del deposito siano criptovalute, cioè beni digitali che richiedono specifici codici cifrati e *password* per accedere ai dati, in quanto il sistema informatico rappresenta esclusivamente il mezzo attraverso il quale dette risorse sono gestite (M. PALAZZO, *La successione nei rapporti digitali*, in *Vita not.*, 2019, p. 1321).

¹⁵ Nello studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 6-2007/IG "Password, credenziali e successione mortis causa" di U. BECHINI "consentire l'accesso ad una risorsa fisica o *on line* non

mandato rimane comunque valido ed efficace, in quanto, essendo diretto a soddisfare esclusivamente gli interessi personali del *de cuius*, né interferisce con il divieto dei patti successori, né contrasta con il principio di tipicità delle fonti di delazione ereditaria.

Al riguardo, si è peraltro precisato non solo che tra i dati ai quali è possibile accedere, ai sensi del predetto art. 2-terdecies, rientrano sia quelli riferibili al *de cuius*, sia i dati di terzi beneficiari di polizze assicurative, ma anche che, nel bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e l'esercizio di un diritto in sede giudiziaria, ove autentico e non surrettizio, è quest'ultimo che deve ritenersi prevalente¹⁶. Il che significa allargare l'ambito di operatività dell'art. 2-terdecies anche ai dati di persone terze, ove l'istanza avanzata dai familiari, volta a conoscere gli stessi, non sia pretestuosa e il richiedente sia titolare di un diritto soggettivo sostanziale in ambito successorio, e cioè sia beneficiario di un'attribuzione patrimoniale *mortis causa* a titolo universale o particolare o si trovi nella posizione di chiamato all'eredità che lo legittimi a promuovere un'azione giudiziaria¹⁷.

Viceversa, se non si ravvisi alcun pregiudizio per l'esercizio dei diritti patrimoniali degli eredi o dei legatari o per il loro diritto di difendere in giudizio i propri interessi¹⁸, al mandatario può essere conferito anche l'incarico di cancellare ed eliminare i dati personali del *dominus* o dei terzi, in modo da impedire agli eredi o ai terzi la conoscenza di ciò che è custodito nelle risorse *online*¹⁹. Decisione, questa, che si giustifica in virtù del potere di autodetermina-

equivale ad intervenire sui rapporti giuridici, dominicali o d'altra natura, di cui sono oggetto i materiali che la risorsa stessa custodisce”.

¹⁶Cass. civ., 13 dicembre 2021, n. 39531, in banca dati *DeJure*. Ciò a differenza di quanto aveva affermato in precedenza (Cass. 8 settembre 2015, n. 17790), ossia che “il diritto di accesso ha ad oggetto i dati personali che riguardano direttamente la persona richiedente che, per legge, è l'unica titolare dell'interesse, meritevole di tutela, a ricevere quelle informazioni” e che l'accesso ai dati di terze persone non può ritenersi giustificato da alcuna disposizione, visto che l'art. 9, comma 3 – che corrisponde all'attuale art. 2-terdecies – facendo espresso “ai dati personali concernenti persone decedute, non autorizza l'accesso ai dati personali di terzi beneficiari dei contratti stipulati dal primo”.

¹⁷Cass. civ., 13 dicembre 2021, n. 39531, cit. In questo senso *vedi* pure il Provvedimento interpretativo in materia di esercizio del diritto di accesso da parte di eredi e di chiamati all'eredità ai dati personali di soggetti deceduti, con particolare riferimento a quelli dei beneficiari di polizze vita (artt. 15 del Regolamento (UE) 2016/679 e 2-terdecies del Codice in materia di protezione dei dati personali – 26 ottobre 2023 [9954881] in *Gazz. Uff.* n. 281 del 1° dicembre 2023).

¹⁸S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 465.

¹⁹Sulla qualificazione dell'incarico conferito a terzi per la distruzione dei propri ricordi come mandato *post mortem exequendum*, si veda A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, p. 289 ss.

zione informativa postuma riconosciuto al mandante la cui volontà è destinata a prevalere su quella degli eredi, purché l'utente, con una specifica, libera, informata e non equivoca dichiarazione scritta, modificabile e revocabile in ogni momento²⁰, abbia autorizzato il titolare del trattamento o un terzo a cancellare o eliminare i propri dati personali²¹. Tale manifestazione di volontà, però, avendo natura autorizzativa, non obbliga il terzo ad esercitare i poteri conferitigli, per cui non garantisce al *de cuius* l'effettiva realizzazione della sua volontà. Per tale ragione, l'utente, al fine di neutralizzare questo rischio, potrebbe preferire far ricorso al contratto di mandato *ex art. 2-terdecies*, scegliendo una persona di sua fiducia disposta ad assumersi l'obbligo di provvedere alla cancellazione dell'*account* o alla "cristallizzazione" dello stesso per il tempo successivo alla sua morte.

Da tali considerazioni si evince come, anche in queste ipotesi, il mandato si riveli essere un utile e versatile strumento di regolazione *post mortem* degli interessi non patrimoniale del *de cuius*, alternativo alla predetta dichiarazione unilaterale e unipersonale di volontà²². Esso, infatti, è valido ed efficace se risulta da atto scritto, sia liberamente revocabile o modificabile dal *dominus*, così come prevede anche la normativa francese²³, ed abbia ad oggetto la gestione dei dati digitali per soddisfare gli interessi personali e intimi dell'utente deceduto.

²⁰ In dottrina, si è precisato (G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 85 ss.) che, in linea di principio, il singolo interessato potrebbe redigere e far pervenire al *provider* la dichiarazione scritta richiesta dalla norma anche senza osservare le procedure richieste dall'operatore, ponendo a carico del titolare del trattamento l'onere di predisporre i mezzi necessari per assicurarsi che la volontà dell'interessato venga recepita, indipendentemente dalla modalità con cui essa è stata espressa e comunicata.

²¹ Tale previsione rappresenta un elemento di novità rispetto all'impostazione adottata dal Codice privacy, che sebbene rappresenti un passo importato verso una miglior gestione dei dati digitali dopo la morte del soggetto, non risulta però del tutto esaustiva. Con tale dichiarazione, infatti, è possibile limitare la possibilità di esercitare i diritti previsti dal Regolamento da parte di terzi, ma non è consentito all'interessato disporre in modo differente, prevedendo ad esempio quali e quanti dati rendere accessibili a terzi oppure prevedere l'automatica cancellazione o modifica al sopraggiungere del decesso del titolare (I. SASSO, *op. cit.*, p. 196).

²² V. PUTORTÌ, *Patrimonio digitale e successione mortis causa*, cit., p. 11.

²³ La medesima soluzione è stata adottata anche dalla Spagna con la *Ley Orgánica* del 05 dicembre 2018, n. 3, in materia di protezione dei dati personali e tutela dei diritti digitali, che all'art. 3, dopo aver stabilito che le persone legate al defunto in forza di relazioni di carattere familiare o di fatto e i suoi eredi possono richiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali dell'utente e, se del caso, la loro rettifica o cancellazione, stabilisce che l'accesso, la rettifica o la cancellazione dei dati da parte dei soggetti indicati non sono ammessi quando il defunto li abbia espressamente vietati (S. DELLE MONACHE, *op cit.*, p. 464).

3. Le clausole di intrasmissibilità dell'account e i poteri del mandatario

La normativa sopra descritta rimette alla volontà dell'interessato la scelta se far cancellare o eliminare i propri dati personali oppure se consentire ai familiari o al mandatario l'accesso agli stessi, evitando così l'automatica estinzione dell'*account* per effetto delle c.d. clausole di intrasmissibilità²⁴ spesso inserite tra le condizioni generali di contratto. Clausole, queste, che, alla morte del contraente, comportano la cessazione del rapporto contrattuale, anche in assenza di una reale e consapevole volontà dell'utente²⁵, di guisa che la loro liceità, in ambito comunitario, è stata più volte messa in dubbio. Ciò sia per la grave incidenza che esse determinano sulla vicenda successoria, ponendosi quali deroghe al principio di universalità della successione²⁶, sia perché integrerebbero una peculiare ipotesi di clausole vessatorie, visto il rilevante squilibrio contrattuale che provocano a carico delle parti²⁷.

Tali pattuizioni, in realtà, sono dirette non solo a tutelare la *privacy* del defunto, ma anche (e soprattutto) a soddisfare gli interessi patrimoniali dei *providers*, che, impedendo agli eredi di accedere all'*account*, sono esonerati dal sostenere i costi e gli oneri necessari per permettere ai successori di subentrare nelle posizioni contrattuali del soggetto deceduto, oppure per controllare la documentazione che attesta la morte dell'utente o verificare la legittimazione ad agire degli eredi. Di qui l'idea secondo la quale, ai fini della cancellazione o eliminazione *post mortem* dei dati personali, non sia sufficiente che l'utente le abbia accettate, unitamente alle altre condizioni generali, ma sia per contro necessaria una loro specifica approvazione scritta, frutto di una volontà inequivoca, libera, informata e sempre revocabile del *de cuius*, la quale incontra

²⁴ Le clausole di intrasmissibilità sono molto diffuse (si v., ad es., *LinkedIn, Google, Yahoo*), in quanto esonerano il *provider* dal gravoso compito di individuare quale siano i soggetti legittimati a ricevere la titolarità dell'*account* ed i beni in esso custoditi. Tra i gestori che consentono la trasmissibilità di tali risorse a causa di morte vi sono Telecom Italia e *American on line Hotmail*. Relativamente al c.d. *account* inattivo e alle regole da seguire per accedere a "*deceased person's mail*", si v. la sezione "Help" del sito <http://support.google.com/mail/bin/answer.py?en&answer=14300>.

²⁵ I. MASPES, *op. cit.*, p. 407 ss.

²⁶ Sulle clausole derogative del principio di trasmissibilità *mortis causa* delle posizioni contrattuali, vedi F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI (a cura di), *Tratt. dir. succ. don.*, I, Milano, 2009, p. 525 ss.

²⁷ La questione relativa all'eventuale carattere vessatorio delle clausole di intrasmissibilità rimane aperta poiché in molti casi i *providers* hanno sede in paesi extra europei, che rende difficoltosa l'individuazione della disciplina concretamente applicabile. Cfr., G. RESTA, *La 'morte digitale'*, cit., p. 908.

come unico limite l'eventuale pregiudizio che arreca all'esercizio dei diritti patrimoniali dei terzi che «derivano dalla morte dell'interessato o al diritto di difendere in giudizio i propri interessi».

Utili indici in tal senso si traggono, del resto, dalla decisione della Corte Federale tedesca, *Bundensgerichtshof* (BGH), la quale, pronunciandosi sul ricorso presentato dai genitori di una ragazza quindicenne deceduta in circostanze sospette e volto ad ottenere l'accesso all'account Facebook della figlia per avere informazioni sul tragico evento²⁸, ha riconosciuto il diritto agli eredi ad accedere ai dati dell'utente deceduto, equiparando i contenuti dell'*account* a quelli della corrispondenza in formato cartaceo e in tal modo sottoponendoli alle regole di diritto successorio ed al principio di universalità della successione *ex* § 1922 BGB.

Più precisamente, i giudici tedeschi hanno riconosciuto la natura patrimoniale del contratto di servizio concluso tra l'utente e il *provider*. Ciò in considerazione del fatto che quest'ultimo si limita a mettere a disposizione dell'utente un servizio standardizzato con caratteristiche predefinite²⁹ trasmissibile agli eredi, che possono accedere all'*account* a prescindere dalla natura patrimoniale o personale dei contenuti digitali in esso conservati³⁰. Non solo, ma la Corte Federale tedesca ha altresì posto in luce come le c.d. clausole di intrasmissibilità, pur essendo di per sé lecite, in quanto volte ad escludere la trasmissione *mortis causa* di determinati rapporti contrattuali³¹, se valutate alla luce del concreto contesto contrattuale che le genera, non sempre sono frutto di una volontà libera e consapevole degli utenti, per cui è necessario accertare in concreto, caso per caso, se esse, determinando un evidente squilibrio tra la posizione del *server provider* e quella del consumatore, possono considerarsi abusive³².

²⁸ I genitori avevano tentato l'accesso al profilo Facebook della figlia, ma il *provider*, informato della morte dell'utente, lo aveva negato, ponendolo in modalità commemorativa. Pertanto, i genitori avevano presentato ricorso al BGH, facendo valere il loro diritto di accesso ai contenuti personali conservati nell'*account* della figlia defunta. *Bundesgerichtshof*, 12.07.2018 – III ZR 183/17, in *dejure.org*.

²⁹ S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, p. 462.

³⁰ Per l'importanza che assume in ambito successorio la natura patrimoniale o meno della disposizione, vedi L. DANI, *op. cit.*, p. 981 ss.

³¹ Sull'attuale vigenza del principio generale di prosecuzione dei rapporti facenti capo al *de cuius* con i suoi eredi, vedi C. CACCAVALE, *Contratti e successioni*, in *Tratt del contr.*, (dir. da Roppo), IV, Milano, 2006, p. 405 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario*, cit., p. 27 ss.

³² G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 89, che condivide la prospettiva accolta dai giudici tedeschi e rileva come la *policy* di memorializzazione attuata dai *server provider* finisca quasi sempre per svantaggiare l'utente, in quanto, oltre a precludere agli eredi l'accesso

In realtà, secondo la Corte federale, ove non si tenesse conto delle asimmetrie di potere negoziale esistenti tra le parti e non si valutasse se gli utenti abbiano espresso un consenso consapevole e circostanziato all'intrasmissibilità dei dati contenuti nell'*account*, non solo si priverebbero i familiari del soggetto deceduto del diritto di subentrare nel rapporto contrattuale del *de cuius*, ma si consentirebbe ai *social network* di gestire e sfruttare economicamente i predetti dati senza alcuna legittimazione ed in contrasto con il divieto dei patti successori³³.

Secondo l'impostazione seguita dai Giudici tedeschi, la vicenda successoria che si genera in detti casi è disciplinata dalle norme di diritto successorio e non già dalle norme del Regolamento 2016/679, in quanto tale normativa si applicherebbe solo a tutela degli interessi delle persone in vita e non anche quelli degli eredi dell'utente defunto. Con la conseguenza che questi ultimi, succedendo nel rapporto contrattuale, hanno accesso diretto ai dati ai sensi dell'art. 6, par. 1 del predetto Regolamento, che sancisce la liceità del trattamento là dove esso sia diretto a dare esecuzione ad un contratto in cui il soggetto è parte (*lett. b*) ovvero sia propedeutico al soddisfacimento di un interesse legittimo del titolare del trattamento.

La Corte tedesca, invero, muovendo dal presupposto che i rapporti inerenti ai dati personali rientrano nel patrimonio del *de cuius* e, al pari delle altre entità economiche, siano trasmissibili a causa di morte, in applicazione del principio di universalità della successione, ha ritenuto che anche i contratti stipulati per la creazione di un *account* si devolvano ai successori universali. Cosicché, questi ultimi, acquistano il diritto di accedere ai contenuti digitali dell'utente successioni causa, senza bisogno di dimostrare l'esistenza di un interesse proprio.

ai contenuti digitali, determina una modifica retroattiva del piano degli obblighi contrattuali gravanti sul professionista e impedisce il perseguimento delle finalità contrattuali, creando una sorta di "cimitero dei dati". Diversamente, altra dottrina (S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa*, cit., p. 463) ha rilevato come in questi casi non si ponga alcun problema di vessatorietà, visto che dette clausole sono confermatrici di una conseguenza che discende direttamente dall'applicazione dei principi contenuti nell'art. 34 comma III del d.lgs. n. 206/2005.

³³ Si è tuttavia rilevato come la predetta disciplina non risolve in maniera espressa il problema dell'eventuale conflitto tra le clausole di intrasmissibilità, spesso inserite dai *provider* tra le condizioni generali di contratto, e la diversa volontà manifestata dall'utente, anche se, argomentando dall'esigenza normativa tesa a garantire un consenso, univoco, libero e informato del soggetto, si possa giungere ad affermare la invalidità delle predette clausole (M. CINQUE, *L'eredità digitale*, cit., p. 90).

4. La posizione della giurisprudenza

Sulla possibilità degli eredi di accedere ai contenuti digitali dell'utente deceduto si è espressa anche la nostra giurisprudenza di merito, la quale in tre recenti decisioni³⁴ ha riconosciuto agli eredi la legittimazione ad agire, *iure proprio*, per il recupero dei contenuti digitali archiviati dall'“*Iphone*” nel sistema di sincronizzazione “*iCloud*”³⁵. Accesso che la Apple si era rifiutata di concedere sostenendo che: a) l'*account* del defunto poteva contenere dati personali di terzi; b) i richiedenti non avevano dimostrato né che il defunto era titolare di tutti gli *account* associati all'*Id* Apple, né di essere amministratori o rappresentanti legali dei beni dell'utente deceduto; c) i familiari non possedevano i requisiti richiesti dall'“*Electronic Communication Privacy Act*”, e dunque non agivano quali “agenti” del patrimonio del *de cuius*, capaci di esprimere formalmente un consenso “legittimo” all'accesso dei dati personali del figlio³⁶.

I giudici milanesi, per contro, considerando infondate tali eccezioni, visto che la Apple non poteva subordinare l'esercizio di un diritto espressamente riconosciuto dal nostro sistema all'esistenza di requisiti non contemplati da norme interne, hanno accolto la richiesta dei genitori, condannando la società a fornire l'assistenza necessaria per il recupero dei dati personali dal *Cloud*. In particolare, tutte e tre le decisioni citate, nel bilanciare il diritto alla riservatezza-

³⁴Trib. Milano, Sez. I, ord. 10 febbraio 2021, n. 95062, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2021, p. 557 ss., con note di S. BONETTI, *Dati personali e tutela post mortem nel novellato Codice privacy: prime applicazioni* (p. 560 ss.) e G. RESTA, *L'accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple* (p. 678 ss.); Trib. Bologna, ord. 25 novembre 2021, in *Fam. dir.*, 7/2022, p. 710 ss., con nota di A. VIGNOTTO, *La successione digitale alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali italiane*; Trib. Roma, ord. 10 febbraio 2022, in banca dati *DeJure*.

³⁵Il tema della “morte digitale” era già noto alla giurisprudenza internazionale (cfr. C.M. MOREMAN, A.D. LEWIS, *Digital death: mortality and beyond* in *The online age*, Santa Barbara, 2014; E. STEINHART, Y. NAGASAWA, E. WIELENBERG, *Your digital afterlives: computational theories of life after death*, Londra, 2014; E. CARROLL, J. ROMANO, *Your digital afterlife: when Facebook, Flickr and Twitter are your estate, what's your legacy?*, San Francisco, 2010; L. EDWARDS, E. HARBINJA, *Protecting Post – Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2013, XXXII, 1, p. 102 ss.

³⁶L. GALANTI, *Considerazioni sulla tutela processuale post mortem dei dati personali*, in A. ADINOLFI, A. SIMONCINI (cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, Napoli, 2022, p. 713 ss.; A. D'ARMINIO MONFORTE, *La prima decisione italiana in tema di 'eredità digitale': quale tutela 'post mortem' dei dati personali?*, nota a Trib. Milano, Sez. I, 10 febbraio 2021, in *Corr. giur.*, 2021, p. 661 ss.

za con quello alla conoscenza fatto valere dai familiari, hanno attribuito prevalenza a quest'ultimo, riconoscendo che lo stesso è tutelabile in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c.³⁷. Questo perché la Apple aveva fatto presente che i contenuti esistenti nei propri sistemi informatici, trascorso un periodo di inattività dell'*account iCloud*, sarebbero stati automaticamente distrutti, per cui, ove si fosse attesa la conclusione del giudizio di merito, vi sarebbe stata una irreversibile lesione dei diritti connessi ai dati personali dell'interessato³⁸.

La predetta giurisprudenza ha fatto leva proprio sul citato art. 2-terdecies del d.lgs. n. 101/2018 per giustificare la legittimazione dei ricorrenti ad accedere ai dati conservati nell'*account* dell'utente deceduto. Più precisamente, da un lato, ha ribadito che il considerando 27 del Reg. "2016/679 GDPR esclude l'operatività della disciplina alle persone decedute e rinvia agli Stati Membri dell'Unione l'emanazione di apposite norme che regolino il trattamento dei dati personali del defunto"; dall'altro ha precisato come la normativa interna riconosca al mandatario o agli eredi il potere di agire a tutela dell'interessato "per ragioni familiari meritevoli di protezione", e dunque quali soggetti portatori di un "legittimo interesse" che giustifica l'accesso ai contenuti digitali del defunto³⁹.

In particolare, nella sentenza del Tribunale di Milano si legge che "è proprio il legame esistente tra genitori e figli" "e la volontà di realizzare un progetto che possa tenere in vita la memoria del giovane scomparso, unitamente alla concreta possibilità di recuperare ciò che era contenuto nel *cloud*", che rappresentano gli elementi idonei a concretizzare quel "legittimo interesse" che consente di superare il diniego opposto da Apple a tutela della sicurezza dei clienti⁴⁰.

Non solo, ma i Giudici romani hanno altresì evidenziato come, anche là dove tra le condizioni generali di contratto ci fosse una clausola di intrasmis-

³⁷L. GALANTI, *op. cit.*, p. 722, la quale evidenzia come in questo settore la tutela ex art. 700 c.p.c., oltre che consentire il tempestivo accesso ai dati personali dell'utente deceduto, possa operare anche come azione di accertamento dell'illegittimo trattamento dei dati e determinare, in via inibitoria, la cessazione dello stesso.

³⁸G. CASSANO, *La "morte digitale" e il diritto ai ricordi dei congiunti. Il servizio iCloud alla prova della normativa italiana*, in *Dir. infor.*, 2022, p. 15 ss.

³⁹Diversamente, la legge francese riconosce agli eredi solo il diritto di domandare al titolare del trattamento l'aggiornamento e l'integrazione dei dati; mentre altri ordinamenti, quali quello svedese, inglese e irlandese escludono espressamente l'applicazione della tutela dei dati personali alle informazioni riguardanti i defunti (v. G RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 90).

⁴⁰Non solo, ma il Tribunale di Milano, in relazione all'applicabilità del Regolamento UE 2016/679 alle comunicazioni fornite alla controparte contrattuale ha precisato che, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. f) del GDPR, ove sussista un "interesse legittimo" – che nel caso di specie si poteva ravvisare nelle "ragioni familiari meritevoli di protezione" dei genitori – è comunque obbligatorio autorizzare il trattamento dei dati personali.

sibilità, l'accesso ai dati del *de cuius* da parte degli eredi o dei suoi familiari sarebbe comunque legittimo, poiché la mera adesione a siffatte clausole, unilateralmente predisposte, “non soddisfa i requisiti sostanziali e formali espressi dalla normativa richiamata, anche in considerazione delle pratiche negoziali dei fornitori di servizi – nelle quali si radicano le condizioni generali di contratto con gli utenti – non valorizzanti l'autonomia delle scelte dei destinatari”⁴¹. Tant'è vero – si afferma – che l'art. 2-terdecies del d.lgs. n. 101/2018 stabilisce che il divieto all'esercizio dei diritti previsti da tale norma e la possibilità della loro relativa azionabilità da parte dei terzi legittimati debba essere espresso in maniera libera, informata e specifica, oltre che essere sempre revocabile o modificabile.

Conseguentemente, in assenza di un espresso divieto scritto dell'interessato all'esercizio *post mortem* dei diritti connessi ai suoi dati personali, deve potersi riconoscere ai familiari il diritto di accedere alle memorie digitali dell'utente deceduto, che desiderino conoscere e avere copia di esse. Diritto, questo, che si fonda sull'espressa e straordinaria legittimazione ad agire che la predetta normativa attribuisce ai familiari⁴² e che soddisfa appieno il loro interesse finalizzato all'acquisizione e alla conoscenza delle predette informazioni e non anche a sfruttare economicamente i dati contenuti nell'*account*.

È questa peraltro una soluzione che, sebbene possa apparire simile a quella prospettata dalla Corte Federale tedesca, visto che in entrambi i casi la parte convenuta è stata dichiarata soccombente e ha dovuto consentire ai familiari dell'utente deceduto l'accesso ai suoi contenuti digitali archiviati sull'*iCloud*, in realtà si differenzia da essa in quanto si fonda su presupposti diversi. Infatti, mentre la pronuncia dei giudici tedeschi considera l'accordo tra utente e Facebook di natura patrimoniale e come tale idoneo a cadere in successione – dato che il gestore si limiterebbe a mettere a disposizione dell'utente un servizio standard, di carattere tecnico, senza implicazioni di natura personale – le decisioni della nostra giurisprudenza si fondano invece sull'art. 2-terdecies d.lgs. n. 101/2018, ossia su una norma volta a tutelare le esigenze personali del *de cuius* oppure quelle dei suoi familiari. Di qui la loro legittimazione ad agire

⁴¹Trib. Roma, ord. 10 febbraio 2022, cit.

⁴²Si è rilevato (S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa*, cit., p. 465) come si tratti non di una eccezionale trasmissibilità *post mortem* dei diritti della personalità, bensì di una legittimazione ad agire, acquistata a titolo originario per l'esercizio dei diritti dell'interessato, che può avvenire anche a tutela di “un interesse proprio”, così come espressamente prevede l'art. 2-terdecies; G RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 90, che evidenzia come il sistema italiano, a differenza di quello germanico, che propende per una legittimazione fiduciaria dei congiunti, attribuisca agli eredi un diritto nuovo e autonomo, fondato sul legame familiare che li lega alla persona deceduta.

iure proprio quali portatori di un autonomo e rilevante interesse alla conoscenza dei dati digitali dell'utente deceduto, destinato a prevalere, in sede di bilanciamento, sul diritto alla riservatezza.

5. Mandato post mortem a contenuto non patrimoniale e divieto dei patti successori

Le disposizioni normative sopra indicate, unitamente agli orientamenti giurisprudenziali interni, dimostrano come la sorte dei dati personali possa essere oggetto di specifici accordi *mortis causa* di natura non patrimoniale. In particolare, si è visto come al di fuori delle ipotesi in cui le risorse digitali vengano utilizzate quali mezzi per produrre profitto, rientrando nell'ambito dell'organizzazione professionale o imprenditoriale del soggetto, l'utente possa far ricorso al mandato *post mortem* per affidare ad una persona di sua fiducia l'esercizio di determinati poteri gestori sull'*account* e sui *file* in esso contenuti, senza peraltro attribuirgli la titolarità di tali entità o il potere di appropriarsi delle eventuali utilità economiche che da esse possono trarsi, al fine di soddisfare i suoi personali ed intimi interessi. In questo senso, il mandato si pone come un contratto valido ed efficace non solo perché espressamente previsto dall'art. 2-terdecies del d.lgs. n. 101/2018, ma anche perché nessuna interferenza determina con la *ratio* sottesa alla proibizione di patti successori ex art. 458 c.c.⁴³.

È noto infatti che il campo applicativo di tale divieto è circoscritto ai soli accordi che hanno ad oggetto la trasmissione della ricchezza a causa di morte, e cioè ai contratti ispirati da una logica di natura patrimonialistica, tipica dei circuiti mercantili, volta a regolamentare la circolazione dei beni per il tempo in cui si sarà cessato di vivere⁴⁴, poiché è solo in relazione ad essi che si manifesta

⁴³ V. PUTORTÌ, *Il divieto di patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. fam. succ.*, 2016, p. 845 ss.; ID. *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 76 ss.; G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 139; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storie e funzioni*, Napoli, 2015, p. 273 ss.; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, p. 122; C. CICERO, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni*, in *Riv. not.*, 2018, p. 699 ss.; A. SPATUZZI, *Il divieto di patti successori: tra attuali dimensioni funzionali e crescenti fermenti riformatori*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 855 ss.

⁴⁴ Cass. civ., 13 dicembre 2023, n. 34858, in banca dati *DeJure*, la quale, ancora una volta, ha ribadito che “sono sottratti all'ambito applicativo della norma i negozi in cui l'evento morte non è causa dell'attribuzione, ma viene ad incidere esclusivamente sull'efficacia dell'atto, il cui scopo non è di rego-

l'esigenza di tutelare la *libertas testandi*, l'affidamento del terzi e la sicurezza e stabilità degli scambi. *Rationes*, queste, che sono invece estranee ai negozi in esame, i quali, nonostante abbiano ad oggetto risorse potenzialmente dotate di una duplice valenza economica e non patrimoniale, vengono qui in considerazione quali accordi diretti a realizzare interessi di natura esclusivamente non patrimoniale riguardanti elementi intrinsecamente connessi alla personalità del mandante e funzionali alla definizione del suo stesso «essere» persona.

Attraverso tali contratti, infatti, il terzo diviene titolare di un potere gestorio, senza essere legittimato ad appropriarsi delle utilità economiche che dallo sfruttamento di esse possono eventualmente trarsi. Tant'è vero che, alla morte dell'interessato, dette utilità, ove esistenti, possono essere devolute agli eredi o ai legatari, di guisa che, anche là dove i dati digitali rilevino sul piano dell'avere in quanto dotati di un potenziale valore patrimoniale, il mandato continua ad essere valido ed efficace, essendo comunque diretto a soddisfare soltanto esigenze ed intime del *dominus*.

Del resto, è lo stretto legame esistente tra gli interessi sottesi a tale contratto e la sfera personale dell'ereditando che induce a riconoscere alla volontà di quest'ultimo un ruolo di assoluta preminenza nella vicenda successoria, visto che l'atto né incide sulle aspettative dei terzi, né pregiudica la certezza e la stabilità degli scambi.

Tale impostazione, d'altronde, appare coerente con l'impianto assiologico del nostro sistema costituzionale, che pone la persona e la sua dignità al vertice dell'ordinamento⁴⁵ e che induce a valutare la validità degli accordi in esame con riguardo alla liceità e meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti dalle parti e non anche in base ai principi che regolano le forme attributive della ricchezza a causa di morte⁴⁶.

Se si ragiona in questa logica, si comprende inoltre perché, in questo settore, perda significato la distinzione tra atti a causa di morte e atti *post mortem*,

lare la futura successione". In tali atti, infatti l'evento morte riveste un ruolo diverso in quanto l'attribuzione è attuale nella sua consistenza patrimoniale e non è limitata ai beni rimasti nel patrimonio del disponente al momento della morte. Ciò a differenza di quanto accade negli "atti mortis causa che sono diretti a regolare i rapporti patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, senza, che prima di tale momento, producano alcun effetto, nemmeno prodromico o preliminare." (in questo senso vedi Cass., Sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18831, in banca dati *DeJure*; Cass. civ., 2 settembre 2020, n. 18198; Cass. civ., 21 novembre 2017, n. 27624, in banca dati *DeJure*).

⁴⁵ Secondo G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 15 ss. è stata la Costituzione ad elevare la persona a punto centrale di riferimento, delineando una concezione di essa in cui trovano pieno riconoscimento e tutela i rapporti non patrimoniali e gli interessi che questi sono volti a perseguire, anche *successionis causa*.

⁴⁶ V. BARBA, *I patti successori*, cit., p. 180.

e in particolare quella tra mandato *mortis causa* e mandato *post mortem exequendum*⁴⁷. Tale dicotomia, infatti, è diretta a limitare l'operatività del divieto dei patti successori istitutivi alle sole operazioni economiche poste in essere in funzione devolutiva-attributiva dei beni relitti; mentre gli accordi in esame, fuoriuscendo da una logica patrimonialistica, pur essendo negozi a causa di morte, sono validi ed efficaci proprio perché diretti a realizzare gli interessi personali del *de cuius*.

6. Dati digitali e ambito di operatività del mandato

Dalle suddette considerazioni emerge come il mandato *post mortem* rappresenti uno strumento particolarmente utile per la gestione *post mortem* dei dati digitali sia per il suo carattere flessibile, sia per l'assenza di vincoli formali che lo caratterizzano⁴⁸.

Del resto, proprio la crescente quantità di dati generati dalla diffusione delle nuove tecnologie informatiche, nel porre in luce l'esigenza di garantire alle risorse digitali – *blog*, piattaforme, *account*, email, profili *social* – un'adeguata regolamentazione *post mortem*, per la soddisfazione degli interessi personali dell'utente, induce ad estendere l'ambito applicativo del mandato oltre le ipotesi espressamente previste⁴⁹; e precisamente alla gestione dei dati personali sia *offline*, cioè conservati su supporti fisici, sia *online*, cioè derivanti dall'attività in rete dell'utente, sulla base di rapporti di servizio instaurati con gli *Internet Service Providers*. È dato rilevare infatti che il ricorso allo schema negoziale in esame si rivela uno strumento particolarmente utile proprio perché non soggetto né ai limiti previsti per i contratti attributivi di beni, né alle rigide prescrizioni formali dettate per il testamento, che non sempre si conciliano con le esigenze caratterizzanti le nuove tecnologie informatiche.

A differenza dell'atto di ultima volontà, il mandato appare, in particolare, in grado di soddisfare le esigenze di celerità, sicurezza e riservatezza che sono insite in materia digitale, dal momento che la maggior parte di tali risorse risultano essere protette da credenziali di accesso consistenti in *pin*, *password* e *username*⁵⁰. Il mandatario, infatti, a differenza dell'esecutore testamentario o

⁴⁷ F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., p. 56 ss.

⁴⁸ V. PUTORTÌ, *Patrimonio digitale*, cit., p. 175.

⁴⁹ C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁰ L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, p. 144 ss.

dei successori del *de cuius*, è a conoscenza dell'attività da svolgere sin dal momento dell'apertura della successione, per cui può seguire l'incarico in modo celere e tempestivo, senza dover attendere la pubblicazione del testamento, la quale, oltre a poter ritardare la concreta attività gestoria, potrebbe far sì che le credenziali di accesso divengano note al notaio, ai testimoni e ai chiamati all'eredità, ossia a soggetti verso i quali il *de cuius* non ripone alcun affidamento o che, essendo economicamente interessati all'eredità, non offrono adeguate garanzie circa il corretto svolgimento dell'incarico⁵¹.

Del resto, occorre tener presente che, mentre il mandante può liberamente modificare lo *username* e la *password* o creare nuovi *account* senza particolari ostacoli formali, il testatore, invece, ove volesse porre in essere siffatte attività, dovrebbe necessariamente procedere ad una correzione dell'atto di ultima volontà, con evidenti difficoltà pratiche là dove si tratti di un testamento segreto o pubblico⁵².

Diversamente, la versatilità del mandato *post mortem* e la sua attitudine a far sì che l'utente possa scegliere preventivamente e liberamente la persona alla quale trasmettere le credenziali di accesso ed affidare la gestione delle sue risorse digitali, dimostra come tale schema negoziale, in questo settore, costituisca una valida ed efficace alternativa al negozio di ultima volontà. Il ricorso al mandato, infatti, consente di salvaguardare non solo la libera volontà dell'utente, in quanto contratto *intuitus personae*, sempre revocabile *ad nutum*, ma anche le peculiari esigenze di *riservatezza*, *celerità* e *sicurezza* sottese alle tecnologie digitali.

Esso, peraltro, proprio per le caratteristiche sopra evidenziate, si presta ad essere tradotto anche in un codice/programma informatico, e dunque in uno *smart contract*⁵³. Anche in questi casi in cui l'accordo è raggiunto se-

⁵¹ C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 83; A. D'ARMINIO MONFORTE, *op. cit.*, p. 11.

⁵² Tuttavia, occorre specificare che, siccome le *password* sono soggette a modificazioni periodiche per ragioni di sicurezza, sarà opportuno che l'interessato proceda a comunicarle per consentire l'accesso. Inoltre, è necessario tenere presente che gran parte dei servizi *online* sono localizzati nei Paesi di *common law*, con la conseguenza che i termini di utilizzo saranno determinati dagli stessi e che troverà applicazione la legge dello Stato estero.

⁵³ A. CINQUE, *Smart contract: legal nature and contractual remedies*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, p. 639 ss. L'art. 8-ter, comma 2 della l. n. 12/2019, definisce lo *smart contract* come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse». L'accordo raggiunto tra le parti viene quindi programmato sotto forma di codice, che, a sua volta, può essere memorizzato in una *blockchain* nello stesso modo in cui le transazioni sono ordinariamente memorizzate in altre *blockchain*. Pertanto, se sono soddisfatte le specifiche condizioni descritte nel codice, automaticamente si avviano specifiche azioni, anch'esse definite nel codice, quali, ad esempio, il pagamento di una somma di denaro al momento della consegna di

guendo i procedimenti normativamente disciplinati e viene poi programmato sotto forma di codice in un sistema informatico⁵⁴ – spesso memorizzato in una *blockchain*, in modo che la sua esecuzione avvenga automaticamente, in via informatica, al verificarsi della morte del *dominus*, secondo il meccanismo *if this/than that* – non pare che sussistano particolari ostacoli alla sua validità⁵⁵.

In realtà, se si ha riguardo all’atto di conferimento dei poteri attribuiti al mandatario e alla loro finalizzazione volta a soddisfare le esigenze non patrimoniali del *de cuius*, è dato rilevare come nessun contrasto si determini né con le prescrizioni formali dettate per il testamento, vista la libertà di forma che caratterizza il mandato⁵⁶, né con il divieto dei patti successori, data la natura esclusivamente personale degli interessi che il mandato mira a realizzare. In tali casi, infatti, lo *smart contract* rileva unicamente come applicativo diretto a favorire l’esecuzione automatica del rapporto, che trova la sua fonte nel contratto stipulato tra l’utente e il terzo dal cui contenuto soltanto discende la validità dell’operazione negoziale⁵⁷.

determinati prodotti, ovvero la produzione di un interesse moratorio nel caso di mancato pagamento entro una data predefinita.

⁵⁴ B. SIRGIOVANNI, *Lo “smart contract” e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il “legal design”*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 214 ss.

⁵⁵ C. PERNICE, *“Smart contract” e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, p. 117 ss. Per un’approfondita analisi degli *smart contracts*, v. I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022.

⁵⁶ Sotto il profilo formale è dato rilevare che l’art. 8-ter della l. n. 12/2019 stabilisce che «gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Non solo, ma il Codice dell’Amministrazione Digitale (CAD), in relazione ai documenti informatici prevede che gli stessi se sottoscritti con firma digitale basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, integrano il requisito della forma scritta e l’efficacia probatoria prevista dall’art. 2702 c.c. Pertanto, facendo leva sull’utilizzo del meccanismo di crittografia a doppia chiave ad opera dei fruitori della *blockchain* è possibile affermare che anche lo *smart contract* soddisfa il requisito della forma scritta ed assume l’efficacia di piena prova sino a querela di falso. Cfr. C. SBICCA, *Smart contract e autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1483 ss.

⁵⁷ Più complessa è la valutazione sulla validità dello *smart contract* là dove esso costituisca la fonte del regolamento contrattuale, traducendosi la volontà delle parti sotto forma di codice binario e facendo sì che sia il programma informatico a porsi come un autonomo negozio, auto-eseguibile e auto-applicabile. In questi casi, infatti, si pongono delicate questioni in ordine alla stessa qualificazione come contratti, all’accertamento di eventuali vizi del consenso o dell’incapacità di agire dei contraenti e alla valutazione secondo buona fede della condotta delle parti durante l’intero *iter* contrattuale, all’esattezza dell’adempimento e così via.

IL REGIME GIURIDICO DEGLI ANIMALI DI AFFEZIONE. IL PROBLEMA DELL'INTERESSE TUTELATO

di Chiara Sartoris

SOMMARIO: 1. Il regime giuridico degli animali di affezione e il dibattito sull'interesse tutelato. – 2. Dalla teoria della reificazione alla teoria della persona. – 3. Ragioni a favore di una impostazione intermedia: superamento della dicotomia *res/persona*. – 4. Corollari applicativi tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali.

1. *Il regime giuridico degli animali di affezione e il dibattito sull'interesse tutelato*

La questione del regime giuridico applicabile agli animali da affezione è da tempo dibattuta e si lega al più generale problema della qualificazione giuridica dei medesimi. Un problema la cui complessità deriva sia dal forte intreccio tra considerazioni di ordine giuridico, filosofico e morale che negli anni si sono stratificate; sia dalla importanza e delle specificità della relazione tra esseri umani e animali¹.

¹Innumerevoli gli studi giuridici e filosofici su questo tema. *Ex multis*: D. GRIFFIN, *L'animale consapevole*, New York, 1976; M. TALLACCHINI, *Questione animale: una via riformista*, in *Vita e pensiero*, 1993, p. 265 ss.; V. POCAR, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Bari, 1998; P. CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino, 1999; F. TAVANO, *I diritti degli animali*, Milano, 2003; D. NAZZARO, *L'animale "essere senziente" quale oggetto di tutela*, in *Nuovo dir.*, 2004, p. 117 ss.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; B. ROLLIN, *Diritti degli animali ed etica umana*, New York, 2006; E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 2, p. 220 ss.; C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 5050 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. CASTIGLIONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012, p. 282 ss.; ID., *La questione animale come questione filosofico-giuridica*, in *Riv. filos. dir.*, 2014, 2, p. 521 ss.; D. CERINI, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche*, Torino, 2012; ID., voce *Animali*

È nota la rigidità della dicotomia *res/persona* all'interno della quale si è soliti ricondurre i termini del dibattito. La teoria tradizionale, che inquadra gli animali nella categoria della *res*, secondo l'impostazione romanistica poi filtrata nella moderna codificazione, suscita da tempo perplessità. Non appare in sintonia non solo con la mutata sensibilità sociale; ma anche con il quadro normativo euro-unitario e internazionale, nonché con le scelte operate da altri ordinamenti europei. D'altra parte, l'attualità del problema non può essere messa in dubbio se si considera che i repertori della giurisprudenza nazionale sempre più spesso annoverano controversie in cui sono coinvolti animali di affezione². Non solo, ma trova ulteriore conferma e rafforzamento nella recente modifica dell'art. 9 della Carta Costituzionale, con la chiara assunzione dell'impegno da parte della Repubblica per la salvaguardia degli animali, oltre che dell'ambiente (comma 3)³.

(diritto degli), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2013, p. 28 ss.; M.V. FERRONI, *La protezione degli animali nell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Padova, 2015, p. 447 ss.; M. LOTTINI, *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in *Riv. dir. amb.*, 2017, p. 113 ss.; G. PELEGATTI, *Dignità degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in *Dir. fondamentali*, 2017, 1, p. 1 ss.

²Numerose sono soprattutto le controversie concernenti il collocamento dell'animale di affezione in caso di crisi di coppia. Cfr. Trib. Milano, 24 febbraio 2015, in *Foro it.*, 2016, 7-8, I, c. 2616 ss.; Trib. Roma, 15 marzo 2015, in *Fam. e dir.*, 2017, 5, p. 460 ss., con nota di M. PITTALIS, *Cessazione della convivenza more uxorio e affidamento condiviso dell'animale familiare*; Trib. Como, 3 febbraio 2016, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 3, p. 820 ss.; Trib. Sciacca, 19 febbraio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 780 ss., con nota di G. PALMIERI, *Animali da compagnia e separazione dei coniugi*. In materia di vendita di animali di affezione cfr. Cass., 25 febbraio 2018, n. 22728, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, p. 268 ss.; Cass., 6 dicembre 2022, n. 35844, in *Foro it.*, 2023, 2, II, c. 463 ss., con nota di M. FACCIOLI, *La tutela consumeristica dell'acquirente di un animale d'affezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 2, p. 232 ss.

³Cfr. la legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1: la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Per un primo studio sulla modifica costituzionale v.: a M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 3; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, n. 2, p. 460 ss.; G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impr.*, 2022, p. 361 ss.; M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 1057 ss.; M. IANNELLA, *L'European green deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 2022, p. 171 ss.; D. IACOVELLI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jus*, 2022, 3, p. 218 ss.; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; A. VUOLO, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali*, in *Passaggi costituzionali*, 2022, 1, p. 46 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econom.*, 2022, 1, p. 15 ss.

Evidenti i riflessi del quadro che si sta delineando. Preme chiarire subito che la questione tratteggiata, lungi dall'aver rilevanza meramente teorica e dottrinale, riveste notevole importanza pratica, in quanto consente di inquadrare una serie di corollari applicativi concernenti la responsabilità civile per danni cagionati dall'animale, la disciplina applicabile alla fattispecie della vendita avente a oggetto un animale domestico, le sempre più accese controversie in materia di separazione o divorzio con riferimento al collocamento dell'animale domestico e alla spesa per il suo mantenimento.

Nell'impossibilità, in questa sede, di affrontare con la dovuta attenzione tutti i temi testé menzionati, circoscriverò l'indagine alla materia contrattuale e a quella della responsabilità civile, in quanto particolarmente esemplificative del dibattito in ordine alla patrimonialità/non patrimonialità degli interessi coinvolti. È chiaro, infatti, che le tutele variano a seconda di come vengano qualificati gli interessi sottesi tanto a una transazione avente a oggetto l'animale domestico quanto a una domanda di risarcimento dei danni per morte o lesione del medesimo. Entrambe le fattispecie testimoniano plasticamente la difficoltà di risolvere il problema in esame entro la tradizionale e rigida dicotomia *res/persona*. Come si dimostrerà, una soluzione equilibrata impone di adottare un diverso punto di vista, maggiormente incentrato sul rapporto uomo-animale: occorre superare la sua tradizionale configurazione in termini puramente strumentali e patrimonialistici in favore di una concezione che consenta di valorizzare gli interessi anche non patrimoniali. Tanto richiede di conformare le discipline in esame secondo un criterio che tenga conto, rispettivamente, sia delle peculiarità del "bene" oggetto di contratto, sia della relazione affettiva tra uomo e animale domestico. In tal modo, è possibile tenere nella giusta considerazione tanto le istanze di tutela del secondo, quanto gli interessi (anche) non patrimoniali del primo.

Ebbene, una corretta impostazione metodologica dell'analisi esigerà di soffermarsi, preliminarmente, sulle principali coordinate normative di riferimento. Con l'obiettivo di evidenziare come proprio le norme del codice civile abbiano costituito, per lungo tempo, il principale argomento a sostegno della tesi più tradizionale favorevole alla reificazione degli animali. Uno studio sistematico di tali norme alla luce di altre discipline di settore, sondate con lenti di lettura diverse, che tengano conto anche del dato costituzionale, condurrà a prendere le distanze dalla descritta impostazione e ad accordare una particolare considerazione alla relazione affettiva esistente tra animali e esseri umani.

2. Dalla teoria della reificazione alla teoria della persona

Lo schema concettuale e classificatorio fondato sulla dicotomia *res/persona* costituisce un lascito del diritto romano. Nell'ambito del quale gli animali – “*fera*” (selvatici), “*mansueta*” (domestici) o “*mansuefacta*” (domati) – erano pacificamente riconducibili entro la categoria della *res*⁴. Ciò in quanto, esclusa l'identità con l'essere umano, ci si limitava a considerare il loro valore intrinsecamente economico e, quindi, la relazione di strumentalità che intrattenevano con gli esseri umani. Nel contesto di un'economia agricola, l'animale costituiva una fonte di reddito indispensabile, strettamente funzionale allo svolgimento delle attività lavorative dell'uomo e al suo sostentamento. Conseguentemente, il rapporto essere umano-animale veniva inquadrato e regolato secondo lo schema del rapporto proprietario: l'essere umano poteva disporre dell'animale al pari di ogni altra cosa mobile inanimata di cui fosse titolare⁵. Questa impostazione, pur apparendo del tutto arcaica e priva di qualsiasi considerazione per la natura di essere vivente e senziente dell'animale, non deve sorprendere più di tanto. Per convincersene basta rammentare che il diritto romano classificava anche gli schiavi come mere *res*, proprio in considerazione del valore economico che veniva loro riconosciuto rispetto alle esigenze dei ricchi patrizi⁶. Tanto gli schiavi, quanto gli animali erano considerati unicamente come

⁴Per un primo studio si vedano: M.V. BACIGALUPO, *Il problema degli animali nel pensiero antico*, Torino, 1965; J.M.C. TOYNBEE, *Animals in Roman Life and Art*, London, 1973; S. ROCCA, voce *Animali*, in *Enciclopedia Virgiliana*, I, Roma, 1984, p. 173 ss.; ID., *Uomini e animali in Cicerone*, Genova, 1998; D. GOGUEY, *Les animaux dans la mentalité romaine*, Bruxelles, 2003; V. POCAR, *Lo status giuridico degli animali nel diritto romano*, in *Riv. dir. rom.*, 2003, III, p. 1 ss.; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2012.

⁵Basti ricordare che gli animali dotati di qualità che li rendessero idonei al lavoro venivano classificati come “*res mancipi*” (Gaio, *Institutiones*, 2. 14a: “*mancipi sunt velut fundus in italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domantur, velut boves equi muli asini*”). Mentre gli animali selvatici, proprio perché non addestrati al lavoro o privi di caratteristiche utili ai fini dello sfruttamento nei campi, venivano considerati pur sempre *res*, ma “*res nullius*”.

⁶Sul tema della condizione giuridica dello schiavo v. J. VOGT, *L'uomo e lo schiavo nel mondo antico*, trad. it., Roma, 1969; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37, 1986, 1 ss.; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979; ID., *Padroni e schiavi: i dispositivi del potere*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto*, Napoli, 22-23 dicembre 2012, Torino, 2019, p. 19 ss.; F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI (a cura di), *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1975; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione*

strumenti destinati alla realizzazione dell'interesse economico dell'essere umano libero e ricco.

Lo schema classificatorio descritto, nelle sue linee essenziali, è sopravvissuto tendenzialmente immutato nei secoli ed è penetrato all'interno delle moderne codificazioni. Non è un caso che l'art. 417 del codice civile del 1865 esemplificasse la categoria delle " *cose mobili per natura* " in contrapposizione ai beni immobili per determinazione di legge menzionando proprio gli animali («*Sono mobili per loro natura i corpi che possono essere trasportati da un luogo a un altro, o si muovono per forza propria, come gli animali, o vengono mossi da forza esteriore, come le cose inanimate, ancorché tali cose formino collezione od oggetto di commercio*»). Sebbene il codice civile oggi vigente non riproduca una norma analoga, l'impostazione a cui aderisce rimane la medesima, in coerenza con il contesto economico, prevalentemente ancora fondiario, caratterizzante il periodo storico in cui è stato redatto.

La qualificazione dell'animale come mera *res* sembra desumibile implicitamente dalla classificazione fondamentale dei beni come mobili/immobili: poiché gli animali non rientrano tra gli immobili elencati nell'art. 812 c.c., né sono persone, se ne è desunto che dovrebbero essere considerati necessariamente come beni mobili. Non solo, ma la sopravvivenza dell'antico schema proprietario emerge in maniera evidente da una serie di ulteriori disposizioni: l'art. 820 c.c. menziona i parti degli animali tra i frutti naturali, cioè «*quelli che provengono direttamente dalla cosa*» e che, dunque, appartengono al proprietario della cosa che li produce (l'animale partoriente) ai sensi dell'art. 821 c.c.; l'art. 923, comma 2, c.c. annovera gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca tra le cose mobili la cui proprietà è acquistabile mediante occupazione, così come, ai sensi dell'art. 925 c.c., gli animali mansuefatti presenti sul fondo altrui appartengono a chi se ne è impossessato; ancora, l'art. 1496 c.c. è specificamente dedicato alla vendita di animali e rinvia alle leggi speciali o agli usi locali per regolamentare la garanzia per vizi. Ebbene, le disposizioni citate a titolo esemplificativo testimoniano tutte la chiara prospettiva utilitaristica in cui l'animale continua a essere considerato dal codice civile: una fonte di reddito e uno strumento per il lavoro e il sostentamento umano. Ed esattamente in questa stessa prospettiva la giurisprudenza continua ad affrontare le controversie in cui siano coinvolti animali, pronunciando, ancora in tempi recenti, principi del seguente tenore:

delle cose nelle Istituzioni di Gaio, Villa San Giovanni, 1981; G. FRANCIOSI, voce *Schiavitù*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 620 ss.; Y. THÈBERT, *Lo schiavo*, in *L'uomo romano*, Bari, 1989, p. 143 ss.; M.I. BIEZUNSKA, *La schiavitù nel mondo antico*, Milano, 1991; J. ANDREAU, R. DESCAT, *Gli schiavi nel mondo greco e romano*, trad. it., Bologna, 2009; D.V. PIACENTE, *Aspetti giuridici della schiavitù nella Roma imperiale*, in *Iuris Antiqui Historia*, 11, 2019, p. 149 ss.

re: «posto che gli animali non possono essere considerate “persone”, giocoforza, facendo riferimento alle categorie proprie del diritto civile, essi devono essere ricompresi nel novero delle “cose” mobili»⁷; ancora «riconoscere i cani come esseri senzienti non muta affatto, in maniera vincolante sul legislatore nazionale e sul giudice, il loro regime giuridico», ossia quello di *res*⁸.

L'insoddisfazione per la rigidità formalistica del descritto inquadramento giuridico della condizione dell'animale si è fatta sempre più forte via via che le scienze naturalistiche e il pensiero filosofico hanno messo in evidenza, per un verso, la contiguità evolutiva dell'essere umano con l'animale e la natura di questo come essere senziente; per altro verso, il mutamento del modo di intendere il rapporto essere umano-animale, non più improntato unicamente in termini utilitaristici, bensì sempre più spesso connotato secondo logiche affettive e solidaristiche. È dato così scorgere a macchia d'olio nell'ordinamento una serie di norme che, pur afferenti a settori diversi e pur del tutto prive di coordinamento tra loro, appaiono espressione di una nuova istanza: valorizzare le specificità degli animali, soprattutto quelli di affezione, e il loro ruolo positivo nella vita quotidiana dell'essere umano e per lo sviluppo della sua personalità⁹.

Numerose sono le disposizioni extracodicistiche dalle quali emerge un diverso modo di intendere l'inquadramento giuridico degli animali di affezione. Oltre a talune disposizioni contenute in leggi di settore (come la l. n. 281/1991, che vieta di usare i cani randagi come cavie, così come la loro soppressione, e il codice della strada come modificato nel 2012, che sanziona l'omissione di soccorso agli animali feriti a seguito di incidente stradale), merita soffermarsi su due interessanti disposizioni contenute entro testi codicistici. In primo luogo, l'art. 514 c.p.c., nel testo modificato nel 2015, esclude la pignorabilità degli «*animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali*» (comma 6 bis); nonché degli «*animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli*» (comma 6 ter). La norma in esame è particolarmente significativa perché, pur ragionando sempre secondo la categoria della “cosa”, esclude, tuttavia, il pignoramento dell'animale domestico proprio in considerazione dei tratti di specialità che caratterizzano questa “cosa” e del suo rapporto non strettamente economico,

⁷ Cfr. Cass. pen., 5 febbraio 2013, n. 18749, in *Cass. pen.*, 2014, 3, p. 940.

⁸ Cfr. Cass. pen., 20 ottobre 2016, n. 54531, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, p. 378 ss.

⁹ Merita precisare che in generale e ai presenti fini per animale “di affezione” o “domestico” si intende, secondo la definizione offerta dalla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia (art. 1), «ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia».

ma affettivo con il debitore o i membri della sua famiglia¹⁰. Sicché, quand'anche si tratti di animale con un certo valore economico e, dunque, commerciabile (magari perché dotato di *pedigree*), il creditore non può soddisfarsi su di esso mediante la procedura di esecuzione forzata. Questo significa che, così disponendo, il legislatore ha inteso riconoscere la prevalenza del rapporto affettivo del debitore con l'animale sulla pretesa meramente patrimoniale del creditore. In secondo luogo, significativo è anche il gruppo di norme compreso nel Titolo IX *bis* introdotto nel 2004 all'interno del codice penale: il titolo è rubricato "*Dei delitti contro il sentimento per l'animale*" e tipizza una serie di fattispecie incriminatrici riguardanti comportamenti lesivi commessi contro gli animali. Come è stato autorevolmente osservato, anche tali norme sono di particolare interesse perché esprimono una maggior valorizzazione dell'animale e del suo rapporto con gli uomini, atteso che i comportamenti lesivi diretti contro gli animali non integrano i delitti contro la proprietà o il pubblico costume, ma sono inquadrati all'interno di fattispecie che intendono tutelare un valore non patrimoniale, cioè il sentimento di pietà e di compassione verso gli animali. Pur non potendoci soffermare maggiormente sul punto, preme segnalare che autorevole dottrina penalistica valorizza a tal punto le norme in esame da prospettare una lettura diversa da quella testé descritta: secondo taluni, a dispetto del dato letterale della rubrica, le fattispecie incriminatrici del Titolo IX *bis* tutelerebbero in via diretta e immediata non tanto un sentimento umano, quanto proprio la vita e l'integrità psico-fisica dell'animale, trattandosi di fattispecie modellate sui delitti contro la persona umana (omicidio, abbandono, maltrattamenti ecc.)¹¹; secondo altri, pur non potendosi ravvisare nell'animale il bene giuridico tutelato, le disposizioni incriminerebbero quei comportamenti che, colpendo l'animale, ledono il rapporto affettivo con l'essere umano¹².

¹⁰ Per un approfondimento sul tema v. N. CANNONE, *Commento all'art. 514 c.p.c.*, in E. VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, Milano, 2018, p. 354 ss.

¹¹ Cfr. A. CALABRIA, *La tutela penale degli animali: principi ispiratori e oggetto di tutela*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 442 ss.; A. VALASTRO, *Spunti per una riflessione sulla uccisione ingiustificata di animali*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 96 ss.; A. MADEO, *Disposizioni penali contro la fauna e la flora*, in M. PELLISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, 2013, p. 285 ss.; F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 710 ss.; ID., *I reati contro gli animali: una nuova lettura?*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, p. 1 ss.; A. MASSARO, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/2, p. 83 ss.; C. RUGA RIVA, *Killing me softly. Quale è il bene giuridico tutelato nella fattispecie di maltrattamento di animali?*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2020, 4, p. 79 ss.

¹² È di questo avviso C. MAZZUCATO, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in S. CASTIGNONE,

La breve rassegna normativa testé svolta evidenzia chiaramente la tendenza a valorizzare il ruolo dell'animale nella vita degli esseri umani. In effetti, queste disposizioni sembrano inserirsi in un percorso evolutivo più ampio, che trova sintonia con le Carte sovranazionali, ma anche con le statuizioni assunte da taluni legislatori europei. Merita richiamare i testi normativi più rilevanti. Innanzitutto, a livello sovranazionale, risale al 1987 la Convenzione europea per la protezione degli animali firmata a Strasburgo (ratificata dall'Italia con la l. n. 201/2010), ove viene sancito per ogni persona che tenga un animale da compagnia il dovere di occuparsene, di fornirgli cura e attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni. Inoltre, l'attuale dettato dell'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea statuisce che *«nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti»*. Ancora più significativamente, si segnalano interessanti prese di posizione di taluni legislatori europei. Il pensiero va alla recente riforma del *Código Civil* spagnolo operata dalla Ley n. 17/2021, laddove è stato previsto che *«1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección»* (art. 333-bis *Código Civil*). Ma anche alla legge portoghese n. 8/2017 che modifica l'art. 201-B,C,D del *Código Civil* stabilendo che *«Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza»*. Si ricorda, inoltre, l'*Animal Welfare Act* (2005) austriaco che nel fissare i propri obiettivi definisce gli animali come creature simili agli uomini: *«The subject Federal Act aims at the protection of life and well-being of animals based on man's special responsibility for the animal as a fellow-creature»* (§ 1). Non dissimilmente in Germania nel § 90a del BGB, come modificato nel 1990, è contenuta l'affermazione secondo cui *«Tiere sind keine Sachen»*, a cui fa eco in Francia l'art. 515-14 del Code civil, secondo cui, del pari, *«Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité»*.

La breve panoramica sulla normativa sovranazionale ed europea testimonia, senz'altro, una mutata percezione sociale e, quindi, giuridica della rilevanza intrinseca dell'animale come essere vivente senziente, meritevole di particolare considerazione non solo in sé considerato, ma anche in relazione a rapporti di natura non economica con l'essere umano. Non a caso, la dottrina più

sensibile tende a prospettare un approccio interpretativo sistematico del dato normativo, volto a riconoscere uno statuto giuridico maggiormente soddisfacente. Tale tentativo viene da taluno esperito ipotizzando la costruzione di una soggettività di diritto anche per gli animali¹³. Non è questa la sede per poter approfondire il concetto di soggettività giuridica e la sua evoluzione¹⁴. Mi soffermerò sui profili strettamente inerenti alla specifica questione in esame. Accanto a posizioni più radicali, che mirano al riconoscimento di una personalità analoga a quella umana, vi è chi, pur mantenendo una linea di demarcazione tra uomo e animale, reputa possibile elaborare una interpretazione evolutiva del concetto di “persona”, da intendere come autonomo centro di imputazione di interessi. A fondamento di tale impostazione concorrerebbero due argomenti. Per un verso, l’ordinamento già conosce una interpretazione

¹³ A favore del riconoscimento di una soggettività degli animali v. J.P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Paris, 1992; L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, cit., p. 249 ss., secondo il quale la soggettività animale sarebbe desumibile dalla sua capacità, quale essere senziente, «di soffrire, godere, apprendere, provare affetti, emozioni, sviluppare capacità»; P. ZATTI, *La compagnia dell'animale*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, Padova, 2005, p. 2021 ss.; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, cit., pp. 159-160: «è necessario riconoscere che gli animali non possono più essere considerati come “cose mobili” a disposizione degli esseri umani, bensì quali soggetti di diritto, titolari di specifiche posizioni giuridiche che, pur non potendo qualificarsi come diritti assoluti, modificano sostanzialmente l’atteggiamento degli ordinamenti giuridici che dovranno occuparsi di bilanciare gli interessi animali con quelli umani eventualmente confliggenti»; F. CHÉNÉDÉ, *La personnification de l'animal: un débat inutile?*, in *AJ Famille*, 2012, p. 72 ss.; F. MANTOVANI, *L'“umanità” dell'animale verso l'uomo e la “disumanità” dell'uomo verso l'animale*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, p. 888 ss.; G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di giuridificazione dell'interesse alla loro proiezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 35 ss.; C. REGAD, C. RIOT, S. SCHMITT, *La personnalité juridique de l'animal. L'animal de compagnie*, Paris, 2018.

¹⁴ Per una ricostruzione del concetto di soggettività giuridica si rinvia ad autorevole letteratura. *Ex multis*: A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee guida di una vicenda concettuale*, in *Jus-Rivista di Scienze giuridiche*, 1960, II, p. 149 ss.; V. FROSINI, *Il soggetto di diritto come situazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 227 ss.; ID., voce *Soggetto di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 813 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; F. ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica*, Milano, 1976; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 641 ss.; S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, 1990; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998; G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 830 ss.; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; P. GALLO, voce *Soggetto di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, 2019, p. 1 ss.; F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020; M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2021, 1, p. 71 ss.

ampia del concetto di persona, riferibile non solo alla persona fisica, ma anche alla persona giuridica (associazioni, fondazioni, società)¹⁵. Per altro verso, si ricorda che proprio la necessità di una rilettura del concetto di persona è alla base delle teorie volte a dare un inquadramento anche ai *robots* e ai sistemi di intelligenza artificiale¹⁶. A maggior ragione allora, secondo siffatto modo di ragionare, sarebbe possibile discorrere di “persona” nel senso sopra descritto anche rispetto agli animali quali esseri viventi. Ebbene, in questa prospettiva, di qui a ipotizzare il riconoscimento della titolarità di diritti in capo agli animali il passo sarebbe breve¹⁷. Ma, come cercherò di dimostrare, non è questa, a mio avviso, la soluzione preferibile.

¹⁵ Come è noto, la personificazione degli enti costituisce l'impostazione seguita dalla dottrina classica, a partire dalla Pandettistica tedesca, per adattare il concetto di soggettività, cioè la capacità di essere centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, propria della persona fisica, anche a entità diverse dalle persone fisiche. Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952; T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 1, p. 244 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 53 ss.; F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, 1995, p. 1 ss.; F. DI GIOVANNI, *“Persona giuridica”: storia recente di un concetto*, Torino, 2005; C.E. PUPO, *La persona giuridica*, Milano, 2015.

¹⁶ Gli sviluppi della tecnologia robotica e, in particolare, la possibilità di dotare i robots di capacità cognitive sempre più sofisticate (sistemi di intelligenza artificiale) impongono di riflettere sulla possibilità di inquadrare i medesimi non come meri oggetti al servizio dell'uomo, ma come agenti i cui comportamenti possono assumere rilevanza in ambito contrattuale o per la responsabilità civile. Su questi temi: G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in *“Il Meritevole di Tutela”*, 1990, p. 685 ss.; G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, *Contr. e impr.*, 2002, 2, p. 465 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 312 ss.; A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATI, F. CAROLEO, *Robot e diritto. Una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 8, p. 498 ss.; E. PALMERINI, voce *Robotica (parte giuridica)*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, p. 1104 ss.; L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 2018, 4, p. 722 ss.; A. PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, in *Analisi giur. econom.*, 2019, 1, p. 21 ss.; A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, p. 91 ss.; G. ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; U. RUFFOLO, *Il problema della “personalità elettronica”*, in *Journal of Ebtics and Legal Technologies*, 2020, V, 2(1), p. 75 ss.; P. MORO, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale: Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 45 ss.; E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, in F. BILLOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, cit., p. 291 ss.; F. D'URSO, *Dagli animali agli automi: un'indagine sui nuovi orizzonti della soggettività giuridica*, in *Etica & Politica*, 2023, 3, p. 229 ss.

¹⁷ È del 11 gennaio 2024 la pronuncia con cui il Tribunale penale di Lille in Francia ha condannato un uomo alla reclusione per otto mesi e al risarcimento di 100 euro per aver picchiato

3. *Ragioni a favore di una impostazione intermedia: superamento della dicotomia res/persona*

L'analisi svolta in ordine alle disposizioni che mostrano una maggior attenzione del legislatore per la tutela degli animali, soprattutto degli animali di affezione, induce, senza dubbio, a ripensare alla dicotomia *res/persona* nella quale si pretende di risolvere il problema dello statuto giuridico. Detta dicotomia non appare adeguata a cogliere la complessità del problema nelle sue molteplici sfumature, stante la natura di esseri senzienti degli animali, per un verso, e la sussistenza di una relazione affettivamente coinvolgente da parte dell'essere umano, per altro verso. In questa prospettiva, la teoria della reificazione risulta certo inappagante. E ciò anche a voler ragionare, come pure si è proposto, di una rilettura dello schema proprietario tradizionale alla luce del diritto euro-unitario: ci si riferisce all'idea della proprietà come vero e proprio diritto fondamentale della persona umana¹⁸. In coerenza con quanto affermato dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (e dell'art. 1 del I Protocollo CEDU), che fa transitare il diritto di proprietà dalla

con pugni e con una stecca di legno, provocandone la morte, il gatto che aveva graffiato il figlio autistico. A quanto consta, si tratta della prima pronuncia ad aver riconosciuto un autonomo di diritto al risarcimento del danno in favore di un animale domestico. Benché si tratti di un risarcimento puramente simbolico, la pronuncia lascia perplessi presupponendo l'affermazione di una soggettività dell'animale di cui è difficile ravvisare il fondamento giuridico, oltre che non utile. Si condividono, a riguardo, le considerazioni più generali di G. SPOTO, *Benessere e tutela dell'animale: da "oggetto di protezione" a "soggetto" di diritti?*, in E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma, 2022, p. 68, il quale ravvisa in tale modo di ragionare una «esasperata tendenza ad umanizzare gli animali di affezione, non tenendo conto delle esigenze naturali e del loro habitat. (...) la nozione di protezione deve tener conto dell'idea di benessere degli animali da valutare in relazione alle esigenze particolari e comportamentali di questi ultimi, avendo ben presente che l'antropomorfizzazione degli animali da compagnia è un'altra faccia della medesima medaglia, che pone l'uomo e i suoi bisogni al centro di tutto e che finisce per dimenticare l'alterità dell'animale».

¹⁸ Cfr. G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1992, 2, p. 427 ss.; M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 719 ss.; M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002; S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta Europea e l'art. 41 della Costituzione*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 160 ss.; M. COMPORI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, p. 3 ss.; A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, 89, p. 644 ss.; D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Bari, 2008, p. 53 ss.; SALVATORE, *Il diritto di proprietà "europeo" e il danno non patrimoniale da morte dell'animale d'affezione*, in *Studium iuris*, 2014, 12, p. 1436 ss.

sfera meramente patrimoniale alla sfera personalistica, quale estrinsecazione della personalità dell'essere umano, si dovrebbe poter inquadrare in termini diversi anche la relazione tra il padrone e il suo animale di affezione. La tesi in esame, per quanto suggestiva, attingendo ad autorevoli studi sull'interpretazione evolutiva del concetto di proprietà, non è convincente. Senza potermi soffermare oltre su questo tema, mi limito a rilevare che la descritta impostazione è oggetto di un acceso dibattito perché impone di ripensare alla radice una categoria giuridica fondamentale che, per come disciplinata a livello di ordinamento nazionale, è incompatibile con siffatto risvolto in senso personalistico, a meno di non forzarla al massimo.

D'altra parte, non convince neppure l'idea di estendere la nozione di "persona" – e la correlata nozione di "capacità" – fino al punto di ricomprendersi anche gli animali nel tentativo di riconoscere loro una qualche soggettività giuridica, sia pure attenuata¹⁹. Siffatto tentativo non è condivisibile, implicando anche in questo caso un necessario ripensamento di categorie giuridiche e di principi fondamentali dell'ordinamento così intenso da mettere in crisi la sua tenuta. Trattasi di un esito senz'altro da evitare. Per convincersene basti considerare un dato assorbente: la descritta impostazione lascerebbe comunque irrisolto il problema di come assicurare l'attuazione dei diritti che si pretenda di riconoscere al nuovo soggetto di diritto configurato, con conseguente ineffettività della tutela immaginata²⁰.

¹⁹ Per una critica alla teoria della soggettività v. S. COTTA, *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1215 ss.: «gli animali non sono autori di pretese e tanto meno di rivendicazione di diritti (i cosiddetti "diritti degli animali" sono quelli che l'uomo conferisce loro)»; C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI, *La questione animale*, cit., p. 291 ss.; E. BATTELLI, *La relazione tra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/2, p. 44 ss.

²⁰ È ben vero che potrebbe essere prospettata, come pure è stato sostenuto, una forma di rappresentanza simile a quella dei genitori verso i minori o dei tutori/curatori verso gli interdetti/inabilitati, ma anche tale soluzione non mi appare convincente. Ma mentre per gli esseri umani tale forma di rappresentanza opera per un periodo di tempo limitato (fino al raggiungimento della maggiore età) o per categorie ben determinate e tassative di persone in situazioni di grave vulnerabilità (gli interdetti e gli inabilitati), la rappresentanza pensata per gli animali costituirebbe la regola. E si tratterebbe di regola che contraddice, paradossalmente, quell'idea di autodeterminazione normalmente sottesa, almeno in astratto, alla soggettività di diritto. La riflessione, peraltro, potrebbe essere ulteriormente estesa raffrontando il tema in esame con il dibattito in ordine alla soggettività del nascituro. Mi sembra che le due situazioni non possano essere inquadrare secondo la medesima logica. La situazione del nascituro, cioè dell'essere umano in potenza, è senz'altro meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento, tanto da poter ipotizzare una sorta di soggettività di diritto "attenuata" o "anticipata", confermata dal riconoscimento normativo della titolarità di diritti di natura patrimoniale. Si pensi, a

Maggiormente ragionevole, allora, è una soluzione che, pur prendendo atto delle specificità degli animali quali esseri senzienti e non mere *res* inanimate, rimanga entro una necessaria, quanto inevitabile, dimensione antropocentrica. A mio modo di vedere, più che ragionare di diritti da ascrivere alla soggettività animale, sarebbe più opportuno valorizzare i di doveri di protezione (del benessere animale) in capo all'essere umano. Si intende dire che il *focus* del problema dogmatico in esame dovrebbe andare oltre la rigida distinzione tra cosa e persona per concentrarsi sulla relazione essere umano-animale. In questa prospettiva, convince l'impostazione di quanti ragionano in termini di "oggettività attenuata" (attenuata perché pur sempre riferita a un essere vivente), piuttosto che pretendere di costruire una soggettività, sia pure attenuata. Proprio il riconoscimento della rilevanza giuridica – e, prima ancora, della importanza sociale e morale – di siffatta relazione essere umano-animale legittima la configurazione in capo al primo, di un dovere di rispetto, di cura e di assistenza verso l'animale coerente, peraltro, con il principio costituzionale di solidarietà²¹.

In definitiva, nella descritta prospettiva relazionale, l'animale è, senza dubbio, un valore meritevole di protezione non solo in sé considerato, ma, anche e soprattutto, in rapporto all'essere umano. Il legame affettivo che quest'ultimo è in grado di instaurare con un animale non costituisce altro che una manifestazione della personalità umana, contribuendo a colorare la sua identità personale.

titolo esemplificativo, all'art. 320 c.c. che attribuisce ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni spettanti ai «figli nati e nati in tutti gli atti civili»; all'art. 462 c.c. che riconosce a favore del concepito, nonché del non concepito, la capacità a succedere; all'art. 463 c.c. circa l'amministrazione dei beni ereditari «in caso di eredi nati»; all'art. 784 c.c. relativo alla donazione in favore dei nati. Su questi temi: R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 187 ss.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1, p. 499 ss.; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 829 ss.; A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro, inaestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 211 ss.; A. FINOCCHIARO, *Alcune questioni in tema di esercizio della potestà sui nascituri*, in *Vita not.*, 1998, 1, p. 111 ss.; N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 568 ss.; P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 379 ss.; P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 457 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 140 ss.

²¹ Un dovere che, peraltro, risulta del tutto analogo, *mutatis mutandi*, a quello che l'uomo dovrebbe adempiere anche nei confronti dell'ambiente, coerentemente con l'intervenuto esplicito riconoscimento costituzionale *ex art. 9 Cost.*

4. *Corollari applicativi tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali*

Osservato nel suo complesso, mi pare che il problema del regime giuridico degli animali di affezione vada affrontato tenendo conto di due linee direttrici: da un lato, la presa d'atto della inadeguatezza della descritta dicotomia *res/persona*; dall'altro, la valorizzazione della dimensione relazionale essere umano-animale. L'intimo legame tra l'animale, quale valore costituzionalmente protetto, e l'essere umano, la cui personalità è strettamente influenzata da siffatto legame, segna il netto superamento della concezione puramente patrimonialistica del rapporto: il quale non si esaurisce più in termini meramente strumentali e utilitaristici, ma si nutre soprattutto della dimensione personalistica in cui si svolge. Ne deriva, allora, la possibilità di distinguere una pluralità di statuti giuridici dell'animale, differenziati in base all'interesse coinvolto e a seconda che l'animale venga in considerazione, prevalentemente, per il suo valore economico (come nel caso degli animali da allevamento o da reddito in generale) oppure per il suo valore affettivo (come nel caso degli animali domestici).

Chiari i corollari di siffatta impostazione. Primo. Resta ferma la necessità che l'ordinamento, coerentemente con il nuovo art. 9 Cost., si doti di strumenti idonei a tutelare il benessere animale a prescindere dal suo valore economico o non economico, trattandosi di essere vivente e senziente nei termini descritti. Secondo. Si rende necessario che le regole in materia contrattuale e risarcitoria siano diversamente declinate a seconda della qualificazione che il valore assume. Occorre differenziare il trattamento giuridico dell'animale a seconda che involga o meno interessi puramente patrimoniali del titolare. Il regime applicabile quando viene in considerazione quale strumento legato allo svolgimento di attività umane non può essere applicato *tout court* alla diversa situazione dell'animale di affezione²². Ogniqualvolta si illumini la relazione essere umano-animale con il fuoco dell'affettività – e, quindi, a prescindere da valutazioni di ordine puramente economico – la disciplina codicistica richiede di essere conformata dalle particolari caratteristiche del “bene”, o meglio, del

²² Osserva condivisibilmente G. SPOTO, *Benessere e tutela dell'animale: da “oggetto di protezione” a “soggetto” di diritti?*, cit., p. 66: con riguardo agli animali da reddito «la relazione con l'uomo, pur potendo avere eventualmente un connotato di tipo affettivo, ha in via principale una diversa natura, essendo il rapporto specifico legato prevalentemente ad aspetti lavorativi che rispondono quindi a una logica strumentale in relazione al fondo o comunque all'attività economica svolta. Così dovremmo più precisamente distinguere tra alcune ipotesi di infungibilità assoluta se si tratta di animali d'affezione e da compagnia ed ipotesi di infungibilità relativa per gli animali da lavoro ovvero nel caso di animali allevati nell'ambito dell'impresa agricola».

rapporto, che viene in considerazione. Evidenti gli interessi anche e soprattutto non patrimoniali coinvolti.

Alcuni esempi serviranno a chiarire quanto sin qui ho affermato.

Con riguardo alla materia contrattuale, la commerciabilità degli animali è considerata pienamente lecita non solo perché esplicitamente ammessa dall'art. 1496 c.c., ma anche in considerazione dell'oggettivo valore economico ascrivibile a un animale. Tuttavia, la disciplina della vendita e, in particolare, i profili relativi alla garanzia per vizi necessitano di essere conformati dalla specificità del "bene" oggetto di scambio. Si tratta, infatti, di un "bene" che, per quanto commerciabile, presenta elementi di infungibilità tali da renderlo unico e irripetibile. Così come, a maggior ragione, nel caso di animali domestici, alle caratteristiche intrinseche dell'animale si aggiunge, sovrapponendosi, la particolare relazione affettiva, anch'essa unica e irripetibile, che lo lega a una delle parti. Per queste ragioni, pur potendo trovare applicazione persino la disciplina consumeristica quando la vendita riguardi contraenti qualificabili come consumatore e professionista²³, questa dovrà subire taluni necessari adattamenti. In particolare, in caso di patologie dell'animale non è possibile applicare *de plano* l'intera disciplina della garanzia per difetto di conformità. In particolare, il consumatore non potrebbe invocare i rimedi della riparazione o della sostituzione perché questi si attagliano a cose mobili inanimate, non certo a esseri viventi. Da qui la necessità di ipotizzare una deroga alla gerarchia rimediale prospettata dal codice del consumo, che consenta al consumatore di accedere direttamente alla tutela risarcitoria e/o alla risoluzione del contratto. Così ragionando, le perplessità manifestate da una parte della dottrina circa l'applicazione della disciplina consumeristica ben possono essere superate proprio adattando la medesima alle specificità del "bene" oggetto di scambio.

Sotto un diverso profilo, la rilevanza riconosciuta alla relazione tra essere umano e animale dovrebbe influenzare anche la dibattuta questione della risarcibilità del danno per lesione o perdita dell'animale di affezione. Nessun dubbio è mai sussistito circa la possibilità per il padrone dell'animale leso di domandare il risarcimento del danno patrimoniale patito a causa del fatto illecito, laddove dimostri la perdita o il mancato guadagno subito, cioè la lesione di un interesse patrimoniale. Se l'animale costituisce fonte di reddito per il suo titolare, il danno al patrimonio appare evidente. Maggiormente dibattuta è,

²³ Si noti che la direttiva 2019/771/UE relativa a determinati aspetti in materia di vendita di beni di consumo all'art. 13, par. 5, riconosce agli Stati membri la possibilità di escludere dal suo ambito di applicazione i contratti di vendita di "animali vivi" (lett. b)). Una scelta che il legislatore italiano non ha percorso, come emerge dall'art. 1, comma 2, lett. e), n. 3 della d.lgs. n. 170/2021 attuativo della menzionata direttiva: gli animali vivi sono infatti contemplati nella nozione di "bene" rilevante ai fini della presente disciplina della vendita di beni di consumo.

invece, la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale, per lungo tempo negata²⁴. Come è noto, ai sensi dell'art. 2056 c.c., il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, sia pure secondo l'interpretazione evolutiva prospettata dalle Sezioni Unite nel noto arresto del 2008: ossia è risarcibile non solo quando il fatto illecito integra un reato o quando la risarcibilità è esplicitamente prevista dalla legge, ma anche quando il danno consiste nella lesione di un interesse costituzionalmente protetto²⁵. Quest'ultima ipotesi rappresenta, indubbiamente, una valvola di sfogo del sistema idonea a integrare le lesioni non patrimoniali con la lesione di valori fondamentali della persona. Per evitare, tuttavia, un abuso della tutela, la giurisprudenza di legittimità ha escluso la risarcibilità per danni puramente bagattellari o irrisori. Non a caso, l'orientamento prevalente tende tutt'oggi a negare al padrone la possibilità di domandare il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione o perdita dell'animale, reputando che quest'ultima non integri alcun pregiudizio per un interesse costituzionalmente protetto²⁶.

²⁴ Cfr. G. CRICENTI, *Il danno al valore di affezione: il cavallo e il congiunto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 219 ss.; L. VIOLA, *Il danno nelle relazioni affettive con cose e animali*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 174 ss.; N. SAPONE, M. VORANO, *Il danno non patrimoniale da perdita di animale domestico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 567 ss.; M. ALBANESE, "Tiere sind keine sachen": il danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione, in *Giur. it.*, 2011, p. 2066 ss.; F. POGGI, *Cuore di cane. Sul risarcimento del danno non patrimoniale interspecifico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 247 ss.; M. BONA-CERLON, *Gli animali da compagnia contribuiscono alla qualità della vita tranne che per taluna Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 495 ss.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 5 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *Il danno esistenziale: il lungo addio*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 38 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 410 ss., con nota di A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale*; in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 377 ss., con nota di G. GRISI, *Il danno di tipo esistenziale e la nomofilachia creativa delle Sezioni Unite*. Per un approfondimento su questo tema v. P. DONADONI, *Una nuova frontiera per la corte di cassazione: il danno non patrimoniale "interspecifico" (parte I)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, p. 575 ss.; ID., *Una nuova frontiera per la corte di cassazione: il danno non patrimoniale "interspecifico" (parte II)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 12, p. 633 ss.; F.M. SCARAMUZZINO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da morte o ferimento dell'animale d'affezione*, in *Resp. civ.*, 2012, pp. 8-9, p. 656 ss.; D. MELANO BOSCO, *Sul danno non patrimoniale da perdita dell'animale di affezione*, in *Giur. it.*, 2017, 5, p. 1076 ss.; F. POGGI, *Cuore di cane. Sul risarcimento del danno non patrimoniale interspecifico*, cit., p. 237 ss.

²⁶ Cfr. Cass., 27 giugno, 2007, n. 14846, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 11, p. 2270 ss.; Trib. Bari, 22 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 30 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Parma, 2 maggio 2018, n. 605 in *www.dejure.it*: un evento dannoso diretto contro «un animale di affezione secondo la giurisprudenza prevalente (...) determina un danno morale risarcibile soltanto qualora il fatto che ha determinato il decesso dell'animale costituisca almeno astrattamente una fattispecie di reato»; Cass., 23 ottobre 2018, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 2, p. 488 ss.; Trib. Rieti, 4 maggio 2019, in *Danno e resp.*, 2020, 5, p. 664 ss.: «la morte di un animale non costitui-

Ora, se la descritta impostazione può dirsi condivisibile, al più, in relazione agli animali da reddito, la sua rigidità non è, invece, compatibile con la rilevanza riconosciuta alla relazione tra essere umano e animale domestico. Innegabili sono gli interessi anche non patrimoniali a questa sottesi. Ebbene, in base alla differenziazione tra statuti qui prospettata, a seconda che l'animale leso sia o meno domestico, si deve concludere che la relazione affettiva assuma autonoma dignità e rilevanza in caso di fatto illecito ai danni dell'animale. Non sorprende, allora, che una parte della giurisprudenza più sensibile alla questione da tempo conceda il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione dell'animale di affezione evocando la clausola generale dell'art. 2 Cost.²⁷. Questa strada interpretativa sembra oggi ricevere un'ulteriore conferma, trovando terreno fecondo nell'esplicito riconoscimento della rilevanza costituzionale degli animali di cui al nuovo art. 9 Cost. Se la tutela degli animali costituisce un valore costituzionale e se, sulla base di esso, è possibile argomentare nel senso della rilevanza giuridica della relazione affettiva tra uomo e animale, allora, è ben giustificabile anche la stigmatizzazione di quegli illeciti che colpiscono un interesse puramente non patrimoniale del padrone²⁸.

se alcun valore della persona costituzionalmente protetto. Non è infatti riconducibile ad alcuna categoria di danno non patrimoniale risarcibile la perdita, a seguito di un fatto illecito, di un animale di affezione, in quanto essa non è qualificabile come danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata».

²⁷ In questo senso v. P. ZATTI, *Chi è il padrone del cane?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 135 ss.; M. BONA, *Argo, gli Aristogatti e la tutela risarcitoria: dalla perdita/menomazione dell'animale d'affezione alla questione dei pregiudizi c.d. "bagattellari" (crepe nelle sentenze delle SS.UU. di San Martino)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, n. 5, p. 1016 ss.; P. DONADONI, *Una nuova frontiera per la Corte di Cassazione: il danno non patrimoniale "interspecifico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 575 ss.; P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 72 ss.; E. SERANI, *Il risarcimento del danno da perdita dell'animale d'affezione a 10 anni dalle SS.UU. 2008: il lungo cammino di un danno controverso*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 208 ss.; G.A. PARINI, *La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 998 ss. In giurisprudenza v. Trib. Vicenza, 3 gennaio 2017, in *Quot. giur.*, 2017: «La perdita dell'animale d'affezione, anche al di fuori dei casi di danno conseguente a reato, legittima la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale atteso, peraltro, che nel rapporto d'affetto tra uomo e animale s'inserisce una di quelle attività realizzatrici della persona che la Carta costituzionale tutela all'art. 2»; Trib. Reggio Calabria, 6 giugno 2013, in *www.dejure.it*; Trib. Novara, 24 marzo 2020, in *Foro it.*, 2021, 3, I, c. 1105 ss.; Trib. La Spezia, 31 dicembre 2020, in *www.dejure.it*: il rapporto tra uomo e animale di affezione «è espressione di una relazione che costituisce occasione di completamento e sviluppo della personalità individuale e, quindi, come vero e proprio bene della persona, tutelato dall'art. 2 Cost.»; Trib. Pen. Ferrara, 17 marzo 2022, in *www.dejure.it*.

²⁸ Osserva condivisibilmente P. DONADONI, *La relazione padrone/animale d'affezione come frontiera della responsabilità civile. Breve nota sulla rilevanza giuridica del danno non patrimoniale*.

Converrà ora portare il ragionamento alla sua conclusione. Come ormai sarà apparso chiaro dall'analisi delle fattispecie richiamate, la tutela degli animali di affezione può trovare riconoscimento ed effettività prescindendo dalla rigidità della dicotomia *res/persona* attraverso la valorizzazione della singola e irripetibile relazione che si instaura con l'essere umano. In questa prospettiva relazionale e (necessariamente) antropocentrica, è l'essere umano ad assumere un dovere di custodia e di cura verso l'animale a tutela del suo benessere fisico e psichico. Tanto non esclude la necessità di interpretare le norme in materia contrattuale o risarcitoria in una maniera che tuteli anche gli interessi dell'essere umano, del pari coinvolti nella relazione, nella ricerca di un punto di equilibrio che tenga conto non solo dei risvolti economici, ma anche degli, spesso prevalenti, interessi non patrimoniali, del pari meritevoli di protezione.

le "interspecifico", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 4, p. 565: il nuovo art. 9 Cost. «ha confermato la specificità degli animali ritenuti meritevoli di attenzioni e trattamenti dedicati. Anche la relazione con l'animale d'affezione può essere libera e legittima espressione della persona(lità) del padrone umano, può costituire un tassello importante del suo modo di pensare, del suo disegno di vita, del suo mondo relazionale e affettivo».

IL FINE DI PROFITTO DEL DELITTO DI FURTO E LE “FRONTIERE” DELLA PATRIMONIALITÀ

di *Federico Valente Bagattini*

SOMMARIO: 1. Il fine di profitto del delitto di furto: una questione complessa e di notevole rilevanza applicativa. – 2. I molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. – 2.1. L’orientamento tradizionale estensivo. – 2.2. L’orientamento restrittivo “economicistico”. – 3. Una terza e intermedia posizione. – 4. La posizione delle Sezioni Unite. – 5. Fine di profitto e “frontiere” della patrimonialità.

1. *Il fine di profitto del delitto di furto: una questione complessa e di notevole rilevanza applicativa*

Fra le molteplici e complesse questioni che permeano il Titolo XIII, Libro II del Codice penale, dedicato, come è noto, ai delitti contro il patrimonio, ve n’è una recentemente tornata alla ribalta della dottrina e della giurisprudenza: l’individuazione della corretta nozione di fine di profitto del delitto di furto¹.

La stretta connessione fra questa questione e quella più ampia relativa alle “frontiere” della patrimonialità, oggetto di questo volume, induce a riflettere sui molteplici orientamenti, giurisprudenziali e dottrinali, in materia di fine di profitto. Scopo del presente lavoro sarà quindi proprio passare in rassegna quest’ultimi, al fine individuare quali conseguenze essi sottendano in ordine al

¹In argomento si veda, da ultimo, A. AIMI, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 2, 2023, p. 19 ss., M. BIANCHI, *Sei distinzioni sul profitto nel furto*, in *Sist. pen.*, 28 febbraio 2023, A. NATALINI, *Dubbi sul fine di trarre profitto nel delitto di furto*, in *Guid. dir.*, 33, 2022, p. 60 ss., nonché, prima dell’emanazione dell’ordinanza 11 gennaio 2023, n. 693 (consultabile in *Sist. pen.*) che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, N. GRANOCCHIA, *La rinnovata vitalità del fine di profitto nel delitto di furto. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*, in *Arch. pen.*, 1, 2023, p. 1 ss. e I. SICCARDI, *Il fine di profitto nei delitti contro il patrimonio*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2016, p. 357 ss.

concetto di patrimonialità, concetto fondamentale tanto per il diritto penale, quanto per il diritto civile.

La ragione di questo rinnovato interesse deve essere individuata nel contrasto giurisprudenziale che da tale questione ha avuto origine, protrattosi per una quindicina d'anni e solo recentemente risolto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione². In effetti, verso la fine della prima decade degli anni Duemila, parte della giurisprudenza ha iniziato a mettere in discussione l'orientamento fino ad allora davvero granitico, secondo cui costituisce profitto rilevante *ex art. 624 c.p.* qualsiasi tipologia di vantaggio perseguito dall'autore della condotta furtiva, sia esso economico oppure non economico, morale, psicologico o spirituale. Il tentativo di rileggere in senso restrittivo tale elemento costitutivo è stato però vanificato dalle Sezioni Unite, che hanno confermato l'orientamento tradizionale estensivo, pur con alcuni aggiustamenti.

Prima di proseguire preme sottolineare che quella di cui si va discutendo è questione complessa e allo stesso tempo di notevole rilevanza applicativa. Sotto il primo aspetto – complessità –, infatti, bisogna anzitutto sottolineare che la nozione di profitto rilevante *ex art. 624 c.p.* è ormai da molto tempo oggetto della riflessione scientifica, senza che sia stato possibile elaborare una soluzione condivisa, in grado di orientare la giurisprudenza, quantomeno fino alla già citata pronuncia delle Sezioni Unite. Sul punto si sono espressi i più autorevoli esponenti della dottrina penalistica italiana, aderendo a molteplici e variegata posizioni. Riassumendole schematicamente, si va da quelle estensive che, esplicitamente o implicitamente, finiscono per svuotare di contenuto il dolo specifico di profitto³ a quelle di segno opposto, che, invece, tentano di circoscrivere la sua portata e di valorizzarne la funzione tipizzante all'interno della fattispecie⁴. Inoltre, le difficoltà sono acuite dalle peculiarità dell'istituto di parte generale a cui il fine di profitto dà contenuto. Ci riferiamo al dolo specifico, la cui collocazione all'interno della teoria generale del reato e addirittura la legittimità costituzionale del ricorso ad esso da parte del legislatore nella formulazione delle fattispecie criminose sono da molto tempo parimenti dibattute⁵.

² Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2023, n. 41570, in *Sist. pen.*

³ Ritengono il furto reato a dolo generico e non specifico A. CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti "culturali" e struttura normativa*, Milano, 1983, in particolare pp. 161-186 e L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 211-237.

⁴ Cfr. *infra* § 2.1., § 2.2., § 3.

⁵ Com'è noto, la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere a tale istituto la triplice funzione di anticipazione della tutela (come nel caso dei reati associativi), di delimitazione delle fattispecie (come nel caso del furto) o di differenziazione delle fattispecie (come nel caso dei sequestri). Maggiormente controversa, invece, è la discussione in ordine alla legittimità costitu-

Sotto il secondo aspetto – rilevanza applicativa – è del tutto evidente che la questione non sia confinata entro gli stretti limiti segnati dall’art. 624 c.p. Piuttosto, essa sottende implicazioni di ampio respiro, rilevanti per l’intera materia patrimoniale e non solo. *In primis*, la questione si ripropone esattamente nei medesimi termini rispetto a molte altre fattispecie. In tutte quelle, cioè, in cui parimenti il profitto è previsto quale elemento costitutivo, sia sotto forma di dolo specifico sia di evento del reato⁶. *In secundis*, come anticipato, la corretta nozione di profitto è strettamente legata a quella di patrimonio, da sempre dibattuta e anch’essa foriera di notevoli divisioni dottrinali⁷.

2. I molteplici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali

Come anticipato, le soluzioni di questa complessa questione che sono state avanzate nel corso degli anni sono davvero molte e non sarebbe facile e forse neanche utile elencarle tutte. Tuttavia, ci sembra che esse possano essere ricondotte a tre grandi orientamenti. I primi due sono quelli “maggioritari”, nel senso che intorno ad essi si è tradizionalmente incentrata la discussione, sicu-

zionale del ricorso a tale istituto e, soprattutto, alla sua collocazione all’interno della teoria generale del reato. Per la teoria “tradizionale”, che ritiene il dolo specifico una specie di dolo, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2020, pp. 233 e 350. Di diverso avviso, invece, L. PICCOLI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, cit., in particolare pp. 471-532, nonché R. BARTOLI, *Diritto penale. Elementi di parte generale*, Torino, 2023, pp. 152-153, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2022, pp. 442-446, G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 467, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, pp. 388-390, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, pp. 572-574, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, pp. 431-432, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, pp. 298-300.

⁶Sottolinea tale aspetto l’Avvocato Generale Pietro Gaeta nella sintesi scritta della sua requisitoria orale del 25 maggio 2023. Tale documento è consultabile in *Sist. pen.*

⁷Per le quattro principali concezioni di patrimonio – economica, giuridica, giuridico-economica, personalistica – si rinvia alla principale manualistica in materia, tra cui R. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, pp. 231-243, M. PAPA, *I delitti contro il patrimonio: questioni e prospettive di fondo*, in F. CINGARI, M. PAPA, A. VALLINI, *Lezioni di diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2023, pp. 311-320, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 23-27, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 16-23, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 3-8, D. PULITANO, *Introduzione ai delitti contro il patrimonio*, in ID. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, pp. 3-15.

ramente in ambito giurisprudenziale e in una certa misura anche in campo dottrinale. Il terzo, invece, pur avendo trovato espressione in alcune pronunce di legittimità, tra cui anche nella recente decisione delle Sezioni Unite, è rimasto maggiormente in ombra nella giurisprudenza, mentre ha trovato ampia diffusione in dottrina attraverso la riflessione di importanti studiosi del diritto penale.

Prima di analizzare questi orientamenti nel dettaglio, occorre precisare altresì che i primi due sono fra loro alternativi o per meglio dire opposti. Entrambi, infatti, si concentrano sul medesimo profilo, ossia la natura dell'interesse perseguito dall'autore della condotta delittuosa, in un caso affermandone la necessaria natura economica, nell'altro, invece, colorando quest'ultima di una estensione maggiore, non limitata quindi alla dimensione patrimoniale. Il terzo orientamento, invece, non è alternativo ai primi due, bensì, complementare. Quest'ultimo, infatti, non si interessa tanto della natura dell'interesse perseguito dall'agente o, per meglio dire, ritiene che l'indagine su questo profilo sia soltanto il primo *step* per l'individuazione della corretta nozione di fine di profitto del furto. Come vedremo, infatti ciò che è davvero decisivo per i fautori di questo terzo orientamento è il rapporto intercorrente tra il profitto perseguito e la *res* oggetto di sottrazione e impossessamento, che, in alcuni casi, è diretto e immediato, dando così luogo al profitto rilevante *ex art.* 624 c.p.; in altri casi, invece, è solo indiretto e mediato, cosa che potrebbe dar luogo a fattispecie delittuose diverse da quella di cui si discute.

2.1. *L'orientamento tradizionale estensivo*

Il primo orientamento che intendiamo analizzare è quello tradizionale estensivo, che si potrebbe definire altresì personalistico, se non addirittura onnicomprensivo. Per questa risalente e fino a pochi anni fa pressoché univoca teoria, costituisce profitto idoneo a integrare, insieme agli altri elementi costitutivi, il reato di furto, tanto il vantaggio economico patrimoniale, quanto quello non economico bensì soltanto morale, spirituale, affettivo, ma anche qualsiasi soddisfazione o piacere di qualunque tipo derivante dalla realizzazione del reato⁸. I fautori di

⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 2409, secondo cui «in tema di furto, il profitto può consistere in qualsiasi utilità, anche di natura non patrimoniale; non fa, perciò, necessario riferimento alla volontà di trarre un'utilità patrimoniale dal bene sottratto, ma può anche consistere nel soddisfacimento di un bisogno psichico e rispondere, quindi, ad altre finalità di vantaggio per l'agente, anche di vendetta, di ritorsione o di dispetto. [...] In definitiva, [...] all'interno della nozione di profitto può ricondursi ogni tipo di soddisfazione personale che l'agente si riproponga di ottenere mediante l'impossessamento della cosa, abbia essa un valore di

questo orientamento, però, non spiegano cosa debba intendersi in termini generali e astratti per profitto non economico, ma solitamente si limitano a fornire una elencazione casistica di fattispecie comunque riconducibili all'art. 624 c.p.; fattispecie che, invece, integrerebbero un diverso reato nel caso si condividesse l'opposta interpretazione restrittiva. Così, vengono menzionati i casi di chi ruba per fare un dispetto alla vittima o per vendicarsi di una pregressa situazione sfavorevole⁹, di chi sottrae una macchina fotografica per impedire al suo detentore di scattare fotografie¹⁰, oppure del commerciante che si impossessa delle chiavi del negozio vicino per evitare la concorrenza nella vendita di beni¹¹.

Gli argomenti a sostegno di questo orientamento sono sostanzialmente quattro. Innanzitutto, vi è quello letterale, che fa leva sull'ampia portata del termine profitto, con cui potrebbe intendersi tanto il vantaggio economico, quanto quello non economico.

Vi è, poi, quello sistematico, che fa leva, invece, sulla collocazione del furto all'interno del Titolo XIII, Libro II, del Codice penale. Si sostiene, cioè, che detta collocazione sia tale da colorare in senso economico patrimoniale soltanto il danno prodotto dalle fattispecie delittuose in esso contenute, ma non anche il fine perseguito dal loro autore, considerato irrilevante ai fini della realizzazione dell'offesa al bene giuridico tutelato. Questo perché, si afferma, il Titolo del codice penale di cui si discute è dedicato ai reati *contro* il patrimonio e non *a vantaggio* di esso¹².

scambio o anche un semplice valore d'uso»; Cass., Sez. IV, 7 maggio 2020, n. 13842, secondo cui «il fine [di profitto] può ben consistere nell'appropriarsi per un periodo apprezzabile di tempo della cosa mobile altrui, anche se solo a scopo emulativo. Fra i numerosi riferimenti dottrinali si veda A. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2016, pp. 389-392, D. PULITANÒ, *Introduzione ai delitti contro il patrimonio*, in ID. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, pp. 30-33, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. IX, Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1952.

⁹Cass., Sez. V, 24 maggio 2012, n. 19882, Aglietta, che ha condannato un soggetto che, a seguito di un diverbio con la persona offesa, si era allontanato con il proprio veicolo mentre questa cercava di recuperare alcuni capi di abbigliamento da poco acquistati, dimenticati all'interno del veicolo stesso. Nel caso di specie si dà atto che scopo dell'imputato (il quale aveva poco dopo gettato dal finestrino questi indumenti) per sua stessa ammissione era quello di fare un dispetto alla vittima.

¹⁰Cass., Sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena. In termini analoghi Cass., Sez. II, 17 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, che ha condannato per furto due donne che avevano sottratto alla persona offesa una agenda telefonica «non per trarne un profitto di natura patrimoniale, bensì per l'evidente scopo di impedire alla vittima di fare una telefonata». In termini analoghi, Cass., Sez. IV, 7 febbraio 2022, n. 4144, relativa al furto di un telefono cellulare che la vittima voleva utilizzare per effettuare una chiamata alla polizia.

¹¹F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 44.

¹²Cfr. Cass., Sez. II, 12 febbraio 1985, n. 4471, Bazzani, laddove si afferma che «il reato di

Inoltre, i fautori dell'orientamento espansivo rafforzano la loro posizione sottolineando i vizi dell'opposta tesi restrittiva. In particolare, si afferma che la natura mobile di un bene ne rende più agevole l'aggressione, il che, a sua volta, comporta la necessità di non limitare la tutela penale soltanto alle sottrazioni dettate da fini economici¹³, individuando altresì alcune ipotesi paradigmatiche che, in caso contrario – condividendo, cioè, l'opposto orientamento restrittivo –, rimarrebbero ingiustificatamente prive di tutela penale¹⁴.

Infine, parte della dottrina, ritiene che l'ampia concezione di profitto sia una diretta conseguenza della concezione personalistica di patrimonio, al cui interno sarebbero riconducibili tutti i beni in grado di soddisfare bisogni della persona, siano essi dotati di un valore economico oppure no¹⁵.

2.2. L'orientamento restrittivo "economicistico"

L'opposto orientamento restrittivo, nettamente minoritario, già da diversi anni ha trovato espressione in dottrina¹⁶, mentre soltanto recentemente è riuscito a emergere anche a livello giurisprudenziale¹⁷.

furto è reato contro il patrimonio, e non a vantaggio del patrimonio dell'agente», pertanto, «non possono non soggiacere alla previsione di cui all'art. 624 c.p. illegittime aggressioni altrui, sol perché queste, per autonoma decisione del soggetto attivo, non si risolvono in un corrispondente arricchimento del patrimonio dell'agente».

¹³ Cass., Sez. IV, 7 maggio 2020, n. 13842, Saraceno, «La limitazione della punibilità delle condotte di volontaria sottrazione ed impossessamento di cose mobili altrui alle sole ipotesi di sottrazione dettata da finalità economiche priverebbe di tutela penale il possesso delle cose mobili in caso di lesioni dettate da motivazioni non economiche, laddove invece il possesso di tali cose, per via della sua agevole possibilità di aggressione determinata dalla natura "mobile" di tali beni, comporta la necessità di una tutela completa e non circoscritta alle sole sottrazioni dettate da fini di locupletazione».

¹⁴ Si tratta dell'ipotesi di chi sottrae un bene per poi successivamente distruggerlo, del furto nell'interesse della vittima, del furto dettato da finalità emulative o affettive e della sottrazione di beni non commerciabili, a cui fa riferimento, *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 7 maggio 2020, n. 13842, Saraceno.

¹⁵ Cfr., *ex plurimis*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. III. Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, pp. 76-79 e A. CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto*, cit., pp. 27-38.

¹⁶ Per una risalente affermazione della natura necessariamente economica del fine di profitto del delitto di furto si veda G. LEONE, *Per una revisione del concetto di "profitto" nel delitto di furto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 285 ss.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 4 luglio 2018, n. 30073, Lettina, che ha annullato una sentenza di condanna emessa nei confronti di un soggetto che aveva "scippato" la borsa di una donna al fine di mantenere un contatto con lei. In termini analoghi, Cass., Sez. V, 11 giugno 2019, n. 25821, El

Secondo i sostenitori di questo orientamento il profitto di cui all'art. 624 c.p. può essere soltanto di tipo economico patrimoniale. Più in particolare, deve essere inerente alla cosa sottratta e deve consistere «nella possibilità di farne uso in qualsiasi modo apprezzabile sotto il profilo dell'utilità economico/patrimoniale». Anche in questo caso la giurisprudenza rimane piuttosto vaga su cosa con esso debba intendersi, limitandosi ad escludere dall'ambito applicativo dell'art. 624 c.p. proprio le ipotesi paradigmatiche a cui abbiamo accennato nel paragrafo precedente.

Un maggior sforzo definitorio, invece, è rinvenibile in dottrina, dove, pur con alcune sfumature, si ritiene che il profitto sia economico quando la realizzazione del reato di furto ha evitato all'agente un esborso che sarebbe stato necessario per acquisire legittimamente il bene sul mercato. L'economicità del profitto, quindi, viene ricondotta, potremmo dire, "a monte", cioè alla stessa economicità del bene oggetto di sottrazione e impossessamento, anziché "a valle", ossia al tipo di utilizzo che di esso viene fatto dall'autore del reato¹⁸.

Gli argomenti a sostegno dell'orientamento restrittivo economicistico sono sostanzialmente i medesimi impiegati dai sostenitori della tesi estensiva (letterale, sistematico, e una argomentazione *a contrario*, volta a evidenziare i limiti della tesi avversa) ma declinati in senso opposto. Ed infatti, *in primis* si sostiene che con il termine profitto non possa che farsi riferimento ad una dimensione economica, sottolineando altresì che il legislatore fa ricorso a termini diversi, quali "utilità" o "vantaggio" (quest'ultimo ricorrente all'art. 416-*bis* c.p.) quando vuole estendere la punibilità a condotte non necessariamente connotate da una finalità "lucrativa".

Si sostiene, poi, che la collocazione sistematica del delitto di cui si discute sia in grado di influenzare tanto l'elemento oggettivo del danno, quanto quello soggettivo del profitto. Quest'ultimo, dunque, non potrebbe che riflettere l'oggettività giuridica (il patrimonio) a cui il Titolo XIII, Libro II del codice penale è dedicato, da intendersi esclusivamente in senso economico¹⁹.

Sheshtawi, secondo cui il fine di profitto «prescinde da un automatismo legato all'ingresso del bene sottratto nel patrimonio dell'agente, ma deve consistere nella possibilità di fare uso di detto bene sottratto in qualsiasi modo sotto il profilo dell'utilità economico/patrimoniale». Aderisce all'orientamento restrittivo anche Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2022, n. 26421.

¹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale.*, cit., pp. 70-73 G. PECORELLA, voce *Furto comune (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 352, G. LEONE, *Per una revisione del concetto di "profitto" nel delitto di furto*, cit., p. 286.

¹⁹ Cass., Sez. V, 4 luglio 2018, n. 30073, Lettina, aderente all'orientamento restrittivo-economicistico, afferma che «Le pronunzie suindicate, nell'accogliere una nozione dilatata del concetto di profitto – che sarebbe ravvisabile anche nel soddisfacimento di un bisogno psichico o, in genere, nell'acquisizione di un vantaggio o un'utilità non patrimoniale – si prestano all'osser-

Infine, si afferma l'insostenibilità della tesi contraria estensiva, il cui limite viene individuato nella confusione tra dolo specifico e movente, e nella conseguente abrogazione di fatto del primo ²⁰.

3. Una terza e intermedia posizione

Come anticipato vi è anche un terzo orientamento, più diffuso in dottrina che in giurisprudenza, che non si concentra tanto sulla natura dell'interesse perseguito dal soggetto attivo del reato, bensì sul rapporto strutturale intercorrente tra profitto e *res*. Parte della dottrina, cioè, distingue fra ipotesi in cui il profitto, a prescindere dalla sua natura (economica oppure no), deriva direttamente dalla *res* oggetto di sottrazione e impossessamento, ed altre, invece, in cui questo non deriva tanto dalla cosa bensì dalla condotta e, in particolare, dalla sottrazione. Nel primo caso – profitto derivante dalla *res* – si avrebbe furto. Nel secondo – profitto derivante dalla condotta –, invece, ricorrerebbero fattispecie diverse, tra cui il danneggiamento oppure la violenza privata, se non addirittura meri illeciti civili.

Più in particolare, al delitto di furto vengono ricondotte le classiche ipotesi di chi ruba un bene per goderne o per disporne in qualsiasi modo. Ad altre figure delittuose o non delittuose, invece, vengono ricondotte ancora una volta proprio le ipotesi menzionate nei paragrafi precedenti. Il fatto, cioè, di chi sottrae alla *ex* fidanzata alcuni capi di abbigliamento da poco acquistati, allo scopo dichiarato di fare a questa un dispetto; dell'uomo che sottrae alla fidanzata il telefono cellulare, per impedirle di effettuare una telefonata, ovvero, in-

vazione critica di trascurare il dato letterale e sistematico dell'inserimento del furto nei delitti contro il patrimonio, che costituisce il bene/interesse tutelato dalla norma ed in tal senso ne appare problematica la coerente collocazione nell'ambito dei criteri ermeneutici dell'interpretazione letterale della legge e della volontà del legislatore».

²⁰ Cfr. Cass., Sez. V., 2 ottobre 2019, n. 40438, Stawicka, «l'onnicomprendensiva nozione di profitto oggetto del dolo specifico del delitto di furto, che abbraccia indistintamente sia il vantaggio economico, sia l'utilità, materiale o spirituale, sia il piacere o soddisfazione che l'agente si procura, direttamente o indirettamente, attraverso l'azione criminosa, tradisce la funzione selettiva e garantistica della tipicità penale, ampliando a dismisura la sfera del furto a discapito di quella del danneggiamento o estendendola a fatti non meritevoli di sanzione penale, pervenendo, in definitiva, ad un'*interpretatio abrogans* del detto elemento essenziale, degradato ad un profitto *in re ipsa*, coincidente con il movente dell'azione: movente che sempre esiste, non potendo concepirsi che un uomo agisca se non sospinto da un motivo». In dottrina si veda, per tutti. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio.*, cit., p. 42.

fine, del commerciante che priva il concorrente delle chiavi del negozio, così approfittando della sua momentanea assenza sul mercato²¹.

A sostegno di questa posizione la dottrina fa ricorso ancora una volta al dato letterale, affermando che l'art. 624 c.p. utilizza la locuzione «al fine di trarne profitto», riferendosi, dunque, proprio e unicamente al vantaggio derivante dalla cosa, e non «al fine di trarre profitto», alla cui stregua, invece, si potrebbe ritenere rilevante qualsiasi profitto, anche se non derivante specificatamente e direttamente dalla *res*.

Ora, che si condivida o meno questa soluzione, non c'è dubbio che essa abbia il merito di valorizzare la peculiarità strutturale delle fattispecie controverse (quelle, appunto, a cui si è appena fatto riferimento). In effetti, pur essendo fra loro molto diverse, ci sembra che sia comunque possibile individuare un *trait d'union* nel fatto che in queste fattispecie lo scopo dell'agente è unicamente arrecare un "danno" alla vittima tramite la sua condotta, anziché essere interessato a stabilire sul bene di cui si impossessa una stabile relazione di interesse. Un danno, cioè, consistente proprio nella perdita della disponibilità del bene, o, detto diversamente, nello spossessamento.

In queste ipotesi, dunque, si potrebbe parlare di "furti emulativi" oppure di "furti/danneggiamento", potendosi poi altresì distinguere a seconda della "forma" assunta dal danno prodotto alla vittima. In alcuni casi, che potrebbero dirsi "ritorsivi" o "vendicativi", si avrebbe un danno "fine a se stesso", come nelle ipotesi di colui che rubi per fare meramente un dispetto alla vittima. In altri casi, invece, che si potrebbero dire "impeditivi", il danno non sarebbe fine a se stesso, ma sarebbe finalizzato ad impedire alla vittima di utilizzare un bene di cui era detentrica fino alla realizzazione dell'azione delittuosa.

²¹ Questa impostazione è condivisa da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, cit., pp. 44-45, laddove afferma che il profitto «deve derivare, nei reati di aggressione unilaterale, direttamente dal passaggio della cosa dalla sfera patrimoniale della vittima a quella del reo [...]. Pertanto, non si ha furto ma danneggiamento mediante "dispersione", se il vantaggio patrimoniale deriva dalla mera perdita della cosa da parte della vittima, scopo del primo essendo quello di proibire che altri si avvantaggino immettendo le cose altrui nel proprio patrimonio e scopo del secondo quello di evitare che dette cose siano poste in condizioni di non essere utilizzate dalla vittima, restando indifferenti gli eventuali e indiretti scopi profittatori dell'agente. [...] Nessuna differenza di sostanza esiste, infatti, tra il fatto di tali soggetti, che distruggono (senza impossessarsene) la cosa, e il fatto di tenere, allo stesso fine, presso di sé la cosa, per loro in sé priva di valore». Analogamente A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale.*, cit., p. 76.

4. La posizione delle Sezioni Unite

Sulla questione si sono da poco espresse le Sezioni Unite della Corte di cassazione, che, con sentenza n. 41570 del 12 ottobre 2023, hanno sancito che «Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore».

Nonostante la lettura del principio di diritto da esse formulato possa far pensare ad un appiattimento delle Sezioni Unite sulla tesi estensiva, in realtà le considerazioni che sono state sviluppate vanno ben al di là di questo tradizionale orientamento, giungendo ad affermare la necessità di un nesso di derivazione diretta del profitto perseguito dall'agente con la *res* oggetto di sottrazione e impossessamento. Nelle motivazioni della sentenza, dunque, si può scorgere chiaramente sia il riferimento all'orientamento estensivo, che fa leva sulla natura non necessariamente economica dell'interesse perseguito dall'autore del reato; sia a quello intermedio, che fa leva sul rapporto tra profitto e cosa.

Gli argomenti utilizzati dalla Corte sono sostanzialmente gli stessi già elaborati dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza. Innanzitutto, le Sezioni Unite, dopo aver brevemente richiamato i due orientamenti contrapposti, estensivo e restrittivo, aprono la parte motiva della sentenza con una premessa in ordine alle regole interpretative che il giudice, in questa come in qualsiasi altra questione, è chiamato a seguire. In buona sostanza, secondo la Corte l'interpretazione letterale segna i confini della interpretazione teleologica e sistematica. Viene affermato, cioè, che quella letterale è la prima e più importante forma di interpretazione a cui il giudice è legittimato a fare ricorso e che soltanto quando questa non è sufficiente a individuare in maniera univoca il significato della norma può farsi ricorso agli altri criteri ermeneutici, purché entro i limiti ancora una volta tracciati dal dato testuale della disposizione²².

Fatta questa premessa, la Corte prosegue spendendo proprio l'argomento letterale, affermando che il termine «profitto» non ha un significato univocamente economico, ma è invece ben più ampio, tanto da includere anche il profitto non economico²³.

²² Cfr. Cass., Sez. Un., cit., §2.1 Considerato in diritto.

²³ Cass., Sez. Un., cit., «la scelta di circoscrivere la nozione di profitto all'ambito strettamente patrimoniale non può trovare fondamento in un significato univoco della parola "profitto" nel linguaggio comune; quest'ultima ricorre infatti in espressioni prive di qualunque correlazione con la sfera del lucro economico, finendo per identificarsi, come attestato nei dizionari di lingua italiana, in un giovamento o vantaggio, sia fisico che intellettuale o morale o pratico (si pensi, al trar profitto da una lezione o da una cura)».

Ciò sarebbe dimostrato dal confronto con gli artt. 62, n. 4, 481, comma 2, 707 c.p., dove si menziona espressamente lo scopo di lucro per colorare le fattispecie di una connotazione esclusivamente economica.

Secondo la Corte, inoltre, l'orientamento restrittivo non può essere condiviso anche perché incompatibile con la concezione personalistica o comunque non necessariamente economica di patrimonio, sposata (quantomeno a dire delle Sezioni Unite), dalla consolidata giurisprudenza. L'accoglimento dell'orientamento restrittivo in materia di profitto, infatti, comporterebbe l'irragionevole conseguenza di restringere o allargare la nozione di patrimonio rilevante *ex art. 624 c.p.* a seconda del soggetto di cui si discute. In un caso, quello del soggetto passivo, il patrimonio sarebbe costituito da beni anche privi di valore economico. Nell'altro, cioè «quando venga in rilievo l'incremento perseguito dall'autore della condotta», questo dovrebbe essere circoscritto «ai soli vantaggi che quest'ultimo pretenda di trarre dallo scambio del bene sottratto per un controvalore economico». Poiché, però, il patrimonio tutelato dalle fattispecie contenute del Titolo XIII, Libro II del codice penale, è costituito dall'insieme dei beni in grado di soddisfare bisogni "personalistici" (a prescindere dal loro valore monetario), qualsiasi attività – sia l'*uso*, sia lo *scambio* – avente ad oggetto una *res* «vale a concretare un tipico atto espressivo di un diritto esclusivo, personale o reale, di godimento, la cui pertinenza al patrimonio dell'autore della condotta è incontestabile»²⁴.

A questo punto le Sezioni Unite escludono che il condiviso orientamento estensivo possa condurre ad una *interpretatio abrogans* del dolo specifico di profitto del furto. Questo perché, si afferma, se è vero che il profitto perseguito dall'agente può essere tanto economico quanto non economico, tuttavia, è anche vero che il profitto rilevante *ex art. 624 c.p.*, è soltanto quello che deriva dall'impossessamento del bene in maniera immediata. La Cassazione afferma quindi che «il profitto rilevante [...] è quello che [...] viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla *res*», specificando poi che «il profitto discende dall'impossessamento quando si correli alla conservazione, all'uso [...] al godimento o al compimento di un qualunque atto dispositivo».

5. *Fine di profitto e "frontiere" della patrimonialità*

Delineato il contenuto dei molteplici orientamenti contrapposti e della sentenza delle Sezioni Unite, è possibile concludere con alcune considerazioni

²⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., cit., §2.3 Considerato in diritto.

critiche. Innanzitutto, sembra di poter affermare che gli argomenti a sostegno degli orientamenti “maggioritari”, estensivo/personalistico e restrittivo/economicistico, non siano di per sé decisivi ai fini della risoluzione della questione. Emblematica, a tal punto, la circostanza che i medesimi criteri ermeneutici, quello letterale – che fa leva sul significato del termine profitto – e quello sistematico – che fa leva, invece, sulla collocazione del furto tra i reati contro il patrimonio – siano utilizzati da entrambi gli orientamenti, ora per negare la necessaria natura patrimoniale del profitto, ora per affermarla.

Se, dunque, irrilevanti sembrano detti criteri, rilevantissime e diverse appaiono, invece, le implicazioni sul concetto penalistico di patrimonio derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione. In effetti, mentre la prima – quella estensiva – lascia aperta la questione dei confini della patrimonialità, in quanto compatibile sia con la concezione personalistica di patrimonio, sia con quella economica, l'altra – quella restrittiva –, invece, sembra restringere l'ambito della tutela penale unicamente ai beni aventi un valore sul mercato. Ed infatti, mentre un profitto ‘personalistico’ o ‘non patrimoniale’ può essere tratto sia da un bene avente valore di scambio sia da un bene avente solo valore d'uso, così non è per il profitto economico-patrimoniale. Quest'ultimo, infatti, presupponendo l'economicità della *res* oggetto di sottrazione e impossessamento, lascerebbe necessariamente scoperti di tutela penale proprio quei beni dotati di un valore soggettivo/d'uso, ma privi di un valore oggettivo/economico.

Delineata la criticità insita nella nozione restrittiva di profitto, e cioè i vuoti di tutela che questa porterebbe con sé, rimane il dubbio se la concezione estensiva non ponga, invece, il rischio opposto. Il rischio, cioè, di una eccessiva estensione della tutela penale, che sembra confermato se si pensa che nei furti mossi da motivi di vendetta o ritorsione verso la vittima – in relazione ai quali è sorto il contrasto in giurisprudenza, risolto dalle Sezioni Unite – non si ravvisa una relazione di interesse instaurantesi tra il soggetto attivo e la *res* furtiva (a prescindere dal valore di quest'ultima).

Se tutto questo è vero, la soluzione delle Sezioni Unite di accogliere l'orientamento intermedio, che si “accontenta” dell'esistenza di un rapporto di derivazione diretta del profitto dalla *res*, senza preoccuparsi della economicità (solo eventuale) di quest'ultima, sembra rappresentare allora un ragionevole punto di equilibrio.

Nonostante ciò, tale decisione desta comunque una duplice perplessità. Innanzitutto, perché sul finale della sentenza la Corte ha ricondotto il profitto alla volontà di ottenere la disponibilità esclusiva del bene sottratto e, più in generale, al fine di «ampliare la propria sfera di potenzialità giuridica, correla-

tivamente menomando quella della vittima»²⁵. In tal modo, si è di fatto confuso il fine di profitto (contenuto del dolo specifico) con l'impossessamento (secondo segmento della condotta furtiva), vanificando quanto affermato in precedenza, circa la necessità di un profitto derivante da un'attività successiva e consistente nella conservazione, nell'uso o nella realizzazione di un atto dispositivo²⁶.

In secundis, perché la Corte ha dato per pacifica l'adesione alla concezione personalistica di patrimonio, senza fornire un proprio contributo al fine di delinearne questo complesso concetto, tra i più dibattuti dalla dottrina penalistica.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., cit., §4 Considerato in diritto, laddove si afferma, appunto che, «Alla stregua delle superiori considerazioni, una volta accertato che l'imputato mirava ad ottenere la disponibilità esclusiva del telefono cellulare, ossia di ampliare la propria sfera di potenzialità giuridica, correlativamente menomando quella della vittima, il carattere non direttamente lucrativo dell'obiettivo avuto di mira non vale ad escludere il fine di profitto richiesto dalla fattispecie incriminatrice».

²⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., cit., §2.3. Considerato in diritto, laddove si afferma che «In altri termini, il profitto rilevante, quale connotato della specifica direzione della volontà che va a svolgere un'ulteriore funzione delimitatrice rispetto al mero profilo oggettivo della condotta di sottrazione e di impossessamento, è quello che, indipendentemente dalla sua idoneità ad essere apprezzato in termini monetari, viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla res e non quello che può derivare attraverso ulteriori passaggi dall'illecito. [...] il profitto discende dall'impossessamento quando si correla alla conservazione, all'uso (e in tal senso è significativo che li legislatore configuri una *species* di furto correlato al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa: art. 626, comma 1, n. 1, c.p.), al godimento o al compimento di un qualunque atto dispositivo».

I DIRITTI SUCCESSORI DEL CONIUGE SUPERSTITE NEL PRISMA DELLA DEPATRIMONIALIZZAZIONE

di *Gregorio Pacini*

SOMMARIO: 1. I diritti del coniuge superstite nel paradigma della patrimonialità. – 1.1. (*Segue*) I diritti successori del coniuge superstite separato senza addebito. – 2. I diritti successori del coniuge superstite quale fondamento di una tutela penalistica.

1. *I diritti del coniuge superstite nel paradigma della patrimonialità*

La prospettiva dell'indagine di ricerca muove nel tentativo di restituire attualità alle autorevoli considerazioni delineate in sede dottrinale, finalizzate a sollecitare l'interprete ad analizzare istituti in cui rileva la centralità della persona e della sua dignità¹.

Nella consapevolezza che la cifra essenziale dell'attuale contesto sociale² si ravvisa nel primato della dimensione economica, in cui legami ed unioni tendono a essere considerati e trattati come cose da essere consumate e non prodotte³ e in cui il godimento coincide con la soddisfazione immediata, che a

¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1, p. 2. ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 26.

² In ambito psicoanalitico, degne di pregio le riflessioni di M. RECALCATI, *Il complesso di Telemaco, Genitori e figli dopo il tramonto del padre*, Milano, 2013, p. 30; ID., *Desiderio, godimento e soggettivazione*, in *Jacques Lacan*, Milano, 2012, p. 1, laddove rileva che «la celebrazione dell'Io, della sua autonomia, del suo potere deliberativo e della sua autoconsistenza è una cifra sintomatica del nostro tempo. Il fantasma ipermoderno della libertà come dispiegamento dell'Io è la manifestazione della follia più grande»; ID., *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Milano, 2011, p. 11.

³ Così Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, 2003, Bari, p. 190. L'autore analizza le ricadute delle vicende sociali sulle dinamiche familiari, concludendo che «Se i partner di una relazione sentimentale vengono concettualizzati in tali termini, allora non è più compito di entrambi far funzionare il rapporto, far sì che duri nel bene e nel mal, in ricchezza e in povertà, nella salute e nella malattia, che induca ad aiutarsi nei momenti buoni e in quelli cattivi, se necessario ad ac-

lungo andare atrofizza la stessa capacità del soggetto di desiderare e che mai incontra l'altro⁴, il contributo in oggetto si pone l'obiettivo di focalizzare l'attenzione su un istituto civilistico la cui giustificazione causale è intessuta di una dimensione non patrimoniale. L'orizzonte del discorso ambisce, pertanto, a delineare il rapporto tra persona e *res* nel prisma della patrimonialità, o meglio, come già anticipatamente si può rilevare, della depatrimonializzazione⁵.

Il concetto di *patrimonialità*⁶, come è noto, sfugge a una facile demarcazione e definizione. La stessa conclusione si ravvisa in ordine al concetto di *valori*⁷.

ettare compromessi e sacrifici pur di preservarne la solidità. Diventa invece questione di ottenere soddisfazione da un prodotto di pronto consumo; se il piacere che se ne trae non è quello promesso e atteso, o se la novità viene meno e con essa la gioia, allora si può chiedere il divorzio, citando i diritti del consumatore e della legge sulla trasparenza del commercio. Non c'è alcun motivo di restare fedeli a un prodotto inferiore e ormai stantio e non cercarne uno nuovo e migliore nei negozi». A constatare gli impatti sotto il profilo psicologico della odierna diffusione della tecnologia di massa è T. CANTELM, *Tecnoliquidità. La psicologia ai temi di Internet: la mente tecnoloquida*, 2013. Si veda altresì l'interessante dialogo tra Lops e Guido Capozzi, in F.P. LOPS, *Dialogo con Guido Capozzi, Il diritto sospeso*, in *Vit. not.*, 2022, p. 659. L'autore ritiene che «potrebbe essere utile immaginare la transizione da un sistema giuridico chiuso, rappresentato dall'insieme dei principi e delle regole prescrittive del sistema, tendente alla valutazione evolutiva e collettivamente sensibile del diritto. Una sorta di "diritto sensibile". Potremmo definire come diritto sensibile quell'insieme di norme e di interventi volti non solo alla regolamentazione degli interessi della collettività, ma anche alla costruzione continua e modulare delle azioni sociali, azioni fatte di iniziative giuridiche che sulla base dei principi costituzionali garantiscono la massima collaborazione tra norme, giudici, interpreti e cittadini».

⁴Cfr. O. ROMANI, *La libertà verticale*, Milano, 2019, p. 299.

⁵Sul punto si veda C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto provato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482; P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, cit., p. 1. L'orizzonte sondato dall'autorevole dottrina citata consiste nella incidenza della centralità umana nella gerarchia dei valori costituzionali, nell'interpretazione e nella ricostruzione degli istituti civilistici.

⁶Sul concetto di patrimonialità si veda D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006; ID., *Il principio di patrimonialità nella giurisprudenza costituzionale. Una questione di valori*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. TAMPONI, E. GABRIELLI, Napoli, 2006, p. 239 ss.

⁷Sul punto si veda A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 438; L. CAIANI, *I giudizi di valore nella interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 78; E. OPOCHER, *Valore (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 114; I. MARTONE, I., *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, p. 65. Mi sia consentito il riferimento anche a G. PACINI, *Rapporti tra forma e sostanza nell'evoluzione dell'adozione in casi particolari*, in AA.VV., *Nuovi paradigmi della filiazione, Atti del primo congresso internazionale di diritto delle famiglie e delle successioni*, a cura di V. BARBA, E.W. DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI, Roma, 2023, p. 265. Nelle considerazioni finali di tale contributo si afferma l'assenza di incompatibilità tra Positivismo e Costituzionalismo.

In tale contesto semantico si profila un importante istituto del diritto delle successioni: il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, comma 2 c.c., a favore del coniuge superstite.

La posizione successoria del coniuge, alla luce della l. 1975, n. 151, è stata sensibilmente modificata: da legatario *ex lege* di una mera di quota di usufrutto⁸ sui cespiti ereditari a riservatario "egemone rispetto ai figli"⁹.

Nella concezione tradizionale della *familia* del 1942 il diritto di usufrutto assicurava i mezzi per far fronte alle necessità della malattia e dell'estrema fase della propria esistenza e al contempo garantiva l'integrità del patrimonio¹⁰. Nel tentativo di superare tale paradigma, imperniato in un'anacronistica concezione romanistica in cui il coniuge risultava essere un estraneo alla famiglia, la Riforma del 1975 ha previsto l'assegnazione a favore di quest'ultimo di una quota in proprietà e il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano.

La valorizzazione della posizione successoria del coniuge riflette una concezione della famiglia in cui quest'ultima si profila quale sede principale dell'esplorazione della personalità dell'individuo, in virtù di un rafforzamento dei vincoli di sangue e di sentimento¹¹.

Difatti, l'attribuzione dei diritti in esame risponde a esigenze etiche e sentimentali volte a impedire dolorosi mutamenti dell'ambiente di vita¹². Risulta evidente, giocoforza, di essere in presenza di un istituto patrimoniale¹³, la cui giustificazione è basata su un interesse non patrimoniale: tutelare lo stato di

⁸Sul punto si veda G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 2018, Milano, p. 161.

⁹Sul punto si veda D. POLETTI, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditor)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 403. Cfr. anche G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 161, ove rileva che «non si è mancato di osservare, tuttavia, che, in alcune occasioni il mutamento qualitativo della riserva del coniuge – vale a dire: da usufruttuario a titolare di una quota in proprietà – si riveli meno vantaggioso, poiché lo stesso, trovandosi di fronte, normalmente, agli ultimi anni di vita, è sensibile, soprattutto, a considerazioni di reddito, assicurate, egregiamente, dal diritto di usufrutto».

¹⁰Così B. CALIENDO, *I diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano nell'ambito della successione necessaria*, in *Fam. dir.*, 2014, 1, p. 45.

¹¹Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 161.

¹²Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 164; *contra* G. GABRIELLI, in L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 2, Padova, 1977, p. 838; A. BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 2, p. 253.

¹³Cfr. B. CALIENDO, *op. cit.*, p. 46, nt. 9.

benessere fisico e psichico del coniuge¹⁴. Un profilo personalistico atto a sovravanzare la natura economica dei diritti sui beni¹⁵.

La dimensione personalistica si profila quale fondamento di un'assegnazione patrimoniale. Proprio il rapporto tra non patrimonialità e patrimonialità sarà decisivo ai fini della presente ricerca d'indagine.

L'appellativo di egemone rispetto ai figli e successore privilegiato è stato utilizzato in sede dottrinale¹⁶, con riferimento al coniuge superstite, proprio alla stregua dell'attribuzione dei diritti contemplati all'art. 540, comma 2 c.c.

In particolare, uno dei profili più dibattuti, problematici e allo stesso tempo estremamente tangibili e contingenti con la realtà fattuale è il coordinamento, in termini di quantificazione delle quote ereditarie dei successibili e del coniuge superstite, tra la successione legittima e i legati di specie in esame¹⁷.

La giurisprudenza di legittimità ha statuito che «*in tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c., i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, secondo comma c.c., dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il diverso procedimento di imputazione previsto dall'art. 533 c.c. relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del de cuius*»¹⁸.

Autorevole dottrina¹⁹, criticando tale orientamento, ha ravvisato l'esigenza, in un'ottica *de iure condendo*, di innovare l'art. 540, comma 2 c.c.

¹⁴ Cfr. L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLII, 1, Milano, 1999, VI ed., p. 152.

¹⁵ Così D. POLETTI, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditor)*, cit., p. 404.

¹⁶ Cfr. A. TULLIO, *I diritti successori del coniuge superstite*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 290.

¹⁷ Difatti l'art. 540, comma 2 c.c. contempla due diritti reali autonomi e, pertanto, due legati di specie.

¹⁸ Cfr. Cass. Sezioni Unite 2013, n. 4847, con nota di V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1793. Cfr. anche Cass., 5 febbraio 2018, n. 2754, in *Mass. giust. civ.*, 2018.

¹⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 3, p. 1228; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 101, ove rileva che «Tutto ciò dimostra che rimane aperto il tema del coordinamento di questa disciplina con quello della successione legittima, dal momento che occorre individuare adeguati correttivi che consentano una corretta divisione del patrimonio ereditario in caso di successione legittima, alla quale vengono soltanto dei legittimari e nella quale si dia anche un legato *ex art. 540, comma 2 c.c.*»; cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 168, ove osserva che «Ciò che preoccupa, non è l'assorbimento

Orbene, se, come si ritiene, la soluzione finale in ordine alla questione in esame dipende dall'entità del valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, c.c., non è possibile dimenticarsi della *ratio* personalistica, sopra individuata, sottesa all'attribuzione stessa e, giocoforza, occorre individuare un correttivo in grado di assicurare la continuità dell'abitazione della casa familiare da una parte e di attribuire un *quantum* proporzionato tra i soggetti che concorrono all'eredità. In altri termini, l'interesse non patrimoniale su cui si basa l'istituto in esame assume una precisa rilevanza giuridica: garantire un bilanciamento assiologico degli interessi in gioco.

A parere di chi scrive²⁰ la soluzione può essere proposta sulla base di una *prospettiva de iure condito*.

In particolare, la qualificazione giuridica dell'attribuzione a titolo particolare contemplata dall'art. 540, secondo comma, c.c. non è suscettibile di una definizione aprioristica, bensì può essere individuata a seconda del valore dei diritti di cui all'art. 540 c.c. e, giocoforza, a seconda del rapporto che sussiste tra la quota di eredità e la quota di patrimonio (o di riserva) del coniuge superstite.

Difatti, nel caso in cui la quota *ab intestato* sia superiore alla quota di legittima complessiva, l'attribuzione contemplata all'art. 540, secondo comma, c.c. è un legato *ex lege* in conto di legittima, essendo la quota *ab intestato* già composta dalla presente attribuzione.

Diversamente, nel caso in cui la quota *ab intestato* sia inferiore alla quota di legittima complessiva e il coniuge concorra con un non legittimario, relativamente alla quota di eredità l'attribuzione in esame si qualifica come prelegato, in quanto *si aggiunge* in parte alla stessa.

Un esempio è in grado di assicurare una migliore comprensione. Si immagini che l'asse ereditario sia pari a 30, il valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, c.c. sia pari a 10 e che al *de cuius* succedano *ab intestato* il coniuge e un figlio. Il coniuge ha diritto a conseguire, a parere di chi scrive, non 20²¹, come

della quota di riserva spettante ai figli, bensì l'assorbimento integrale della quota disponibile. Risultato, questo, davvero gravoso, per l'autonomia testamentaria, e che suggerisce di abrogare, o pesantemente modificare, la norma richiamata, almeno prevedendo che il diritto non possa gravare sulla quota disponibile».

²⁰ Per un preciso approfondimento sulla questione mi sia consentito il riferimento a G. PACINI, *I diritti del coniuge superstite tra successione necessaria e successione legittima*, in *Fam. dir.*, 10, 2023, p. 865. In tale occasione si tenta di dimostrare matematicamente che la quota di legittima calcolata sull'asse ereditario è composta *ab initio* da parte dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c.

²¹ Tale entità deriva dalla seguente operazione: $[(30-10)/2 + 10]$. In realtà alla medesima entità anche la dottrina dominante giungerebbe, tuttavia sulla base di un differente procedimento:

deriverebbe se si seguisse l'orientamento della Corte di cassazione a Sezioni Unite sopra richiamata, bensì 16.666²².

Orbene, l'interesse non patrimoniale che sorregge l'attribuzione dei diritti in esame offre l'opportunità di riflettere in ordine al coordinamento della successione legittima e della disciplina di cui all'art. 540, secondo comma, c.c., in modo tale da superare l'attuale *egemonia* successoria detenuta dal coniuge superstite.

La volontà del legislatore di assicurare la continuazione nella casa adibita a residenza familiare non può essere letta nel senso di comportare uno squilibrio in termini di *quantum* di quote ereditarie tra i successibili.

Giocoforza, il diritto delle successioni deve assicurare, sulla base di una prospettiva *de iure condito*, frutto di un bilanciamento delle istanze in gioco, un adeguato *quantum* delle quote di eredità ai soggetti coinvolti.

1.1. (Segue) *I diritti successori del coniuge superstite separato senza addebito*

La valorizzazione della causa dell'attribuzione, ossia della sua natura non patrimoniale, ritenuta la pietra miliare della presente indagine di ricerca, richiede di essere coordinata con la spettanza dei diritti in esame anche al coniuge superstite separato senza addebito²³.

La necessità di quest'ulteriore coordinamento postula la presenza di un ulteriore profilo, attinente alla disciplina di cui all'art. 540, comma 2 c.c., estremamente dibattuto in sede dottrinale e giurisprudenziale, tuttora irrisolto.

In altri termini, la questione da analizzare concerne la spettanza o meno dei diritti reali in esame a favore del coniuge superstite separato senza addebito²⁴.

Una recente pronuncia della Corte di cassazione²⁵ ha negato il riconoscimento di detta attribuzione, sostenendo che la mancanza della convivenza fra i

[10 + (10 - 0)]. Cfr. L. FERRI, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 371.; cfr. A. BUSANI, *La successione mortis causa*, Padova, 2020, p. 495.

²² Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1999, p. 180. Mi sia consentito il riferimento anche a G. PACINI, *op. cit.*, p. 872, nt. 22.

²³ Sul punto si veda E. AL MUREDEN, *La crisi della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, I, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 2015, p. 374.

²⁴ La questione in esame non ha ragione di porsi in caso di coniuge superstite separato con addebito, in forza delle chiare previsioni di cui agli artt. 548, comma 2 c.c. e 585, comma 2 c.c.

²⁵ Cfr. Cass. 5 giugno 2019, n. 15277, con nota di M. FARNETI, *Non spetta mai dunque al coniuge superstite separato il diritto di abitare nella casa adibita a residenza familiare?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, p. 1338.

coniugi comporta l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare. Tale lettura interpretativa conferma l'indirizzo *pratico* della giurisprudenza²⁶ di impedire aprioristicamente la spettanza dei diritti di cui all'art. 540, comma 2 c.c. al coniuge superstite separato senza addebito, in forza dell'incompatibilità ontologica e strutturale tra lo *status* di separazione e il requisito oggettivo della casa adibita a residenza familiare.

A ben vedere, di contrario avviso è parte della dottrina, la quale sostiene che la fattispecie in esame sia destinata inevitabilmente a risolversi sulla base di un approccio casistico, attraverso il quale si ravvisa la necessità di constatare le variabili accidentali del caso concreto²⁷.

L'assenza di certezza di fronte al presente scenario è enfatizzata dalla mancanza di una definizione positiva del concetto di residenza familiare. Gioco-forza, si profila evidente la necessità di porre in essere un'operazione ermeneutica sistematica degli artt. 144 c.c.²⁸, 540, comma 2 c.c., 548, comma 1 c.c. e 585, comma 1 c.c.

Gli indirizzi ermeneutici sviluppati in sede giurisprudenziale e dottrinale focalizzano l'attenzione sulla corretta interpretazione da effettuare in ordine alla soddisfazione del requisito oggettivo sopra enunciato, ritenendo, secondo una prima corrente di pensiero, necessaria la sussistenza di una *comunione di vita fra coniugi*, con la conseguente inoperatività dell'art. 540, comma 2 c.c.²⁹, e, secondo una diversa corrente di pensiero, sufficiente la presenza di una *coabitazione materiale tra coniugi*³⁰.

L'indagine di ricerca, nel segno della complementarità della dimensione patrimoniale e non patrimoniale che caratterizza l'istituto contemplato, propone una lettura interpretativa che ampli l'oggetto della valutazione in esame

²⁶ Cfr. anche App. Venezia, 14 giugno 1984, in *Giur.it.*, p. 1986, I, 28; Trib. Foggia, 30 gennaio 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1652.

²⁷ Per un'attenta analisi si veda A. BENNI DE SENA, *Il coniuge separato senza addebito e il legato di abitazione della casa adibita a residenza familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1193.

²⁸ Sulla possibilità di continuare a parlare di residenza familiare alla stregua della separazione personale, la dottrina offre letture interpretative differenti. Per V. FRANCESCHELLI, *La separazione di fatto*, Milano, 1978, p. 169 e G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 847, la separazione non fa perdere la qualità di residenza familiare alla casa, almeno finché uno dei due coniugi permanga a dimorarvi stabilmente. *Contra* A. BELVEDERE, *op. cit.*, p. 249.

²⁹ Sul punto si veda A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. fam. e pers.*, 1978, p. 241.

³⁰ Cfr. V. TERRACCIANO, *Presupposti per l'attribuzione dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c. in favore del coniuge superstite separato senza addebito*, in *Notariato*, 2016, p. 147; F. BASINI, *I diritti successori del coniuge separato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, III, 2009, p. 186.

dalla mera soddisfazione del requisito della casa adibita a residenza familiare. In particolare, si ritiene opportuno ampliare l'orizzonte del discorso all'analisi del rapporto che sussiste tra la separazione e la *ratio* sottesa all'attribuzione, nella consapevolezza che la volontà del legislatore, espressamente affermata sia nell'art. 548, comma 1, c.c. che nell'art. 585, comma 1, c.c., non può essere letta come un difetto di coordinamento. In altri termini, ci si chiede se la separazione sia in grado di annichilire e annullare le ragioni poste a fondamento dell'attribuzione di cui all'art. 540, comma 2 c.c. e, quindi, l'attribuzione stessa.

L'evidente impossibilità di stabilire un'aprioristica e generica risposta affermativa sul punto suggerisce l'opportunità, ove il coniuge separato abbia legittimamente proseguito la permanenza nella casa già adibita a residenza familiare³¹, di garantire l'operatività dell'art. 540, comma 2 c.c. a favore del coniuge superstite separato senza addebito³².

Orbene, ancora una volta l'interesse non patrimoniale, sotteso alla presente attribuzione, si ritiene decisivo ai fini dell'individuazione della soluzione alla fattispecie in esame³³.

³¹ Tale presupposto fattuale si ritiene essenziale ai fini della spettanza dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c. al coniuge separato senza addebito.

³² Estremamente condivisibili le riflessioni di C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti ex lege*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, III, 2009, p. 134, la quale riconosce la spettanza dei diritti in esame al coniuge superstite separato senza addebito, essendo funzionali alla conservazione delle consuetudini abitative matrimoniali. Cfr. anche L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, III ed., Milano, 1983, p. 113 e 150; ID., *Delle successioni legittime*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del c.c.*, Bologna-Roma, 1985, sub art. 584, p. 99. *Contra* A. BELVEDERE, *Residenza e casa familiare: riflessioni critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 2, 253, il quale ritiene che l'art. 540, comma 2 c.c. tuteli interessi economici e che, aderendo alla tesi secondo cui la disposizione in esame miri a tutelare interessi non patrimoniali, ne dovrebbe conseguire l'estinzione degli stessi.

³³ Nelle more dell'elaborazione del presente contributo la Corte di cassazione n. 22566/2023 sembra aver effettuato un *revirement* rispetto alla posizione assunta nel 2019, sopra riportata alla nt. 25. Non solo, la Suprema Corte argomenta l'attribuzione a favore del coniuge superstite separato senza addebito dei diritti di cui all'art. 540, comma 2, c.c., proprio sulla base del, qui più volte sottolineato, principio di interesse non patrimoniale ivi sottostante, rilevando che «*gli interessi patrimoniali degli altri chiamati in concorso non possono impedire il ritorno nell'ambiente familiare al coniuge superstite, che potrebbe aver conservato con quella residenza un valore non soltanto economico*». Un ulteriore profilo che preme osservare concerne il presupposto fattuale ai fini dell'applicazione dei diritti di cui all'art. 540, comma 2 c.c. a favore del coniuge separato senza addebito. La Corte afferma che «i presupposti per la nascita del diritto mancherebbero solo qualora, dopo la separazione, la casa fosse stata abbandonata da entrambi i coniugi o avesse comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare. In tal caso, essendo cessata l'adibizione a residenza della famiglia, il diritto di abitazione e di uso non sorgono per difetto del presupposto oggettivo, mentre i presupposti

2. (Segue) *I diritti successori del coniuge superstite quale fondamento di una tutela penalistica*

L'art. 614 c.p. persegue lo scopo di tutelare l'interesse generale alla pace, tranquillità, sicurezza del luogo ove si esplica l'attività privata della persona, intesa sia con riferimento alla vita intima che a quella lavorativa, di studio, svago³⁴.

La disposizione in esame può essere qualificata come l'applicazione dell'art. 14 della Costituzione³⁵, essendo il domicilio la proiezione spaziale della persona, la quale assume valenza di libertà negativa³⁶. Tale libertà individuale è il bene giuridicamente rilevante, tutelato dall'art. 614 c.p.

La norma in esame, a carattere descrittivo e definitorio, evoca numerosi concetti civilistici, quali "domicilio", "privata dimora" e "appartenenza", che costituiscono l'oggetto materiale del reato, nonché il presupposto fattuale ai fini dell'operatività della tutela³⁷.

Da un confronto con il vecchio art. 157 del Codice Zanardelli³⁸ è agevole constatare la volontà del legislatore di estendere i contorni della fattispecie, in modo tale da assicurare la più ampia tutela domiciliare.

continuerebbero a sussistere anche quando la successione si sia aperta in favore di quello che se ne fosse allontanato, lasciando a viverci l'altro ora defunto».

³⁴ Così T. PADOVANI, *Codice Penale, Le fonti del diritto italiano*, tomo II (artt. 361-734 bis), in T. PADOVANI (a cura di), con il coordinamento di A. Caputo, G. de Francesco, G. Fidelbo, A. Vallini, 2019, p. 4323. La letteratura sul punto è vasta, cfr. G.M. FLICK, *Libertà individuale (delitti contro la persona)*, XXIV, Milano, 1974, p. 535.

³⁵ Cfr. A. COCCO, *Il danno esistenziale da immissione abitativa*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, p. 1402, laddove afferma che «Un'interpretazione attenta alle relazioni sistemiche delle norme ad assiologicamente orientata verso la primazia dei valori personalistici induce, dunque, a rinvenire nell'art. 2 cost. il fondamento argomentativo in base al quale ritenere che l'abitazione non si riduca ad oggetto del solo diritto di proprietà dell'uomo, ma si elevi a diritto costituzionalmente garantito, perché riferibile ad un luogo ove si svolge liberamente la personalità di ciascuno, sia come singolo che in quanto membro di una formazione sociale meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

³⁶ Cfr. G. COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: i principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei. Per un manifesto del Neoliberalismo penale*, Padova, 2016, 3.

³⁷ Cfr. M. SOLINAS, *Lesione della riservatezza, tra garanzia processuale e tutela sostanziale. Brevi osservazioni sulla nozione di domicilio tra precedenti processuali e sostanziali di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 5, p. 1618.

³⁸ L'art. 157 del previgente Codice Zanardelli, approvato con r.d. 30 giugno 1889, n. 6133, al Capo IV, rubricato «Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio», puniva «chiunque arbitrariamente s'introduce o si trattiene nell'abitazione altrui o nelle appartenenze di esso contro il

Difatti, ad avviso della dottrina prevalente, il concetto di domicilio ivi evocato non coinciderebbe con il concetto civilistico, di cui all'art. 43 c.c., bensì andrebbe letto nel senso di ricomprendervi l'abitazione, ogni altro luogo di privata dimora e le appartenenze relative³⁹.

I requisiti individuati in sede dottrinale e giurisprudenziale in ordine al concetto di abitazione⁴⁰, ai fini dell'operatività della suddetta tutela, sono: *i*) legittimità della relazione con la cosa⁴¹; *ii*) volontà di escludere altre persone dalla fruizione a prescindere dalla specie, forma, ampiezza e struttura della casa; *iii*) stabilità del rapporto tra bene e persona e attualità del suo uso⁴².

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene possibile affermare che l'attribuzione prevista all'art. 540, comma 2 c.c. a favore del coniuge superstite sia in grado di garantire sicuramente una tutela penalistica.

L'interesse non patrimoniale, volto al perseguimento della continuità dell'abitazione a favore del coniuge superstite, consente di instaurare un rapporto, avente natura reale, tra la *res* e la persona, suscettibile della tutela di cui all'art. 614 c.p.

Nonostante il rapporto non abbia carattere reale⁴³, alle medesime conclusioni si ritiene di poter giungere anche con riferimento al rapporto che si viene a instaurare tra il convivente superstite⁴⁴ e la casa adibita a residenza familiare.

divieto di chi abbia il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce o vi si trattiene clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da uno a trenta mesi. Se il delitto sia commesso di notte, o con violenza verso la persona o con armi, o da più persone riunite, la reclusione è da uno a cinque anni. Non si procede che a querela di parte».

³⁹ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 4324.

⁴⁰ Per la precisa descrizione del concetto di abitazione si veda Cass. 29 luglio 2003, n. 31982, reperibile nella banca dati *DeJure*.

⁴¹ Ne consegue, pertanto, che il possessore in mala fede non è beneficiario della tutela in esame.

⁴² La Corte di cassazione 20 novembre 2017, n. 52749, reperibile in banca dati *DeJure*, ha statuito che non integra il reato di violazione di domicilio il locatario che, pur avendo subito un provvedimento di sfratto emesso dal giudice civile, si introduce nell'immobile prima che il locatore venga reimpresso effettivamente nel possesso, spontaneamente o in seguito ad un procedimento di esecuzione forzata per rilascio.

⁴³ Sul punto si veda G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona unita civilmente e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 10, p. 980.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1, comma 42, della l. n. 76/2016, il convivente superstite ha il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per due anni o per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. La dottrina prevalente sembra orientata nel senso di escludere che la dichiarazione anagrafica, di cui all'art. 1, comma 37, della l. n. 76/2016, abbia natura costitutiva ai fini della spettanza dei diritti previsti nella legge stessa a favore del convivente superstite. Sul punto si veda lo Studio n. 196-2017/C, approvato dalla Com-

Difatti, ad avviso della dottrina prevalente, quest'ultimo sarebbe beneficiario di un legato *ex lege*, avente per oggetto un⁴⁵ diritto personale di godimento⁴⁶, non suscettibile pertanto di trascrizione e non "tacitabile" mediante un legato in sostituzione di legittima, non essendo il convivente superstite un legittimario⁴⁷.

A ben vedere, sebbene plurime ed evidenti siano le differenze tra gli istituti in esame, l'analogia tra gli stessi può essere ravvisata nella giustificazione causale ivi sottesa⁴⁸, intessuta di un interesse non patrimoniale.

missione Studi Civilistici il 24 gennaio 2018, di F. MECENATE, *Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge Cirinnà*, pp. 11 e 12 e i riferimenti ivi citati.

⁴⁵ E non due, come nel caso di cui all'art. 540, comma secondo, c.c.

⁴⁶ Sul punto si veda A. TORRONI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata*, in *Riv. not.*, 2020, 4, p. 661, il quale riscontra un'analogia tra la suddetta attribuzione e il diritto riconosciuto al coniuge separato o divorziato affidatario dei figli, per la precarietà e temporaneità del diritto legato.

⁴⁷ Cfr. G. PACINI, *op. cit.*, p. 875.

⁴⁸ Cfr. G.W. ROMAGNO, *Il diritto di abitare nella residenza comune attribuito al convivente di fatto in occasione del decesso del partner*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, p. 1296, ove rileva che «Da questo punto di vista, la previsione di legge assume una valenza, per così dire, residuale, nel senso che è diretta ad assicurare una forma minimale di tutela, chiamata ad operare ogni qual volta la relazione del convivente superstite con il bene-casa non riceva una regolamentazione *aliunde*».

RILIEVI DI SINTESI

di *Marco Rizzuti*

Il seminario si segnala, fin dal titolo, per l'adozione di una prospettiva feconda ed originale: i curatori non ci propongono, infatti, un'ulteriore riflessione sulle frontiere della soggettività, in termini giuridici e/o bioetici, ancorché ovviamente i contributi non possano poi esimersi dal toccare alcuni dei punti salienti di tale attualissima problematica, bensì affrontano la questione guardando, per così dire, all'altra faccia della medaglia, ovvero alle frontiere della patrimonialità, ed in fondo dunque dell'oggettività giuridica. In quest'ottica l'oggetto non è pertanto una mera negazione indistinta, in cui far andare a rifluire tutto ciò che non si riesce a soggettivizzare e che finisce così per perdere di importanza, ma diventa tutt'al contrario il punto privilegiato di osservazione dell'intera vicenda.

Del resto, se si ripensa a tanta letteratura civilistica, verrebbe quasi da pensare ad una sorta di rivincita della teoria dell'oggetto¹, che invero non ha certo goduto dell'attenzione di quella mole di contributi che si sono dedicati ad indagare l'elemento della causa, ma che rispetto a questa si scopre infine ben più importante, se non altro perché dell'una si può anche pensare di fare radicalmente a meno, tentando una semplificazione gordiana del relativo dibattito², mentre dal secondo risulterà comunque ben più difficile prescindere, se si vuole che l'operazione negoziale, o comunque giuridica, mantenga in qualche modo un punto di ancoraggio alla realtà fenomenica. Ed è proprio tale necessità ad innescare quel rapporto dialettico fra *persona* e *res*, di cui il volume esplora le più recenti riconfigurazioni.

¹ Si vedano, per tutti, G. FURGIUELE, *Vendita di cosa future e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, ed E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015.

² Si allude alla recente, ed assai commentata anche in Italia, riforma francese del diritto dei contratti, di cui alla *loi du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016*, che ha addirittura eliminato il requisito causale: si veda in proposito E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma del code civil francese*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, pp. 31-36.

Il fascino scientifico di tale relazione giuridica dipende anche dal pluralismo delle “frontiere” che essa mobilita: da una parte, i poli del rapporto non sono più riducibili ad un rigido binarismo ma possono darsi graduazioni e soluzioni intermedie di cui alcuni dei contributi raccolti danno specificamente conto; dall’altra parte, ed al tempo stesso, la relazione fra uomo e cosa non è riducibile nei termini di quell’utilità economica presupposta dalla tradizionale definizione di bene, in quanto possono risultare invece preponderanti nel forgiarla altri interessi di natura strettamente personalistica, come sottolineano ulteriori contributi del volume. E si potrebbe anche aggiungere che non di rado oggi emerge una rilevanza economica della cosa in termini soltanto negativi, con il soggetto che, come denotano le recenti vicende giurisprudenziali della rinuncia alle situazioni di dominio, avrebbe semmai interesse a liberarsi giuridicamente dal peso insostenibile delle *discommodities*³.

Non meno apprezzabile è, peraltro, il profilo metodologico dell’opera, che rappresenta la terza edizione di una serie di incontri dedicati al dialogo fra diritto civile e diritto penale⁴, incarnandone compiutamente lo spirito, nella misura in cui non si limita certo a giustapporre le due prospettive disciplinari ma le pone per l’appunto in un rapporto di scambio e di reciproco approfondimento, che emerge massimamente nei contributi degli stessi curatori ma che innerva, come meglio si dirà anche in queste righe, l’intero volume.

Venendo dunque a qualche considerazione più specifica, il lettore incontra anzitutto l’ampio contributo di Federica Helferich dedicato alla tutela penale contro le aggressioni fraudolente al patrimonio, da cui emerge un panorama di accresciuta complessità. L’affermarsi di una concezione personalistica del patrimonio nella dottrina penalistica, e nella più recente giurisprudenza di legittimità com’è illustrato anche dall’intervento di Federico Valente Bagattini, sembra infatti andare di pari passo con una pluralizzazione delle ipotesi di truffa che assumono differenti morfologie a seconda dell’interesse pubblico o privato che le caratterizza nonché delle condizioni di vulnerabilità delle vittime. A questo punto, da una prospettiva civilistica come è inevitabilmente quella di chi scrive, appare necessario domandarsi se non sia giunto il momento di rivedere taluni tradizionali approcci al rapporto fra contratto e reato, come l’assunto che

³ Non è certo questa la sede per dare atto dell’ormai vasta letteratura fiorita negli ultimi dieci anni sul tema della rinuncia alla proprietà, ma richiameremo l’assai indicativo titolo di uno dei volumi più recenti: L. FOLLIERI, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli, 2022.

⁴ I volumi precedenti sono stati D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino, 2020, e poi D. BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell’organizzazione e responsabilità individuali*, Torino, 2021.

vedeva la truffa in termini di reato offensivo di interessi individuali e strettamente economicistici, dunque pacificamente compatibile con la mera annullabilità per dolo del contratto che ne sia il risultato, mentre per la circonvenzione di incapaci la ritenuta prevalenza dei profili di tutela dei valori della persona induce a far propendere per una qualificazione in termini di nullità, anziché di annullabilità per incapacità, del contratto che ne sia frutto⁵. Se, però, il quadro delle truffe è quello ben più complesso e personalistico che emerge dal contributo in discorso, allora, almeno per alcune delle ipotesi che possono venire in rilievo, anche tale schema andrebbe rimesso radicalmente in discussione.

Il profilo che diviene centrale nei successivi contributi è poi quello delle nuove tecnologie, riguardate come fattore che impone di riconfigurare il rapporto fra *persona* e *res* in alcuni ambiti di fondamentale importanza. Da un lato, vi è il versante biogiuridico, in quanto i progressi della genetica e della medicina riproduttiva consentono di attribuire alle parti staccate del corpo umano un valore informativo e procreativo inimmaginabile in altri tempi, di talché il contributo di Leonardo Dani può proporre una ricostruzione in base alla quale non sarebbe più possibile accettarne la tradizionale qualificazione in termini patrimoniali. L'autore, civilista che si pone appieno nella prospettiva dialogica che informa l'opera da lui stesso ideata e curata, trae spunto proprio da una nota e assai discussa decisione penalistica sulla cosiddetta "rapina di ovociti"⁶, per contestare la riconducibilità dell'ipotesi ad una forma di aggressione al patrimonio e proporre, invece, una differente ricostruzione dello statuto dei gameti umani che, pur senza arrivare a proporre una soggettivizzazione analoga a quella di cui si discute da tempo a proposito degli embrioni, li qualifica piuttosto come termine di riferimento non già di situazioni dominicali, bensì di diritti della personalità attinenti al controllo delle potenzialità informative e riproduttive insite negli stessi⁷. La problematica chiama necessariamente in causa l'interpretazione di una norma di cui si può persino discutere l'effettiva vigenza nell'attuale realtà ordinamentale, quale è il famigerato art. 5 c.c., già oggetto in passato di riletture costituzionalmente orientate intese ad ampliare l'area di disponibilità, mentre qui, a ben vedere, se ne propone

⁵ Per questo orientamento, consolidato in giurisprudenza ancorché tutt'altro che immune da critiche dottrinarie, si veda, *ex multis*, Cass., 20 aprile 2016, n. 7785, in *Vita notar.*, 2016, p. 772.

⁶ Si allude al celebre "caso Antinori", deciso da Cass., 30 dicembre 2020, n. 37818, in *Giur. it.*, 2021, con nota di A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*.

⁷ Per l'ulteriore svolgimento della tesi si veda quindi L. DANI, *Lo statuto e la destinazione dei gameti tra interessi personali e patrimoniali*, in *Familia*, 2024, 1, pp. 85-107.

una che, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe tutt'al contrario finire per cancellare ogni margine di reificazione per qualsiasi parte del corpo umano, dal momento che la più insignificante cellula somatica non solo è portatrice delle informazioni genetiche che definiscono la persona ma potrebbe altresì, nella non così avveniristica ipotesi della gametogenesi artificiale⁸, vedersi riconosciuta pure una valenza procreativa.

Dall'altro lato, emergono le sfide che alle tradizionali configurazioni del rapporto fra *persona* e *res* vengono proposte dagli sviluppi delle tecnologie digitali, e a questo punto il dialogo si fa interessante proprio in quanto fertile incontro di prospettive necessariamente diverse e divergenti. Così, nella prospettiva penalistica del contributo di Clementina Colucci i fondamentali principi di tassatività e frammentarietà del diritto penale occidentale moderno impediscono *in radice* di estendere la tutela dei reati di furto contro quelle aggressioni al patrimonio che abbiano per oggetto beni smaterializzati, e quindi come tali irriducibili alla datata nozione legale di "cosa mobile" che non può prescindere dal tratto caratterizzante della fisicità. Tutt'al contrario, nella ricostruzione civilistica autorevolmente offerta da Vincenzo Putortì vediamo come in un ramo del diritto come quello privato, che è invece notoriamente il regno dell'atipicità, i dati digitali, al tempo stesso punto di riferimento per interessi sia personali che patrimoniali del soggetto, si lascino calare nelle coordinate del diritto successorio e di quello contrattuale, nonché nelle problematiche aree di interferenza tra i due. Uno specifico e recente intervento legislativo indubbiamente agevola l'elaborazione della figura di un mandato *post mortem* avente ad oggetto proprio il trattamento di tali dati⁹, ma non è certo indispensabile per farli rientrare nella nozione civilistica di oggetto, del contratto o eventualmente della vicenda successoria, che non conosce un ancoraggio analogo a quella che vincola i penalisti alla già menzionata nozione tradizionale della cosa mobile, anzi verrebbe da dire che un problema del genere nemmeno ha modo di porsi. Così, riterremmo che le aggressioni arrecate alle cose digitali, sebbene *de jure condito* non rilevanti ai fini delle fattispecie penali furtive per le anzidette ragioni, ben potranno rilevare ai fini dell'attivazione di una

⁸Sugli scenari che tale ipotesi prospetta si veda, per tutti, H.T. GREELY, *La fine del sesso. E il futuro della riproduzione umana*, Cambridge MA, 2016, trad. it. a cura di S. FERRARESI, Torino, 2017.

⁹Il riferimento è all'art. 2 *terdecies* del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)".

responsabilità aquiliana ovvero degli ulteriori rimedi civilistici attivabili in caso di violazione di situazioni giuridiche soggettive attinenti, a seconda dei casi, alla sfera dei diritti della personalità e/o a quella delle posizioni di stampo dominicale.

Una differente vicenda trasformativa delle relazioni fra *persona* e *res* origina frattanto da quell'evoluzione della sensibilità sociale e giuridica, oggi anche a livello costituzionale, nei confronti degli animali, da cui trae spunto il contributo di Chiara Sartoris. Da una parte, infatti, non risulta più sostenibile nell'odierno quadro ordinamentale la soluzione, tradizionalmente pacifica nel contesto giuridico moderno, della mera reificazione ma, dall'altra parte, non è nemmeno agevole costruire coerentemente uno statuto, postmoderno ma forse per certi aspetti premoderno¹⁰, dell'animale, o eventualmente di altre realtà naturali, in termini di vera e propria soggettività giuridica. L'autrice prospetta quindi una ricostruzione intermedia che ci sembra trovare nel contesto del volume la sua più adeguata ambientazione, non solo in quanto contribuisce a mobilitare e moltiplicare le frontiere della patrimonialità, superandone una contrapposizione binaria con la soggettività, ma anche e soprattutto in quanto viene concettualizzata non già come una relativizzazione della soggettività bensì come un'attenuazione dell'oggettività, di talché è quest'ultima che finisce per rappresentare la categoria di riferimento. Nella prospettiva del contributo, in cui si sfiorano pure gli analoghi recenti dibattiti che hanno riguardano la, per certi aspetti comparabile, posizione delle intelligenze artificiali¹¹, non occorre dunque varcare necessariamente le frontiere esterne della patrimonialità, giacché all'interno delle stesse si possano ancora individuare oggetti che, rimanendo comunque tali, risultino però, in ragione delle loro caratteristiche, disciplinati da un regime, pur sempre proprietario, ma radicalmente conformato dalla particolare rilevanza che vi assumono determinati interessi extrapatrimoniali: insomma, se volessimo riecheggiare alcune locuzioni più autorevoli, potremmo parlare di un caso estremo di transizione "dalla proprietà alle proprietà"¹²

¹⁰ Il pensiero giuridico premoderno, ed in particolare quello precedente all'affermazione della bipartizione cartesiana fra *res cogitans* e *res extensa*, poteva soggettivizzare gli animali sino al punto da farne i legittimati passivi di azioni in giudizio: per un'antica trattazione di questi, ed altri, processi a vari soggetti non umani si veda P. AYRAULT, *Des Procez faits au cadaver, aux cendres, a la memoire, aux bestes brutes, choses inanimees, et aux contumax: Livre III de l'Ordre, Formalité et Instruction Iucidaire*, Paris, 1591.

¹¹ In proposito ci sia consentito un rinvio, anche per qualche ulteriore riferimento, a M. RIZZUTI, *The Peculium of the Robot: Artificial Intelligence and Slave Law*, in A. KORNILAKIS, G. NOUSKALIS, V. PERGANTIS, T. TZIMAS, *Artificial Intelligence and Normative Challenges. International and Comparative Legal Perspectives*, Cham, 2023, pp. 15-25.

¹² Si allude naturalmente alla celeberrima formula che dobbiamo a S. PUGLIATTI, *La proprie-*

oppure di un caso contemporaneo di “reificazione imperfetta”¹³.

Una soluzione in questi termini ci sembrerebbe, peraltro, suscettibile di venire utilmente sviluppata anche proprio con riferimento alle entità discusse nei precedenti contributi, quali i campioni biologici umani ovvero i dati digitali, e trova ad ogni modo un ulteriore punto di emersione in quello successivo di Gregorio Pacini che, *last but not least*, chiude il volume concentrandosi sui diritti che in ambito successorio competono al coniuge ed al convivente superstiti sulla casa familiare¹⁴. Quest’ultima è, invero, un’entità di cui sarebbe assai arduo negare nell’odierna realtà ordinamentale un carattere pacificamente patrimoniale, ma ciò non toglie che il relativo regime dominicale venga radicalmente conformato dal riconoscimento in materia familiare e successoria di siffatti diritti di abitazione chiaramente funzionalizzati al perseguimento di interessi personalistici, anche in questo caso non privi di una dimensione costituzionale. E questa prospettiva consente dunque all’autore di affrontare, in chiave assiologicamente orientata, alcuni degli snodi interpretativi che riguardano tali istituti, ivi comprese, in piena coerenza con lo spirito dialogico che informa il volume, le ricadute in punto di tutela penalistica.

Ad ogni modo, se anche il più classico e paradigmatico oggetto del dominio proprietario, quale è per l’appunto il bene immobile, si presta ampiamente ad una siffatta riconfigurazione in termini personalistici, allora non sarà incongruo concludere queste brevi riflessioni, che non vogliono certo esaurire la ricchezza degli spunti offerti dal seminario, sottolineando la relatività storica delle frontiere giuridiche del patrimonio. Senza ovviamente diffonderci in un’analisi delle alterne vicissitudini della patrimonializzabilità¹⁵ o della depatrimonializzazione¹⁶, per evidenziare che a tali frontiere non può attribuirsi

tà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera), in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964, p. 146 ss.

¹³ Riprendiamo la formula che E. STOLFI, *Studi sui “Libri ad edictum” di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 395 ss., nonché E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2009, p. 11 ss., propone con riferimento alla condizione dello schiavo in diritto romano.

¹⁴ Il riferimento è rispettivamente all’art. 540 c.c. ed all’art. 1, commi 42 e 43, della l. 20 maggio 2016, n. 76, recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”.

¹⁵ In proposito cfr. G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all’attività di culto e di assistenza spirituale svolta dal religioso per contratto in casa di cura*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 184 ss.

¹⁶ Per tutti si veda P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

carattere ontologico basterà, infatti, richiamare alla mente una delle più remote, ed al tempo stesso più universalmente influenti, formulazioni del paradigma di una tutela giuridica della patrimonialità, per constatare *ictu oculi* come, nonostante la sua valenza fondamentale, l'elencazione delle entità patrimonializzate che vi leggiamo finisca per risultarci in buona parte aliena, proprio per la sua intrinseca storicità: “*Non desiderare la casa del tuo vicino, non desiderare la moglie del tuo vicino, né il suo schiavo, né la sua schiava, né il suo bue, né il suo asino, né alcuna altra cosa del tuo vicino*”¹⁷.

¹⁷ Esodo, 20:17, il decimo Comandamento:

לֹא-תִקַּח בַּיִת רֵעֶךָ; לֹא-תִקַּח אִשְׁתֵּי רֵעֶךָ, וְעַבְדוֹ וְאִמָּתוֹ וְשׁוֹרוֹ וְתַמְרוֹ, וְכֹל, אֲשֶׁר לְרֵעֶךָ.

Finito di stampare nel mese di settembre 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Volumi pubblicati:

1. D. BIANCHI-M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, 2020.
2. S. COCCHI-A. SIMONI (eds), *Freedom v. Risk. Social Control and the Idea of Law in the Covid-19 Emergency*, 2022.
3. D. BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, 2021.
4. E. CREMONA-F. LAVIOLA-V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, 2022.
5. M. GIANNELLI-V. PAGNANELLI (a cura di), *Smart cities. Diritti, libertà e governance*, 2023.
6. C. COLUCCI-L. DANI (a cura di), *Frontiere della patrimonialità. Itinerari di ricerca sul rapporto tra persona e res*, 2024.

