

# Rassegna

**di Diritto della Moda  
e delle Arti**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

Rivista semestrale

Fasc. 2/2025

*dirittomodaearti.it*

ISSN 2785-6259

## Rassegna di diritto della moda e delle arti

*Rivista semestrale*

### Direttore scientifico

Prof. Enrico Damiani

### Comitato di direzione

Enrico Al Mureden (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Andrea Barengi (Università degli Studi del Molise), Laura di Bona (Università degli Studi Carlo Bo), Enrico del Prato (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Romolo Donzelli (Università degli Studi di Macerata), Laura Marchegiani (Università degli Studi di Macerata), Sandro Nardi (Università degli Studi di Foggia), Barbara Pozzo (Università degli Studi dell'Insubria), Stefano Villamena (Università degli Studi di Macerata).

### Comitato scientifico

Benedetta Agostinelli (Università Roma Tre), Luca Barchiesi (Università degli Studi di Macerata), Nathan Allix (Université Paris II Panthéon-Assas), Alessio Bartolacelli (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia), Giovanni Berti De Marinis (Università degli Studi dell'Aquila), Charles-Edouard Bucher (Université de Nantes), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Ilaria Caggiano (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Francesca Cangelli (Università degli Studi di Foggia), Marta Cenini (Università dell'Insubria), Tommaso Dalla Massara (Università degli Studi di Roma Tre), Manuel Espejo Lerdo De Tejada (Universidad de Sevilla), Chiara Feliziani (Università degli Studi di Macerata), Francesco Gambino (Università degli Studi di Macerata); Geo Magri (Università dell'Insubria), Fabrizio Marinelli (Università degli Studi dell'Aquila), Manuel Garcia Mayo (Universidad de Sevilla), Lucilla Gatt (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa), Michaela Giorgianni (Università degli Studi di Roma La Sapienza), Juan Pablo Murga Fernández (Universidad de Sevilla), Guido Noto La Diega (University of Stirling), Andreas Rahmatian (University of Glasgow), Carmela Robustella (Università degli Studi di Foggia), Claudio Scognamiglio (Università degli Studi di Roma Tor Vergata), Antoine Touzain (Université Rouen-Normandie), Laura Vagni (Università degli Studi di Macerata), Camilo Zufelato (Universidade de São Paulo).

### Comitato di redazione

Caporedattrici: Chiara Iorio (Università degli Studi dell'Insubria), Giorgia Vulpiani (Università degli Studi di Macerata).

Alessandro Berrettini (Università degli Studi di Macerata), Chantal Bompreszi (Università di Bologna), Luca Antonio Caloiaro (Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza), Sara Cavagnero (Northumbria University), Maxime Cormier (Université Paris II Panthéon-Assas), Josephine Cuzzo (Università degli Studi di Roma La Sapienza); Martina D'Onofrio (Università degli Studi di Verona), Jeanne De Dinechin (Université Paris II Panthéon Assas) Francesca Ferretti (Scuola Superiore Meridionale di Napoli), Daniele Foresta (Università di Catania); Clémentine Hebrard (Université Paris II Panthéon-Assas), Eva Helesbeux (Université Paris II Panthéon Assas), Carlotta Ippoliti Martini (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), Daria Onitiu (University of Edimburgh); Cristina Evangelina Papadimitriu (Università degli Studi di Messina); Michele Spinozzi (Università Politecnica delle Marche); Maria Zinno (Università degli Studi di Roma La Sapienza).

### Comitato di referaggio

Alessandra Dignani (Università di Macerata), Matilde D'Ottavio (Università Politecnica delle Marche), Francesca Guaricci (Università di Macerata), Miriam Larocca (Università di Camerino), Emanuele Montagna (Università di Camerino), Tanya Tiberi (Università di Macerata).

Registrazione presso il Tribunale di Macerata al n. 652/2022. Direttore responsabile: Lisa De Leonardis.

Editore: Associazione per la promozione dello studio e della ricerca in materie giuridiche, con sede in Macerata (MC), via Carducci n. 67

## INDICE

### SAGGI

#### DIRITTO CIVILE

GEO MAGRI, <i>Libertà del consenso e persecuzioni razziali: la forza del non vincolante in una recente sentenza della Cassazione francese</i> .....	108
FRANCESCO BOTTONI, <i>La responsabilità dell'autenticatore di opere d'arte</i> .....	125
GIULIA ZANETTI, <i>Enti del Terzo Settore, fondazioni artistiche, fondazioni di partecipazione: il caso HangarBicocca</i> .....	134
SOFIA ERMINI, <i>La forza del “consenso” e cosa ci insegna il caso Pelicot: dall’opera di Manon Garcia alla proposta di legge Boldrini ed altri</i> .....	146

### NOTE

GIORGIA VULPIANI, <i>Natura della nullità per vendita di beni di interesse storico e artistico senza autorizzazione</i> .....	162
---	-----

### VARIA FRAGMENTA

CARLOTTA MARIA IANCARELLI, <i>Diritto Filosofico di Tommaso Gazzolo</i> .....	177
---	-----

**SAGGI**

DIRITTO CIVILE

## Libertà del consenso e persecuzioni razziali: la forza del non vincolante in una recente sentenza della Cassazione francese.

GEO MAGRI

Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi dell'Insubria

L'articolo analizza la sentenza della *Cour de cassation* francese che si pronuncia sul caso Dorville e che segna un rilevante mutamento nell'interpretazione delle spoliazioni di beni culturali avvenute sotto il regime di Vichy. La Corte qualifica come atti di spoliazione non solo la confisca del ricavato dell'asta, ma anche la vendita stessa delle opere appartenute al collezionista ebreo Armand Dorville, valorizzando la nozione di coercizione istituzionale e negando la possibilità di ravvisare un consenso liberamente prestato in presenza di misure di "arianizzazione". Centrale è il richiamo all'*Ordonnance* del 21 aprile 1945, letta alla luce dei principi internazionali di *soft law* (*Washington Principles*, Dichiarazioni di Vilnius e Terezín), assunti come criteri ermeneutici idonei a qualificare come involontari trasferimenti solo apparentemente regolari. La pronuncia introduce una presunzione di nullità di diritto degli atti successivi alla nomina di un amministratore provvisorio, con inversione dell'onere probatorio. L'articolo esamina le ricadute sistematiche della decisione sul mercato dell'arte, sulla *provenance research* e sulle politiche restitutorie, proponendo infine alcune riflessioni in chiave comparata sull'ordinamento italiano e sulle possibili modalità di tutela delle vittime delle spoliazioni nazifasciste.

The article analyzes a judgment of the French *Cour de cassation* concerning the Dorville case, which marks a significant shift in the interpretation of cultural property spoliations that occurred under the Vichy regime. The Court characterizes as acts of spoliation not only the confiscation of the proceeds of the auction, but also the sale itself of the works that had belonged to the Jewish collector Armand Dorville, giving particular weight to the notion of institutional coercion and denying the possibility of identifying freely given consent in the presence of measures of "Aryanization." Central to the reasoning is the reference to the *Ordonnance* of 21 April 1945, interpreted in the light of international soft-law principles (the *Washington Principles*, and the Vilnius and Terezín Declarations), which are used as hermeneutic criteria capable of qualifying as involuntary transfers those transactions that were only apparently lawful. The decision introduces a presumption of nullity *ipso iure* for acts carried out after the appointment of a provisional administrator, with a consequent reversal of the burden of proof. The article examines the systemic implications of the ruling for the art market, *provenance research*, and restitution policies, and finally offers some comparative reflections on the Italian legal system and on possible mechanisms for the protection of victims of Nazi spoliations.

SOMMARIO: 1. Il caso Dorville; - 2. L'*Ordonnance du 21 avril 1945* e gli effetti delle misure razziali sul consenso; 3. I testi di *soft law* rilevanti nella decisione del caso; - 4. L'influenza dei principi di *soft law* sull'*affaire Dorville* e qualche considerazione sul caso *Pisarro*; - 5. Gli effetti dell'*Arrêt Dorville* sul mercato dell'arte; - 6. Alcune considerazioni con riguardo all'ordinamento italiano; - 8. Conclusioni.

1. L'asta della collezione di Armand Dorville si aprì a Nizza il 24 giugno 1942 nel salone dell'Hotel Savoy, dove l'esecutore testamentario Jacques Pfeiffer aveva autorizzato il banditore Jean-Joseph Terris ad avviare la dispersione del cosiddetto "Cabinet d'un Amateur Parisien", una raccolta di 445 opere comprendente dipinti, disegni e sculture di maestri dell'arte francese fra Ottocento e primo Novecento. Dorville, nato a Parigi nel 1875, apparteneva a una famiglia ebraica benestante ed era noto come avvocato e collezionista d'arte. Le leggi razziali emanate dal regime di Vichy dopo il 1940 lo costrinsero a ritirarsi a Cubjac, dove morì nel 1941, lasciando un testamento che designava i suoi eredi e conferiva a Pfeiffer il

compito di procedere alla vendita della collezione.

Il giorno successivo all'avvio dell'asta, il 25 giugno 1942, il *Commissariat Général aux Questions Juives* intervenne nella procedura, avendo accertato l'origine ebraica del defunto. In applicazione della legge del 22 luglio 1941, diretta all'“arianizzazione” dei beni appartenenti agli ebrei, l'amministrazione destituì Pfeiffer dalle sue funzioni e nominò Amédée Croze amministratore provvisorio, conferendogli poteri retroattivi a partire dal 24 giugno. Con tale decisione, immediatamente comunicata al banditore, l'intera procedura di vendita passò sotto il controllo dell'autorità amministrativa incaricata della spoliazione dei beni ebraici.

Il ricavato complessivo, pari a circa nove milioni di franchi, fu integralmente sequestrato. Gli eredi non ottennero alcuna somma nell'immediato e ricevettero, soltanto nel 1947, un parziale indennizzo in titoli del Tesoro, ormai fortemente svalutati. Durante l'asta dodici opere furono acquistate direttamente dalla *Direction des Musées Nationaux*; altre nove, vendute inizialmente a privati, entrarono negli anni successivi in collezioni pubbliche francesi, tra cui il *Louvre*, il *Musée d'Orsay* e i musei di Dijon, Grenoble e Nizza.

Decenni dopo, nel 2019, i discendenti di Dorville si rivolsero alla *Commission pour l'Indemnisation des Victimes de Spoliations Antisémmites*, sostenendo che la vendita fosse stata effettuata in assenza di un reale consenso del soggetto legittimato a disporre dei beni e che tutta l'alienazione dovesse quindi considerarsi nulla. Nel parere del 17 maggio 2021 la Commissione riconobbe il carattere espropriativo della sola confisca del ricavato, ritenendo invece che la vendita si fosse tenuta senza coercizione diretta; si limitò pertanto a raccomandare la restituzione delle dodici opere acquistate dallo Stato, senza estendere l'obbligo restitutorio alle ulteriori nove confluite in musei pubblici.

Il contenzioso proseguì dinanzi al Tribunale Giudiziario di Parigi e alla *Cour d'Appel de Paris*, fino alla pronuncia della *Cour de Cassation* del 26 novembre 2025<sup>1</sup>. La Corte ha annullato la sentenza d'appello, affermando che tanto la vendita quanto la confisca del ricavato costituiscono atti di spoliazione, in quanto realizzati nel quadro normativo e amministrativo antisemita del regime di Vichy. Il controllo esercitato dall'amministratore provvisorio, nominato allo scopo di procedere all'“arianizzazione”, impedì qualsiasi manifestazione di consenso libero da parte degli eredi. La Corte ha precisato che l'adozione di un amministratore con funzioni esorbitanti rispetto a quelle di diritto comune comporta una presunzione di invalidità degli atti successivi alla sua nomina, salvo prova che la nomina sia rimasta priva di effetti concreti. Ha inoltre dichiaratamente richiamato i Principi di Washington, la Dichiarazione di Vilnius e la Dichiarazione di Terezín, riconoscendo che anche vendite apparentemente regolari possono qualificarsi come trasferimenti involontari quando avvengano sotto legislazioni discriminatorie.

---

<sup>1</sup> Cfr. *Cour de Cassation*, 26 novembre 2025, Pourvoi n° 24-11.376, Première Chambre Civile, ECLI:FR:CCASS:2025:C100772, disponibile su <https://www.courdecassation.fr/decision/6927fa00011fb71514eb4742> (accesso: 20/01/2026).

Sulla vicenda dovrà ora tornare a pronunciarsi la *Cour d'Appel de Paris* attenendosi al seguente principio di diritto: la conformità formale dell'atto posto in essere rispetto alle norme del regime di Vichy non è sufficiente a legittimare vendite concluse all'interno di un apparato normativo destinato a sottrarre beni agli ebrei. L'*arrêt* riveste rilievo<sup>2</sup> perché riconosce in modo esplicito il carattere spoliativo dell'asta Dorville e perché apre la possibilità ad altri discendenti di vittime di analoghe misure di ottenere la restituzione dei beni alienati durante il regime.

2. Per cogliere appieno la portata sistematica della decisione Dorville, occorre anzitutto considerare l'assetto normativo che la Francia adottò nell'immediato secondo dopoguerra. Attraverso una serie di interventi, il più rilevante dei quali fu l'*Ordonnance* n. 45-770 del 21 aprile 1945<sup>3</sup>, emanata in applicazione della precedente ordinanza del 12 novembre 1943 sulla nullità degli atti di spoliazione compiuti dall'occupante nazista, l'ordinamento francese predispose un meccanismo di reazione alle spoliazioni attuate durante l'occupazione tedesca e sotto il regime di Vichy<sup>4</sup>. L'ordinanza del 1945, inserita nel quadro dei principi enunciati sin dalla Dichiarazione di Londra del 5 gennaio 1943, costruisce un sistema di reintegrazione dei diritti che si fonda sulla nullità degli atti dispositivi realizzati in applicazione di misure discriminatorie o coercitive imposte dalle autorità dell'epoca.

L'obiettivo era quello di consentire alle vittime, con una procedura rapida e dai costi contenuti, di recuperare la titolarità dei beni sottratti attraverso meccanismi che non richiedessero un contenzioso complesso e che prescindessero dalla prova di condotte violente in senso stretto.

In questa prospettiva, l'articolo 1 dell'ordinanza del 1945 qualifica come nulli di diritto tutti gli atti di disposizione compiuti "in conseguenza" di misure quali il sequestro, l'amministrazione provvisoria, la gestione obbligatoria, la liquidazione o la confisca, definite complessivamente come misure "esorbitanti del diritto comune". L'atto è nullo anche quando il proprietario abbia prestato un mero concorso materiale alla sua esecuzione, giacché tale partecipazione non è considerata manifestazione autentica di volontà, ma

---

<sup>2</sup> Alcuni commentatori parlano addirittura di una decisione storica. Cfr. P. NOUAL, su *Le Journal des Arts* del 26 dicembre 2025 ed E. ESPIN su *Le Quotidien de l'Art* del 1° dicembre 2025 reperibili rispettivamente ai seguenti indirizzi <https://www.lejournaldesarts.fr/actualites/collection-dorville-un-arret-historique-de-la-cour-de-cassation-180496>; <https://www.lequotidiendelart.com/articles/28323-arr%C3%AAt-dorville-avanc%C3%A9e-majeure-dans-la-reconnaissance-des-spoliations-sous-vichy.html>. Si veda anche il *colloque* organizzato il 4 dicembre presso la *Cour de Cassation*, e intitolato *Justice et biens spoliés: 80 ans après l'ordonnance du 21 avril 1945*, visibile online all'indirizzo <https://www.youtube.com/watch?v=0ebAJ1Kp3wQ>, che ha dato ampio spazio alla decisione (si veda in particolare la relazione della dott.ssa Kerner-Menay).

<sup>3</sup> Sull'ordinanza si vedano R. LAFARGE, J. PASCAL, *La Nullité des actes de spoliation: étude de l'ordonnance du 21 avril 1945*, Les Publications techniques, Paris, 1945; S. L. FOGG, *Stealing Home Looting, Restitution, and Reconstructing Jewish Lives in France, 1942-1947*, Oxford, 2017, p. 93 e M. CORNU, C. WALLAERT, J. FROMAGEAU *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, CNRS, 2011, p. 926.

<sup>4</sup> Il primo di tali provvedimenti fu l'ordinanza del 14 novembre 1944, modificata e integrata dall'ordinanza del 2 febbraio 1945 e da un decreto della stessa data, che stabilirono le norme da seguire per quanto riguarda il periodo di gestione dei beni spogliati, indipendentemente dal fatto che questi siano stati oggetto di atti di disposizione.

effetto dell'apparato coercitivo predisposto dal regime. La *Cour de Cassation*, nel richiamare tale assetto, ricorda la continuità dell'ordinanza del 1945 con quella del 12 novembre 1943, che aveva già esteso il rimedio restitutorio sino alle transazioni solo apparentemente volontarie e pienamente conformi alle norme giuridiche vigenti, riconoscendo che la coercizione può assumere caratteri normativi e istituzionali indipendenti dall'uso di minacce o di violenza esplicite.

L'ordinanza distingue due scenari: da un lato, l'articolo 1 si applica agli atti posti in essere dopo una misura esorbitante e li colpisce con nullità automatica; dall'altro, l'articolo 11 concerne gli atti che non sono stati preceduti da tali misure, ma che risultano comunque viziati da violenza, nel qual caso la nullità non opera automaticamente e richiede una verifica dell'effettiva compromissione della volontà. La decisione Dorville ribadisce tale distinzione, chiarendo tuttavia che ogni atto riguardante beni colpiti da una misura di amministrazione provvisoria fondata sull'ordinanza del 22 luglio 1941, destinata all'"arianizzazione" dei patrimoni ebraici, ricade nell'ambito dell'articolo 1: ciò perché la misura esorbitante costituisce, di per sé, l'antecedente determinante del successivo trasferimento, indipendentemente dall'esistenza di minacce personali o di altre forme di intimidazione.

La nozione di "misura esorbitante del diritto comune" ha conosciuto un'elaborazione giurisprudenziale articolata. In fase immediatamente postbellica la *Cour de Cassation* riconobbe che la nomina di un amministratore provvisorio in applicazione della legge del 22 luglio 1941 integrava una misura esorbitante, poiché spossessava i proprietari e attribuiva all'amministratore poteri amplissimi di gestione e di disposizione esercitati in loro sostituzione<sup>5</sup>. Tuttavia, quella stessa giurisprudenza richiedeva un nesso causale concreto tra la nomina e l'atto dispositivo, cosicché, se l'amministratore aveva compiuto l'atto con il solo concorso materiale del proprietario, si applicava l'articolo 1; diversamente, quando l'iniziativa appariva proveniente dal proprietario, la Corte esaminava elementi come la negoziazione delle condizioni contrattuali, la percezione del prezzo o la presenza di minacce, orientandosi verso l'articolo 11 e la teoria del consenso viziato<sup>6</sup>. La Cassazione, dunque, pur riconoscendo l'astratta natura esorbitante della misura, non riteneva di per sé sufficiente la nomina dell'amministratore per far scattare la nullità automatica<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Si vedano, tra le altre, Cass. Civ., 2 novembre 1948, in *Bull. civ.* 1948, I, n° 282; Cass. Civ., 8 dicembre 1948, in *Bull. civ.* 1948, I, n° 334; Cass. Civ., 10 aprile 1951, in *Bull. civ.* 1951, I, n° 104. In queste decisioni la Cassazione riconosce che la nomina dell'amministratore provvisorio ex l. 22 luglio 1941 comporta un *dessaisissement* del titolare e trasferisce all'amministratore i più ampi poteri di amministrazione e disposizione; essa integra, in astratto, una "mesure exorbitante du droit commun" ai sensi dell'art. 1 Ord. 1945. Queste pronunce fondano il perimetro oggettivo dell'art. 1: quando l'atto dispositivo segua una misura del genere, la cornice non è più di diritto comune e la tutela si sposta dalla patologia del consenso alla nullità di diritto.

<sup>6</sup> Cass. Civ., 4 giugno 1947; Cass. Civ., 15 novembre 1949; Cass. Civ., 7 agosto 1951; Cass. Civ., 21 luglio 1952.

In Cass. Civ., 19 ottobre 1954, in *Bull. civ.* 1954, I, n° 354 la Corte valorizza l'obiettivo perseguito dall'amministratore provvisorio (arianizzazione), segnando l'apertura a un criterio funzionale: la misura esorbitante non è un guscio formale, ma uno strumento teleologico di spossessamento. Questo filone anticipa l'approccio odierno, in cui il contesto persecutorio rileva per qualificare l'atto come non volontario.

<sup>7</sup> In un primo e più risalente orientamento (1947–1949), il riparto tra art. 1 e art. 11 necessitava di una prova rigorosa di nesso causale.

L'*arrêt* Dorville modifica in modo significativo tale impostazione. La Corte attribuisce rilievo determinante alla finalità di “arianizzazione” dell’amministrazione provvisoria e agli effetti concreti che essa esercita sulle condizioni del trasferimento. Valuta come elementi decisivi la privazione della disponibilità dei beni, l’alterazione delle modalità di alienazione, la sottrazione della possibilità stessa di rinunciare alla vendita e l’impossibilità di configurare come libero il consenso prestato dal proprietario o dai suoi eredi, anche quando questi abbiano cooperato materialmente alla procedura. L’effetto è l’introduzione di una regola generale secondo la quale ogni atto compiuto dopo la nomina di un amministratore provvisorio deve ritenersi effettuato in conseguenza di una misura esorbitante e ricadere quindi nell’ambito dell’articolo 1, salvo prova contraria. Tale prova, significativamente, non grava sulla vittima, bensì su chi invochi la validità dell’atto.

La Corte riordina così il rapporto tra articolo 1 e articolo 11: in presenza di un’amministrazione provvisoria “arianizzatrice”, la logica della nullità prevale sulla disciplina dei vizi del consenso, poiché la coercizione strutturale tipica del regime di Vichy rende irrealistica l’ipotesi di una volontà negoziale autenticamente libera. La pronuncia acquista ulteriore rilievo sistematico alla luce dei riferimenti ai principi sovranazionali di *soft law* (in particolare i principi di Washington e le dichiarazioni di Vilnius e Terezín)<sup>8</sup>, che rafforzano l’idea che anche transazioni apparentemente conformi ai requisiti formali possano costituire trasferimenti involontari quando si collocano in un contesto di persecuzione razziale istituzionalizzata. In questo senso, l’ordinanza del 1945 emerge non come residuo storico, ma come strumento di giustizia transizionale capace di neutralizzare l’apparato giuridico vichysta quando ne derivi un atto dispositivo inquinato da coercizione.

La “misura esorbitante”, lungi dall’essere una clausola generica, diventa la chiave concettuale mediante la quale il giudice riconnette l’atto dispositivo all’organizzazione persecutoria che lo ha generato, facendo operare una nullità automatica idonea a garantire la restituzione. L'*arrêt* Dorville non abbandona i

---

Secondo Cass. Civ., 4 giugno 1947, in *D.* 1947, p. 313; Cass. 22 dicembre 1948, in *Bull. civ.* 1948, n° 355; Cass. 27 dicembre 1949, in *Bull. civ.* 1949, n° 369 l’art. 1 andava applicato tutte le volte in cui l’atto trovasse origine in una misura esorbitante già posta in essere; viceversa, se l’atto riguardava beni non colpiti (al momento) da misure esorbitanti, trovava applicazione l’art. 11 (consenso viziato da violenza). In altre parole occorre stabilire se l’atto fosse stato compiuto “in conseguenza” della misura. Si trattava di un orientamento che, pur riconoscendo il carattere esorbitante dell’amministrazione provvisoria, non reputava sufficiente la sola sua esistenza formale per attrarre automaticamente l’atto nell’art. 1.

Un orientamento successivo (diffuso tra gli anni 1947–1952) adottato da Cass. Civ., 4 giugno 1947, in *JCP* 1947, I, n° 3715; Cass. Civ., 8 dicembre 1948, in *Bull. civ.* 1948, I, n° 334; Cass. Civ., 9 giugno 1952, in *Bull. civ.* 1952, I, n° 192 la Corte applica l’art. 1 quando l’amministratore provvisorio realizza direttamente l’atto e il proprietario tiene un *concours matériel*. Diversamente, quando l’atto appare posto in essere dal proprietario in presenza dell’amministratore, la giurisprudenza storica valuta circostanze come: le condizioni di vendita liberamente discusse; la percezione diretta del prezzo da parte del venditore; l’assenza di minacce; la preesistenza di procedimenti di diritto comune o di compromessi anteriori alla nomina (cfr. Cass. Civ., 15 novembre 1949, in *Bull. civ.* 1949, I, n° 321; Civ., 7 agosto 1951, in *Bull. civ.* 1951, I, n° 259; Cass. Civ., 21 luglio 1952, in *Bull. civ.* 1952, I, n° 233). Alla presenza di questi elementi si poteva escludere l’art. 1 e attrarre il caso nell’alveo dell’art. 11 (vizio del consenso), con un controllo “caso-per-caso”.

<sup>8</sup> Sui quali cfr. M. CENINI, A. DONATI, VON K. HÜLS, G. MAGRI, P. VALENTIN (a cura di), *La restituzione dei beni culturali nel mondo contemporaneo*, Napoli, 2025, *passim*.

precedenti, ma li rilegge alla luce della finalità restitutoria e del contesto storico, attribuendo centralità alla prova dell'assenza di effetti della nomina sul processo volitivo del disponente e spostando l'asse della tutela dall'apparenza formale del consenso alla sua effettività.

Sul piano del diritto privato italiano, la soluzione francese presenta significative affinità concettuali, pur muovendosi all'interno di una disciplina speciale. La *nullité de plein droit* dell'articolo 1 dell'ordinanza richiama, in termini funzionali, la distinzione italiana tra nullità assoluta e annullabilità per vizi del consenso: la prima opera per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico o buon costume e per mancanza di un elemento essenziale del contratto; la seconda richiede la prova di un vizio del consenso e produce effetti più circoscritti. La logica dell'ordinanza francese si avvicina alla nullità italiana "per contrarietà a norme imperative" o "per illiceità della causa", nel senso che l'atto compiuto in applicazione di una normativa discriminatoria non è semplicemente affetto da un vizio della volontà, ma è incompatibile con l'ordine pubblico odierno, e dunque inesistente nella sua stessa giustificazione. La scelta della *Cour de Cassation* di spostare l'onere della prova su chi intenda mantenere valido l'atto, inoltre, dialoga con le categorie italiane dell'onere probatorio attenuato e delle presunzioni legali, utilizzate dal legislatore quando l'asimmetria informativa o la sproporzione di potere rendano irragionevole gravare la vittima della dimostrazione del vizio. L'approccio antiformalistico della Corte, infine, riecheggia la tradizione italiana che, nelle situazioni di abuso di potere o di costrizione istituzionale, tende a superare la dicotomia volontà-forma per privilegiare la sostanza del processo decisionale e reprimere l'apparente regolarità negoziale.

In conclusione, la decisione Dorville chiarisce che il diritto francese ha scelto di qualificare la spoliazione nazista non come un vizio della volontà, ma come un fenomeno strutturale di coercizione normativa che incide sulla validità stessa degli atti, escludendo in radice la possibilità di parlare di una volontarietà dello spossessamento. Da qui discende la centralità della *nullité de plein droit*, che non è una semplice forma di annullabilità, ma un meccanismo che priva l'atto di effetti giuridici in quanto prodotto all'interno di un contesto istituzionale incompatibile con l'ordine pubblico repubblicano. Il punto chiave non è tanto la ricostruzione psicologica del consenso, quanto il riconoscimento che il nesso tra atto dispositivo e apparato persecutorio impedisce di qualificare la fattispecie come negoziale in senso proprio.

Letto oggi, questo impianto si comprende alla luce della più ampia sensibilità contemporanea verso la giustizia riparativa e verso la necessità di neutralizzare gli effetti di regimi giuridici fondati su discriminazioni istituzionalizzate. Anche nel nostro ordinamento esistono ipotesi nelle quali la libertà negoziale risulta talmente compressa da non potersi nemmeno predicare un problema di "consenso viziato", perché viene meno la struttura minima dell'autodeterminazione che il negozio presuppone. In questi casi quello che viene meno è la volontà e possiamo parlare addirittura di un negozio inesistente. Trasposto nel diritto italiano, il punto non è qualificare come sopravvenuta la contrarietà all'ordine pubblico di un contratto che,

al momento della sua conclusione, era conforme alla legislazione vigente. La nullità sopravvenuta non è una categoria generale del nostro ordinamento: per giungere a un esito analogo occorre ricostruire l'atto come invalido - inesistente fin dall'origine, poiché posto in essere in assenza di una reale volontà di obbligarsi. In altre parole, anche le cessioni avvenute in Italia, sulla spinta della legislazione razziale, sebbene formalmente valide, potrebbero essere lette come viziate da nullità/inesistenza per mancanza totale di una libera espressione della volontà negoziale determinata dall'assetto persecutorio del quadro normativo. Tra Italia e Francia resta una differenza fondamentale sul piano probatorio: mentre il modello francese si avvale di una disciplina speciale che introduce una nullità automatica e sposta l'onere su chi intenda mantenere valido l'atto, nel nostro sistema, in assenza di una legge *ad hoc*, il giudice può valorizzare il contesto istituzionale attraverso presunzioni semplici gravi, precise e concordanti, fino a ritenere che l'apparente libertà di contrarre fosse in realtà svuotata dall'apparato coercitivo. Non si tratta, quindi, di far retroagire valori sopravvenuti, facendo ricorso alla nullità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, ma di riconoscere che il consenso formalmente espresso, per come storicamente formato, non integrava già allora una volontà giuridicamente libera.

L'insegnamento che possiamo replicare dall'esperienza francese è il seguente: quando l'ordinamento diventa strumento di oppressione, la forma esteriore dell'atto non basta a conferirgli validità. La Corte francese, riaffermando la nullità automatica per gli atti compiuti sotto misure esorbitanti, sottolinea che la valutazione non si arresta alla presenza di un'apparente volontà negoziale, ma ricostruisce la realtà sostanziale del processo volitivo, deformato da una coercizione strutturale e non contingente. La prevalenza accordata alla "ricostruzione storica" dell'atto rispetto alla sua forma giuridica non deve quindi apparire un abbandono della legalità, ma una corretta ricostruzione dell'elemento volitivo negoziale.

3. I testi di *soft law* svolgono oggi un ruolo strutturale nel diritto delle restituzioni dei beni culturali confiscati dai nazisti, colmando gli spazi lasciati scoperti dagli strumenti pattizi – come la Convenzione UNESCO del 1970 e la Convenzione UNIDROIT del 1995 – i quali, privi di retroattività, scarsamente ratificati e deboli nell'*enforcement*, non consentono di superare le barriere processuali e sostanziali che ostacolano il recupero dei beni culturali spogliati.

In tale contesto, i *Washington Principles* (1998) adottati nel dicembre del 1998 durante la *Washington*

*Conference on Holocaust-Era Assets*<sup>9</sup>, la *Vilnius Forum Declaration*, adottata il 5 ottobre 2000<sup>10</sup> e la *Dichiarazione di Terezín* adottata nel giugno 2009 durante la *Holocaust Era Assets Conference* nella Repubblica Ceca hanno progressivamente codificato una grammatica restitutoria fondata sulla trasparenza della *provenance research*, sul riconoscimento che anche trasferimenti formalmente legali ma realizzati in condizioni persecutorie equivalgono a spoliazioni, e sulla promozione di procedure alternative<sup>11</sup> ispirate a criteri di equità sostanziale, capaci di operare oltre i vincoli del diritto positivo<sup>12</sup>.

Pur privi di vincolatività, questi strumenti hanno inciso sulle prassi museali, sugli standard professionali e sulle politiche nazionali, fungendo da parametro argomentativo per i giudici e da catalizzatore di “*compliance reputazionale*”, spesso più efficace della minaccia sanzionatoria<sup>13</sup>. Come osservato da attenta dottrina, il *soft law* non sostituisce il diritto positivo, ma ne integra le lacune, offrendo un quadro etico-giuridico che legittima soluzioni flessibili<sup>14</sup>. Ne emerge una funzione sistematica: i testi di *soft law*

---

<sup>9</sup> Cfr. US State Department, *Washington Conference on Holocaust-era Assets, November 30-December 3, 1998 Proceedings*, Washington, 1999.

I principi di Washington sono disponibili sul sito della *Commission for looted art in Europe* all'indirizzo <https://www.lootedartcommission.com/Washington-principles> ove sono reperibili altresì tutti gli strumenti e gli atti di indirizzo più importanti adottati in materia dalla comunità internazionale a partire dalla Dichiarazione di Londra del 1943. Cfr., in dottrina, M. WELLER ET AL. (a cura di), *Raubkunst und Restitution Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, 2020 e R. ARONOWITZ, *Reflecting on Twenty-Five Years of the Washington Principles on Nazi-Confiscated Art*, in M. CENINI, A. DONATI, VON K. HÜLS, G. MAGRI, P. VALENTIN (a cura di), *La restituzione dei beni culturali nel mondo contemporaneo*, cit., p. 417 ss.

<sup>10</sup> P.J. O'KEEFE, *Vilnius International Forum on Holocaust-Era Looted Cultural Assets*, in *International Journal of Cultural Property*, 2001, p. 127 ss.

<sup>11</sup> Si vedano, ad esempio, il *Kunstrückgabebeirat* austriaco istituito in conformità ai *Washington Principles* che, pur non essendo un vero e proprio tribunale, ha deliberato in numerosi casi usando il richiamo ai Principi come criterio interpretativo per valutare reclami su opere confiscate dai nazisti. Le decisioni si sono orientate al paradigma della *just and fair solution*, e molte di esse, pur consultive, hanno influenzato pronunce giurisdizionali successive (<https://provenienzforschung.gv.at/empfehlungen-des-beirats/>). Oltre al *Kunstrückgabebeirat* in Austria opera anche una *Kommission für Provenienzforschung* con il compito di individuare beni confiscati agli ebrei e di proprietà di collezioni pubbliche e musei austriaci (<https://provenienzforschung.gv.at/kommission/>).

In Olanda la *Restitutiecommissie* (<https://www.restitutiecommissie.nl/commissie/>) opera dal 2001 con riguardo alle domande di restituzione dei beni culturali sottratti durante la Seconda guerra mondiale. La Commissione si occupa delle domande di restituzione relative alle opere d'arte trafugate dai nazisti. Il Comitato per le restituzioni è stato istituito dal Ministero dell'Istruzione, della Cultura e della Scienza, ma opera in modo indipendente. Ha sede all'Aia. Anche l'istituzione di questa Commissione segue all'adozione dei principi di *soft law*.

In Germania è entrata in funzione, il 1° dicembre 2025, una corte arbitrale per decidere delle controversie relative ai beni confiscati dai nazisti. La funzione di una *Schiedsgerichtsbarkeit NS-Raubgut* (<https://schiedsgerichtsbarkeit-ns-raubgut.de/de>) è quella di rendere più rapido e semplice il processo di rivendicazione e restituzione dei beni culturali sottratti dai nazisti. La Corte, istituita dopo la deludente esperienza della Commissione Limbach, opera in un quadro formalmente vincolato ai *Washington Principles* che richiama espressamente nella propria *Schiedsgerichtsordnung der Schiedsgerichtsbarkeit NS-Raubgut (Schiedsordnung)*. In questo modo, i principi internazionali di *soft law* diventano parametri vincolanti per le decisioni della corte arbitrale.

In dottrina cfr. T. BAUMGARTNER, *Negotiated Solutions or Litigation?*, in Cenini, Donati, von Hüls, Magri, Valentin (a cura di), *La restituzione dei beni culturali nel mondo contemporaneo*, Napoli, 2025, p. 33 ss.

<sup>12</sup> Sul punto cfr. L. SOLARO, *Il Saccheggio Nazista dell'Arte Europea: Uno Sguardo Comparatistico sul Contenzioso Transnazionale nei Restitution Cases*, Milano 2022, p. 28 ss.

<sup>13</sup> Un esempio significativo è rappresentato dal caso del *Bildnis Fraeulein Lieser*, realizzato da Klimt nel 1917, su commissione della ricca famiglia di origine ebraica Lieser, che è stato venduto in asta, da Im Kinsky il 24 aprile 2024, grazie a un accordo tra i discendenti della famiglia Lieser e gli attuali proprietari del quadro alla luce dei principi di Washington. Cfr. S. Ferreri, G. Magri, *Inventività giuridica nella difesa dei beni culturali. Recupero avventuroso di arte razzata nell'Olocausto*, in *Aedon* 1/2024.

<sup>14</sup> Cfr. M. CENINI, A. DONATI, VON K. HÜLS, G. MAGRI, P. VALENTIN, cit., *passim*.

operano come ponte tra legalità e giustizia storica<sup>15</sup>, integrando il diritto vigente, orientando l'interpretazione degli istituti di diritto nazionale, favorendo convergenze tra ordinamenti e incentivando il ricorso a procedure conciliative per risolvere le complesse controversie restitutorie.

Grazie alle *soft laws*, oltre alla progressiva istituzione di corti arbitrali chiamate a individuare “*just and fair solutions*” nelle controversie sui beni confiscati, si è sviluppata un'infrastruttura tecnico-istituzionale che include piattaforme digitali dedicate alla *provenance research*, come l'*International Research Portal for Records Related to Nazi-Era Cultural Property*, che aggrega documenti e inventari provenienti da archivi nazionali e museali<sup>16</sup> – e si è consolidato un quadro di riferimento per le politiche nazionali e per i codici etici museali<sup>17</sup>.

L'*arrêt* Dorville conferma la funzione dei principi di *soft law* e assume tali principi, pur in assenza di precisi obblighi giuridici, a criterio interpretativo che legittima una lettura evolutiva dell'*Ordonnance* del 21 aprile 1945 e consente di qualificare come trasferimenti involontari atti che, nella loro esteriorità formale, apparivano conformi alla legge del tempo ma risultano frutto di una coercizione istituzionale incompatibile con i valori dell'ordinamento contemporaneo.

4. La decisione in commento si inserisce in un percorso evolutivo nel quale la finalità restitutoria, codificata dai testi di *soft law*, assume rango di criterio ermeneutico del diritto interno, orientandone la lettura in senso sostanziale. La Corte afferma espressamente che gli sviluppi recenti si iscrivono nella continuità di impegni internazionali non vincolanti, richiamando i Principi della Conferenza di Washington, la Dichiarazione di Vilnius (2000) e la Dichiarazione di Terezín (2009), e valorizzando l'idea che la prassi internazionale propende per una nozione ampia di “spoliazione”, idonea a ricomprendere vendite solo in apparenza legittime quando realizzate sotto legislazioni e pratiche antisemite che deformarono strutturalmente il processo volitivo<sup>18</sup>. Tale premessa incide direttamente sull'applicazione dell'art. 1

---

<sup>15</sup> Sulle *soft law* cfr. B. CORTESE, *Gli effetti concreti della International Soft Law on Nazi-confiscated Art tra diritto internazionale e diritto internazionale privato*, in P. Dragoni, C. Paparello, *L'arte indifesa: il destino di artisti e collezioni dopo l'emanazione delle leggi razziali*, Firenze, 2022, p. 163.

Sul punto cfr. anche E. MOUSTAIRA *Restitution of Cultural Property: How Would/ Could the Law Correct the Sins of the Past?*, in M. CENINI, A. DONATI, VON K. HÜLS, G. MAGRI, P. VALENTIN (a cura di), *La restituzione dei beni culturali nel mondo contemporaneo*, cit., p. 43 ss.

<sup>16</sup> G. SCHIUMA, D. CARLUCCI, *Big Data in the Arts and Humanities : Theory and Practice*, Boca Raton, 2018, p. 167 e B. L. MURPHY, *Museums, Ethics and Cultural Heritage*, New York, 2016

<sup>17</sup> Argomenti in questo senso in L. CASERTANO, *La restituzione volontaria dei beni culturali nella pratica italiana: una vicenda di antica memoria che riemerge come prassi virtuosa nel complesso scenario del mercato internazionale dei beni culturali*, in M. CENINI, A. DONATI, VON K. HÜLS, G. MAGRI, P. VALENTIN, (a cura di), *La restituzione dei beni culturali nel mondo contemporaneo*, cit., p. 97 ss.

<sup>18</sup> Si veda in particolare il par. 17 della sentenza Dorville, nel quale si afferma espressamente che: « Ces évolutions récentes s'inscrivent dans la continuité d'engagements internationaux non contraignants pris depuis les « Principes » applicables aux oeuvres d'art confisquées par les nazis, adoptés lors de la Conférence internationale de Washington, le 3 décembre 1998, réaffirmés par de nouvelles recommandations, le 5 mars 2024, dans l'esprit des déclarations de Terezin en juin 2009 et de Vilnius en octobre 2000. Recherchant des solutions justes et équitables pour les victimes de la Shoah et des persécutions nazies et leurs ayants droit, les Etats signataires admettent une acception large de la notion de spoliation synonyme de pillages et de confiscation, admettant à ce titre les ventes légales en apparence, dès lors que “compte tenu des circonstances historiques et juridiques propres à chaque cas, la vente d'oeuvres d'art et de biens culturels par une personne persécutée pendant l'Holocauste,

dell'*Ordonnance* del 21 aprile 1945: se, in passato, la giurisprudenza di legittimità francese esigeva un nesso causale “forte” tra la misura esorbitante (ad esempio, la nomina dell'amministratore provvisorio in base all'*Ordonnance* del 22 luglio 1941) e l'atto dispositivo compiuto dal proprietario, oggi, alla luce dei parametri di *soft law*, la Corte rimodula il procedimento in base al quale accertare la volontà dell'alienante. Quando la nomina dell'amministratore interviene in corso di una procedura (si pensi a una vendita all'asta) con effetti spossessativi, incidendo sulle condizioni di alienazione ed eliminando la *faculté de renoncer*, il consenso non può reputarsi libero: l'atto traslativo si deve ritenere “compiuto in conseguenza” della misura, salvo prova rigorosa che la nomina sia rimasta “senza alcun effetto” sulla volontà delle parti, sino al perfezionamento del negozio (v. §§ 22–23 della sentenza Dorville).

Ne risulta un assetto nel quale i testi di *soft law* non operano come fonte direttamente applicabile, ma come strumento attraverso il quale interpretare l'*Ordonnance* del 1945: la cornice persecutoria sostituisce l'indagine psicologica sull'idoneità del consenso, che in un contesto persecutorio è presunto viziato. È questa la chiave del *revirement* mirato rispetto ai precedenti del dopoguerra, come la Corte stessa esplicita nei §§ 18–21.

La disamina dei singoli strumenti conferma la logica della decisione. I Principi di Washington incidono sul cuore della motivazione lungo due direttrici convergenti: da un lato, introducono il lessico della giustizia sostanziale (la vendita di opere appartenenti a persone perseguitate può essere considerata equivalente a un trasferimento non volontario, tenuto conto delle circostanze storiche e giuridiche del caso cfr. § 17); dall'altro, legittimano il passaggio dalla mera “assenza di violenza” a una presunzione di involontarietà radicata nel contesto persecutorio. La Corte abbandona così l'impostazione formalistica, che si accontentava della regolarità esteriore dell'alienazione, affermando che, una volta nominato un amministratore provvisorio con finalità di arianizzazione, non si può più parlare di consenso liberamente prestato: l'atto diventa “conseguenza” della misura esorbitante (v. §§ 22–25).

La Dichiarazione di Vilnius rafforza ulteriormente questa impostazione sul piano metodologico, giustificando la centralità del dato storico-probatorio e fornendo alla Corte il supporto epistemico per superare la forma negoziale per giudicare il contesto nel quale l'atto si è perfezionato<sup>19</sup>. La Dichiarazione di Terezín, infine, amplia ulteriormente l'orizzonte, ancorando l'accertamento dell'effettivo consenso al negozio traslativo a una più ampia politica di riparazione e sollecitando “soluzioni giuste ed eque” per le vittime e i loro aventi causa. Da qui discende, sul piano positivo, la regola per cui la nomina “arianizzatrice” vizia il consenso e impone la nullità di diritto *ex art. 1* dell'*Ordonnance* del 1945, salvo prova – posta a carico di chi invoca la validità – della totale inefficacia di quella nomina sul processo volitivo sino al compimento

---

entre 1933 et 1945, peut être considérée comme équivalant à un transfert involontaire de propriété en fonction des circonstances de la vente”».

<sup>19</sup> P. J. O'KEEFE, *op. cit.*, pp. 486-487.

dell'atto (v. §§ 22–23). Il risultato è un *revirement* che armonizza il diritto francese con gli standard internazionali: la spoliazione non si misura più sui tratti formali del negozio, ma sulle circostanze sostanziali della sua genesi.

Un ulteriore elemento utile a comprendere la portata sistemica del *revirement* è dato dal confronto con il caso Pissarro, che, negli ultimi anni, ha rappresentato uno dei più significativi banchi di prova della capacità degli ordinamenti di dare attuazione sostanziale ai principi di Washington e Terezín. La vicenda riguarda il dipinto *Rue Saint-Honoré, dans l'après-midi. Effet de pluie* di Camille Pissarro, sottratto alla proprietaria ebrea Lilly Cassirer nel 1939 e oggi conservato presso la Fondazione Thyssen-Bornemisza di Madrid. La ricostruzione storica, ampiamente documentata nelle fonti pubbliche, mostra come la vendita fosse stata solo formalmente volontaria, essendo avvenuta sotto costrizione diretta del regime nazista, che impose alla famiglia Cassirer la cessione del quadro come condizione per ottenere un visto di espatrio.

La giurisprudenza statunitense, investita della controversia, ha tuttavia adottato un approccio marcatamente formalistico, ritenendo applicabile il diritto spagnolo e negando la restituzione sulla base della buona fede del museo acquirente. Tale esito – pur contestato in dottrina – evidenzia come, in assenza di un parametro ermeneutico che valorizzi la cornice persecutoria, la nozione di “trasferimento non volontario” rischi di essere svuotata della sua dimensione sostanziale.

È proprio rispetto a questo scenario che la decisione francese si distingue: mentre nel caso Pissarro l'analisi giudiziale si è arrestata alla regolarità esteriore della catena dei trasferimenti, nel caso Dorville la Corte di Cassazione assume come criterio dirimente la deformazione strutturale del processo volitivo prodotta dalla legislazione antisemita di Vichy. La Corte francese, infatti, riconosce che la nomina dell'amministratore provvisorio “a fini di arianizzazione” costituisce un elemento oggettivo idoneo a viziare il consenso, indipendentemente dalla presenza di coercizione fisica o di violenza manifesta. In questo senso la decisione si pone in netta discontinuità rispetto all'approccio restrittivo adottato in altri ordinamenti, come dimostra anche il caso di un altro dipinto di Pissarro *Une place à La Roche Guyon*, appartenuto anch'esso alla collezione dell'avvocato Armand Dorville e restituito agli eredi per poi essere riacquistato dall'*Alte Nationalgalerie* di Berlino nel 2021 proprio in applicazione dei principi di giustizia sostanziale e di riparazione storica<sup>20</sup>.

Il raffronto tra i due casi conferma dunque la centralità del test volontaristico elaborato dalla Corte francese: mentre nel caso Pissarro la valutazione della volontarietà della cessione è rimasta ancorata alla forma negoziale dell'atto e alla buona fede dell'acquirente, nel caso Dorville essa viene ricondotta alla cornice persecutoria, che opera come presunzione di un vizio del consenso e come criterio interpretativo

---

<sup>20</sup> Si veda il sito degli *Staatlichen Museen zu Berlin* che riportano la storia del dipinto e della sua restituzione: <https://www.smb.museum/en/whats-new/detail/nazi-looted-art-artwork-by-camille-pissarro-restituted-and-reacquired-for-the-alte-nationalgalerie/>.

dell'art. 1 dell'*Ordonnance* del 1945. Ne emerge un modello nel quale la spoliazione non è più misurata sulla base della regolarità formale dell'atto, ma sulla realtà sostanziale delle condizioni in cui esso è stato compiuto, un'impostazione che, se fosse stata adottata anche nel caso Pissarro, avrebbe verosimilmente condotto a un esito diverso.

5. La decisione della *Cour de cassation* produce effetti che travalicano il caso concreto e ridisegnano in profondità il funzionamento del mercato dell'arte, favorendo una trasformazione strutturale. La *provenance research* non potrà più essere intesa come un adempimento formale, limitato alla ricostruzione superficiale della catena dei trasferimenti, essa dovrà trasformarsi in un'attività estremamente accurata, fondata sulla consultazione sistematica di archivi pubblici e privati, sull'incrocio con banche dati nazionali e sovranazionali, sulla ricostruzione del contesto storico-normativo in cui l'opera ha circolato e sulla pubblicazione trasparente dei profili di provenienza. La trasparenza, già sollecitata dalle Dichiarazioni di Vilnius e Terezín, tende così a configurarsi come uno standard professionale di diligenza qualificata, la cui inosservanza può incidere sulla responsabilità contrattuale e precontrattuale degli operatori e, in prospettiva, anche sulla loro reputazione istituzionale. In un mercato sempre più sensibile alla dimensione etica della circolazione dei beni culturali, la capacità di documentare indagini proporzionate al rischio storico diventa un elemento distintivo, destinato a influenzare la fiducia degli acquirenti e la credibilità degli intermediari.

È prevedibile, in questo scenario, un incremento delle clausole contrattuali che trasferiscono su *consignor* e venditori garanzie, manleve e obblighi di documentazione, nonché l'introduzione di dichiarazioni specifiche sulla provenienza nel periodo 1933–1945. Le istituzioni pubbliche e private, dal canto loro, tenderanno a inserire riserve di *deaccession* o condizioni sospensive, qualora emergano elementi di spoliazione, anche solo potenziale, in linea con i codici etici museali e con le raccomandazioni ICOM.

In futuro è ragionevole attendersi una crescita di attenzione nel mercato verso la *provenance due diligence*, con professionisti specializzati, standard certificabili e responsabilità professionali definite, analogamente a quanto avviene nei settori della consulenza finanziaria e della *compliance* aziendale.

Un segnale particolarmente eloquente di questa evoluzione è offerto dalla vicenda del dipinto *Bildnis Fräulein Lieser* di Gustav Klimt, riemerso improvvisamente sul mercato dopo decenni di oblio e immediatamente divenuto oggetto di un intenso dibattito sulla sua provenienza e sulla sua storia<sup>21</sup>. La ricostruzione incompleta delle sue vicende collezionistiche, le incertezze sulla sorte della famiglia Lieser

---

<sup>21</sup> Si veda l'articolo di FLAVIA FORADINI, *All'asta «Fräulein Lieser» di Klimt*, apparso su *Il giornale dell'arte* del 9 aprile 2024 e reperibile online all'indirizzo <https://www.ilgiornaledellarte.com/Articolo/Allasta-Fraulein-Lieser-di-Klimt> e, per qualche riflessione più giuridica, S. FERRERI, G. MAGRI *Inventività giuridica nella difesa dei beni culturali. Recupero avventuroso di arte razzziata nell'Olocausto*, in *Aedon*, 2024, <https://aedon.mulino.it/archivio/2024/1/ferrerimagri.htm>.

durante il periodo nazista e la possibilità—non esclusa—che l’opera abbia subito forme di spoliazione o trasferimenti viziati hanno suggerito al proprietario che intendeva venderlo un livello di cautela e di indagine ben superiore agli standard tradizionali. Prima di procedere con la vendita all’asta, si è dovuto effettuare un processo di verifica straordinario, coinvolgendo esperti indipendenti, storici dell’arte, archivisti e consulenti legali, e rendendo pubblici i risultati delle ricerche per garantire trasparenza e mitigare il rischio reputazionale, giungendo, pur in assenza di indici di provenienza illecita, a un accordo con gli eredi della famiglia Lieser in base ai principi di Washington.

Il caso ha mostrato come, in assenza di una documentazione completa, il mercato reagisca con una combinazione di prudenza e richiesta di *accountability*, trasformando la *due diligence* in un vero e proprio strumento di gestione del rischio e di legittimazione dell’operazione commerciale. Allo stesso tempo, la vicenda ha evidenziato come la domanda di verifiche approfondite non provenga soltanto dagli operatori istituzionali, ma anche dai collezionisti privati, sempre più consapevoli delle implicazioni etiche e giuridiche legate alla circolazione di opere potenzialmente segnate dalla persecuzione antisemita. In questo senso, *Bildnis Fräulein Lieser* rappresenta un caso paradigmatico: non solo perché mostra quanto rapidamente un’opera possa passare da bene di mercato a oggetto di scrutinio storico-giuridico, ma anche perché rivela come la trasparenza sulla provenienza sia ormai percepita come condizione essenziale per la legittimità stessa della transazione. Il caso anticipa dunque un futuro in cui la *provenance due diligence* non sarà più un servizio accessorio, ma un segmento autonomo del mercato, dotato di competenze interdisciplinari, protocolli certificabili e un ruolo centrale nella costruzione della fiducia tra operatori, istituzioni e pubblico.

Sul piano economico, la decisione francese rischia di incidere negativamente sul valore delle opere con cronologia incerta tra il 1933 e il 1945 o con collegamenti al regime di Vichy, poiché diventeranno beni ad alto rischio, potenzialmente soggetti a rivendicazioni e obblighi restitutori. Al contrario, le opere corredate da una provenienza robusta e verificabile vedranno aumentare la loro appetibilità, trasformandosi in *safe assets* per collezionisti e istituzioni. La trasparenza documentale diventa così un fattore di valorizzazione economica, una documentazione completa e accurata inciderà direttamente sul prezzo e sulla desiderabilità dell’opera.

L’*Arrêt* esplica effetti anche sul piano processuale, poiché rende più agevole il percorso delle rivendicazioni, soprattutto contro enti pubblici e collezioni istituzionali, riducendo l’onere probatorio gravante sugli eredi e favorendo soluzioni transattive coerenti con l’approccio *just and fair* dei testi di *soft law*. La maggiore prevedibilità del quadro giuridico incentiverà la conclusione di accordi extragiudiziali, anche in forme innovative: restituzione dietro corrispettivo, prestiti a lungo termine, *shared custody*, riconoscimenti che accompagnano la permanenza dell’opera presso l’istituzione detentrica. Si tratta di strumenti che consentono di conciliare la finalità di riparazione storica con la tutela dell’affidamento

dell'acquirente in buona fede, evitando che la restituzione si traduca in un sacrificio eccessivo per chi ha agito con diligenza.

Resta tuttavia da interrogarsi se la soluzione adottata dalla *Cour de Cassation* finisca per risultare eccessivamente gravosa nei confronti dell'acquirente in buona fede, il quale, pur avendo osservato tutte le cautele normalmente esigibili, non sia riuscito a scoprire che l'opera era stata coinvolta in un processo di "arianizzazione" avvenuto quasi un secolo fa. La risposta va ricercata nel quadro dei testi di *soft law*, che non impongono un obbligo restitutorio assoluto e sganciato da ogni considerazione di equità, ma parlano espressamente di *just and fair solutions*, imponendo di ponderare tanto la posizione dei precedenti proprietari e dei loro eredi quanto quella dell'attuale possessore-proprietario. L'equilibrio non implica necessariamente un nuovo spoglio dell'acquirente, ma può tradursi in forme alternative di regolazione: restituzione dietro corrispettivo, compensazioni economiche, accordi transattivi, soluzioni ibride che salvaguardino l'affidamento del terzo senza sacrificare la finalità di riparazione storica. In questo senso, la decisione francese non introduce un regime punitivo, ma un modello di responsabilità condivisa, nel quale la tutela della buona fede dell'acquirente non è negata in assoluto, ma deve essere bilanciata con la gravità della spoliazione e con il dovere collettivo di ricostruzione della memoria.

In prospettiva comparata, il *revirement* francese si colloca in un panorama internazionale eterogeneo. La Germania applica da anni un modello sostanziale fondato sui *Washington Principles*, con commissioni indipendenti e restituzioni anche in assenza di obblighi legali; i Paesi Bassi, dopo una fase restrittiva, sono tornati a un approccio più favorevole alle rivendicazioni; l'Austria mantiene un regime fortemente riparativo; gli Stati Uniti, come mostra il caso *Cassirer*, adottano un approccio più formalistico. La Francia, con questa decisione, si avvicina al modello tedesco e si distanzia da quello statunitense, assumendo la cornice persecutoria come parametro interpretativo e riconoscendo che la spoliazione non può essere valutata sulla base della forma negoziale, ma deve essere ricostruita alla luce delle circostanze sostanziali della sua genesi. In questo senso, l'*Arrêt* non solo armonizza il diritto francese con gli standard internazionali più avanzati, ma contribuisce a definire un nuovo paradigma europeo della restituzione, fondato sulla centralità della memoria, sulla responsabilità storica e sulla giustizia sostanziale.

6. La recente pronuncia sul caso Dorville, pur priva di efficacia diretta nell'ordinamento italiano, si impone come un precedente persuasivo di notevole portata, capace di incidere su più piani – interpretativo, normativo e operativo – e di stimolare un ripensamento complessivo del modo in cui il diritto italiano affronta le spoliazioni nazifasciste. La Corte francese, integrando nella motivazione i *Washington Principles* e le Dichiarazioni di Vilnius e Terezín, attribuisce ai testi di *soft law* una funzione ermeneutica che finora la giurisprudenza italiana ha esitato a riconoscere, nonostante il nostro paese sia firmatario dei Principi di

Washington e abbia aderito alle *Best Practices* del 2024. L'uso dei testi non vincolanti come criteri interpretativi apre la strada a un'evoluzione delle norme interne, in particolare dell'art. 948 c.c. sull'azione di rivendicazione e dell'art. 1153 c.c. sull'acquisto *a non domino*, la cui applicazione tradizionale ha imposto agli eredi delle vittime della Shoah oneri probatori spesso insostenibili. La decisione Dorville suggerisce che, almeno per i beni razzati durante il secondo conflitto mondiale, la *probatio diabolica* possa essere attenuata attraverso una lettura più sostanziale del contesto persecutorio, che consenta di valorizzare la presunzione di vizio del consenso e di riconsiderare il ruolo della buona fede dell'acquirente<sup>22</sup>. Non è irrilevante, in questo senso, che la Cassazione abbia recentemente chiarito come, per i beni culturali provenienti dall'estero, la buona fede richiesta dall'art. 1153 c.c. coincida con la *due diligence* prevista dalla Convenzione UNIDROIT: un principio che, se coerentemente esteso ai beni sottratti durante la Shoah, permetterebbe di riallineare il diritto interno agli standard internazionali cui l'Italia ha già formalmente aderito<sup>23</sup>.

Sul piano legislativo, la sentenza francese sollecita una riflessione altrettanto urgente. La Francia ha introdotto leggi speciali, come la legge 2022-218, che consente di derogare al principio di inalienabilità dei beni culturali per permettere la restituzione di opere confiscate presenti nei musei pubblici. L'Italia, al contrario, mantiene un regime di inalienabilità particolarmente rigido, sancito dagli artt. 10 e 54 del d.lgs. 42/2004, che rischia di trasformarsi in un ostacolo strutturale alle restituzioni. L'esperienza francese mostra che la tutela demaniale non deve necessariamente tradursi in una barriera alla giustizia storica e che è possibile introdurre deroghe mirate o procedure amministrative dedicate, capaci di conciliare la protezione del patrimonio pubblico con l'esigenza di riparare le spoliazioni del passato. Una riforma in tal senso permetterebbe all'Italia di colmare un vuoto normativo che oggi la espone a tensioni etiche, diplomatiche e reputazionali.

Come si è già detto nel paragrafo precedente, l'impatto della pronuncia Dorville si estende anche alla prassi museale e al mercato dell'arte. Gli standard di *provenance research* e di *due diligence* rafforzata, già raccomandati dalle *Best Practices*, diventeranno imprescindibili anche in Italia, imponendo a musei, case d'asta e collezionisti un salto di qualità nella gestione delle opere con una cronologia che attraversa il periodo delle leggi razziali. La crescente attenzione internazionale verso la trasparenza e la responsabilità storica rende ormai insostenibile qualsiasi approccio minimalista: lacune documentali, omissioni o verifiche superficiali non sono più tollerabili, non solo per ragioni etiche, ma anche per il rischio concreto di contenziosi, restituzioni e danni reputazionali. La decisione francese, in questo senso, agisce come un

---

<sup>22</sup> Sulle previsioni in materia di rivendica e di tutela dell'acquirente *a non domino* vedi le interessanti osservazioni, anche in chiave comparatistica, di L. SOLARO, *op. cit.*, p. 58 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., n. 5349 del 18 febbraio 2022, in *Rass. dir. moda arti*, con nota di E. DAMIANI, *Acquisti a titolo originario e beni culturali*, p. 82 ss. Sugli effetti delle Convenzioni internazionali sull'art. 1153 c.c. sia consentito il rinvio al mio *Le Convenzioni UNESCO 1970 e UNIDROIT 1995 e la loro incidenza sul diritto privato*, in questa rivista 2/2021.

catalizzatore, accelerando un processo già in atto e spingendo gli operatori italiani a dotarsi di protocolli più rigorosi, archivi digitali accessibili, comitati etici interni e procedure di verifica proporzionate al rischio storico delle opere trattate. In un contesto in cui la memoria della Shoah continua a interrogare le istituzioni culturali europee, la pronuncia Dorville non rappresenta soltanto un precedente giuridico, ma un invito a ripensare il ruolo del patrimonio culturale nella costruzione della giustizia riparativa.

7. L'*Arrêt* Dorville delinea un paradigma restitutorio innovativo e che potrebbe essere oggetto di condivisione internazionale, fondato su una presunzione di nullità degli atti dispositivi compiuti “in conseguenza” di una *mesure exorbitante du droit commun* che è determinata da una mancanza dell'elemento volitivo determinata dal contesto persecutorio. La Corte ribalta l'onere probatorio, imponendo a chi si oppone alla restituzione di dimostrare l'assoluta irrilevanza della misura esorbitante sulla volontà del disponente sino al perfezionamento dell'atto; tale conclusione, per la Corte trova il suo fondamento nei testi di *soft law*, elevati a criteri interpretativi idonei a qualificare come involontari anche trasferimenti solo in apparenza regolari. Ne deriva un modello che orienta verso soluzioni “giuste ed eque” anche in presenza di terzi acquirenti in buona fede.

In una prospettiva internazionale, l'approccio adottato dalla *Cour de Cassation* assume la funzione di una vera e propria tecnica di giustizia di transizione. Esso consente ai giudici di deformalizzare atti perfezionatisi sotto la vigenza delle leggi razziali, reagendo alle discriminazioni da esse introdotte e riattivando rimedi interni – nullità e annullamento – nonostante l'insufficienza o la non retroattività degli strumenti pattizi come le Convenzioni UNESCO 1970 e UNIDROIT 1995. La persecuzione razziale cessa così di essere un semplice sfondo storico e diventa il fulcro giuridico delle richieste di restituzione, imponendo una considerazione rafforzata della vulnerabilità dei soggetti colpiti. Non sorprende, in questo quadro, che a livello internazionale si registri una crescente sensibilità verso la materia e una progressiva diffusione di strumenti di ADR e di componimenti equitativi coerenti con il lessico del *soft law*.

Sul piano operativo, la pronuncia produce effetti convergenti che investono tanto le collezioni pubbliche quanto la proprietà privata. Da un lato, riduce significativamente il fenomeno dell'azzardo morale nel mercato dell'arte, che per decenni ha favorito comportamenti opportunistici fondati su asimmetrie informative, scarsa trasparenza e assenza di sanzioni effettive. La presunzione di involontarietà del trasferimento originario e l'inversione dell'onere probatorio innalzano il costo dell'opacità e creano incentivi reputazionali e giuridici contro condotte elusive da parte di musei, collezionisti e intermediari. Dall'altro lato, la sentenza eleva la *provenance research* a standard di diligenza professionale e presidio di conformità, imponendo verifiche proporzionate al rischio storico, pubblicità digitale delle provenienze, cooperazione con gli eredi e trasparenza archivistica sistematica. La prassi della CIVS e la legge francese n.

2022-218 confermano questa evoluzione, trasformando la ricerca di provenienza da opzione a obbligo che incide sulla responsabilità degli operatori e sulla certezza delle transazioni.

Da questo nuovo assetto emerge una *governance* delle restituzioni che responsabilizza il mercato attraverso clausole di garanzia e manleva, protocolli di ritiro dei lotti a rischio e pratiche di *deaccession* prudentiale e che al tempo stesso favorisce un equilibrio più maturo tra riparazione storica e affidamento del terzo in buona fede, grazie a strumenti come la restituzione, la restituzione contro corrispettivo e le compensazioni. Ne risulta anche un modello capace di offrire ai diversi ordinamenti un punto di raccordo tra i principi internazionali di *soft law* e il diritto interno, stabilizzando prassi di trasparenza e cooperazione che coniugano certezza delle transazioni e giustizia sostanziale nei casi di beni culturali spogliati durante la persecuzione antisemita.

## La responsabilità dell'autenticatore di opere d'arte

FRANCESCO BOTTONI

Professore associato di diritto privato dell'università degli Studi di Macerata

Il tema relativo alla responsabilità connessa all'attestazione di autenticità delle opere d'arte finisce per evocare questioni destinate ad assumere rilievo centrale nella responsabilità derivante da fatto illecito, avuto particolare riguardo ai suoi elementi costitutivi. Il contributo, dopo aver analizzato le diverse fattispecie che possono ricorrere nella pratica, opera una disamina delle soluzioni variamente prospettate con riguardo allo specifico regime di responsabilità.

The liability related to the certification of the authenticity of artworks evokes fundamental questions related to the general topic of civil liability. This article analyses the various situations that may arise in practice and examines the solutions proposed with regard to the specific liability regime.

SOMMARIO: 1. Le fattispecie. – 2. Il regime di responsabilità.

1. Il tema relativo alla responsabilità connessa all'attestazione di autenticità delle opere d'arte può presentarsi a prima vista settoriale e, tuttavia, finisce per evocare questioni destinate ad assumere rilievo centrale nella responsabilità derivante da fatto illecito, avuto particolare riguardo ai suoi elementi costitutivi.

L'art. 64 del Codice dei beni culturali<sup>1</sup> menziona l'attestazione di autenticità ma non è esaustivo di tutte le ipotesi che possono verificarsi nella pratica<sup>2</sup>. Il riconoscimento di un interesse giuridicamente rilevante alla regolarità e onestà degli scambi nel mercato artistico e dell'antiquariato non toglie le incertezze e i rischi in merito alla provenienza dell'opera<sup>3</sup>. Il pericolo di acquistare un'opera non autentica può variare a seconda che il bene sia ceduto direttamente dall'artista che, oltre ad apporre la propria firma, rilasci altresì l'autentica, ovvero che quest'ultima venga apposta da altri. L'autenticità può poi costituire qualità promessa ovvero può esservi incertezza sul punto e, ancora, è possibile che all'iniziale certezza in merito al carattere autentico dell'opera ulteriori verifiche anche di carattere scientifico possano condurre a un risultato difforme<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A norma del quale “Chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi”.

<sup>2</sup> Lo rileva F. BOSETTI, *Autentiche, perizie, archiviazioni di opere materiali delle arti figurative: verità e responsabilità tra diritto ed arte*, in *Danno e Resp.*, 2021, p. 151.

<sup>3</sup> A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. Dir. civ.*, 2015, I, p. 988.

<sup>4</sup> A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, cit., loc. cit.

Quando si fa riferimento all'autentica di un'opera d'arte possono operarsi diverse distinzioni a seconda delle modalità con le quali questa è effettuata, al contenuto della stessa ovvero ancora ai soggetti che la pongono in essere. Così, in relazione al primo aspetto può pensarsi a una dichiarazione apposta su una riproduzione fotografica ovvero dietro l'opera stessa ma è evidente che la modalità di autenticazione è destinata a variare, ad esempio, nel caso di arte concettuale, dove l'originalità è rinvenibile nell'idea e non nella sua realizzazione<sup>5</sup>. In relazione al secondo aspetto, l'attestazione può limitarsi alla riferibilità di un'opera all'Autore o riguardare profili ulteriori, tra i quali la datazione o la tecnica impiegata<sup>6</sup>.

Diversi poi possono essere i soggetti che pongono in essere tale dichiarazione. Questa può infatti provenire dall'Autore<sup>7</sup>, dai suoi eredi, da un soggetto riconosciuto e considerato autorevole in un determinato ambiente ovvero ancora da archivi o fondazioni.

Segnatamente con riguardo ai soggetti, va subito osservato che nessuno di essi, nemmeno l'Autore, gode di un diritto di esclusiva. Questo non può discendere dall'art. 20 l. Aut, a norma del quale l'autore è legittimato a rivendicare la paternità dell'opera. La norma si giustifica infatti, come rilevato dagli interpreti, nell'ottica di tutela nei confronti di chiunque contesti la riconducibilità dell'opera all'Autore. Va poi osservato che l'art. 9 della l. 1062/1971 in materia di contraffazione o alterazione di opere d'arte richiede al giudice, nei casi di arte moderna e contemporanea, di assumere come testimone l'autore a cui l'opera d'arte sia attribuita o di cui l'opera stessa rechi la firma<sup>8</sup>. Le stesse considerazioni valgono per i soggetti indicati dall'art. 23<sup>9</sup> della normativa in materia di diritto di Autore i quali sono titolari, dopo la sua morte, dei diritti contemplati dal predetto art. 20<sup>10</sup>.

Dunque, l'autentica da parte dell'artista, anche distinta dalla sottoscrizione, può avere da un punto di vista di mero fatto un valore più rilevante rispetto a quelle provenienti da altri soggetti e tuttavia sono noti i precedenti di Autori che abbiano autenticato un'opera non propria<sup>11</sup>. Sul piano dei rimedi esperibili dall'acquirente che abbia acquistato direttamente dall'Autore è configurabile, a seconda delle circostanze, l'annullamento per dolo ovvero la risoluzione per consegna di *aliud pro alio*<sup>12</sup>.

Come previsto dal citato art. 64 del Codice dei beni culturali, anche il venditore è tenuto a una serie di

---

<sup>5</sup> Al riguardo, B. MASTROPIETRO, *La circolazione delle opere d'arte. Profili civilistici*, Napoli, 2025, 59 s.

<sup>6</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 151.

<sup>7</sup> Secondo App. Milano, 11 dicembre 2002, in *Dir. industriale*, 2003, p. 577 con nota di M. PERLETTI-P. PERONI, *Il mero accertamento dell'autenticità dell'opera figurativa*, "l'azione promossa per accertare che un dipinto è autentico non può essere classificata alla stregua di una domanda di verifica di una scrittura privata, essendo azione di mero accertamento di una situazione giuridica di natura sostanziale".

<sup>8</sup> A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, cit., p. 994.

<sup>9</sup> Si tratta di coniuge, figli e, in loro mancanza, di genitori e altri ascendenti e discendenti diretti.

<sup>10</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 153.

<sup>11</sup> L'autentica dell'opera da parte dell'Autore, analogamente alla sottoscrizione, introdurrebbe una presunzione *iuris tantum* circa la paternità, secondo quanto previsto dall'art. 8 l. Aut. In argomento F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 154. Ai sensi di tale norma è reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, chi è in essa indicato come tale, nelle forme d'uso.

<sup>12</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 155.

obblighi relativi all'attestazione di autenticità, la violazione dei quali non si mostra idonea a condurre a nullità del contratto. Al riguardo, si è distinto tra l'eventualità in cui il venditore si limiti a emettere una semplice dichiarazione di autenticità, non supportata da riferimenti tecnici rispetto a quella in cui lo stesso, senza che peraltro ciò assuma rilievo con riguardo ai rimedi esperibili dall'acquirente, formuli un parere più articolato analogo all'*expertise* fornita da un terzo<sup>13</sup>.

Con specifico riguardo a quest'ultimo, occorre distinguere un'opinione meramente soggettiva da un parere tecnico in merito alla provenienza e all'attribuibilità dell'opera, il quale assume un diverso grado di attendibilità in relazione all'autorevolezza di chi lo pone in essere<sup>14</sup>. Alla base di tale attività può esservi un contratto d'opera intellettuale, con tutto ciò che ne consegue in termini di responsabilità secondo quanto previsto dall'art. 2236 c.c., senza che possa costituire un'esimente la pretesa libertà di opinione secondo quanto previsto dall'art. 21 Cost.<sup>15</sup>.

Ulteriore ipotesi è quella dell'autenticazione a opera di archivi o fondazioni preposti alla gestione del patrimonio di un artista, scomparso o meno, i quali si prefiggono la finalità di salvaguardare la paternità della sua produzione e sono spesso istituiti dai soggetti legittimati a tutelare la paternità dell'opera anche successivamente alla morte dell'autore<sup>16</sup>. Possono attestare direttamente l'autenticità di un'opera mediante il rilascio di certificazioni ovvero indirettamente, tramite la sua individuazione nell'archivio o nel catalogo dell'Autore. Anche in questo caso manca una specifica regolamentazione della materia e la mancanza, allo stesso modo, di un diritto di esclusiva non toglie che le autenticazioni da parte di tali enti costituiscono pareri tecnici dotati di autorevolezza, tenuto conto della composizione del Comitato Scientifico e della fiducia loro accordata dal mercato stesso<sup>17</sup>.

2. I rischi di inattendibilità dell'autenticazione presentano carattere di trasversalità rispetto ai soggetti che possono procedervi e la questione più controversa attiene all'eventualità in cui il terzo acquirente sia stato danneggiato dall'autentica di un'opera poi rivelatasi falsa. Al riguardo, la responsabilità dei soggetti autenticatori è stata variamente accostata a fattispecie ricorrenti nella pratica e, altrettanto variamente, incanalata nei diversi regimi di responsabilità.

In relazione al primo aspetto, la fattispecie andrebbe intanto ricompresa nell'alveo della responsabilità derivante da informazioni inesatte<sup>18</sup>, alla luce dell'affidamento riposto sull'autenticatore da parte del

---

<sup>13</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 156.

<sup>14</sup> B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 94. Sulla nozione di *expertise*, A. DONATI, *Autenticità*, cit., p. 997.

<sup>15</sup> M. MARIANI, *La responsabilità civile del critico d'arte*, in *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi applicativi*, a cura di F. Bosetti, Pisa, 2021, p. 209 s.

<sup>16</sup> B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 75 s.

<sup>17</sup> In tal senso Trib. Milano, 14 luglio 2012, in *Dejure online*.

<sup>18</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 158; B. MASTROPIETRO, *La circolazione delle opere d'arte*, cit., p. 95; M. MARIANI, *La responsabilità civile del critico d'arte*, cit., p. 210 ss.

soggetto determinatosi a contrarre. E' stata evocata la vicinanza all'ipotesi del perito che, nella effettuazione di una relazione di stima in occasione della trasformazione di una società di persone in società di capitali abbia operato con dolo o colpa grave<sup>19</sup> o ancora il parere dell'esperto è stato accostato al giudizio delle agenzie di *rating*, con analoghe conseguenze in materia di responsabilità<sup>20</sup>.

Con riguardo al secondo aspetto, è sin troppo noto il precedente che ha statuito la responsabilità extracontrattuale dell'Autore che ha autenticato un quadro non proprio e la Cassazione ha al riguardo discusso di un diritto di determinarsi liberamente in relazione al proprio patrimonio, diritto ricondotto al precetto costituzionale di cui all'art. 41 Cost.<sup>21</sup>. Va notato che nel caso di specie la Corte di legittimità ha individuato tale situazione sulla base del presupposto della necessaria risarcibilità di un diritto soggettivo ed è agevole l'associazione con la figura del diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, evocato nella sentenza di legittimità Cir/Fininvest<sup>22</sup>.

Nel caso di specie, peraltro, una responsabilità di tipo contrattuale è stata sostenuta in considerazione del fatto che l'ulteriore firma autenticata era stata apposta dall'artista su richiesta del precedente possessore del quadro. Tale sottoscrizione costituiva dunque attuazione di un accordo volto a garantire all'opera il valore di scambio rappresentato dal riconoscimento da parte dello stesso autore. Con l'ulteriore osservazione che tale valore di scambio aveva la finalità di consentire al possessore di farlo valere verso i suoi eventuali acquirenti, da considerare dunque destinatari di tale dichiarazione. Si tratterebbe, in tal caso, di un contratto di perizia a favore di terzo, dove questa è volta appunto a beneficiare un soggetto ulteriore e, di conseguenza, esporrebbe il perito a responsabilità contrattuale direttamente nei confronti di quest'ultimo<sup>23</sup>.

L'opinione da ultimo riportata pone almeno due questioni. Se ci si muove nell'ottica dell'istituto del contratto a favore di terzo con efficacia meramente interna, al quale la perizia a favore di terzo sarebbe riconducibile<sup>24</sup>, è da vagliare la legittimazione in capo a quest'ultimo di vantare pretese nei confronti del perito. In ogni caso, analogamente a quanto osservato dalla giurisprudenza con riguardo al contratto a favore di terzo<sup>25</sup>, si pone l'ostacolo della necessaria determinabilità del soggetto beneficiario che peraltro, al momento dell'autentica, sarebbe solo eventuale.

<sup>19</sup> E. DAMIANI, *I fratelli de Chirico, l'arte e il diritto*, in *Rass. Diritto, Moda, Arti*, 2022, p. 13.

<sup>20</sup> M. MARIANI, *La responsabilità civile del critico d'arte*, cit., p. 215. Con riguardo a tale ultimo profilo per Trib. Roma, 27 marzo 2015, n. 6827, in *Dejure online*, l'emissione di un *rating* errato cagiona una lesione della libertà contrattuale dell'investitore che diviene fonte di responsabilità extracontrattuale. Si veda ora l'art. 35 *bis* del Regolamento UE 1060.2009.

<sup>21</sup> Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss., con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*.

<sup>22</sup> Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Dejure online*, sulla quale F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. Dir. privato*, 2013, p. 1118.

<sup>23</sup> M. BARCELLONA, *Tratt. della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 458.

<sup>24</sup> E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso del revisore legale dei conti*, Torino, 2003, specie p. 215 s.

<sup>25</sup> Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Dejure online*; Cass., 8 ottobre 1991, n. 10560, *ivi*.

Non è mancata una diversa opinione incline ad estendere al soggetto certificatore le norme in materia di responsabilità contrattuale, in virtù della circostanza che questi, per le sue qualità, non potrebbe essere equiparato al *quisque de populo* alla base del regime di responsabilità derivante da fatto illecito, oltre che per l'affidamento ingenerato nel terzo acquirente<sup>26</sup>. Ulteriore figura evocata, in via ipotetica, è quella del contratto con effetti protettivi per il terzo, di matrice tedesca e presa in considerazione, non senza riserve da una parte della dottrina, nel nostro sistema<sup>27</sup>.

La difficoltà di ricondurre tale responsabilità all'obbligazione senza obbligo primario di prestazione è stata motivata in considerazione della difficoltà di rinvenire una prossimità qualificata tra il terzo e l'autenticatore<sup>28</sup>. Sul piano più generale della rilevanza in termini di responsabilità contrattuale del danno da informazioni inesatte si è rilevato che quando l'informazione è *ad incertam personam* si pone l'ostacolo di dover rinvenire nell'affidamento ingenerato con la dichiarazione inesatta sia il fatto che dovrebbe costituire fonte di obbligazione, sia il fatto che allo stesso tempo realizza l'inadempimento. Inoltre, l'obbligazione può sorgere rispetto a soggetti indeterminati ma determinabili mentre, nel caso di specie, sarebbe quanto meno forzato configurare un inadempimento prima ancora che siano identificabili i creditori della condotta. Ciò comporterebbe altresì la conseguenza che il dichiarante sarebbe tenuto a risarcire il danno non dal momento in cui chi ha confidato nell'informazione poi rivelatasi erronea ha posto in essere la condotta pregiudizievole ma a partire dal momento in cui si è realizzato l'inadempimento e, dunque, da quando è stata comunicata l'informazione inesatta<sup>29</sup>.

Con riguardo poi al contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, anche in questo caso deve tenersi conto del limite ristretto dei soggetti che potrebbero beneficiare della tutela contrattuale<sup>30</sup>, a fronte del carattere indefinito dei destinatari nei confronti dei quali l'autenticazione è rivolta.

Più lineare appare allora la collocazione sistematica nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ma perché il pregiudizio subito dal terzo acquirente sia risarcibile occorre la ricorrenza del requisito dell'ingiustizia del danno, il quale ha dato luogo a letture diverse.

Va detto che la giurisprudenza che si è espressa sul punto ha finora mostrato una certa disinvoltura nel

---

<sup>26</sup> R. CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, in *Contr. Impresa/Europa*, 2010, p. 8.

<sup>27</sup> B. MASTROPIETRO, *La circolazione delle opere d'arte*, cit., p. 102.

<sup>28</sup> B. MASTROPIETRO, *La circolazione*, cit., p. 101; F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 159; DAMIANI, *I fratelli de Chirico*, cit., p. 13. Sulla responsabilità da contatto sociale qualificato osserva A. NICOLUSSI, voce *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Enc. Dir., Tem., VII, Resp. civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano, 2024, p. 1077 che lo spartiacque tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe dato dalla relazione la quale, ove sussistente previamente tra le parti, incanala la responsabilità nel senso della responsabilità relazionale.

<sup>29</sup> E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine*, nel *Tratt. Lipari-Rescigno*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 251.

<sup>30</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, terza ed., Milano, 2019, p. 526, il quale fa riferimento a terzi che si collegano alla persona del creditore tramite rapporti di famiglia o lavoro.

riconoscere un danno ingiusto, talvolta limitandosi a desumere tale carattere da argomenti di fatto<sup>31</sup>. Una sentenza del Tribunale di Milano del 2012<sup>32</sup> ha richiamato una motivazione della Suprema Corte che a sua volta riprendeva la pronuncia delle Sezioni Unite del 1999 in tema di risarcibilità di interessi legittimi, quasi a voler sottintendere, secondo un'opinione, la modesta rilevanza della questione<sup>33</sup>.

Sono noti i termini della questione in tema di definizione della nozione di ingiustizia del danno quale clausola generale, suscettibile di impartire al giudice una direttiva necessaria ai fini della ricerca di una regola di decisione ovvero in termini di norma generale, la quale riassume una serie di casi non specificamente elencati<sup>34</sup>. Ora, è vero che le due nozioni non sono così distanti, considerato che la dottrina che ha richiamato la nozione di clausola generale ha attribuito all'ingiustizia del danno l'ulteriore significato di fondare la risarcibilità del danno in base a norme ulteriori, nelle quali vi sia un riconoscimento di un interesse del singolo<sup>35</sup> e, dunque, non attribuirebbe al giudice un vero e proprio potere creativo<sup>36</sup>.

Il giudice non dovrebbe dunque giuridicizzare interessi non riconosciuti neppure indirettamente dal sistema mediante lo strumento risarcitorio ma sarebbe tenuto a verificare se un interesse abbia ricevuto un rilievo tale da superare la soglia della rilevanza giuridica, come tale risarcibile in sede aquiliana<sup>37</sup>.

Nell'ottica dell'ingiustizia del danno in termini di lesione di una situazione giuridica già tutelata dall'ordinamento, e dunque di tipicità progressiva o evolutiva, il diritto di determinarsi liberamente in relazione al proprio patrimonio è stato oggetto di critica, osservandosi che in questo modo finirebbe per scardinarsi l'intero sistema del danno patrimoniale suscettibile di essere risarcito in via extracontrattuale. In altre parole, una diretta tutela patrimoniale finirebbe per rendere inutile il significato di ogni altra situazione soggettiva patrimoniale, la cui lesione è ritenuta necessaria per il risarcimento del danno<sup>38</sup>.

Ai fini della risarcibilità in via extracontrattuale del danno derivante da informazioni inesatte è stato

---

<sup>31</sup> M. MARIANI, *La responsabilità civile del critico d'arte*, cit., p. 214.

<sup>32</sup> Trib. Milano, 14 luglio 2012, in *Dejure online*, secondo cui "Per l'operatività della responsabilità invocata, il danno deve innanzitutto essere ingiusto, quindi incidere su una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento. In proposito, "la normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato "non iure", il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 cod. civ., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione" (Cass. 9345/04)".

<sup>33</sup> M. MARIANI, *La responsabilità civile del critico d'arte*, cit., p. 214.

<sup>34</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *La responsabilità civile*, nel *Tratt. Bessone*, Torino, 2005, p. 29. Sui due concetti, di recente, A.M. BENEDETTI, voce *Danno ingiusto (profili ricostruttivi generali)*, in *Enc. Dir., Tem., VII, Resp. civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano, 2024, p. 384 ss.

<sup>35</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. comm.*, 1967, p. 95; ID., *Il problema della responsabilità civile*, rist., Napoli, 2024, p. 116 s., secondo cui il limite della solidarietà deve ritenersi operante in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione legislativa.

<sup>36</sup> L'osservazione è di C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>37</sup> S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. Dir. privato*, 2008, p. 358 s.

<sup>38</sup> C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1989, p. 550.

talvolta valorizzato il criterio dell'affidamento incolpevole ingenerato nel terzo integrato, al fine di circoscrivere i soggetti legittimati ad agire, dal criterio della destinatarietà ragionevolmente prevedibile ricavata dalla normativa in materia di responsabilità del produttore<sup>39</sup>. Un appiglio normativo della rilevanza giuridica dell'affidamento incolpevole, come tale suscettibile di risarcimento, è stato poi rinvenuto nell'art. 1338 c.c., il quale obbliga al risarcimento nei confronti di chi abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto la parte che conosca o debba conoscere la causa di invalidità<sup>40</sup>.

Si è in contrario osservato che sarebbe indimostrata la natura dell'affidamento in termini di bene protetto, come tale risarcibile in via aquiliana, in quanto sarebbe necessario dimostrarne la rilevanza giuridica generale idonea a giustificare la capacità selettiva. Se, dunque, il filtro è necessariamente un *a priori*, il riconoscimento giuridico dell'affidamento in termini di valore tutelato in generale dall'ordinamento richiederebbe ancora, allo stato, una dimostrazione convincente<sup>41</sup>. Il danno derivante da informazioni non veritiere si sostanzierebbe in un danno meramente patrimoniale e non costituirebbe danno ingiusto secondo quanto previsto dall'art. 2043 c.c. Solo la responsabilità contrattuale sarebbe in grado di dare corso a un risarcimento che l'ingiustizia del danno non consentirebbe alla responsabilità aquiliana<sup>42</sup>.

Nel senso della responsabilità extracontrattuale si è osservato che la lesione configurabile nella sfera giuridica di chi acquisti un'opera non autentica non assumerebbe i caratteri della mera patrimonialità. Nella fattispecie in esame si verificherebbe infatti un danno ulteriore, in considerazione della specifica qualificazione di tale bene artistico quale catalizzatore di interessi compositi, non solo materiali ma altresì spirituali e superindividuali. Ancora, il fondamento patrimoniale dell'operazione non potrebbe prescindere dal rilievo artistico e ultraeconomico del bene<sup>43</sup>. Non sembra tuttavia questa la strada per identificare una lesione della sfera del danneggiato ulteriore rispetto a quella meramente patrimoniale.

Piuttosto, se si muove dalla nozione di ingiustizia del danno in termini di lesione di una situazione giuridica quale interesse protetto dall'ordinamento nel suo complesso, anche attraverso una valutazione sistematica volta a valorizzare più frammenti di norme al fine di rinvenirne la rilevanza giuridica<sup>44</sup>, c'è da chiedersi se, in relazione al tanto criticato concetto del diritto a determinarsi liberamente in relazione al proprio patrimonio, non sia possibile fermarsi prima e, nello specifico, soffermando l'attenzione sul solo diritto a determinarsi liberamente. Non è nuova in dottrina, nel caso di danni da informazioni inesatte,

---

<sup>39</sup> F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. Impresa*, 1991, specie p. 561 ss. In materia di responsabilità del produttore si veda ora la recente la Direttiva UE 2024/2853, la quale ha innovato lo specifico regime di responsabilità e il cui recepimento all'interno degli ordinamenti nazionali deve avvenire entro il 9 dicembre 2026.

<sup>40</sup> E. NAVARRETTA, *La responsabilità civile e le sue fonti*, in ID. (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, p. 30.

<sup>41</sup> S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, cit., p. 392.

<sup>42</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile. La lunga stagione del diritto italiano*, in *Eur. Dir. privato*, 2024, p. 367.

<sup>43</sup> F. BOSETTI, *Autentiche*, cit., p. 160.

<sup>44</sup> Richiama tale nozione S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 357.

l'individuazione dell'interesse leso nella libertà negoziale, destinata a confluire all'interno della libertà di iniziativa economica secondo quanto previsto dall'art. 41 Cost.<sup>45</sup>.

Con riguardo all'ancoraggio alla specifica norma della Costituzione, la dottrina ha tra l'altro osservato che la rilevanza costituzionale dell'interesse non esaurisce il procedimento qualificatorio che porta ad affermare l'esistenza di un danno risarcibile in sede aquiliana, senza che sia sufficiente addurre la natura immediatamente precettiva delle norme costituzionali. L'art. 41 Cost. avrebbe poi a oggetto principalmente i rapporti tra cittadino e Stato e nei rapporti tra privati opererebbe principalmente nell'ottica della libertà di concorrenza, con la conseguenza che la sua portata precettiva si ridurrebbe alle ipotesi di lesione di tale bene<sup>46</sup>.

Ora, è vero che l'art. 41 Cost. è connotato da un ambito oggettivo ben definito e idoneo a ricomprendere, secondo l'orientamento prevalente, ogni attività dalla quale possa derivare un vantaggio economico a chi la pone in essere<sup>47</sup>. E' vero anche che secondo una parte della dottrina la tutela costituzionale della libertà negoziale risulterebbe fondata solo in quanto strumentale alla realizzazione di situazioni soggettive espressamente tutelate dalla Costituzione<sup>48</sup>.

Se altra parte della dottrina non ha mancato di rilevare il carattere parziale di una simile ricostruzione<sup>49</sup>, non sembra tuttavia necessario dover attingere alle norme costituzionali per giungere a ritenere che la libertà negoziale possa integrare quell'interesse giuridicamente rilevante suscettibile di risarcimento ex art. 2043 c.c.

La dottrina che ha commentato il precedente sul caso De Chirico ha osservato, con riguardo all'interesse avente a oggetto la libera determinazione nello svolgimento di un'attività negoziale, che questo è tutelato tra le parti contraenti nei limiti delle norme sulla validità del contratto, del dolo incidente e della responsabilità per *culpa in contrahendo*. Ciò tuttavia non escluderebbe che tale interesse sia suscettibile di tutela nei confronti del terzo nell'eventualità in cui quest'ultimo abbia tenuto una condotta causalmente all'origine della lesione, con la precisazione che si tratterebbe della tutela contrattuale ed extracontrattuale dello stesso interesse. Rispetto alla risarcibilità in sede aquiliana del titolare di un diritto di credito, il soggetto che si determina a contrarre sulla base di un affidamento indotto da dichiarazioni altrui non sarebbe meno degno di protezione<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> A. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. Dir. comm.*, 1984, p. 204.

<sup>46</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, cit., p. 62 ss.

<sup>47</sup> A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 588; R. NIRO, sub *Art. 41*, nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006, p. 851 s.

<sup>48</sup> R. NIRO, *op. cit.*, p. 852. In argomento altresì G. ALPA-M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, nel *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2005, p. 364 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, terza ed., nel *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2023, p. 720 ss.

<sup>49</sup> Evidenza un rinnovato interesse per una lettura incline a una garanzia costituzionale della libertà contrattuale U. BRECCIA, sub *Art. 1322*, nel *Comm. Cod. civ.*, diretto da GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2011, I, p. 70 s. Per M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, a cura di E. del Prato, Napoli, 2013, I, p. 237 s., l'autonomia negoziale costituisce principio immanente nel sistema ed espressione di un diritto fondamentale della persona.

<sup>50</sup> A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, cit., p. 1750.

Nella diversa prospettiva della tutela dei vizi della volontà in ambito contrattuale, si è del resto osservato che se ai fini dell'integrazione del dolo vizio sarebbe necessaria l'intenzione di ingannare, intesa come convinzione delle rappresentazioni indotte a trarre in inganno la vittima, l'inidoneità del contegno solo negligente a costituire raggiro e dunque a incidere sulla validità del contratto non comporterebbe un automatico giudizio di irrilevanza del raggiro colposo, il quale può essere idoneo a rilevare sul terreno della responsabilità precontrattuale<sup>51</sup> da ricondurre, almeno secondo una prospettiva, a responsabilità derivante da fatto illecito<sup>52</sup>.

Alle stesse conseguenze andrebbe incontro l'analoga ipotesi della condotta del terzo<sup>53</sup>, la cui responsabilità si configura anche nel caso di contegno colposo, idoneo a incidere sulla determinazione del contraente sebbene privo della corrispondente intenzione<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Padova, 1995, p. 226.

<sup>52</sup> In tal senso Cass. 25 settembre 2023, n. 27262, in *Dejure online*.

<sup>53</sup> Della quale è discussa la riconducibilità alla responsabilità precontrattuale ma non certo a quella extracontrattuale. In tal senso G. PATTI, in G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, sub *Art. 1337*, p. 30. Osserva C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili*, cit., p. 587 s., che l'idea di una responsabilità precontrattuale in capo ad altri soggetti attivi nelle trattative non sarebbe da rifiutare *a priori*.

<sup>54</sup> E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, nel *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, seconda ed., V, *Rimedi-1*, Milano, 2023, p. 276; ID., *Le basi del diritto civile*, Torino, 2025, p. 605.

## Enti del Terzo Settore, fondazioni artistiche, fondazioni di partecipazione: il caso HangarBicocca

GIULIA ZANETTI

Avvocata cultrice della materia in Diritto privato e Diritto commerciale nell'Università Milano-Bicocca

Il presente contributo, dopo una breve disamina della disciplina dell'istituto delle fondazioni sia all'interno del codice civile, che nel nuovo Codice del Terzo Settore, si propone di analizzare le fondazioni operanti nel campo dell'arte e l'impatto che la riforma ha e potrà avere sulle stesse. Segue un esempio concreto ed eminente, nel panorama italiano, di fondazione artistica quale la Fondazione Pirelli HangarBicocca ETS, con un'analisi della sua evoluzione e dei suoi scopi, al fine di valutare concretamente quanto evidenziato dal punto di vista normativo.

This paper, after a brief examination of the legal framework governing foundations under both the Civil Code and the new Third Sector Code, aims to analyze foundations operating in the field of art, with particular regard to the impact that the reform has had and may have on such entities. It then considers a concrete and prominent example within the Italian context, namely Fondazione Pirelli HangarBicocca ETS, through an analysis of its development and institutional aims, in order to assess, in practical terms, the implications of the regulatory framework discussed above.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le fondazioni nel codice civile. – 3. Le fondazioni nel Codice del Terzo Settore. – 4. Le fondazioni artistiche. – 5. Il caso Pirelli HangarBicocca ETS. – 6. Prime conclusioni.

1. Il presente contributo si propone di analizzare un tema rilevante e di grande attualità nel nostro ordinamento giuridico ovvero gli enti del Terzo Settore e le fondazioni che svolgono attività di interesse generale in ambito artistico e culturale<sup>1</sup>.

Come noto, il rapporto tra lo Stato e le persone giuridiche di diritto privato è stato storicamente caratterizzato da elementi di criticità, in quanto quest'ultime sono state per decenni attrattori di diffidenza delle istituzioni pubbliche, collocandosi come enti intermedi, di origine privata, ma dedite al fine di fornire servizi, un tempo di esclusiva competenza statale, e detentrici di ingenti patrimoni, spesso immobilizzati all'interno di questi enti.

---

<sup>1</sup> La letteratura sulle persone giuridiche di diritto privato è ampia. Si ricordano qui, *inter alia*: F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 2006; G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, Milano, 1985; ID., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2001; M. BASILE-MV. DE GIORGI-A. LAUDONIO, *Le persone giuridiche*, voll. I e II, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2020; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 301 ss.; ID., voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 790 ss.; M.V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021; G. PONZANELLI-L. BUGATTI-V. MONTANI-R. BREDI-F.D. BUSNELLI, *Le associazioni non riconosciute*, in F. BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile Commentato*, Milano, 2016; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in F. BUSNELLI (diretto da), *Codice Civile Commentato*, Milano, 2018; G. PONZANELLI, *La nuova categoria degli enti del terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo Settore. Commento al D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, pp. 1 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 365 ss. Con riferimento in particolare alle fondazioni, si vedano anche: B. CASADEI, *Le fondazioni di comunità. Strumenti e strategie per un nuovo welfare*, Roma, 2018; A. SAPORITO, *Le fondazioni tra pubblico e privato. Discipline applicabili e modelli evolutivi*, Napoli, 2020.

Solo più recentemente, queste diffidenze sono state superate e si è assistito, da una parte, ad una espansione e capillare diffusione di tali enti e, dall'altra parte, alla presa in carico da parte del legislatore della necessità di dotare l'ordinamento di una specifica disciplina. Ad oggi, pertanto, appare che le fondazioni, e in generale gli enti del Terzo Settore, abbiano assunto un ruolo di primo piano anche in campo artistico e culturale, sia per il rilievo che riveste questo settore nel nostro Paese, sia per l'impegno sempre crescente che i privati, così come le imprese, hanno assunto tramite la costituzione di fondazioni.

2. Concentrando l'attenzione sulle fondazioni, *in primis*, occorre rilevare che non troviamo all'interno del nostro ordinamento una definizione di tale ente giuridico.

La fondazione è un istituto con tradizione plurisecolare e, per tale ragione, si ritiene che il legislatore non abbia sentito la necessità di fornirne una definizione espressa.

Si applicano a tale istituto, già prima della riforma del terzo settore ed ancora oggi, le disposizioni del codice civile del Titolo II, Capo II del Libro Primo, le disposizioni attuative del codice civile, le norme generali del Codice del Terzo Settore (di seguito anche solo Codice) e infine la disciplina specifica degli Articoli 20 e seguenti dello stesso.<sup>2</sup>

Come accennato in apertura, a causa dell'immobilismo patrimoniale che esse pongono in essere, a cui si contrappone il favore verso le dinamiche del mercato e di circolazione della ricchezza, per decenni si è assistito ad un ostracismo legislativo, a cui si è anche ricollegato un forte controllo pubblico delle persone giuridiche di diritto privato attuato tramite le prefetture. Nonostante nel tempo si sia progressivamente abbandonata l'idea di ridurre le fondazioni al solo elemento patrimoniale, rilevandone anche una dimensione personale, quale un'organizzazione collettiva dell'attività, è rimasto centrale l'elemento del patrimonio destinato ad uno scopo.

La fondazione è quindi un'organizzazione stabile che si avvale di un patrimonio per il perseguimento di uno scopo non economico.<sup>3</sup>

Si caratterizza per essere un «ente creato da un soggetto (fondatore) che destina il proprio patrimonio, o parte di esso, al raggiungimento di uno scopo di utilità generale. Essa è una organizzazione a struttura istituzionale e, come tale, si differenzia da quelli a struttura associativa».<sup>4</sup>

Al di là della dimensione patrimoniale, fondamentale rimane l'opera dell'uomo, assumendo quindi la qualifica di organizzazione collettiva.

Lo scopo è l'elemento caratteristico della fondazione, che unisce patrimonio e struttura organizzativa.

<sup>2</sup> F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, p. 323.

<sup>3</sup> A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p.166.

<sup>4</sup> P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2017, p. 205.

Anche a riguardo, per decenni, a seguito di una importante sentenza della Cassazione della fine degli anni '70<sup>5</sup>, dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto che le persone giuridiche di diritto privato, e in particolare le fondazioni, dovessero necessariamente perseguire uno scopo di "pubblica utilità". Infatti, secondo questo orientamento maggioritario, solo in questo modo si potrebbe giustificare da un lato la stasi patrimoniale che generano e dall'altro l'autonomia patrimoniale perfetta, di cui giovano gli enti fondazionali.<sup>6</sup>

Questo orientamento, tuttavia, è stato in vari contesti criticato. Nel 2000 è così intervenuto il d.p.r. n. 361/2000 che, nel disciplinare la procedura per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti, richiede espressamente e semplicemente che lo scopo sia "possibile e lecito", senza alcun riferimento alla pubblica utilità.

Nonostante questa importante apertura, la dottrina e la giurisprudenza continuano a richiedere che lo scopo sia di "pubblica utilità".<sup>7</sup>

Nel tempo, tuttavia, tale definizione di pubblica utilità, in assenza di una delimitazione precisa all'interno del nostro ordinamento, ha assunto portata via via sempre maggiore, assumendo molteplici declinazioni concrete, che, unitamente ad una normativa lacunosa, hanno portato il legislatore a sentire l'esigenza di una riforma della disciplina.

3. Nonostante lo scopo del legislatore fosse quello di riformare la disciplina contenuta nel codice civile, in realtà è stato creato un sistema definito a "doppio binario" per gli enti non profit. Sono infatti stati mantenuti, parallelamente agli enti a cui è applicabile il nuovo Codice del Terzo Settore, altri enti, destinatari residuali della disciplina del codice civile, nonostante anch'essi senza scopo di lucro.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in Riv. not., fasc. 5, 1979, pp. 1235 ss. "nell'ordinamento vigente la materia ha trovato una sua disciplina nelle norme sulle persone giuridiche private (artt. 14 e ss. c.c.), le quali esigono per la legittima esistenza di una fondazione uno scopo di pubblica utilità; il che sarebbe confermato dall'art. 699 c.c., il quale in deroga al divieto della sostituzione fedecommissaria, ammette la Fondazione di famiglia solo se preordinata al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità".

<sup>6</sup> M. CENINI, *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Torino, 2023, pp. 61 ss.

<sup>7</sup> G. P. BARBETTA, *Le fondazioni*, Bologna, 2013, p.8 «Le fondazioni di pubblica utilità sono basate su un patrimonio e guidate da uno scopo. Esse non hanno membri o azionisti e sono organismi indipendenti senza fine di lucro. Le fondazioni concentrano le proprie attività in aree che includono l'ambiente, i servizi sociali, la sanità, l'educazione, la scienza, la ricerca, l'arte e la cultura. Godono di una fonte stabile e affidabile di reddito che permette loro di pianificare e svolgere attività su archi temporali più lunghi di quelli consentiti ad altre istituzioni come i governi e le società commerciali».

Sugli scopi di pubblica utilità si veda anche: A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, pp.163; L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Padova, 2017, pp. 21 ss; F. VALENZA, *Donazione e vincolo di destinazione del bene donato*, cit., p. 465, sulla scia della ricostruzione di F. GALGANO, voce *Fondazione I) Diritto civile*, cit., p. 4 s. e di C.M. BIANCA, *Diritto civile, Volume I: la norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 314 s. Sul tema degli scopi della fondazione si rimanda anche a A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, pp. 43 ss.; A. ZOPPINI-L. NONNE, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, in P. RESCIGNO (diretto da) M. IEVA (coordinato da) *Trattato breve delle successioni e donazioni*, Padova, 2010, pp. 149 ss.

<sup>8</sup> Articolo 3, secondo comma, D.Lgs. 117/2017 "Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice Civile e le relative disposizioni di attuazione."

In ogni caso, la riforma ha rappresentato un tentativo di dare una regolamentazione organica al complesso degli enti privati operanti nel Terzo Settore. L'*iter* prese l'avvio da un'iniziativa del governo nel 2006, conclusosi con l'approvazione parlamentare della legge delega 6 giugno 2016, n. 106. In seguito, sono stati emanati quattro decreti legislativi nel 2017 e vari correttivi che rappresentano ad oggi la normativa di riferimento per gli Ets.<sup>9</sup>

La disciplina ha poi trovato piena attuazione con l'istituzione del Registro unico del Terzo Settore (c.d. RUNTS), divenuto operativo soltanto in tempi più recenti.<sup>10</sup>

Il Registro, infatti, ha rilievo dirimente per gli enti senza scopo di lucro che vogliono affacciarsi alla nuova regolamentazione in quanto, come espressamente statuito dagli Articoli 11 e 47 del Codice del Terzo Settore, l'iscrizione allo stesso riveste funzione di requisito costitutivo per ottenere la qualifica di ente del Terzo Settore.

Guardando nuovamente all'istituto della fondazione, neanche nella normativa ETS ne troviamo una definizione.

L'Articolo 4 del Codice del Terzo Settore elenca espressamente le tipologie di enti che possono acquisire la denominazione di Ets. Tramite questo articolo è possibile individuare cinque vesti tipizzate che possono assumere gli enti in base alle loro necessità: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso e le reti associative. Alle imprese sociali è stata, invece, dedicata una disciplina *ad hoc*. Le forme appena elencate vengono definite "tipiche", in contrapposizione con le ultime categorie menzionate dal medesimo Articolo 4 del Codice quali: associazioni, riconosciute e non, fondazioni e altri enti di carattere privato che, invece, sono dette "atipiche".<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> La legge delega 106/2016 è stata attuata, oltre che dal D.Lgs. 117/2017, dal D.Lgs. 112/2017, Revisione della disciplina in materia di impresa sociale; D.Lgs. 111/2017, Disciplina dell'istituto del cinque per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche; D.Lgs. 40/2017, Istituzione e disciplina del servizio civile universale; e D.P.R. 28 luglio 2017, Approvazione dello statuto della Fondazione Italia Sociale.

Sulla riforma del Terzo Settore si vedano: A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo Settore. Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Torino, 2017; M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018; F. LOFFREDO, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018; P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018; A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale, Una introduzione*, Napoli, 2018; ID., *Un diritto per il terzo settore*, Napoli, 2020; A. FICI-E. ROSSI-G. SEPIO-P. VENTURI, *Dalla parte del terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari-Roma, 2020; F. DONATI-F. SANCHINI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019; A. FUSARO, *Gli enti del Terzo Settore. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2022.

<sup>10</sup> L'istituzione del RUNTS è avvenuta con il D.M. 15 settembre 2020, n. 106 pubblicato sulla gazzetta ufficiale del 21 ottobre 2020, e la sua piena operatività solo a seguito del Decreto direttoriale 26 ottobre 2021, n. 561 pubblicato in G.U. 11 novembre 2021, n. 269 e con decorrenza dal 23 novembre 2021.

<sup>11</sup> Relazione Illustrativa - Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106" "Il Titolo secondo reca disposizioni generali sugli enti del Terzo settore, volte soprattutto alla loro identificazione generale e dunque a disegnare la loro identità giuridica di fondo. L'articolo 4, comma 1, li individua, chiarendo che sono enti del Terzo settore non solo quelli "nominati" e specificamente disciplinati dalle legge, come le organizzazioni di volontariato o le imprese sociali, ma anche tutte le altre associazioni e fondazioni che, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, svolgono una o più attività di interesse generale in forma di azione

Nonostante non trovino nel nuovo Codice una regolazione dettagliata ed esaustiva, le fondazioni vengono in ogni caso riconosciute come possibili destinatarie del Codice del Terzo Settore e, unitamente alle associazioni, godono di una disciplina specifica agli Articoli 20 e seguenti dello stesso.

Per quanto concerne invece gli scopi e le relative modalità di perseguimento, il legislatore della riforma ha optato per l'inserimento di una elencazione più puntuale rispetto a quella precedente, precisando quelle che possono essere le attività di interesse generale svolte dagli Ets.

Infatti, *in primis*, viene espressamente stabilito all'Articolo 5 del Codice che gli enti del Terzo Settore devono, per poter godere di tale qualifica, perseguire, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

A completamento di tale disposizione, il legislatore ha inserito, nel medesimo Articolo del Codice, un lungo elenco di attività che gli enti possono e devono svolgere, in via principale, per il perseguimento delle finalità richieste.

Occorre però rilevare che, nonostante una perimetrazione più precisa rispetto a quella del codice civile, di cui abbiamo già fatto cenno, ampia parte della dottrina ha criticato tale elencazione, ritenendola troppo ampia e generica, con eccessivi rimandi alla legislazione speciale.<sup>12</sup>

In merito all'istituto fondazionale, inoltre, rileva sottolineare che nel D.lgs. 117/2017 ne viene normativamente riconosciuta una nuova e diversa veste rispetto a quella disciplinata nel codice civile, che dalla dottrina è detta "ibridazione", conseguente all'inadeguato e rigido modello del codice civile stesso.<sup>13</sup>

Viene infatti regolata quella che è stata qualificata come fondazione di partecipazione, la quale assume caratteri sempre più vicini a quelli dell'istituto dell'associazione, diventando un ente partecipativo, con carattere molto più "aperto" rispetto a quella civilistica.<sup>14</sup>

La fondazione di partecipazione è stata coniata in tempi recenti, dal giurista Enrico Bellezza, ed è nata in connessione con la trasformazione degli enti pubblici in fondazioni private, le quali però, come già precisato, non trovano una compiuta disciplina all'interno del codice civile.

---

volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, e che siano inoltre iscritte nel registro unico nazionale del Terzo settore. Pertanto, oltre a enti del Terzo settore "tipici", il Codice ammette enti del Terzo settore "atipici" in forma di associazione o di fondazione."

<sup>12</sup> Senza pretesa di completezza, inoltre, occorre rilevare che ai sensi dell'Articolo 5, comma 2, D.Lgs. 117/2017 l'elenco delle attività previste dal legislatore nel primo comma del medesimo articolo sembra non essere granitico, in quanto è espressamente previsto che: "l'elenco delle attività di interesse generale di cui al comma 1 può essere aggiornato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest'ultimo può essere comunque adottato."

<sup>13</sup> A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in Riv. Dir.Civ, 2005, p.365.

<sup>14</sup> D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore Commento al Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n.117*, Pisa, 2018, p. 208.

Bellezza riassume la definizione delle fondazioni di partecipazione in due caratteristiche di base quali: elemento patrimoniale tipico delle fondazioni ed elemento personale tipico delle associazioni:<sup>15</sup> «Si tratta di fondazioni non più istituite ad opera di un singolo soggetto, sia esso persona fisica ovvero impresa, ma costituite da una pluralità di soggetti (privati e/o pubblici), che condividono una medesima finalità di pubblico interesse»<sup>16</sup>.

Sono fondazioni dal carattere patrimoniale aperto, che permettono un'apertura sia al pubblico che al privato, permettendo l'adesione di nuovi membri e nuovi finanziamenti.

Pertanto, all'interno del Codice del Terzo Settore troviamo un modello di fondazione profondamente diverso da quello del codice civile il quale, ad oggi, ha carattere residuale e profili più simili a quelli previsti dalla disciplina degli enti filantropici, di cui all'Articolo 37 del Codice del Terzo Settore.<sup>17</sup>

Nella prospettiva che qui interessa, non potendo approfondire la disciplina di tali fondazioni, preme sottolineare però che, grazie al carattere di maggiore flessibilità e apertura verso l'esterno, sono ad oggi la tipologia più utilizzata, anche in ambito artistico e culturale.

4. Per ciò che concerne l'arte e il patrimonio artistico, occorre rilevare che le fondazioni che vogliono orientare la propria attività verso tali settori trovano esplicito riconoscimento ai punti *f*) e *i*) dell'Articolo 5 del Codice del Terzo Settore.<sup>18</sup>

Già nelle discipline precedenti lo scopo indicato nell'atto costitutivo di una fondazione poteva guardare alla cultura e all'arte.

Ricordiamo, infatti, che tale scopo permetteva, ad esempio, di ottenere il riconoscimento di persona giuridica a livello regionale, in quanto ricompreso nel D.P.R. 616/1977.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le Fondazioni del Terzo Millennio (Pubblico e Privato per il non profit)*, Firenze, 1998; M. D'ISANTO-S. CONSIGLIO-A. RITANO, *Una risposta per l'alleanza tra pubblico e società civile: la fondazione di partecipazione*, in Riv. *Il giornale delle fondazioni*, 2018, p. 2.

<sup>16</sup> A. SANTUARI, *Trasformazione di una società a responsabilità limitata in una fondazione di partecipazione*, In Riv. *Persona e Danno*, 2018, cit. p.3.

<sup>17</sup> Le fondazioni filantropiche hanno raccolto l'eredità delle fondazioni erogatrici del codice civile. M. CENINI, *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Torino, 2023, pp. 169 ss; M. GORGONI (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018.

<sup>18</sup> Articolo 5 D.Lgs. 117/2017 "Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Si considerano di interesse generale, se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, le attività aventi ad oggetto: (...) *f*) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni; (...) *i*) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;"

<sup>19</sup> REDAZIONE, *Come costituire una fondazione*, in Riv. *vita.it*, 2 maggio 2001.

Articolo 49 D.P.R. 616/77 "Attività di promozione educativa e culturale. Le regioni, con riferimento ai propri statuti ed alle proprie attribuzioni, svolgono attività di promozione educativa e culturale attinenti precipuamente alla comunità regionale, o direttamente o contribuendo al sostegno di enti, istituzioni, fondazioni, società regionali o a prevalente partecipazione di enti locali e di associazioni a larga base rappresentativa, nonché contribuendo ad iniziative di enti locali o di consorzi di enti locali. Le funzioni delle regioni e degli enti locali in ordine alle attività di prosa, musicali e cinematografiche, saranno riordinate con la

Altresì, la qualifica di Onlus poteva essere attribuita alle fondazioni che svolgevano attività di promozione della cultura e dell'arte o di valorizzazione e tutela di beni di interesse artistico.<sup>20</sup>

Risulta chiaro che lo scopo artistico culturale, nel mondo delle fondazioni, ha sempre avuto un ruolo non trascurabile dal legislatore.

L'ente-fondazione, infatti, consente al collezionista o all'investitore di mantenere il controllo dei beni collocati al suo interno e definirne i fini a cui sono destinati, godendo altresì dei relativi benefici fiscali.

Non meno rilevante è stata l'introduzione della fondazione di partecipazione, di cui abbiamo già trattato, che ha sicuramente incentivato l'utilizzo di tale istituto.

Tramite la fondazione di partecipazione, infatti, è possibile creare una rete di rapporti tra pubblico e privato che, in tali spazi di operatività, assume carattere imprescindibile.

L'ente pubblico, con tali declinazioni dei modelli fondazionali, può quindi aderire ad una fondazione già costituita da soggetti privati, il cui scopo sia di pubblico interesse, incidendo sulla organizzazione e sul funzionamento dell'ente.

In base alla partecipazione pubblica nell'ente la fondazione può essere controllata, gestita o semplicemente partecipata dall'amministrazione pubblica.

Nel caso di semplice partecipazione, l'incidenza pubblica può essere esercitata, ad esempio, tramite la previsione statutaria che soggetti nominati dall'ente pubblico facciano parte di alcuni organi della fondazione, tra cui in particolare il consiglio di amministrazione.<sup>21</sup>

L'amministrazione pubblica può altresì assumere la veste di semplice sostenitore, partecipando finanziariamente al perseguimento dello scopo istituzionale dell'ente.

Ciò precisato, anche alla luce delle positive novità normative di cui abbiamo, senza pretesa di completezza, appena trattato, è inevitabile rilevare che nient'altro è stato previsto dal legislatore della riforma per dare un impianto maggiormente stabile ed efficiente alle fondazioni culturali e artistiche. Quest'ultime, come visto, si possono collocare tra i fruitori della disciplina del Codice del Terzo Settore, godendo sicuramente dei relativi benefici, sia dal punto di vista fiscale, che organizzativo.

---

legge di riforma dei rispettivi settori, da emanarsi entro il 31 dicembre 1979. Sono trasferite alle regioni le funzioni amministrative concernenti le istituzioni culturali di interesse locale operanti nel territorio regionale e attinenti precipuamente alla comunità regionale. L'individuazione specifica di tali istituzioni è effettuata con decreto del Presidente della Repubblica, sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con i Ministri competenti, previa intesa con le regioni interessate."

<sup>20</sup> Articolo 10 D.Lgs. 460/1997 "1.Sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica, i cui statuti o atti costitutivi, redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata, prevedono espressamente: a) lo svolgimento di attività in uno o più dei seguenti settori: (...) 7) tutela, promozione e valorizzazione delle cose d'interesse artistico e storico di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, ivi comprese le biblioteche e i beni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409; (...) 9) promozione della cultura e dell'arte;"

<sup>21</sup> M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006 (Supplemento al N. 2/2007).

5. Uno dei maggiori esponenti del panorama italiano di ciò che è stato fino ad ora illustrato è sicuramente la fondazione Pirelli HangarBicocca ente del Terzo Settore.

Come indicato dall'Articolo 9 dello Statuto "Fondatore Promotore e Fondatori" ad oggi risulta essere la società "Pirelli & C. S.p.A". La Fondazione come si evince dal primo articolo dello Statuto riveste lo schema giuridico di Fondazione di Partecipazione e, pertanto, sempre al medesimo Articolo 9 dello Statuto, si prevede una struttura aperta.

Infatti, a seguito di delibera del consiglio di Amministrazione, potranno assumere la qualifica di fondatori, durante la vita dell'ente, anche persone giuridiche, pubbliche o private, ed enti, che contribuiscano attivamente al patrimonio della Fondazione stessa.

È statuito che la Fondazione non ha scopo di lucro e persegue le finalità richieste dall'Articolo 5 del Codice del Terzo Settore.

La Fondazione si prefigge lo scopo di promuovere e diffondere l'arte e, in particolare, l'arte contemporanea. All'Articolo 2 dello Statuto<sup>22</sup> della Pirelli HangarBicocca ETS, infatti, troviamo un esempio delle attività che una fondazione artistica può svolgere, con esplicito richiamo all'Articolo 5, comma 1, lett. *i*) e *f*), D.Lgs. 117/2017.

Sicuramente merita rilievo l'attività di tutela e conservazione dei beni di cui al Codice dei beni culturali svolta dalla Fondazione, ma anche il ruolo di promotrice e finanziatrice di arte contemporanea che la stessa riveste.

Per quanto qui di interesse, occorre sottolineare che la Pirelli HangarBicocca ETS nasce prima della riforma del Terzo Settore e che, già nel 2008, aveva ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, tramite iscrizione presso la Prefettura di Milano nell'apposito registro al nr. 914.

---

<sup>22</sup> Articolo 2 Statuto Fondazione Pirelli HangarBicocca ETS "Scopi e attività di interesse generale - La Fondazione non ha scopo di lucro e persegue esclusivamente finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento, in via principale, delle attività di interesse generale di cui al presente articolo. In particolare, la Fondazione realizza, promuove e diffonde espressioni della cultura e dell'arte con particolare riferimento all'arte contemporanea, in quanto strumenti di comprensione della realtà, portatori di innovazione creativa e di crescita sociale. In detto ambito la Fondazione svolge attività di tutela, conservazione, promozione, valorizzazione e gestione dei beni di interesse artistico di cui al D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modifiche e integrazioni, anche tramite la realizzazione di mostre, esposizioni od altri programmi culturali specifici. La tutela e la conservazione dei beni di interesse artistico, riservata in linea generale alla competenza statale, è connessa ai beni di cui la fondazione è e sarà proprietaria. La Fondazione produce e realizza esposizioni di arte contemporanea e sostiene gli artisti a livello locale e internazionale, così come qualsiasi percorso, mezzo e/o modalità in cui l'arte e la cultura si esprimono, in un contesto di interazione tra i diversi settori del sapere, delle arti, della letteratura, del conoscere. (...) La Fondazione persegue le proprie finalità mediante lo svolgimento, in via principale, delle seguenti attività di interesse generale: - organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lett. *i*) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117. - interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lett. *f*) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117. (...)"

La sua denominazione precedente era infatti HANGAR BICOCCA- Spazio per l'Arte contemporanea e, solo nel 2023, a seguito di apposita procedura di iscrizione al RUNTS e relativa modifica statutaria, diventa un ente del Terzo Settore ai sensi del D.Lgs. 117/2017.

La Pirelli HangarBicocca ETS ha, anche grazie ai suoi svariati progetti culturali e di istruzione, una forte connessione con le istituzioni pubbliche. Infatti, appare importante rilevare che, ai sensi dell'Articolo 13 dello Statuto, un membro del Consiglio di Amministrazione deve essere designato dal "Comune di Milano" evidenziando, ancora una volta, la forte connessione con il territorio e gli enti pubblici, elemento tipico delle fondazioni di partecipazione.

La Fondazione si pone come soluzione alla mancanza di un museo di arte contemporanea per la città di Milano e, si noti, a fruizione totalmente gratuita.

Infatti, già dagli esordi nel 2004 ha iniziato a proporre mostre permanenti di grande rilevanza e attrattiva<sup>23</sup> - ad oggi ancora presenti - e negli anni ha sviluppato progetti artistici e mostre temporanee senza eguali, assumendo, pertanto, anche rilievo internazionale.

6. Il Codice del Terzo Settore, come si è potuto osservare, rappresenta una svolta importante nella disciplina degli enti non profit.

Il percorso tortuoso che caratterizza l'emanazione e l'entrata in vigore effettiva di questo dettato normativo è espressione della delicatezza del tema trattato.

La legge delega del giugno 2016 poneva degli obiettivi chiari e precisi, sui quali avrebbe dovuto orientarsi il governo nella formulazione del nuovo codice.

Tali scopi, come anzidetto, si erano resi necessari alla luce della disordinata normativa che caratterizzava il Terzo Settore.

Per risolvere tali incertezze il legislatore aveva previsto esplicitamente nella legge delega la relativa riforma della disciplina codicistica.

---

<sup>23</sup> Sicuramente l'opera più famosa, che rappresenta il grande progetto della fondazione Pirelli HangarBicocca ETS è l'installazione permanente site-specific di Anselm Kiefer, I Sette Palazzi Celesti "Le sette torri – del peso di 90 tonnellate ciascuna e di altezze variabili tra i 13 e i 19 metri – sono realizzate in cemento armato utilizzando come elementi costruttivi moduli angolari dei container per il trasporto delle merci. Anselm Kiefer ha inserito tra i vari piani di ciascuna torre libri e cunei in piombo, che, comprimendosi sotto il peso del cemento, garantiscono maggiormente la staticità delle strutture. Per l'artista l'utilizzo di questo metallo non ha solo un valore funzionale, ma anche simbolico: il piombo, infatti, è considerato nella tradizione materia della malinconia. I Sette Palazzi Celesti rappresentano un punto d'arrivo dell'intero lavoro dell'artista e sintetizzano i suoi temi principali proiettandoli in una nuova dimensione fuori dal tempo: l'interpretazione dell'antica religione ebraica; la rappresentazione delle rovine dell'Occidente dopo la Seconda guerra mondiale; la proiezione in un futuro possibile da cui l'artista ci invita a guardare il nostro presente. Dal settembre 2015, cinque grandi tele, realizzate tra il 2009 e il 2013, arricchiscono e ampliano l'installazione permanente di Anselm Kiefer. Il riallestimento, a cura di Vicente Todolí, ripensa e conferisce un nuovo significato al lavoro dell'artista. Le cinque grandi tele – Jaipur (2009); due opere della serie Cette obscure clarté qui tombe des étoiles (2011); Alchimie (2012); Die Deutsche Heilslinie (2012-2013) – sono esposte nello spazio delle Navate che accoglie l'installazione permanente, conferendo un nuovo significato al capolavoro di Anselm Kiefer." Descrizione disponibile sul sito <https://pirellihangarbicocca.org/>

Tale obiettivo non è stato ottemperato. Il governo ha optato per una seconda via: fornire una nuova e organica disciplina agli enti del Terzo Settore, senza rimaneggiare il codice civile, e mantenendolo come alternativa per gli altri enti senza scopo di lucro, che non rientrano nel nuovo Codice.

Secondo alcuni cultori della materia tale alternatività non è lesiva della nuova normativa e non crea disordini, ma anzi, evidenzia che non tutti gli enti non profit sono anche enti del Terzo Settore e, in tal modo, spingerà le formazioni sociali a dotarsi di nuove regole.<sup>24</sup>

Nonostante ciò, anche se la disciplina emanata risulta innovativa ed alternativa a quella del codice civile, è possibile prevedere che in futuro saranno necessari ulteriori interventi.

Parte della dottrina ritiene, infatti, che anche il testo del nuovo Codice risulti essere incompleto; il frequente rimando ad altre norme esterne potrebbe non solo creare problemi applicativi e disordini, ma anche un appesantimento procedurale, dato dal frequente richiamo alla disciplina societaria.<sup>25</sup>

Nel Codice si riscontra un preciso inquadramento degli enti del Terzo Settore e si è cercato di fare chiarezza sui confini dell'obbligo di assenza di lucro soggettivo, aprendo tuttavia la possibilità che l'ETS svolga attività commerciale, anche in modo prevalente ed esclusivo. Non sono tuttavia disciplinate le specifiche attività commerciali che l'ente può svolgere, non è chiaro se vi siano delle soglie, dal punto di vista civilistico, che non possono essere superate così come non è chiara la qualificazione di alcune fonti di finanziamento tipiche degli ETS, quali ad esempio le sponsorizzazioni, le quali potrebbero ricadere sia tra le attività commerciali, che tra le "attività diverse" ai sensi dell'Articolo 6 oppure ancora nell'Articolo 7 dedicato alla raccolta fondi.

Tutto ciò ha un particolare impatto sulle fondazioni artistiche e culturali che, per loro natura e per il tipo di attività svolta, non possono sostenersi esclusivamente sui lasciti e sulle donazioni da parte dei privati. L'attività economica, se non addirittura commerciale, nonché le varie forme di sponsorizzazione e mecenatismo sono le principali fonti di sostentamento di tali enti.

Sul punto, possiamo ancora una volta guardare alla Fondazione Pirelli HangarBicocca ETS che, come abbiamo già detto, è a fruizione del pubblico completamente gratuita.

La stessa, infatti, trova i propri mezzi di sostentamento non solo da eventuali donazioni o disposizioni testamentarie, ma da tutta una rete di attività collaterali e tipica delle fondazioni culturali, che non sempre trova una facile collocazione tra le attività previste dal Codice.

La Fondazione, per esempio, offre un programma di *membership* sia rivolto ai privati che ad un contesto Corporate, che prevede, attraverso il pagamento di una quota annuale- il cui ricavato è destinato al

---

<sup>24</sup> G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in Riv. Nuova giur. Civ., 2017, 5, 726.

<sup>25</sup> M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n.117): un'occasione mancata?*, In Riv. Le Nuove Leggi Civ. Comm., 2018, 1.

perseguimento degli scopi della stessa- alcuni privilegi quali: attività dedicate, accessi privilegiati agli eventi, anteprime delle mostre e sconti riservati.

Inoltre, all'interno della Fondazione sono svolte anche attività di commercializzazione, come quella del *bookshop* o dell'*e-shop*, che offrono la vendita di cataloghi delle mostre, edizioni limitate degli artisti e oggetti di merchandising.<sup>26</sup>

Un ulteriore esempio è l'attività posta in essere dalla Pirelli HangarBicocca ETS di sostegno agli artisti a livello locale e internazionale, svolto in qualità di promotore e "creatore" di arte contemporanea.

Anche in questo secondo caso, non è sempre agevole trovare una collocazione all'interno del Codice di tali attività di sostegno e, di conseguenza, come le stesse debbano essere correttamente regolate.

Tutte queste attività, di cui qui possiamo solo offrire alcuni esempi, sono spesso svolte dalle fondazioni culturali e ne caratterizzano e ne permettono l'operatività stessa. Il Codice però, come detto, non ne prevede una disciplina specifica, ma anzi sembra dare per scontato che le fondazioni culturali inevitabilmente debbano adattarsi ad una disciplina che sembra, ci si permetta, più destinata ad enti che svolgono attività prettamente sociali e filantropiche.

In tal senso, ci basti accennare all'Articolo 5, comma 1, lett. *i*) del Codice, il quale prevede espressamente che le attività di organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative debbano essere altresì di interesse sociale. L'interesse sociale, pertanto, costituisce un requisito supplementare dichiaratamente richiesto a tali attività, ai fini della loro riconduzione nel perimetro dell'interesse generale richiesto dalla normativa ETS<sup>27</sup>, ma che non sempre risulta di facile individuazione, o comunque esplicitazione, per le attività svolte da una fondazione culturale.

Alla luce di ciò, è possibile affermare che il Codice del Terzo Settore porta una rilevante modernizzazione dell'istituto della fondazione.

Tramite questo vengono superati i rigidi schemi codicistici, per far spazio ad una disciplina più flessibile e variegata, derivante anche dall'espresso riconoscimento normativo della fondazione di partecipazione.

---

<sup>26</sup> Articolo 3 Statuto Fondazione Pirelli HangarBicocca ETS "(...) *i*) svolgere, in via accessoria e strumentale al perseguimento dei fini istituzionali attività di commercializzazione, anche con riferimento al settore dell'editoria, nei limiti delle Leggi vigenti, e degli audiovisivi in genere, fermo restando il rispetto dei limiti e criteri di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 e successive modifiche e integrazioni".

<sup>27</sup> Nota n. 11379, 4 agosto 2022, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Generale del Terzo settore e della responsabilità sociale delle imprese, Parere sui concetti di interesse sociale e di particolare interesse sociale di cui all'articolo 5 del d.lgs 117/2017 (Testo approvato dal Consiglio nazionale del Terzo settore nella seduta del 5 luglio 2022): "Non è dunque sufficiente che un'attività sia oggettivamente qualificabile come - ad esempio - ricreativa, ma è necessario che questa riveli un'attitudine a svolgere quella funzione sociale genericamente acclusa all'identità peculiare dell'ente di Terzo settore. La funzione sociale delle attività interessate va osservata alla luce delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale richiamate dal legislatore tra i requisiti che caratterizzano lo schema identitario e di azione dell'ente, nel caso di specie, in sede di dispiegamento delle attività de quibus. Si può ritenere che ogni attività culturale, artistica o ricreativa che abbia come scopo la sensibilizzazione della collettività ai principi e valori della Costituzione italiana, rientri autonomamente nel quadro di quelle di interesse sociale (...)".

Le fondazioni culturali ed artistiche, di cui alla presente analisi, ottengono, con la riforma del Terzo Settore, un esplicito riconoscimento non solo per l'organizzazione prevalentemente utilizzata di fondazione di partecipazione, ma anche per le attività esercitate, alle quali viene riconosciuto il carattere di interesse generale.

Nel Codice, il legislatore riconosce questi campi di attività, in cui effettivamente non riesce a garantire una completa gestione statale, favorendo un nuovo rapporto di collaborazione tra enti privati e pubblici, al fine di migliorarne l'efficacia<sup>28</sup>.

Prima dell'introduzione di tale disciplina normativa i presenti scopi, come si è visto, erano riconosciuti solamente da varie discipline speciali e pertanto con il nuovo Codice assumono ulteriore rilevanza e centralità<sup>29</sup>.

Come illustrato nel paragrafo precedente, anche la Pirelli HangarBicocca ETS ha optato per abbracciare la regolamentazione offerta dal nuovo codice, che quindi, in un'ottica di costi e benefici, è stata sicuramente valutata positivamente.

È possibile ritenere che, con la recente disciplina, si vada delineando una nuova frontiera per le fondazioni artistiche e culturali potendo, tuttavia, prevedere, per i motivi già illustrati, problemi di organizzazione e vari nodi interpretativi. Questi ultimi si manifesteranno anche a causa della mancanza di una disciplina che tenga in considerazione realmente e specificatamente le attività culturali e connesse, svolte da tali enti.

Appare come detto evidente che non sono state prese in considerazione dal Codice le svariate necessità e problematiche in cui possono incorrere enti che svolgono un ruolo ed un'attività così delicata come quella culturale e artistica. La riforma potrà rendere più elastica la disciplina fondazionale, incentivando ulteriormente il suo già amplissimo utilizzo nel settore arte, ma incontrerà sicuramente la necessità di un'applicazione interpretativa delle norme, le quali dovranno essere adeguate alle esigenze concrete; oppure, nello scenario più ideale, ove la nuova disciplina non riesca a restare al passo con le esigenze anche degli enti culturali, ci si auspica che il legislatore opti per dare una disciplina più di dettaglio anche per questi che, come già detto, svolgono nel panorama italiano un ruolo di primaria importanza.

---

<sup>28</sup> M. D'ISANTO- S. CONSIGLIO- A. RITANO, *Una risposta per l'alleanza tra pubblico e società civile: la fondazione di partecipazione*, in Riv. *Il giornale delle fondazioni*, 15 gennaio 2018 cit. «La Fondazione di partecipazione potrebbe rappresentare, quindi, la veste giuridica ideale per dare nuova vita a tantissimi luoghi culturali che lo Stato, gli Enti Locali, la Chiesa e tanti privati non sono in grado, da soli, di salvaguardare e gestire, mettendo al centro gli interessi della comunità locale. ».

<sup>29</sup> F. MANNINO, *Riforma del Terzo settore: quale futuro per le non profit culturali?*, in Riv. *Il giornale delle fondazioni*, 17 giugno 2017.

## La forza del “consenso” e cosa ci insegna il caso Pelicot: dall’opera di Manon Garcia alla proposta di legge Boldrini ed altri.

SOFIA ERMINI  
Dottoressa in Giurisprudenza

Il contributo, partendo da una breve introduzione sul famoso processo Pelicot e sull’opera di Manon Garcia, si propone di delineare la situazione attuale nell’ordinamento italiano per quanto concerne il reato di violenza sessuale e il rapporto di questo col concetto di consenso, anche alla luce della recente presentazione delle proposte di legge Boldrini ed altri.

The paper, starting from a introduction relating to famous Pelicot’s proceeding and Manon Garcia’s book, has the purpose to explain the situation about current italian legal system relate to sexual violation crime and the relation between these and consent concept, also for the recent presentation of Boldrini and other’s bill.

SOMMARIO: 1. Storia del caso Pelicot nell’opera di Manon Garcia. -2. Il tema del consenso nell’ordinamento francese. -3. Il consenso nel reato di violenza sessuale: ordinamento italiano. -4. Criticità e dubbi sulla riforma approvata alla Camera. -5. Conclusioni.

1. Manon Garcia, nella sua opera “*Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot?*”, traccia una sintesi del processo relativo ai fatti di Mazan, approfondendo il tema del consenso nei reati di violenza sessuale. Quando si parla del caso “*Pelicot?*”, ci si riferisce al processo tenutosi presso il Tribunale di Avignone nel 2024, avente ad oggetto le violenze sessuali subite dalla sig.ra Pelicot, e perpetrate da suo marito congiuntamente ad altri uomini, tra luglio 2011 e ottobre 2020. Il sig. Dominique Pelicot, in tutto il periodo sopra indicato, e presso l’abitazione coniugale di Mazan, drogava sua moglie per poi consentire a che terzi potessero violentarla, in sua presenza e tramite riprese video.

La vicenda in oggetto saltava alle cronache nel momento in cui il sig. Dominique veniva sorpreso da un vigilante in un supermercato di Carpentras, intento a riprendere col proprio telefonino sotto le gonne di alcune avventrici. Da qui scaturivano le indagini che facevano emergere i famosi video delle violenze sessuali perpetrate dall’imputato, individuati anche nel pc di Pelicot e contenuti in una cartella denominata “ABUS” (abuso). Durante l’analisi dei dispositivi di Dominique, gli inquirenti rilevavano, altresì, la presenza attiva dell’imputato in una denominata “à son insu” (a sua insaputa), presente su Chat.gogo; all’interno delle conversazioni si discuteva delle modalità con cui rendere incoscienti le proprie vittime attraverso l’utilizzo di stupefacenti o sonniferi.

Il 02.11.2020 i coniugi Pelicot venivano convocati dalla polizia e, proprio in questa occasione, venivano mostrate per la prima volta a Giselle le foto di lei, trovate nei dispositivi del marito, addormentata sul letto; la vittima comprendeva in quel momento ciò che effettivamente aveva subito il suo corpo negli anni ed il

giorno stesso il sig. Pelicot veniva immediatamente arrestato, dichiarandosi, peraltro, colpevole, con l'accusa di violenza sessuale aggravata.

Il 19.06.2024, il giudice istruttore chiedeva il rinvio a giudizio per il sig. Pelicot ed altri 50 imputati, individuati ed identificati tramite le video registrazioni, nonché foto, rinvenuti nei dispositivi elettronici di Dominique. Il 19 dicembre 2024 si concludeva il processo con una pronuncia di condanna per il sig. Pelicot, principale imputato, nonché per gli altri uomini che con esso avevano preso parte al reato di violenza sessuale. Una circostanza che emergeva, particolarmente, durante il complesso *iter* processuale, era rappresentata dalle dichiarazioni degli imputati circa la presenza di consenso da parte della vittima; alcuni di questi, addirittura, invocavano a propria discolta lo stato di sonnolenza della sig.ra Pelicot durante gli atti sessuali (ronfiava o sembrava emettere suoni di una persona in stato di dormiveglia). Con riferimento a quest'ultima circostanza, l'analisi dei consulenti tecnici dimostrava che quel tipo di respirazione soporifera era da considerarsi conseguenza diretta dei farmaci che Dominique faceva assumere alla moglie al fine di renderla incosciente.

2. L'autrice, all'interno dell'opera, pone in maniera evidente l'accento sul concetto di consenso nei reati di violenza sessuale, partendo dalla prospettiva dell'ordinamento giuridico francese, con un occhio alla prospettiva filosofica (suo ramo professionale). Preliminarmente, occorre sottolineare come il concetto stesso di consenso non sia ancora ben chiaro ai più, ovvero ai non tecnici del campo del diritto, ed è questo il punto su cui bisogna maggiormente riflettere per poter attuare un cambiamento radicale all'interno della società<sup>1</sup>. I primi passi sono stati compiuti con il movimento *Mee Too*, il quale ha inciso in maniera pregnante sulla consapevolezza dei rapporti sessuali e del consenso quale elemento fondamentale al fine di considerare questi ultimi come liberi, senza coercizione.

In Francia tale fenomeno aveva inciso in maniera profonda sul pensiero collettivo, già prima dell'avvento del processo Pelicot, che ha dato la spinta finale alla riforma del reato di violenza sessuale. Difatti gli artt. 222-23 del Codice penale francese trattano, attualmente, del reato di violenza sessuale senza definirlo tramite il concetto di consenso all'atto sessuale, ma specificandone le modalità dell'atto, sia dal punto di vista fisico, che di coercizione della volontà o uso della forza. Nel processo Pelicot, tuttavia, il giudice istruttore, anche durante gli interrogatori, si domandava spesso se fosse presente consenso da parte della vittima durante gli atti sessuali, come se tale elemento fosse imprescindibile rispetto alla liceità del rapporto sessuale intrapreso<sup>2</sup>. Anche le parti in causa, tra cui l'avvocato di Gisele Pelicot, il Pubblico Ministero, nonché il Presidente del Tribunale, evidenziavano come dovesse essere un onere del partner

---

<sup>1</sup> M. GARCIA, *Vivere con gli uomini. Che cosa ci insegna il caso Pelicot*, 2025, Torino, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

accertarsi della sussistenza del consenso da parte dell'altro (attivo), e che lo stesso dovrà permanere durante tutto lo svolgimento del rapporto sessuale.

All'interno dell'opera, peraltro, viene citata dall'Autrice la giurista francese Catherine Le Magueresse, la quale in “*Les pièges du consentement*” evidenzia che: “la presunzione di consenso è una finzione legale e culturale che dispensa colui che dà inizio a un contatto sessuale dall'accertarsi dell'effettivo consenso – o persino desiderio – dell'altro” dando, pertanto, per scontato il consenso di una donna all'atto sessuale; da questo punto di vista la giurista auspica un mutamento della normativa sulla falsa riga di quelle previste da altri ordinamenti UE, ma anche extra UE (come ad esempio il modello canadese). In base a quest'ultimo, difatti, viene considerata violenza “un rapporto sessuale non consenziente”, e così facendo si pone l'accento sul consenso come assenso volontario (da esprimersi in base a varie modalità)<sup>3</sup>.

Grazie anche al dinamismo dell'opinione pubblica, finalmente il Parlamento francese, il 23.10.2025, con un voto quasi unanime, ha dato il via alla riforma per la quale: “La violenza sessuale si verifica quando una persona compie un atto sessuale senza aver ricevuto il consenso libero e informato dell'altra”. Si è realizzata, pertanto, la tanto attesa centralità del *consentement* nel reato di violenza sessuale, non più oggetto di libera interpretazione (soggettiva) da parte delle autorità giudicanti e non solo.

L'approdo alla riforma del reato di violenza sessuale è stato raggiunto anche come conseguenza all'influenza promanata dalla pronuncia della Corte E.D.U., del 4 aprile 2025, nella quale la Francia veniva condannata per non aver adempiuto agli obblighi sostanziali e processuali, che vincolano ogni Stato ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU, ogni qualvolta si verta in materia di reati sessuali aventi carattere non consensuale. Nella pronuncia sopramenzionata protagoniste erano tre minori (diverse pronunce con lo stesso *petitum*) e, quindi, proprio per tale caratteristica anagrafica, veniva evidenziata l'importanza data al concetto di consenso, al fine di stabilire il limite tra rapporto sessuale lecito o meno; la Corte Edu nel condannare lo Stato francese specifica che: “I tribunali nazionali non hanno analizzato debitamente l'effetto di tutte le circostanze del caso, né hanno tenuto sufficientemente conto, nella loro valutazione, del discernimento e del consenso dei ricorrenti”<sup>4</sup>.

La Corte Edu ritornava poi sul punto, solo il 04.09.2025, con la pronuncia *E.A. ET ASSOCIATION EUROPÉENNE CONTRE LES VIOLENCES FAITES AUX FEMMES AU TRAVAIL c. FRANCE*, n. 30556/22, nella quale riscontrava chiaramente delle lacune nella legislazione francese proprio sul concetto di consenso, in particolare sull'essenzialità dell'assenza di quest'ultimo al fine di integrare il reato di violenza sessuale. Difatti, nella motivazione, i giudici di Strasburgo chiarivano che negli artt. 222-223 del Codice penale francese non viene menzionato il “consenso”, nonostante questo venisse preso in

<sup>3</sup> M. GARCIA, *op. cit.*, p. 15 ss.

<sup>4</sup> V. Corte e.d.u., 24 aprile 2025, L. e altri contro Francia, p. 83, n. 249, “*les juridictions internes n'ont pas dûment analysé l'effet de toutes les circonstances environnantes ni n'ont suffisamment tenu compte, dans leur appréciation du discernement et du consentement des requérantes*”.

considerazione nella giurisprudenza sul tema. Peraltro, la Corte evidenziava, altresì, che la Francia è uno dei firmatari della Convenzione di Istanbul, e il 21.01.2025 nel contesto di quest'ultima veniva presentato il disegno di legge n. 842 col quale si richiedeva di integrare il concetto di consenso nelle definizioni dei reati aventi ad oggetto violenza sessuale<sup>5</sup>.

3. L'attuale formulazione dell'art. 609-bis c.p., come da Legge n. 66 del 15 febbraio 1996, enuncia così l'inquadramento del reato di violenza sessuale: "Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni"; pertanto, nella forma attuale la fattispecie di reato viene ad integrarsi senza che il consenso assuma un qualche ruolo, poiché nemmeno enunciato. Nonostante tale condizione, che non vincola l'Autorità giudicante all'accertamento della presenza del consenso da parte della vittima all'atto sessuale, in varie pronunce della Corte di Cassazione lo stesso è stato assunto quale elemento indispensabile e discriminante ai fini di stabilire un limite tra la liceità o meno di una condotta relativa a rapporti sessuali.

Difatti la giurisprudenza ha interpretato estensivamente il concetto di violenza, ma in particolar modo quello di restrizione, andando ad includere nel reato di cui all'art. 609-bis c.p. anche quelle condotte che non prevedono una specifica resistenza fisica da parte della vittima<sup>6</sup>. In questo tipo di interpretazione ha un ruolo centrale e di rilievo il concetto di "atto repentino": quando si tratta di fattispecie ad azione rapida, la vittima non ha il tempo materiale per poter in qualche modo reagire ed (o) appoggiare una resistenza fisica, integrandosi, pertanto, il reato di violenza sessuale per l'impossibilità materiale di esprimere un qualsiasi tipo di consenso; la giurisprudenza, quindi, accerta la penale responsabilità dell'imputato nonostante l'assenza di dell'espressione "consenso" nella formulazione letterale dell'art. 609-bis c.p., così come attualmente in vigore<sup>7</sup>.

A conferma della volontà del Supremo Consesso di estendere l'applicazione del reato di violenza sessuale, sotto il profilo del consenso, vi è il riferimento ai casi in cui l'assenso al rapporto sessuale non viene espresso dal partner, nemmeno in forma tacita, poiché incapace in quel momento di poterlo esprimere<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> V. Corte Suprema di Cassazione – Gruppo per l'attuazione dei protocolli con le Corte Edu e con la Corte di Giustizia, pronuncia segnalata "E.A. et Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France, n. 30556/22", p. 4ss.

<sup>6</sup> C. FURFARI, *La rilevanza del consenso nella struttura dell'art. 609-bis c.p.*, in Altalex.com.

<sup>7</sup> A. ANDRONIO, *Il progetto di modifica dell'art. 609-bis cod. pen. in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso. Intervista di Alessandro Andronio a Bartolomeo Romano e Andrea Bigiarini*, in <https://www.dirittojustiziacostituzione.it/wp-content/uploads/2025/12/Violenza-sessuale-e-libera-manifestazione-del-consenso-intervista-a-Bartolomeo-Romano-e-Andrea-Bigiarini-versione-completa-1.pdf>, p. 8ss. V. Cass., 1° febbraio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 618; Cass., 27 gennaio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, p. 508, e Cass., 24 novembre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, c. 333, con nota di G. LEINER, nonché in *Cass. pen.*, 2002, p. 1430.

<sup>8</sup> A. ANDRONIO, *Il progetto di modifica dell'art. 609-bis cod. pen. in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso. Intervista di Alessandro Andronio a Bartolomeo Romano e Andrea Bigiarini*, cit., p. 9ss.

Qui emerge l'importanza delle situazioni connesse al cosiddetto assenso artificiale, riferibile a circostanze per cui la vittima si trova in stato di incapacità psicofisica da assunzione di sostanze stupefacenti o abuso di alcolici. A riguardo, in più pronunce, l'autorità giudicante ha considerato invalido il consenso espresso da persona incapace, poiché ubriaca, al momento del compimento dell'atto sessuale<sup>9</sup>. Tuttavia, in queste casistiche emergono le difficoltà causate dalla lacuna dell'art. 609-*bis* c.p., poiché la capacità di intendere e di volere rappresenta un requisito di validità dell'assenso e non del consenso; inoltre, lo stesso reato, così come formulato, riconosce validità, altresì, all'assenso dell'incapace<sup>10</sup>.

Proprio nel caso Pelicot, Gisele, la vittima, veniva drogata e sottoposta a violenza in uno stato di sonnolenza indotto da stupefacenti e farmaci, tanto che alcuni degli imputati in sede di interrogatorio denunciavano l'assenza di illiceità dell'atto solo perché a loro dire la signora ronfiava, quindi, in stato di sonnolenza. Fattispecie come quella sopra descritta dimostrano che in molti casi le vittime, oltre a non essere in grado di reagire fisicamente ad una violenza, non hanno idoneità psicofisica per esprimere dissenso.

Avendo riguardo all'impossibilità fisica per la persona offesa di reagire all'atto sessuale, si evidenzia l'altro progetto di legge presentato dall'onorevole Devis Dori, nel quale si approfondisce la tematica del *freezing* e come l'ordinamento si ponga rispetto a questo. Il *freezing*, riconosciuto a livello medico, consiste nell'immobilizzazione della vittima di violenza sessuale quale strumento di difesa; ciò si realizza tramite la paralisi motoria o la dissociazione con il mondo esterno<sup>11</sup>.

La proposta di inserire, altresì, questo fenomeno all'interno dell'art. 609-*bis* c.p. pone alcune perplessità, poiché necessita un'introduzione armoniosa dello stesso con quanto proposto dal disegno di legge Boldrini; difatti quest'ultimo, nel modificare il primo comma, focalizza la nozione di violenza sul concetto di consenso. Nei casi di *freezing*, invece, la fattispecie dovrebbe dare rilevanza al dissenso, poiché la vittima in questi casi non ha la capacità di dissentire, anziché esprimere un consenso libero ed attuale; peraltro, quest'ultimo elemento verrebbe meno, proprio perché non avendo sin dall'inizio la vittima la possibilità di esprimere un consenso valido, non sarà nemmeno in grado di enunciarlo successivamente o revocarlo.

La giurisprudenza di legittimità, in varie pronunce, ha segnalato quanto sia rilevante verificare l'errore di fatto sul requisito del dissenso, poiché nel dubbio l'agente è tenuto ad astenersi dall'invadere la sfera sessuale altrui<sup>12</sup>.

In tal senso la Corte Edu<sup>13</sup> ha già reagito in più occasioni con rimostranze nei confronti dell'ordinamento

<sup>9</sup> V., Cass. pen., 5 dicembre 2019, n. 8981, in *insexplorer*; Cass. pen., 17 luglio 2020, n. 21367, in *insexplorer*.

<sup>10</sup> A.M. DELL'OSSO, *Gli assenti artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2021, p. 415 ss.

<sup>11</sup> M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica. Recenti proposte di legge in materia di violenza sessuale, freezing e femminicidio*, in *Cass. penale*, 2025, p. 3782 ss.

<sup>12</sup> Cass., 25 novembre 2021, n. 3326.

<sup>13</sup> Corte Edu, 4 marzo 2004, M.C.C. Bulgaria.

italiano proprio con riferimento alla limitazione di tutela penale nel reato di violenza sessuale ai casi in cui la vittima abbia opposto resistenza fisica<sup>14</sup>. Peraltro, la Corte Edu, sotto tale profilo, contesta in particolar modo la violazione degli artt. 3 (divieto di tortura) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, poiché questi prevedono l'ineludibile condanna di coloro che compiano atti di violenza sessuali nei confronti di soggetto non consenziente, lamentando così la limitazione, nonché carenza di tutela, nei confronti della vittima di violenza sessuale.

Anche il rapporto GREVIO del 02.12.2025, limitato al territorio italiano e redatto dal gruppo di esperti del Consiglio Europeo sul tema della violenza nei confronti delle donne, evidenzia la circostanza per cui la mancata valorizzazione del concetto di consenso nel delineare il reato di violenza sessuale sia in aperto contrasto con l'art. 36 della Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne (di cui l'Italia risulta tra i firmatari)<sup>15</sup>.

Il rapporto Grevio (*Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence*), nonostante evidenzii lacune importanti, premia l'impegno profuso dalla Corte di Cassazione nel dare centralità al concetto di consenso con riferimento a pronunce in tema di violenza sessuale.

Tuttavia, lo sforzo compiuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte non è sufficiente ad ottenere un indirizzo univoco che dia centralità al consenso nelle pronunce di condanna per il reato di violenza sessuale, poiché si sono affermati, comunque, orientamenti divergenti proprio per l'assenza dell'espressa indicazione di "consenso" nella formulazione del reato di cui in oggetto.

In principio, difatti, la giurisprudenza soleva interpretare la norma che considera il consenso come presunto, non richiedendosi, pertanto, l'accertamento sulla sua assenza, tal per cui la violenza si considerava realizzata qualora la vittima avesse manifestato espressamente il proprio dissenso; addirittura, la giurisprudenza più risalente richiedeva quale prova di dissenso la resistenza fisica da parte della persona offesa o la presenza sul corpo di quest'ultima di lividi o segni a dimostrazione di quanto subito<sup>16</sup>.

In questo soleva esprimersi anche parte della dottrina, che sosteneva la necessaria sussistenza di una reazione fisica alla costrizione al fine di ritenere accertato il reato di violenza sessuale<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> A. ANDRONIO, *Il progetto di modifica dell'art. 609-bis c. p. in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*, cit., p. 8 ss.

<sup>15</sup> V. Convenzione di Istanbul, art. 36: "1. Le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo. 2. Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto. 3. Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo per garantire che le disposizioni del paragrafo 1 si applichino anche agli atti commessi contro l'ex o l'attuale coniuge o partner, quale riconosciuto dalla legislazione nazionale".

<sup>16</sup> R. D'AURO, *Analisi dell'elemento consensuale nell'attuale fattispecie incriminatrice italiana di violenza sessuale, aspetti comparatistici e nuove prospettive di tutela*, in *Cass. penale*, 2023, p. 4204 ss.; V. G. MARINUCCI- E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Milano, 2015, pp. 84-85.

<sup>17</sup> G. DE SIMONE, voce "*Violenza (dir. pen)*", in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, p. 882.

Con le modifiche avanzate attraverso la proposta di legge Boldrini ed altri si intende, pertanto, rendere centrale il consenso quale elemento costitutivo del reato di cui all'art. 609-*bis* c.p., indicando altresì, i caratteri che vanno a qualificarlo come tale ai fini di rilevanza penale. La nuova formulazione, approvata attualmente dalla Camera dei deputati e trasmessa al Senato tramite l'atto n. 1715, prevede che: "chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni". Lo stesso Dossier Servizio Studi del Senato segnala come la proposta di legge così delineata attribuisca alla nozione di consenso un ruolo essenziale, qualificandolo attraverso i connotati di libertà e attualità<sup>18</sup>. Per libertà si intende che il consenso deve essere espresso in maniera svincolata da condizionamenti o costrizione di carattere fisico o psichico; pertanto, vi rientrano nel portato della norma le condotte relativamente alle quali sussiste consenso, ma è stato estrapolato alla vittima in maniera da renderlo non effettiva espressione della propria volontà (viziato da dolo, errore o violenza). Per quanto concerne, invece, il concetto di attualità, questo rappresenta uno dei punti cardine della qualificazione del consenso stesso, poiché presuppone che quest'ultimo perduri per tutta la durata dell'atto sessuale, essendo nei poteri del partner la revoca del consenso anche durante il rapporto e, comunque, in qualsiasi momento. Tale ultimo aspetto, peraltro, qualifica il consenso dal punto di vista penalistico, distinguendolo, invece, dal consenso concepito in ambito civilistico relativamente ai contratti, ove lo stesso si dà per dato e può essere revocato esclusivamente a determinate condizioni. La circostanza per cui, il consenso nei reati sessuali viene concepito diversamente rispetto a quanto previsto in ambito contrattuale emergeva, in particolar modo, durante il processo Pelicot, ove, nel momento in cui l'imputato veniva interrogato sull'eventuale possibilità che la moglie avesse dato il consenso ai rapporti sessuali subiti, questo rispondeva spiegando cosa considerasse lui "consenso" e ne riportava una definizione prettamente civilistica<sup>19</sup>.

Con la nuova formulazione, così, l'accertamento del reato di violenza sessuale viene focalizzato sul consenso, mentre nella versione attuale (ancora in vigore) ad essere oggetto principale di analisi è la costrizione. In base un orientamento consolidatosi sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>20</sup>, nella formulazione attuale all'interno dell'analisi della costrizione rientra anche la mancanza stessa di consenso, riprendendo proprio la circostanza per cui negli atti repentini, in cui non vi è possibilità temporale per la persona offesa di esprimere qualsivoglia concetto, manca alla base il consenso stesso della vittima, divenendo quest'ultimo oggetto di accertamento ai fini di penale responsabilità<sup>21</sup>. La stessa Cassazione ha

---

<sup>18</sup> A. ANDRONIO, *Il progetto di modifica dell'art. 609-bis cod. pen. in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*, cit., p.12 ss.

<sup>19</sup> M. GARCIA, *op. cit.*, p. 22 ss.

<sup>20</sup> G. P. RONCO, *La costrizione nella violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 34 ss.; Cass. pen., 24 gennaio 2017, n. 16609; Cass. pen., 14 dicembre 2018, n. 17676; Cass. pen., 18 aprile 2024, n. 29356.

<sup>21</sup> C. FURFARI, *op. et loc. ult. cit.*

affermato come sia sufficiente valutare che la condotta dell'agente sia insidiosamente rapida, così da impedire già di per sé l'espressione del consenso, senza la necessità di dover accertare, altresì, quest'ultimo. In tale maniera emerge l'orientamento dottrinale per cui non sussiste un vuoto di tutela dato dalla mancanza di indicazione del consenso nella formulazione letterale dell'art. 609-*bis* c.p.; difatti, è sufficiente concepire il dissenso quale presupposto del costringimento al fine di accertare la penale responsabilità dell'imputato focalizzandosi sul "consenso"<sup>22</sup>.

4. L'attuale riforma proposta con Disegno di legge A.S. 1715 Boldrini ed altri, approvata alla Camera in prima lettura il 19.11.2025 ed attualmente in stasi al Senato, per l'esame da parte della Commissione Giustizia, presenta varie criticità ed elementi soggetti a discussione che emergono anche in relazione alla già consolidato giurisprudenza in materia, volta a tutelare le situazioni non coperte dal *vulnus* dell'art. 609-*bis* c.p.. Nella prima versione del testo presentato, pertanto differente da quello poi attualmente approvato dalla Camera, riformava il reato di violenza sessuale prevedendo al primo comma dell'art. 609-*bis* c.p. la rilevanza penale di atti compiuti da chi fa subire o induce altri a subire atti sessuali senza il consenso libero ed attuale di questi.

La prima perplessità che emerge con l'attuale formulazione è che, innanzitutto, i due concetti così formulati, anche se delineano i limiti e presupposti richiesti affinché un consenso sia valido, risultano essere abbastanza ampi tali da richiedere in sede processuale un accertamento che potrebbe comportare il prodursi di spazi di discrezionalità o, comunque, una valutazione soggettiva e suscettibile di variare da caso a caso; in secondo luogo, preme evidenziare come la precedente formulazione presentava, invece tratti adeguati a rendere la valutazione del consenso vincolata e adeguata ad essere applicata tenendo conto delle circostanze specifiche di ogni caso: il consenso è "espresso quale libera manifestazione della volontà della persona e che rimanga tale e immutato durante l'intero svolgersi dell'atto sessuale. Il consenso deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto e può essere revocato dalla persona in qualsiasi momento e con ogni forma"<sup>23</sup>.

La formulazione precedentemente proposta con il Disegno di legge Boldrini presentava, altresì, caratteri simili a quelli poi introdotti negli artt. 222-223 del Codice penale francese; in particolare, come evidenziato anche nei precedenti paragrafi, con la riforma francese adottata nel 2025, il reato di violenza sessuale ora prevede che il consenso sia "libero informato, specifico, preventivo e revocabile", ma anche "valutato alla luce delle circostanze. Non può essere dedotto esclusivamente dal silenzio o dalla mancata reazione della vittima". Facendo, pertanto, un raffronto tra quanto poi approvato in Camera, ovvero che il consenso

---

<sup>22</sup> A.M. DELL'OSSO, *op. cit.*, p. 415 ss.

<sup>23</sup> G. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato*, in *sistemapenale.it*, 2026, p. 6 ss.

debba semplicemente essere “libero e attuale”, e le riforme adottate dagli altri Paesi UE, tra cui la Francia o la Spagna, si evince come la formula nostrana presenti carenze a livello di tipizzazione del concetto di consenso e di esposizione di indici di valutazione di questo a livello processuale, vuoi a fini di onere probatorio che quale garanzia di diritto alla difesa dell'imputato, costituzionalmente sancito.

Tuttavia, a livello di onere della prova è contestabile l'idea, avanzata in fase di esame al Senato del disegno di legge, che la formulazione proposta per il nuovo art. 609-*bis* c.p. provochi un'inversione dell'onere. L'assenza del consenso, come elemento costitutivo della fattispecie, comporta che questo debba essere necessariamente accertato oltre ogni ragionevole dubbio, anche se trattasi di elemento negativo; il profilo particolarmente suscettibile di discussione risulta essere quello dell'elemento soggettivo del dolo e l'accertamento dell'assenza di consenso<sup>24</sup>. Invero, essendo il consenso (la sua mancanza) un elemento costitutivo del fatto, ne consegue che l'errore che ricade su di esso esclude il dolo ai sensi dell'art. 47 c.p.; tale circostanza rileva poiché l'art. 609-*bis* c.p. rappresenta un reato caratterizzato proprio da quest'ultimo elemento soggettivo, richiedendo, quindi, la rappresentazione e la volizione a commettere quel determinato atto illecito al fine di condannare l'imputato.

La stessa Cassazione, sotto tale punto di vista, risulta essere incoerente nei due orientamenti che si sono formati poiché, da un lato vi sono pronunce che riconducono l'errore sul dissenso ad un errore inescusabile sulla legge<sup>25</sup>, dall'altro vi sono sentenze nelle quali viene fatta ricadere sull'imputato la dimostrazione di aver erroneamente presupposto il consenso della vittima all'atto sessuale o comunque l'onere di allegare documentazione comprovante l'assenza del consenso<sup>26</sup>. L'unico orientamento che, tuttavia, risulta formalmente e sostanzialmente corretto è quest'ultimo, poiché sarebbe assurdo considerare che il fatto di aver l'imputato erroneamente creduto di vivere un rapporto consensuale possa incidere sul diritto, anziché sull'elemento di fatto.

5. La riforma Boldrini ed altri si propone di riformulare il testo dell'art. 609-*bis* c.p. in base ai mutamenti del contesto sociale, nonché della sensibilizzazione a circostanze che sinora la norma citata non considerava esplicitamente. Come sopra evidenziato, la stessa Corte E.D.U., a più riprese, ha lamentato la limitazione della tutela nei delitti di violenza sessuale a quelli nei quali la vittima si oppone all'atto tramite resistenza fisica; tale ultima circostanza, peraltro, assume un ruolo rilevante se messa in relazione al fatto che attualmente l'art. 609-*bis* c.p. non indica espressamente il “consenso” quale elemento costitutivo della fattispecie.

---

<sup>24</sup> G. GATTA, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, v., *ex plurimis*, Cass., 19 gennaio 2022, n. 7873, in *Dejure online*; Cass., 5 ottobre 2017, n. 2400, *ivi*; Cass., 10 marzo 2011, n. 17210, *ivi*.

<sup>26</sup> G. GATTA, *op. cit.*, p. 9 ss; Si v. Cfr. Cass., 29 novembre 2023, n. 857, che richiama, sul punto, Cass. Sez. III, 19 giugno 2018, n. 52835.

Il fatto che la norma non prevedeva espressamente che si tratti di rapporto sessuale non consenziente, qualora la vittima non esprima un assenso alla partecipazione al rapporto sessuale, non rappresentava un ostacolo alla giurisprudenza italiana; invero, la Cassazione<sup>27</sup> negli ultimi anni ha optato per un'evoluzione dell'interpretazione data al 609-*bis* c.p., andando ad accertare nelle pronunce, altresì, la presenza di consenso da parte della persona offesa al rapporto sessuale, ma non solo, anche a considerarlo elemento da dover ineludibilmente accertare. Il fatto che l'Italia sia stata redarguita dalla Corte E.D.U., altresì, per la violazione della Convenzione di Istanbul, di cui risulta firmataria, ha condotto alla presentazione di tale disegno di legge alla Camera, ove il testo è stato approvato in prima lettura, ma ha trovato un punto di stallo al Senato per poter essere esaminato dalla Commissione Giustizia.

Le perplessità sorte in quest'ultima fase di approvazione debbono essere giustamente analizzate, poiché da diversi punti di vista risultano legittime. In primo luogo, come sinora evidenziato, il fatto che in fase di approvazione del testo sia stato qualificato il consenso semplicemente come libero e attuale, crea delle difficoltà in ambito processuale, poiché si aprono spazi di discrezionalità che provocano mancanza di chiarezza sia per l'autorità giudicante, che per le parti; precipuamente, il fatto di dover provare un consenso libero e attuale, senza contestualizzare a determinate situazioni, potrebbe anche condurre in alcune situazioni a una presunzione di colpevolezza. Quest'ultima considerazione merita di essere segnalata, poiché la Costituzione ci dice espressamente che la penale responsabilità deve essere accertata oltre ogni ragionevole dubbio e che prevale la presunzione di innocenza: "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva" (art. 27 co. 2 Costituzione).

La Cassazione, già da tempo, tuttavia ha iniziato un percorso di focalizzazione sul consenso, come elemento costitutivo della fattispecie dell'art. 609-*bis* c.p., senza che tale termine o concetto sia presente nella formulazione del reato di violenza sessuale. Nonostante l'apprezzabile lavoro attuato dalla giurisprudenza, spetta al legislatore intervenire per rendere la norma quanto più concretamente applicabile ai casi che si vengono a delineare processualmente di volta in volta; ed è proprio per questi motivi che la riforma, così come proposta, con gli opportuni miglioramenti a livello di tecnica legislativa relativamente alla delimitazione del concetto di consenso, che necessita essere qualificato in maniera più stringente, deve essere approvata quanto prima, sia per dare una maggior tutela alle vittime di reati a sfondo sessuale, ma anche per rendere più agevole il lavoro alle autorità giudicanti che si trovano a dover affrontare situazioni che richiedono un vaglio quanto più analitico possibile.

Il nostro ordinamento dovrebbe seguire, propriamente, il percorso realizzato dall'ordinamento francese che, grazie a casi come quelli di Gisele Pelicot e a movimenti di donne coraggiose e determinate, ha adottato

---

<sup>27</sup> V. Cass. pen., 30 maggio 2023, n. 26497, in *DeJure online*; Cass. pen., 23 ottobre 2020, n. 3224, *ivi*; Cass. pen., 21 ottobre 2025, n. 37173, *ivi*.

una formulazione della violenza sessuale incentrata sul consenso, il quale non solo viene ad essere qualificato come libero e attuale, ma altresì valutato in merito alle circostanze del caso.

Un esempio dinamico, che impatterebbe, peraltro, positivamente sulla problematica dell'errore che potrebbe cadere sul consenso, è il modello svedese. In quest'ultimo caso, infatti, la Svezia ha introdotto una forma di violenza sessuale colposa da mancato riconoscimento dell'assenza di consenso<sup>28</sup>, ovviando così al problema dell'errore sul consenso e al dolo quale elemento soggettivo del reato che, nel nostro ordinamento, richiede la volizione e rappresentazione del fatto ai fini di accertamento della penale responsabilità.

In sostanza, stando ai passi in avanti compiuti dalla giurisprudenza della Cassazione, seppur in alcuni casi travalicando l'interpretazione e la lettera della norma, e al fatto che altri Stati europei firmatari della Convenzione di Istanbul hanno deciso di conformarsi alle statuizioni della Corte Edu in tema di consenso nei reati di violenza sessuale, l'ordinamento penale italiano necessita di una rapida riforma sul tema, cercando di specificare maggiormente i contorni e le caratteristiche peculiari su cui poter valutare il consenso; per tale motivo, la discussione sull'ampiezza di quest'ultimo, così come introdotto nel testo sottoposto al Senato, risulta ragionevole. Tuttavia, proporre l'introduzione del dissenso, anziché consenso, come elemento da valutare ai fini dell'illiceità della condotta, risulta non coerente con lo spirito della riforma e a quanto richiesto dalla Corte Edu all'ordinamento italiano.

---

<sup>28</sup> G. GATTA, *op. cit.*, p.10; V. il Capitolo 6 del codice penale svedese, sezione 1a: “*A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape*”.

## NOTE

## Natura della nullità per vendita di beni di interesse storico e artistico senza autorizzazione

Cassazione civile sez. II, 2 dicembre 2025, n. 31397, Dott. Orilia, Pres.; Dott. Mocchi, Rel.; Dott. Troncone, P.G.; Cr.Cl. (avv.ti Tucci, A. Castelli e T. Castelli); c. Parrocchia (Omissis), (avv. Bertoni).

### Vendita di beni di interesse storico e artistico – nullità – natura assoluta della nullità – rilevabilità d’ufficio

*La nullità delle alienazioni delle cose di interesse artistico o storico appartenenti agli enti legalmente riconosciuti compiute in assenza della prescritta preventiva autorizzazione ministeriale, prevista dall'art. 61 della l. n. 1089 del 1939, è di carattere assoluto e, pertanto, può essere dedotta da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.*

L. 1° giugno 1939 n. 1089 (Tutela delle cose d’interesse artistico o storico)

**Provvedimento:** *Omissis.* Cr.Cl. convenne innanzi al Tribunale di Brescia la PARROCCHIA DI (Omissis), chiedendo che venisse accertato il suo diritto di proprietà del dipinto completo di cornice, olio su tela di cm 102 x 79,5 denominato “l’Allegoria della Fede”, attribuito al pittore bresciano Al.Bo. detto il Moretto (1492-1554) e, previo tale accertamento, che ne venisse ordinata la restituzione da parte del custode giudiziario nominato dal GIP del Tribunale di Brescia, il quale aveva disposto che l’opera pittorica rimanesse sotto sequestro nelle more della definizione del processo civile sull’appartenenza del bene, ex art. 263 co. 3 c.p.p.

Si costituì in giudizio la convenuta, chiedendo il rigetto della domanda attorea ed in via riconvenzionale che venisse accertata la proprietà del dipinto e della cornice in suo favore.

In esito all’istruttoria, svolta mediante produzione di documenti, assunzione di prove testimoniali e l’espletamento di una CTU, il giudice adito accolse la domanda attorea, ritenendo che l’atto di compravendita intervenuto tra tale To. e l’odierno ricorrente avesse per oggetto un bene che, per effetto dell’intervenuta usucapione decennale da parte del venditore e dei precedenti acquirenti, non potesse più ritenersi di proprietà dell’ente ecclesiastico.

L’atto di compravendita doveva, inoltre, considerarsi soggetto esclusivamente alle norme a tutela delle cose di interesse storico e artistico, norme che stabiliscono la mera nullità relativa dell’atto invocabile solamente dallo Stato.

La Corte d’Appello di Brescia, all’esito del giudizio di secondo grado, accolse il gravame svolto dalla Parrocchia di S. (Omissis) e riformò in toto la sentenza del Tribunale.

Il giudice di seconde cure ritenne che il Tribunale avesse errato “nell’affermare che l’acquisto di Ge. era stato effettuato da chi era proprietario” dovendosi considerare tale non il parroco bensì la parrocchia; inoltre “ciò che più rileva è che la legge del 1939 vieta la traditio del bene fra privati in mancanza di denuncia al Ministro della Pubblica Istruzione (art. 32)...”.

Da ciò conseguiva che il possesso sia dei To. che dei Cr.Cl. non fosse mai sorto.

La Corte distrettuale ritenne altresì fondato il terzo motivo d’appello, dovendosi considerare non relativa bensì assoluta la nullità della originaria cessione del dipinto dal parroco della Parrocchia al primo acquirente (Ge.).

Nei caso di specie il giudice di prime cure - dovendosi applicare *ratione temporis* la legge del 1939 n. 1089 - aveva, dunque, errato nel ritenere che potesse solamente lo Stato rilevare la nullità in caso di alienazione di beni di interesse storico e artistico di sua proprietà, “essendo intervenuta una cesura fra il primo atto di

cessione, allorché il bene apparteneva a un ente legalmente riconosciuto quale la Parrocchia, e quello successivo a To., allorché il bene apparteneva ormai ad un privato".

Non poteva inoltre considerarsi sussistente l'ipotesi di cui all'art. 1161 c.c. per difetto del requisito di buona fede al momento dell'acquisto, dovendosi ritenere che il Cr.Cl. potesse essere consapevole dell'origine illecita del dipinto, non avendo effettuato i dovuti controlli.

Cr.Cl. ha proposto ricorso per cassazione, sulla scorta di cinque motivi.

Resiste con controricorso la Parrocchia di (Omissis).

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

In prossimità dell'udienza pubblica, entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con la prima doglianza, proposta ai sensi dell'art. 360 co. 1 n. 3 c.p.c., il ricorrente assume la violazione e comunque la falsa applicazione degli artt. 30 e 32 legge n. 1089/39, per aver la Corte d'Appello ritenuto erroneamente che non esistesse un valido possesso in capo al dante causa del Cr.Cl. ed a quest'ultimo, in quanto la "traditio sarebbe stata vietata dall'art. 32 L. n. 1089/39".

Il motivo è infondato.

La censura manca di confrontarsi con la motivazione della sentenza impugnata, che ha correttamente ritenuto applicabile alla fattispecie il regime della nullità assoluta, secondo il principio per cui la nullità delle alienazioni delle cose di interesse artistico o storico appartenenti agli enti legalmente riconosciuti compiute in assenza della prescritta preventiva autorizzazione ministeriale, prevista dall'art. 61 della l. n. 1089 del 1939, è di carattere assoluto e, pertanto, può essere dedotta da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (Sez. 2, n. 11032 del 5 aprile 2022).

2. Attraverso il secondo mezzo d'impugnazione, proposto ai sensi dell'art. 360 co. 1 n. 3 c.p.c., il Cr.Cl. denuncia la violazione e comunque la falsa applicazione degli artt. 61, 23 e 26 legge n. 1089/39, nonché dell'art. 4 legge n. 222/1985, per aver la Corte distrettuale affermato erroneamente la nullità assoluta dell'alienazione del dipinto dalla Parrocchia al Ge., poi al To. ed infine al Cr.Cl., nonostante tale nullità non sussistesse, trattandosi di bene mai catalogato e non incluso tra i beni di interesse storico artistico dall'allora Sovrintendenza.

Nel caso di specie, dunque, sarebbe errato parlare di nullità assoluta, dovendosi di contro parlare di nullità relativa, con la conseguenza che, non essendovi stata all'epoca alcuna eccezione da parte dello Stato, l'originaria alienazione del dipinto, così come le successive, avrebbero dovuto considerarsi valide ed efficaci.

Il secondo motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

In tema di soggettività degli enti ecclesiastici, il riconoscimento, agli effetti civili,

della personalità giuridica della parrocchia con la pubblicazione del decreto del Ministero dell'Interno, ai sensi dell'art. 29 della legge n. 222 del 1985, ha comportato non già l'estinzione di quel soggetto e la nascita di uno nuovo, bensì una vicenda meramente evolutivo-modificativa di quello stesso soggetto che, fino alla pubblicazione del decreto ministeriale, aveva natura di ente ecclesiastico di fatto, come tale, soggetto di diritto "rilevante" per l'ordinamento statale quale centro di imputazione di diritti ed obblighi, con conseguente assoggettamento alle norme di diritto comune (Sez. 1, n. 14247 del 4 giugno 2018; Sez. 2, n. 17552/2013 in motiv.).

Conseguentemente, la disciplina applicabile era già la legge n. 1089/1939, che vincolava anche gli enti religiosi e che imponeva l'autorizzazione ministeriale all'alienazione. Infatti, di enti ecclesiastici in generale parla l'art. 8 della citata legge ("Quando si tratti di cose appartenenti ad enti ecclesiastici, il Ministro della pubblica istruzione, nell'esercizio dei suoi poteri, procederà per quanto riguarda le esigenze del culto, d'accordo con l'autorità ecclesiastica"). La mancanza di autorizzazione determinava fin da allora la nullità assoluta dell'atto di alienazione e il divieto di traditio, a prescindere dal fatto che quella parrocchia fosse civilmente riconosciuta: la legge operava erga omnes sui beni, indipendentemente dal soggetto proprietario, poiché la tutela era incentrata sul bene culturale, non sulla natura giuridica del soggetto.

Del resto, la Parrocchia come tale è, già in forza del diritto canonico, un ente ecclesiastico, riconosciuto

anche all'epoca dei fatti (vigente il Codex Juris Canonici del 1917, can. 100 par. 3), tanto che - secondo l'art. 7 comma 2 della legge n. 121/1985 - "la Repubblica italiana, su domanda dell'autorità ecclesiastica o con il suo assenso, continuerà a riconoscere la personalità giuridica degli enti ecclesiastici aventi sede in Italia, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico, i quali abbiano finalità di religione o di culto".

Ne deriva che le limitazioni ai poteri di rappresentanza e l'assenza di controlli, laddove previsti dal diritto canonico o oggetto di pubblicazione, sono opponibili ai terzi, a prescindere dallo stato soggettivo di conoscenza o ignoranza e dalla colpevolezza o no di tale ignoranza da parte di detti terzi, esclusa altresì ogni

rilevanza di eventuali comportamenti tolleranti dell'ente, essendo inapplicabile il principio di affidamento (Sez. 2, n. 19411 del 14 luglio 2025).

E tanto a voler sottacere che la contestazione circa la qualità di ente legalmente riconosciuto in capo alla Parrocchia implica un accertamento di fatto, dedotto per la prima volta in sede di legittimità e dunque inammissibile.

La censura è altresì inammissibile nella parte in cui contesta a posteriori il contenuto dell'inventario, che descriverebbe non l'originale, ma la copia dell'opera.

Infatti, qualora il ricorrente, in sede di legittimità, denunci l'omessa valutazione di prove documentali, per il principio di autosufficienza ha l'onere non solo di trascrivere il testo integrale, o la parte significativa del documento nel ricorso per cassazione, al fine di consentire il vaglio di decisività, ma anche di specificare gli argomenti, deduzioni o istanze che, in relazione alla pretesa fatta valere, siano state formulate nel giudizio di merito, pena l'irrelevanza giuridica della sola produzione, che non assicura il contraddittorio e non comporta, quindi, per il giudice alcun onere di esame, e ancora meno di considerazione dei documenti stessi ai fini della decisione (Sez. 5, n. 13625 del 21 maggio 2019).

Nel caso di specie, non risulta né dalla sentenza impugnata né dagli atti del giudizio di gravame che la questione sia stata sollevata in appello.

3. Con il terzo mezzo, il ricorrente denuncia la violazione e comunque la falsa applicazione, in relazione all'art. 360 co. 1 n. 3 c.p.c., degli artt. 1161, 1147 e 2967 c.c. nonché dell'art. 115 c.p.c., oltre l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c. per aver i giudici di secondo grado affermato la mala fede del possesso del Cr.Cl. in assenza di prova sul punto.

Invero, secondo il ricorrente, essendo presunta la buona fede del ricorrente ex art. 1147 c.c., sarebbe stato onere della resistente fornire la prova contraria.

Nel caso di specie, tuttavia, non solo la resistente non aveva assolto l'onere sulla stessa gravante, ma la Corte distrettuale avrebbe omesso di considerare che alcuna prova della mala fede era stata dedotta a carico del dante causa To., divenuto proprietario del dipinto per usucapione, derivandone che l'acquisto del Cr.Cl. sarebbe stato da considerare valido, indipendentemente dall'accertamento della buona fede del predetto.

Inoltre, i giudici di secondo grado avrebbero omesso qualsiasi motivazione circa la questione fondamentale dell'asserita corrispondenza fra il dipinto sequestrato e l'originale, accertamento, invero, essenziale per affermare l'asserita mala fede del Cr.Cl.

Il motivo è inammissibile.

La censura si risolve in una critica alla ricostruzione dei fatti da parte della Corte di appello.

È dunque opportuno ricordare in proposito che la valutazione delle prove raccolte, anche se si tratta di presunzioni, costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale non sono sindacabili in cassazione, sicché rimane estranea al presente giudizio qualsiasi censura volta a criticare il "convincimento" che il giudice si è formato, a norma dell'art. 116, commi 1 e 2, c.p.c., in esito all'esame del materiale istruttorio mediante la valutazione della maggiore o minore attendibilità delle fonti di prova, contrapponendo alla stessa una diversa interpretazione al fine di ottenere la revisione da parte del giudice di legittimità degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice di merito (Sez. U., n. 20867 del 30 settembre 2020).

In punto di diritto, occorre ricordare che il travisamento della prova, per essere censurabile in

Cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., postula: a) che l'errore del giudice di merito cada non sulla valutazione della prova (“demonstrandum”), ma sulla ricognizione del contenuto oggettivo della medesima (“demonstratum”), con conseguente, assoluta impossibilità logica di ricavare, dagli elementi acquisiti al giudizio, i contenuti informativi che da essi il giudice di merito ha ritenuto di poter trarre; b) che tale contenuto abbia formato oggetto di discussione nel giudizio; c) che l'errore sia decisivo, in quanto la motivazione sarebbe stata necessariamente diversa se fosse stata correttamente fondata sui contenuti informativi che risultano oggettivamente dal materiale probatorio e che sono inequivocabilmente difforni da quelli erroneamente desunti dal giudice di merito; d) che il giudizio sulla diversità della decisione sia espresso non già in termini di possibilità, ma di assoluta certezza (Sez. 1, n. 9507 del 6 aprile 2023).

Le condizioni che precedono non ricorrono nel caso di specie.

In altri termini, la differente lettura delle risultanze istruttorie proposta dal Cr.Cl. s'infrange contro il principio per il quale la doglianza non può tradursi in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e del convincimento del giudice di merito, tesa all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, certamente estranea alla natura ed ai fini del giudizio di cassazione (Sez. U, n. 24148 del 25 ottobre 2013).

È, in conclusione, inammissibile il motivo di ricorso per cassazione che, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione o falsa applicazione di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio miri, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito (Sez. U, n. 34476 del 27 dicembre 2019; Sez. 1, n. 5987 del 4 marzo 2021).

4. Con il quarto motivo, il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 co. 1 n. 4 c.p.c., nonché la violazione e comunque la falsa applicazione degli artt. 2697 e 948 c.c. e 113 c.p.c. in relazione all'art. 360 co. 1 n. 3 c.p.c., oltre che omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio in relazione all'art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c. per “non aver la Corte di merito esaminato né considerato le contestazioni dell'appellato circa la originalità del dipinto e l'inesistenza di qualsiasi prova a sostegno della proprietà del dipinto in capo alla Parrocchia nonostante l'onere probatorio sulla stessa gravante”.

Il motivo è inammissibile.

Il vizio di omessa pronuncia, censurabile *ex art.* 360, comma 1, n. 4, c.p.c. per violazione dell'art. 112 c.p.c., ricorre ove il giudice ometta completamente di adottare un qualsiasi provvedimento, anche solo implicito di accoglimento o di rigetto ma comunque indispensabile per la soluzione del caso concreto, sulla domanda o sull'eccezione sottoposta al suo esame, mentre il vizio di omessa motivazione, dopo la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., presuppone che un esame della questione oggetto di doglianza vi sia stato, ma sia affetto dalla totale pretermissione di uno specifico fatto storico oppure si sia tradotto nella mancanza assoluta di motivazione, nella motivazione apparente, nella motivazione perplessa o incomprensibile o nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili (Sez. 5, n. 27551 del 23 ottobre 2024). Nessuna delle ipotesi riconducibili alla violazione dell'art. 112 c.p.c. ricorre nella specie, posto che lo stesso Cr.Cl. ha affermato come la Corte di merito non avrebbe “esaminato né considerato le contestazioni dell'appellato circa l'originalità del dipinto e l'inesistenza di qualsiasi prova a sostegno della proprietà del dipinto in capo alla Parrocchia nonostante l'onere probatorio sulla stessa gravante”.

D'altro lato, l'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., ha introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., il ricorrente deve indicare il “fatto storico”, il cui esame sia stato omesso, il “dato”, testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il “come” e il “quando” tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua “decisività”, fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Sez. U., n. 8053 del 7 aprile 2014; Sez. 2, n. 27415 del 29 ottobre 2018).

Nella specie, non viene denunciato un singolo fatto storico ma vengono mosse una serie di contestazioni circa l'originalità del quadro e la sua appartenenza. 5. Con l'ultima censura il ricorrente assume, in relazione all'art. 360 co. 1 n. 4 c.p.c., la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c. per aver la Corte d'Appello omesso di esaminare le eccezioni svolte dal Cr.Cl. nella propria

comparsa di costituzione in appello, relativamente alla CTU svolta in primo grado ed all'utilizzo di documenti non versati in atti. Il motivo è inammissibile.

Per un verso, in tema di giudizio di cassazione, l'omessa considerazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, dedotti come eccezione, non configura un vizio di motivazione, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., ma un "error in procedendo", per omessa pronuncia in violazione dell'art. 112 c.p.c., con la conseguenza che la sua deduzione in sede di legittimità postula che la parte abbia formulato l'eccezione in modo autonomamente apprezzabile ed inequivoco nei gradi di merito e che la stessa sia stata puntualmente riportata nel ricorso per cassazione nei suoi esatti termini, con l'indicazione specifica dell'atto difensivo o del verbale di udienza in cui era stata proposta (Sez. 3, n. 16899 del 13 giugno 2023). Al contrario, nel ricorso si parla genericamente di "contestazione in toto delle affermazioni in fatto in quanto nelle stesse si continua a fare riferimento a fatti e documenti che sono parte di quel procedimento".

Per altro verso, con particolare riguardo alla documentazione utilizzata dal consulente tecnico d'ufficio, va considerato che, sempre in tema di ricorso per cassazione, la parte che lamenta l'acritica adesione del giudice di merito alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio non può limitarsi a far valere genericamente lacune di accertamento o errori di valutazione commessi dal consulente o dalla sentenza che ne abbia recepito l'operato, ma, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso per cassazione ed al carattere limitato del mezzo di impugnazione, ha l'onere di indicare specificamente le circostanze e gli elementi rispetto ai quali invoca il controllo di logicità, trascrivendo integralmente nel ricorso almeno i passaggi salienti e non condivisi della relazione e riportando il contenuto specifico delle critiche ad essi sollevate, al fine di consentire l'apprezzamento dell'incidenza causale del difetto di motivazione (Sez. 3, n. 19989 del 13 luglio 2021).

Nel caso di specie, manca totalmente la trascrizione dei passaggi della relazione da cui sia possibile verificare il contenuto delle doglianze.

Al rigetto del ricorso segue la condanna del Cr.Cl. alla rifusione delle spese processuali in favore della controricorrente PARROCCHIA DI (Omissis).

La Corte dà atto che ricorrono i presupposti processuali di cui all'art. 13 comma 1-quater D.P.R. n. 115/2002 per il raddoppio del versamento del contributo unificato, se dovuto, da parte del ricorrente.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, Seconda Sezione civile, rigetta il ricorso. Condanna Cr.Cl. al pagamento delle spese processuali a favore della PARROCCHIA DI (Omissis), liquidate in Euro 200,00 per esborsi ed in Euro 6.000 (seimila) per compenso, oltre ad iva, c.p.a. e rimborso forfettario delle spese generali in misura del 15%.

Dà atto che sussistono le condizioni per dichiarare che Cr.Cl. è tenuto a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. 115/2002, se dovuto.

(Omissis)

## **Natura della nullità per vendita di beni di interesse storico e artistico senza autorizzazione**

GIORGIA VULPIANI

Ricercatrice di Diritto privato dell'Università degli Studi di Macerata

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La natura della nullità del codice dei beni culturali. – 3. Legittimazione e rilievo d'ufficio. – 4. Acquisto a titolo originario di un bene culturale.

1. Il provvedimento in commento offre l'occasione per riflettere su due argomenti chiave in tema di

circolazione dei beni di interesse storico o artistico: la natura della nullità degli atti compiuti in violazione del codice dei beni culturali, con il conseguente regime dell'azione, e l'acquisto per usucapione di un bene culturale.

Il caso sottoposto all'esame della Corte riguarda l'accertamento della proprietà del dipinto "l'Allegoria della Fede", attribuito al pittore Alessandro Bonvicino, detto il Moretto, che era stato venduto dal parroco di una parrocchia in provincia di Brescia negli anni '40.

In particolare l'attore conveniva in giudizio tale parrocchia, chiedendo l'accertamento del suo diritto di proprietà su cornice e dipinto e la restituzione degli stessi da parte del custode giudiziario, in quanto il GIP del Tribunale di Brescia ne aveva disposto il sequestro *ex art. 263, co. 3, c.p.p.*

Il giudice di prime cure accoglieva la domanda, ritenendo che il contratto di compravendita con cui l'attore aveva acquistato la tela aveva ad oggetto un bene che, per effetto dell'usucapione decennale del venditore e dei precedenti acquirenti, non poteva più essere ritenuto di proprietà della convenuta e che in ogni caso la nullità della compravendita era una nullità relativa, per cui unico legittimato ad agire era lo Stato.

La parrocchia impugnava la sentenza innanzi alla Corte d'Appello di Brescia che ribaltava la decisione di primo grado. Il giudice del gravame evidenziava, infatti, che colui che aveva acquistato dal parroco aveva acquistato *a non domino*, in quanto proprietario era solo l'ente ecclesiastico, e che occorreva applicare *ratione temporis* la l. 1° giugno 1939 n. 1089 che prevedeva la denuncia al Ministro della Pubblica Istruzione e il divieto di effettuare la *traditio* del bene in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione (art. 32). Da ciò discendeva che il possesso dei vari acquirenti del bene non fosse mai sorto. La Corte d'Appello riteneva, inoltre, che la nullità del primo atto di compravendita fosse assoluta e non relativa, trattandosi di un bene non appartenente ad un privato. Infine, la Corte escludeva l'applicabilità dell'art. 1161 c.c. per difetto del requisito della buona fede al momento dell'acquisto dell'attore in prime cure, ritenendo lo stesso consapevole dell'origine illecita del dipinto, non avendo questi effettuato i dovuti controlli. Il soccombente impugnava allora in Cassazione, che rigettava il ricorso, confermando l'applicabilità al caso di specie della l. 1089/39, che vincolava anche gli enti religiosi imponendo l'autorizzazione ministeriale all'alienazione dei beni di interesse storico e artistico, e dunque la nullità assoluta di tutte le alienazioni della tela, oltre che l'inapplicabilità dell'art. 1161 c.c.

2. Come anticipato, una prima questione che viene in rilievo nel provvedimento in commento riguarda la natura della nullità degli atti compiuti in violazione del codice dei beni culturali e, in particolare, in caso di vendita di bene di interesse storico o artistico senza la prescritta autorizzazione.

Il d.lgs. 42/2004 impone il rispetto di determinate procedure per la circolazione dei beni di interesse

storico e artistico, che differiscono a seconda del tipo di bene culturale considerato: inalienabilità; necessità di autorizzazione da parte del Ministero; obbligo di denuncia e diritto di prelazione del Ministero<sup>1</sup>. Il mancato rispetto delle norme è sanzionato con la nullità del contratto con cui si dispone del bene culturale. L'art. 164 d.lgs. 42/2004 prescrive, infatti, che le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere compiuti contro i divieti stabiliti dal Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli. Tale articolo riprende la disposizione di cui all'art. 135 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali) che prevedeva che: «1. Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni di questo Titolo, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esso prescritte, sono nulli. 2. Resta sempre salva la facoltà del Ministero di esercitare il diritto di prelazione a norma delle disposizioni contenute nella sezione II del Capo III». A sua volta, l'art. 135 d.lgs. 490/1999 riproduceva sostanzialmente l'art. 61 della l. 1° giugno 1939 n. 1089 (Tutela delle cose d'interesse artistico o storico) – norma che si applica *ratione temporis* al caso in commento – che prevedeva però una «nullità di pieno diritto» delle alienazioni, convenzioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalla stessa legge 1089/1939 o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da essa prescritte. Come è stato affermato<sup>2</sup>, tuttavia, il fatto che la “più drastica” formula «nullità di pieno diritto» del più risalente testo non sia stata inserita nella lettera delle disposizioni successive non produce alcun effetto di sostanziale modifica della disciplina.

Le norme citate non operano distinzioni riguardo alle violazioni, prevedendo solo la nullità «degli atti compiuti contro i divieti... e senza l'osservanza delle condizioni e modalità» prescritte, né si soffermano sul regime della legittimazione ad agire o della rilevabilità d'ufficio della nullità. Dottrina e giurisprudenza si sono quindi interrogate sulla natura della nullità di cui trattasi.

Secondo una tesi, la nullità comminata per gli atti compiuti in violazione del codice dei beni culturali è di carattere assoluto, in virtù non solo della genericità della formulazione della norma, ma anche in considerazione degli interessi generali sottesi alla disposizione<sup>3</sup>. L'orientamento giurisprudenziale prevalente, consolidatosi già nella vigenza dell'art. 61 l. 1089/1939, ha qualificato tale nullità come una

---

<sup>1</sup> Sulla circolazione dei beni culturali v., C. FABBRICATORE, A. SCARPA, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 1998; G. CELESTE, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1071 ss.; A. PISCHETOLA, *Circolazione dei beni culturali e attività notarile*, Milano, Ipsoa, 2006; A. FUSARO, *La circolazione giuridica dei beni immobili culturali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 12 ss.; G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, p. 1 ss.; P. GUIDA, *Mancata osservanza delle formalità necessarie e ritrasferimento del bene culturale*, in *Notariato*, 2012, p. 558 ss.; E. DAMIANI, *Questioni in tema di diritto di circolazione di opere d'arte: i casi De Chirico*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2020, p. 93 ss. F. DELL'AVERSANA, *La circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato*, in *Il diritto dei beni culturali*, a cura di B. Cortese, Roma, 2021, p. 211 ss.; M. CENINI, *La funzione sociale del bene culturale tra proprietà e persona*, Napoli, 2025, p. 55 ss.; G. LIBERATI BUCCIANI, *Profili giuridici dei beni culturali*, Napoli, 2025, p. 13 ss.; B. MASTROPIETRO, *La circolazione delle opere d'arte. Profili civilistici*, Napoli, 2025, p. 7 ss.

<sup>2</sup> R. INVERNIZZI, *Art. 164*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2019, 1435.

<sup>3</sup> R. FUCCILLO, *La circolazione dei beni culturali d'interesse religioso*, in *Dir. ecl.*, 1993, I, p. 630.

nullità relativa<sup>4</sup>, in quanto posta a tutela di uno specifico interesse dello Stato, con conseguente regime di legittimazione all'azione riservato ai competenti soggetti pubblici senza possibilità di rilievo d'ufficio da parte del giudice.

Sulla natura della nullità per violazione delle norme sulla circolazione dei beni culturali, il provvedimento in commento fa espresso riferimento, aderendovi, alla pronuncia della Cassazione n. 11032/2022<sup>5</sup>, che distingue la natura della nullità a seconda dal tipo di bene culturale oggetto dell'atto: nullità assoluta per i beni pubblici, relativa per i beni di privati.

Il caso sotteso alla pronuncia da ultimo citata è simile a quello della sentenza in commento: un'azione di rivendica effettuata da un privato nei confronti della Parrocchia di San Pietro a Pitiana per un dipinto su tela risalente al 1500 e attribuito a Ridolfo del Ghirlandaio. L'opera in questione era stata alienata nel 1946, in contrasto con la l. n. 1089/1939, dall'allora parroco della Chiesa di San Pietro a Pitiana e, su esposto del competente Ufficio dei beni culturali, la Procura di Napoli, dopo aver rintracciato e sequestrato il dipinto, ne aveva disposto la restituzione in favore della parrocchia. In primo grado, il Tribunale di Firenze – sezione distaccata di Pontassieve aveva statuito che la tela rientrava tra i beni culturali di cui agli artt. 23 ss. l. n. 1089/1939 e aveva dichiarato la nullità assoluta della prima vendita e di tutti i successivi atti di disposizione, sino a quello d'acquisto dell'attore in rivendica. Il Tribunale respingeva poi l'ipotesi di intervenuto acquisto del dipinto *ex artt.* 1153 e/o 1161 c.c. e alle stesse conclusioni giungeva anche la Corte d'Appello di Firenze<sup>6</sup>. Nel ricorso in Cassazione, il privato sosteneva la natura relativa della nullità della compravendita, con conseguente legittimazione riservata allo Stato (che non era stato chiamato in giudizio) e impossibilità di rilievo *ex officio*. La Suprema Corte, nel provvedimento del 2022, afferma innanzitutto che la l. n. 1089/1939 distingue tra cose appartenenti allo Stato o altri enti morali e cose appartenenti ai privati, disciplinando in modo diverso le alienazioni delle une da quelle delle altre: a) le cose immobili o mobili di interesse artistico o storico appartenenti allo Stato o ad altri enti morali sono radicalmente inalienabili; b) le cose di interesse artistico o storico che appartengono ad enti o istituti legalmente riconosciuti possono

---

<sup>4</sup> Trib. Milano, sez. IV, 22 maggio 2025, n. 4178; Cass., 27 novembre 2019, n. 30984, in *Guida al dir.*, 2020, 8, p. 100, secondo cui la nullità *ex art.* 164 d.lgs. n. 42/2004 è relativa e unico legittimato a far valere la nullità della vendita di bene culturale compiuta in difetto dell'autorizzazione di cui all'art. 56 c.b.c. è il ministero competente al rilascio. V. anche Cass. 20 marzo 2012, n. 4378; Cass., 10 marzo 2009, n. 5773, in *Guida al dir.*, 2009, p. 48; Cass. 24 maggio 2005 n. 10920, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1880; Cass., sez. un., 15 maggio 1971, n. 1440, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2829; Cass. 14 febbraio 1975, n. 590, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1107; Cass., sez. un., 24 novembre 1989, n. 5070; Cass., sez. un. 9 dicembre 1985, n. 6180, tutte in *dejure.it*. In arg. v., F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, p. 537; ID., *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, Roma, 2017, p. 223; R. INVERNIZZI, *Art. 164*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1435 ss.; F. DELL'AVERSANA, *La circolazione dei beni culturali tra norme giuridiche e regole di mercato*, cit., p. 221; F. ATELITANO, *Vendita di beni culturali, nullità e possesso*, in *Arte e diritto*, 2025, 2, p. 283.

<sup>5</sup> Cass., 5 aprile 2022, n. 11032, in *Notariato*, 2023, 4, p. 871, con nota di A. PISCHETOLA, *Nullità assoluta per alienazioni delle cose di interesse artistico o storico appartenenti allo Stato o ad enti o istituti pubblici, o ad enti ed istituti "legalmente riconosciuti"*. Nello stesso senso, v. Trib. Milano, sez. IV, 6 settembre 2025, n. 6722, in *dejure.it*, riguardo alla vendita di tavolette votive effettuata senza autorizzazione.

<sup>6</sup> Corte appello Firenze, sez. II, 11 gennaio 2017, n. 14, in *dejure.it*.

essere alienate solo previa autorizzazione del Ministro per l'educazione nazionale, in modo che il Ministero abbia modo di valutare la sussistenza di un prevalente interesse pubblico a che il bene rimanga eventualmente in proprietà e nella custodia dell'ente e di verificare che l'alienazione non produca danno al patrimonio artistico e storico nazionale o ne limiti la fruizione e il pubblico godimento da parte della collettività nazionale, e nel caso di alienazione a titolo oneroso, lo Stato ha peraltro facoltà di esercitare il diritto di prelazione; c) le cose appartenenti a privati che abbiano formato oggetto di notifica da parte del competente Ministero (e, come tali, sottoposte a vincolo) possono essere alienate previa denuncia al Ministro e, nel caso di alienazione a titolo oneroso, il Ministro ha facoltà di acquistare la cosa al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione, entro il termine di due mesi dalla denuncia. La Corte rileva dunque che, dall'analisi della disciplina, emerge un generale principio di inalienabilità dei beni di interesse artistico o storico di proprietà dello Stato o degli enti pubblici ovvero degli enti legalmente riconosciuti, configurato ora in modo "assoluto" per lo Stato e gli altri enti pubblici, ora in modo "relativo" per gli enti legalmente riconosciuti (necessità di preventiva autorizzazione); inalienabilità che non sussiste per i beni di interesse artistico o storico dei privati e sottoposte a vincolo, con la necessità di apposita denuncia al Ministero per far sì che lo stesso eserciti la propria vigilanza sulla conservazione e custodia dei beni presso il nuovo proprietario o detentore e, nel caso di acquisto a titolo oneroso, per permettergli di esercitare eventualmente il diritto di prelazione. Nella sentenza si osserva poi che l'art. 61 l. 1089/1939 stabilisce una nullità testuale *ex* art. 1418, co. 3, c.c., con conseguente applicabilità dell'art. 1421 c.c., norma che «ha valenza sistematica di carattere generale, stabilisce una "regola" ed una "eccezione": la regola è che la nullità, in coerenza col carattere radicale del vizio che inficia il negozio, ha carattere "assoluto", come tale essa può essere opposta da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, l'eccezione è che, in talune fattispecie, la nullità può essere espressamente configurata dalla legge di carattere "relativo", nel senso che può essere fatta valere soltanto da determinati legittimati». Dunque secondo la Corte, l'orientamento giurisprudenziale che afferma la natura relativa della nullità di cui all'art. 61 l. 1089/1939 riguarda esclusivamente le alienazioni di cose di interesse artistico e storico appartenenti a privati sottoposte a vincolo e non può valere al di fuori di tale ambito. Non può, dunque, valere per le alienazioni di cose appartenenti allo Stato o a enti o istituti pubblici ovvero agli enti o istituti legalmente riconosciuti, la cui disciplina è retta da diversa *ratio legis*. In particolare, se l'alienazione riguarda beni di privati, essa non è soggetta ad alcun divieto né ad alcuna autorizzazione, ma solo a un obbligo di informazione dell'autorità e la sua inottemperanza non riguarda la "possibilità giuridica" della alienazione, ma attiene alle modalità della stessa. Ne consegue che solo lo Stato ha interesse a far valere la nullità dell'atto, essendo la declaratoria di tale nullità espressamente finalizzata dall'art. 61, co. 2, L. n. 1089/1939 a consentire l'esercizio, da parte del Ministero, del diritto di prelazione. Se invece l'alienazione riguarda cose di interesse artistico e storico

appartenenti allo Stato o ad enti o istituti pubblici ovvero cose di interesse artistico e storico appartenenti ad enti o istituti legalmente riconosciuti ma senza apposita autorizzazione ministeriale, stante il preminente interesse pubblico posto a fondamento della limitazione della possibilità giuridica di alienare la cosa di interesse artistico e storico, la nullità che colpisce il negozio di alienazione non può che essere di carattere assoluto, secondo la regola generale posta dall'art. 1421 c.c., anche a fronte di una norma speciale che commina la "nullità di pieno diritto".

Anche con riguardo al codice vigente<sup>7</sup>, la nullità si configura, pertanto, come: a) assoluta in caso di alienazione di beni appartenenti allo Stato effettuata in violazione delle norme del codice dei beni culturali, perché qui viene in rilievo proprio la possibilità giuridica dell'alienazione del bene culturale e un preminente interesse pubblico che giustifica la legittimazione diffusa all'azione e il rilievo d'ufficio; b) relativa per i beni appartenenti a privati, in quanto in questo caso l'interesse attiene alle modalità dell'alienazione e non alla possibilità della stessa e dunque solo lo Stato ha interesse a far valere la nullità dell'atto.

### 3. Occorre ora soffermarsi sul regime dell'azione della nullità assoluta e relativa.

Come anticipato, l'art. 164 d.lgs. 42/2004 non opera alcuna distinzione, ma si limita a parlare di nullità, né si sofferma sulla legittimazione o sul rilievo d'ufficio della nullità stessa.

In generale, in punto di legittimazione, l'art. 1421 c.c. prescrive che l'azione di nullità spetti a «chiunque vi abbia interesse», ponendo dunque sullo stesso piano, ai fini dell'individuazione del legittimato ad agire, le parti e i terzi, purché ne abbiano interesse<sup>8</sup>.

Particolare è il rapporto tra legittimazione ad agire ed interesse che emerge dalla norma. Infatti, nell'impostazione tradizionale maggioritaria, legittimazione ad agire (art. 81 c.p.c.) e interesse a agire<sup>9</sup> (art.

---

<sup>7</sup> V. Cass. 27 novembre 2019, n. 30984 che ritiene di poter applicare le conclusioni cui è giunto il consolidato orientamento in tema di natura relativa della nullità dei cui all'art. 61 l. n. 1089/1939 all'art. 164 d.lgs. n. 42/2004, osservando che tale ultima disposizione che non muta la sostanza delle norme previgenti.

<sup>8</sup> Chiaramente la posizione che rispettivamente spetta loro non è omogenea: i contraenti, nella loro qualità di titolari del rapporto devono reputarsi legittimati ad agire in via ordinaria, mentre i terzi devono intendersi come legittimati ad agire in via straordinaria o sostituti processuali ex art. 81 c.p.c. Dunque se chi è parte del rapporto può agire per ottenere l'accertamento della nullità del contratto convenendo in giudizio solo l'altra parte o le altre parti, così non è per i terzi che dovranno estendere il contraddittorio ai titolari del rapporto, che devono senz'altro ritenersi litisconsorti necessari ai sensi e per gli effetti dell'art. 102 c.p.c. Per la partecipazione necessaria al giudizio dei titolari del rapporto nel caso in cui questo sia dedotto in giudizio dal legittimato straordinario, v. A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 325; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 295 e 300; G. COSTANTINO, *Litisconsorzio: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Trec.*, XIX, Roma, 1990, p. 8; ID., *Legittimazione ad agire*, *ivi*, XVIII, 1990, p. 8; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997, p. 111; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 190.

<sup>9</sup> In tema di interesse ad agire, v. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Jus*, 1954, p. 547 ss., successivamente in ID., *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi*, I, Milano, 1957, p. 316 ss.; E. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 316 ss.; S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione ad agire*, in *Foro it.*, 1954, p. 169 ss.; E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, p. 349 ss.; L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1093 ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; di recente, v. anche il già citato contributo di M. MARINELLI, *La clausola generale*, cit., p. 137.

100 c.p.c.) costituiscono due distinte condizioni dell'azione<sup>10</sup>: se sussiste l'una, non necessariamente ricorre anche l'altra. Nell'art. 1421 c.c., invece, è l'interesse ad agire ad assumere un valore prioritario nel determinare il legittimato ad agire: si parla di «interesse legittimante»<sup>11</sup>. C'è da chiedersi se l'interesse considerato dalla norma sia l'interesse d'ordine generale e pubblicistico che l'ordinamento nutre a favore della rimozione del contratto nullo o se occorra individuare uno specifico e concreto interesse particolare in capo a colui che richiede l'accertamento della nullità<sup>12</sup>. La prospettiva in cui si pone l'art. 1421 c.c. pare essere la seconda, posto che, diversamente, il riferimento all'interesse ivi presente avrebbe un sapore puramente pleonastico, risultando sufficiente l'attribuzione dell'azione a «chiunque». Ciò, d'altro canto, non esclude l'opportunità di individuare già in astratto due diverse cerchie di legittimati, ovvero, da un lato, le parti del rapporto e, dall'altro, i terzi. Quanto alle parti, infatti, sarebbe difficile ipotizzare che si debba loro richiedere la dimostrazione di un interesse concreto ulteriore rispetto a quello a vedersi svincolati dal rapporto, sicché si suol dire che l'interesse è *in re ipsa*<sup>13</sup>. Per i terzi, invece, il sindacato circa la sussistenza dell'interesse sembra più delicato, tenuto anche conto che la loro azione andrà ad «intromettersi» nei rapporti contrattuali altrui. In dottrina si fa l'esempio del terzo titolare di rapporti dipendenti<sup>14</sup>, ritenendosi che l'interesse di cui all'art. 1421 c.c. non debba corrispondere propriamente a quello richiesto ai sensi dell'art. 100 c.p.c. per poter agire in giudizio. D'altro canto, la formula particolarmente ampia prevista dalla norma non sembra escludere la possibilità di individuare ulteriori categorie di terzi, pur non titolari di rapporti dipendenti, ma parimenti titolari di un interesse giuridicamente apprezzabile. Questa lettura pare anche maggiormente aderente alla natura dell'interesse tutelato dalla norma, che trova conferma nella rilevanza *ex officio* della nullità. Pertanto, colui che intenda impugnare un contratto per nullità avrà l'onere di dimostrare un concreto e attuale interesse alla dichiarazione di nullità per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica, «non potendo l'azione di nullità essere proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Sulle condizioni dell'azione, v., C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 47 ss.

<sup>11</sup> A. BARLETTA, Sub art. 100, in *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, I, Milano, 2013, p. 1107.

<sup>12</sup> Sul tema dei rapporti tra latitudine dell'interesse protetto e individuazione dei legittimati ad agire, v., per tutti, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 255 ss.

<sup>13</sup> Cfr. R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 896; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, p. 501 ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, p. 163 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 572; *contra*, ovvero nel senso di doversi valutare in concreto l'interesse della parte alla nullità anche in ragione della sussistenza dell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Padova, 2022, p. 318 ss., p. 348 ss.

<sup>14</sup> A. PROTO PISANI, Sub art. 100, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1081; nonché, R. CAPONI, *Azione di nullità*, cit., p. 102 s.

<sup>15</sup> Cass., ord., 12 giugno 2018, n. 15320. Si veda il caso affrontato da Cass., 4 febbraio 2014, n. 2447, in *Foro it.*, 2015, I, 1, c. 296 che riguardava un soggetto che, appellandosi ad una lettura estensiva dell'interesse di cui all'art. 1421 c.c., aveva agito per la dichiarazione di nullità di un contratto di compravendita di un edificio comunale, in quanto l'immobile era stato acquistato da un consigliere dello stesso ente locale. In questo caso la Suprema Corte ha dichiarato la domanda improponibile per mancanza dell'interesse ad agire e dunque difetto di *legitimitatio ad causam* a far valere la nullità del contratto. Più in particolare, nella pronuncia si afferma che la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., in virtù della quale la nullità del negozio

Tornando alla circolazione dei beni culturali, secondo l'impostazione adottata dal provvedimento in commento, la natura dell'interesse sotteso alle norme che disciplinano la circolazione dei beni culturali fa propendere ora per una nullità assoluta con legittimazione allargata, ora per una nullità relativa a legittimazione riservata. Un punto cruciale resta però il rapporto tra interesse e rilievo d'ufficio.

Se la tutela di uno "specifico" interesse dello Stato giustifica la deviazione del regime di cui all'art. 1421 c.c. in punto di legittimazione, come nel caso delle nullità di protezione, ci si chiede però se, alla luce della più recente giurisprudenza in tema di nullità generale e "speciale", si possa sostenere la non rilevanza d'ufficio di questa nullità, che pure emerge dalle sentenze in tema di nullità relativa per violazione delle norme del codice dei beni culturali.

È noto come, in tema di rilievo d'ufficio della nullità, le pronunce a Sezioni Unite del 2014<sup>16</sup>, cui si sono uniformate le sentenze successive in tema, riorganizzando in un quadro coerente e unitario le opzioni teoriche sui temi cardine del rapporto tra contratto e processo, abbiano delineato un vero e proprio "sistema" delle impugnative negoziali e dell'azione di nullità<sup>17</sup>, che vede come punti fermi la nozione di interesse generale sotteso e il rilievo d'ufficio. Ne consegue che la nullità è sempre rilevabile d'ufficio, anche ove si tratti di nullità speciali e di protezione, con la precisazione che in tale ultimo caso il rilievo è sempre ammissibile e necessario<sup>18</sup> e la dichiarazione è condizionata alla valutazione dell'interesse concreto della parte tutelata. Il rilievo d'ufficio della nullità costituisce infatti irrinunciabile garanzia della tutela

---

può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed essere rilevata d'ufficio anche dal giudice, «non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire secondo le norme generali e con riferimento all'art. 100 c.p.c., non potendo tale azione essere proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge, quale potrebbe essere quello relativo alla salvaguardia della trasparenza dell'attività della P.A». Dunque – ribadisce la Corte – l'azione di nullità non è proponibile in mancanza della prova da parte dell'attore della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica. Nel caso di specie, a parere del Collegio, il soggetto che aveva impugnato il contratto per nullità non aveva dimostrato, ma nemmeno specificamente dedotto, di essere titolare di un «diritto soggettivo diretto, personale ed attuale leso dall'intervenuta conclusione (e dagli effetti) del contratto», avendo agito a tutela di un interesse asseritamente collettivo. Tuttavia rimaneva tutelabile, in sede di giurisdizione amministrativa, l'interesse legittimo riconducibile all'ipotetica illegittimità dell'attività amministrativa presupposta alla dismissione dei beni di proprietà comunale.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Corr. Giur.*, 2015, 2, p. 225 ss., con nota di C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*. In tema, I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 70 ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 6, p. 1387; F. DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, 3, I, p. 94 ss.; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, *ivi*, p. 916 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, *ivi*, p. 944; S. PAGLIANTINI, *Rilevanza officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 2, 113 ss.; N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio in Nuova giur. civ.*, 2015, 4, p. 299. Più recentemente, in giur. Cass., 25 agosto 2025, n. 23843.

<sup>17</sup> In questo senso, C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., 225; I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, cit., 70.

<sup>18</sup> V. Corte eur. giust. 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 (Banco Desio) e C-831/19 (Project 1503 s.r.l. e Dobank s.p.a.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 96 s. e Cass. sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1452 ss. sulla rilevanza d'ufficio della nullità delle clausole vessatorie in fase monitoria. In arg., S. PAGLIANTINI, *Alla ricerca di una direttiva 93/13 rimasterizzata*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, a cura di, Roma-Piacenza, La Tribuna, 2024, 31 ss.; C. SARTORIS, *Rilievo d'ufficio della nullità di protezione e giudizio esecutivo: la questione della latitudine soggettiva*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., 389; A. ALBANESE, *La rilevanza d'ufficio della nullità delle clausole vessatorie dalla Corte Europea di Giustizia alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2025, 1, 1 ss.

dell'effettività dei valori fondamentali dell'organizzazione sociale. A tale unità funzionale non si sottraggono le nullità di protezione, che presidiano interessi generali sottesi alla tutela di una classe di contraenti, né in generale le c.d. nullità speciali. Conseguentemente deve ritenersi consentito il rilievo *ex officio* di una nullità negoziale, sotto qualsiasi profilo, anche ove sia configurabile una nullità speciale o di protezione, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione).

Riprendendo ancora le parole delle pronunce a Sezioni Unite del 2014, la nullità ha «natura di sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato ad un invalido assetto negoziale» e una scelta volta all'eccessiva frammentazione della categoria costituirebbe un insormontabile ostacolo ad una ricostruzione unitaria e coerente dell'estensione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice *ex art.* 1421 c.c. La *ratio* del rilievo *ex officio* della nullità consiste, infatti, nella tutela di interessi generali la cui natura superindividuale giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo. Ed è proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto che giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando l'imposizione al giudice di negare efficacia giuridica ad una convenzione affetta da una patologia così grave. Ciò è coerente non solo con la nullità per contrarietà a norme imperative o a principi fondamentali dell'ordinamento, ma anche con le nullità c.d. speciali, in quanto anche in questi casi, oltre che un interesse particolare, si tutela anche un interesse generale, seppur in via indiretta, e cioè l'interesse proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole e che siano, dunque, rispettati i principi-cardine dell'ordinamento quali la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali e, nel nostro contesto, la tutela dei beni culturali.

La legittimazione ristretta, propria delle nullità c.d. relative, non comporta dunque la riqualificazione in termini soltanto particolaristici e personalistici dell'interesse tutelato dalla norma attraverso la previsione della nullità, restando l'interesse a carattere pubblicistico. Ed è lo stesso legislatore a prevedere fattispecie di nullità in cui convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità *ex officio* (art. 36, co. 3, Codice del consumo). La rilevabilità d'ufficio costituisce, pertanto, il *proprium* anche delle nullità speciali e di protezione<sup>19</sup>.

Le Sezioni Unite del 2014 precisano, tuttavia, che occorre distinguere tra rilievo officioso della nullità e dichiarazione della nullità<sup>20</sup>: la rilevazione, che è necessariamente obbligatoria, va intesa come limitata all'attività di rilevazione/indicazione alle parti della questione; la dichiarazione va intesa come pronuncia,

---

<sup>19</sup> In arg. v., G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, Torino, 2005, p. 379; F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012, p. 145.

<sup>20</sup> In arg. v., C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, I, p. 153.

previo accertamento, del rilevato vizio di invalidità, accertamento contenuto nella motivazione e/o nel dispositivo della sentenza. Le note pronunce estendono quindi il più possibile il rilievo d'ufficio della nullità, comprendendovi anche le nullità “speciali”, sulla base di una lettura che, superando un criterio concettualistico riguardante l'oggetto dell'impugnativa negoziale, ha riguardo all'interesse sostanziale, così come espresso dal modo di essere del rapporto. Come è stato osservato, in ragione di tale finalità, «il giudice deve andare oltre la prospettiva “privatistica” del rapporto processuale, ancorata al principio dispositivo della domanda e al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per meglio realizzare, in una prospettiva più ispirata all'interesse generale, la finalità di tutela dei diritti di privati»<sup>21</sup>. Il rilievo d'ufficio è, pertanto, modulato in considerazione dell'interesse del soggetto legittimato a far valere in giudizio la nullità.

Alla luce di quanto appena ricordato, va osservato che la nullità dell'art. 164 d.lgs. 42/2004, anche se ricostruita come nullità relativa, non sembra potersi sottrarre al ragionamento delle Sezioni Unite citate, soprattutto in considerazione dell'impianto del codice dei beni culturali, ove le modalità di circolazione dei beni sono fortemente vincolate e rimesse alle valutazioni degli organi pubblici competenti. La legittimazione riservata al soggetto pubblico competente, peraltro non parte del contratto, non sembra sufficiente ad escludere il rilievo d'ufficio, perché l'interesse sotteso, pur se inteso come “un interesse particolare in concreto”, investe evidentemente anche interessi generali, relativi alla tutela del patrimonio artistico che trova copertura anche costituzionale all'art. 9. Ciò giustificerebbe allora il rilievo d'ufficio da parte del giudice, a meno di non voler ricostruire la fattispecie non come “nullità”, ma come forma di inopponibilità, come sostenuto da parte della dottrina. E allora ci si potrebbe chiedere: se legittimato ad agire è solo il soggetto pubblico che non è parte del contratto e non è parte del processo, cosa dovrebbe fare il giudice che rileva la nullità? Nel caso delle nullità di protezione, la parte debole è parte del contratto e dunque il giudice – nel solco delle pronunce a Sezioni Unite del 2014 – rileva la nullità, la sottopone alla parte legittimata a farla valere e, se risulta che la parte abbia un interesse concreto alla nullità (e questa va a suo vantaggio), procede con la dichiarazione. Nel caso di un processo in cui sono presenti solo le parti del negozio e non l'ente pubblico competente, ci si troverebbe nella situazione di una legittimazione riservata ad una parte che potrebbe non avere contezza né del contratto, né del processo. Sarebbe allora necessaria l'integrazione del contraddittorio in modo che il giudice, come accade nel caso delle nullità di protezione, possa sottoporre la questione anche alla parte che sarebbe legittimata ad invocare la nullità, in modo che possa valutare l'interesse in concreto alla dichiarazione. L'interesse sotteso alla nullità dell'art. 164 non può, infatti, qualificarsi come interesse solo “particolare”, perché resta un interesse di natura pubblicistica; ciò che rileva è se sussiste, caso per caso, un interesse pubblico in concreto, il che consentirebbe di ricostruire

---

<sup>21</sup> A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 4, 2015, p. 703.

la nullità come relativa, ma rilevabile d'ufficio. E allora il giudice, ove rilevi la nullità, dovrà integrare il contraddittorio e sottoporre la questione al soggetto pubblico che dovrà poi valutare la sussistenza di un concreto interesse la dichiarazione della nullità.

4. Ulteriore questione che viene in rilievo nella pronuncia in commento riguarda l'acquisto a titolo originario<sup>22</sup> del bene culturale<sup>23</sup>.

Con riguardo all'applicabilità ai beni culturali della regola del possesso vale titolo, si riscontra un orientamento che la esclude *in toto*<sup>24</sup> e un altro che la ammette, con l'eccezione dei beni culturali demaniali<sup>25</sup>.

Secondo autorevole dottrina i beni culturali rappresentano una sorta di *tertium genus* rispetto ai mobili e agli immobili e non sarebbe dunque applicabile l'art. 1153 c.c.<sup>26</sup>.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 1153 c.c., perché colui che acquisti a non domino un bene mobile ne acquisti la proprietà mediante possesso deve essere in buona fede al momento della consegna e deve sussistere un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.

In diverse sentenze la giurisprudenza di legittimità ha escluso l'applicabilità dell'art. 1153 c.c. con riguardo a cose di interesse artistico e storico appartenenti ad enti o istituti legalmente riconosciuti diversi dallo Stato o da altri enti o istituti pubblici e soggette, in base alle norme contenute nella l. 1089/1939, al regime dell'inalienabilità senza previa autorizzazione del Ministero e della prelazione statale nell'acquisto di esse, in quanto si tratta di beni per i quali è espressamente vietata, *ex art.* 32 l. 1089/1939, all'alienante la *traditio* in pendenza del termine per i detti adempimenti, mentre la consegna della cosa, per potere produrre gli effetti di cui all'art. 1153, non deve essere vietata dalla legge per motivi d'interesse generale<sup>27</sup>. Il rispetto del divieto impedisce quindi l'applicabilità della regola del possesso vale titolo, in quanto l'acquisto della proprietà della cosa mobile *ex art.* 1153 c.c., sulla base di idoneo titolo e del trasferimento del possesso congiunto alla buona fede di chi riceve la cosa, presuppone per un verso che il titolo, oltre che idoneo, sia anche valido, per l'altro che la *traditio* non sia vietata dalla legge. Ne consegue che nel caso di alienazione di cose di interesse artistico o storico appartenenti ad enti o istituti legalmente riconosciuti in assenza di autorizzazione ministeriale, non soltanto il titolo è colpito da nullità assoluta, ma anche la semplice *traditio*

---

<sup>22</sup> L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, rist. III edizione, Milano, 1994.

<sup>23</sup> In tema v. G. MAGRI, *Beni culturali e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 741; E. DAMIANI, *Acquisti a titolo originario e beni culturali*, in *Questa Rivista*, 1/2023, p. 82 ss.; ID., *Il problema della restituzione dei beni culturali*, in *Ambienteditto.it*, 4, 2023, p. 9; M. CENINI, *La funzione sociale del patrimonio culturale: tra proprietà e persona*, Napoli, 2024, p. 75 ss. e EAD., *Gli acquisti a non domino*, Milano 2009, p. 178 ss.

<sup>24</sup> M. COMPORTI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, pp. 395 ss..

<sup>25</sup> R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni – Schlesinger, III ed., Milano 2014, p. 459.

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell'associazione Bianchi Bandinelli*, Roma 1994, p. 15 ss.

<sup>27</sup> Cass., sez. I, 7 aprile 1992, n. 4260, in *Foro it.* 1992, I, c. 2402.

è vietata per ragioni di interesse pubblico prevalenti sul piano dei valori immanenti all'ordinamento giuridico sull'interesse pubblico alla certezza del commercio mobiliare, posto a fondamento della norma dell'art. 1153 c.c.<sup>28</sup>

Con riguardo alla buona fede, la giurisprudenza ha affermato che il concetto di buona fede di cui all'art. 1153 c.c. corrisponde a quello dell'art. 1147 c.c. e, pertanto, ai sensi del co. 2 di questa norma, la buona fede non giova a chi compie l'acquisto ignorando di ledere l'altrui diritto per colpa grave, la quale è configurabile quando quell'ignoranza sia dipesa dall'omesso impiego, da parte dell'acquirente, di quel minimo di diligenza, proprio anche delle persone scarsamente avvedute, che gli avrebbe permesso di percepire l'idoneità dell'acquisto a determinare la lesione dell'altrui diritto, poiché *non intelligere quod omnes intellegunt* costituisce un errore inescusabile, incompatibile con il concetto stesso di buona fede<sup>29</sup>.

Con riguardo all'usucapione del bene culturale occorre far innanzitutto riferimento all'art. 1161 c.c. che, ai fini dell'acquisto, pur in assenza di titolo idoneo richiede il possesso continuato di dieci anni se di buona fede, di venti se il possessore è in mala fede. La norma va però letta congiuntamente all'art. 1163 c.c. in base al quale «il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata»<sup>30</sup>. In tema, la giurisprudenza ha evidenziato che, per aversi possesso non clandestino, è sufficiente che esso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di volere assoggettare la cosa al proprio potere, senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato<sup>31</sup>. Si è, inoltre, affermato che il requisito della non clandestinità va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo dal precedente possessore o da una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con quest'ultimo<sup>32</sup>. Sulla scorta di questi orientamenti, la Cassazione ha, ad esempio, escluso la non clandestinità del possesso di un vano accessibile solo mediante una botola d'ingresso, situata in un retrobottega, visibile solo a chi aveva la

---

<sup>28</sup> Cass., sez. II, 5 aprile 2022, n. 11039, cit., che afferma che «tale regime giuridico punta, evidentemente, ad impedire che le disposizioni emanate a tutela delle cose d'interesse artistico e storico possano essere aggirate da chi callidamente, omettendo - in flagrante e consapevole violazione di tale legge - di chiedere l'autorizzazione prevista dall'art. 26, abbia poi l'accortezza di rivendere e di consegnare a terzi l'oggetto d'interesse artistico o storico senza palesargliene la provenienza (o, comunque, senza che rimangano prove di un siffatto palesamento), con l'effetto di consentire al terzo di invocare l'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 1153 c.c.»

<sup>29</sup> Cass., sez. II, 14 settembre 1999, n. 9782.

<sup>30</sup> In tema v. A. MONTANARI, *Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell'usucapione di opera d'arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Jus civile*, 2021, p. 1860 ss.; Id., *Possesso «non clandestino» e possesso «pubblico» nell'usucapione di opera d'arte: analisi critica della Corte di appello di Torino n. 98/2024*, in *Arte e dir.*, 2024, p. 437 ss.;

G. MAGRI, *Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, *Nota a Cassazione civile, sez. II, 14/06/2019 (ud. 22/01/2019, dep. 14/06/2019), n. 16059*, in *Aedon*, 2020, p. 1 ss.

<sup>31</sup> Cass., sez. II, 14 maggio 1979, n. 2800.

<sup>32</sup> Cass., sez. II, 17 luglio 1998, n. 6997; Cass., sez. II, 9 maggio 2008, n. 11624; Cass., sez. II, 23 luglio 2013, n. 17881.

possibilità di entrare nel locale<sup>33</sup>. La non clandestinità è stata esclusa anche nel caso di dipinti collocati nella scala di un palazzo adibito a residenza familiare, il cui atrio fungeva anche da *reception* dell'azienda farmaceutica di proprietà della famiglia medesima, in quanto «tale modalità di esercizio del possesso non era sufficiente a garantire, nella prospettiva della *ratio* dell'art. 1163 c.c., che chiunque potesse acquisire conoscenza che i dipinti erano nel possesso del soggetto che ne richiedeva l'accertamento ed eventualmente contestare tale possesso, né pare seriamente dubitabile che in ambito di opere d'arte solo l'esposizione a mostre, ovvero l'inserimento in pubblicazioni specializzate, consenta la conoscibilità delle stesse»<sup>34</sup>. Sempre in tema di opere d'arte, un'altra sentenza non ha ritenuto sufficiente ad integrare la non clandestinità del possesso il fatto che un dipinto di provenienza illecita fosse appeso ad una parete del salotto di una abitazione privata<sup>35</sup>.

Nella sentenza in commento la questione dell'usucapione di beni culturali è solo accennata, in quanto la Cassazione si limita a confermare la ricostruzione della Corte d'Appello, affermando di non poterne sindacare il merito. In particolare, la Corte d'appello aveva ritenuto che dalla mancanza di autorizzazione alla vendita e dal divieto di *traditio* conseguiva innanzitutto che il possesso non fosse mai sorto e aveva anche affermato che non poteva considerarsi sussistente l'ipotesi di cui all'art. 1161 c.c. per difetto del requisito di buona fede al momento dell'acquisto, dovendosi ritenere che il soggetto potesse essere consapevole dell'origine illecita del dipinto, non avendo effettuato i dovuti controlli. In cassazione, il ricorrente riaffermava l'intervenuto acquisto per usucapione del bene e denunciava la falsa applicazione degli artt. 1161, 1147, 2967 c.c. e 115 c.p.c. per aver la Corte d'Appello statuito la mala fede del possesso in assenza di prova sul punto. Invero, secondo il ricorrente, essendo presunta la buona fede *ex art.* 1147 c.c., sarebbe stato onere della parrocchia fornire la prova contraria. Sosteneva, inoltre, il ricorrente che il dipinto fosse una copia dell'originale e che questo fosse essenziale per l'accertamento della mala fede. La sentenza in commento osserva che la censura del ricorrente si risolve solo in una critica alla ricostruzione dei fatti da parte della Corte di appello e che quindi è inammissibile il motivo di ricorso che, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione o falsa applicazione di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio miri, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito.

A tal riguardo la Corte ricorda, infatti, che la valutazione delle prove raccolte, anche ove si tratti di presunzioni, costituisce attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di

---

<sup>33</sup> Cass., 9 maggio 2008, n. 11624.

<sup>34</sup> Cass., sez. II, 14 giugno 2019, n. 16059, in *Aedon*, 1/2020, con nota di G. MAGRI, *Buona fede, clandestinità del possesso e opere d'arte rubate: riflessioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione* e in *Jus civile*, 2021, 6, p. 1851, con nota di A. MONTANARI, *Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell'usucapione di opera d'arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*.

<sup>35</sup> Cass., sez. II, 30 aprile 2021, n. 11465, in *Jus civile*, 2021, 6, p. 1851, con nota di A. Montanari, *Possesso «non clandestino» e possesso «occulto» nell'usucapione di opera d'arte: qualche riflessione di arte e diritto a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*.

merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale non sono sindacabili in cassazione. Evidenzia ancora il Collegio che, nel caso sottoposto al suo esame, non ricorrono i presupposti per censurare in cassazione il travisamento della prova ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., e cioè: a) che l'errore del giudice di merito cada non sulla valutazione della prova (*demonstrandum*), ma sulla ricognizione del contenuto oggettivo della medesima (*demonstratum*), con conseguente, assoluta impossibilità logica di ricavare, dagli elementi acquisiti al giudizio, i contenuti informativi che da essi il giudice di merito ha ritenuto di poter trarre; b) che tale contenuto abbia formato oggetto di discussione nel giudizio; c) che l'errore sia decisivo, in quanto la motivazione sarebbe stata necessariamente diversa se fosse stata correttamente fondata sui contenuti informativi che risultano oggettivamente dal materiale probatorio e che sono inequivocabilmente difformi da quelli erroneamente desunti dal giudice di merito; d) che il giudizio sulla diversità della decisione sia espresso non già in termini di possibilità, ma di assoluta certezza.

## **VARIA FRAGMENTA**

## Diritto Filosofico di Tommaso Gazzolo

CARLOTTA MARIA IANCARELLI  
Dottoressa in Giurisprudenza

Il presente contributo intende commentare la recente opera del Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto filosofico*, Torino, 2025, edita da Epieikeia, concentrandosi sulla sua innovativa risposta alla domanda su cosa sia il diritto e sulle ricadute, individuate da Gazzolo, che la medesima può avere nel rapporto tra il diritto stesso e le nuove tecnologie, ampiamente dibattuto nella società contemporanea.

This article intends to analyse the recent work of Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto filosofico*, Torino, 2025, published by Epieikeia, focusing on his innovative answer to the question of what law is and on the implications, identified by Gazzolo, that this answer could have on the relationship between the law itself and new technologies, widely debated in the contemporary society.

«Che cos'è il diritto?» Una domanda, questa, che non perde mai la propria attualità e che non cessa mai di rinnovarsi nonostante si sia imposta da secoli nelle riflessioni di innumerevoli pensatori, tanto in ambito filosofico quanto sociologico ed antropologico. Una domanda che, pertanto, porta con sé una lunga tradizione di risposte, le quali hanno tutte contribuito, nella propria unicità, a fornirci strumenti imprescindibili per la comprensione di un fenomeno tanto centrale ed essenziale quale, appunto, è il diritto. Ed è proprio nel solco di questa grande tradizione che si inserisce l'opera del Professor Tommaso Gazzolo, *Diritto Filosofico*, edita da Epieikeia. Reinterpretando questa domanda fondamentale della filosofia del diritto, tuttavia, Gazzolo non si limita ad individuare una innovativa risposta, ma la rende il perno per una rifondazione dell'ambito stesso della disciplina giusfilosofica.

«Ri-fondazione», si è detto, ma una precisazione è d'obbligo: Gazzolo non intende in questo modo demolire le basi della lunga tradizione in cui si inserisce per sostituirla con qualcosa di differente. Piuttosto, il suo impegno è volto al recupero di una filosofia del diritto che possa dirsi, al tempo stesso, tanto giuridica quanto filosofica, stante la separazione che ha iniziato ad instaurarsi nel XIX secolo tra una filosofia del diritto dei giuristi ed una dei filosofi. La prima ha progressivamente concentrato la propria attenzione sull'individuazione di concetti generali attinenti ai vari settori del diritto abbandonando la domanda fondamentale circa cosa il diritto sia e divenendo così una «teoria generale del diritto»; mentre la seconda ha lentamente smesso di occuparsi della questione del diritto<sup>1</sup>.

Recuperando quindi la locuzione *Jus Philosophicum* (da cui il titolo dell'opera), Gazzolo intende riunificare la riflessione giusfilosofica attraverso una rinnovata analisi del suo quesito costitutivo: chiedersi che cosa

---

<sup>1</sup> T. GAZZOLO, *Diritto Filosofico*, Torino, 2025.

sia, appunto, «il diritto» e non semplicemente cosa sia «di diritto»<sup>2</sup>.

Già in apertura al primo capitolo, Gazzolo ci fornisce la sua definizione del concetto di diritto: «Il diritto è la differenza tra se stesso e il proprio fatto (o, se si vuole: il dover-essere è la differenza tra sé e il *proprio* essere; il diritto è la differenza tra la norma ed il fatto della norma)<sup>3</sup>». Mediante questa definizione l'autore sottolinea il proprio distacco da quella concezione, assai diffusa nella modernità, che vede il diritto come ciò che esige e si identifica necessariamente nella propria trasposizione in qualcosa di concreto, tangibile (che sia una legge, un decreto o più genericamente un comando), poiché il suo scopo sarebbe quello di fungere da guida delle condotte, di essere la motivazione che induce i consociati ad un determinato agire. In questo modo, tuttavia, secondo Gazzolo, il diritto, nel suo stesso concetto, andrebbe a ridursi ad un mero fatto, ad un dato meramente materiale, negandosi come qualcosa di diverso da esso. In altri termini, il diritto diverrebbe così un fatto, cessando pertanto di essere diritto.

Questo evidente paradosso spinge Gazzolo a tentare di risalire all'origine del diritto<sup>4</sup>, ovvero ad individuare le caratteristiche che rendono una norma esistente una norma giuridica (e non un mero fatto). Parlare di origine, infatti, per Gazzolo non significa cercare un fatto storico, una genesi empirica, a partire dal quale una norma avrebbe iniziato ad esistere (ad es. il momento in cui un sovrano emana una legge che vieta il furto); piuttosto l'origine del diritto viene intesa dall'autore come una prospettiva, una lente, attraverso la quale il diritto smetta di essere un semplice ordine del potere, quindi un fatto, per giungere al suo vero concetto, ossia ciò che rende il diritto effettivamente tale: il suo dover-essere, separato dal suo stesso essere. Facendo ancora riferimento all'esempio del furto: l'atto del sovrano che lo vieta sarebbe reso una norma non dal semplice fatto di essere stato emanato dal potere, bensì attraverso il contributo di un'altra norma, che non esiste né è mai stata posta da alcuno, la quale afferma il dovere di obbedire ai comandi del sovrano.

Questa riflessione, tuttavia, non conduce Gazzolo ad immaginare il diritto come ente totalmente distaccato dalla realtà: attraverso l'opera del giurista e filosofo austriaco Hans Kelsen, Gazzolo, infatti, riconosce che non esiste un diritto diverso dal diritto positivo, non esiste alcun diritto ideale o naturale, ma soltanto quello materialmente esistente<sup>5</sup>. Una tale conclusione però non consente di attribuire a Gazzolo una posizione affine al positivismo giuridico: al contrario, egli riconosce che considerare il diritto come semplice dato fattuale ci consentirebbe di vedere solamente «un lato della stessa medaglia», ovvero solo «l'essere del dover-essere»<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Sulla nota distinzione tra le due domande, di matrice kantiana, cfr., ad esempio, A.G. CONTE e P. DI LUCIA, *Quid ius? vs. Quid iuris?*, in L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, 2007, pp. 3-12.

<sup>3</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 1.

<sup>4</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 34-37.

<sup>5</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 61.

<sup>6</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 3.

Pertanto, per l'autore, pensare il diritto come differenza, ma al tempo stesso identità, tra il dover-essere ed il suo essere starebbe a significare che, pur non esistendo altro che il diritto positivo, non sarebbe il fatto del suo essere posto da un potere a renderlo effettivamente diritto. Piuttosto, attraverso il contributo di molte autorevoli voci tra le quali figurano quelle di Kelsen, Schmitt, Gentile, Kant e Spinoza, Gazzolo fornisce una nuova interpretazione della *Grundnorm* kelseniana<sup>7</sup> ed individua in essa l'elemento davvero qualificante del diritto in quanto tale: la *Grundnorm* non è una norma che esiste prima di ogni potere e pertanto in grado di evitare che il diritto si fondi su di esso, ovvero su un fatto, poiché essa aprirebbe le porte ad un regresso all'infinito nel tentativo di individuare la norma davvero fondativa, quella cioè che non poggia su nessun'altra norma gerarchicamente sovraordinata; al contrario la *Grundnorm* è, secondo Gazzolo, uno spazio che deve rimanere vacante, ovvero privo di ogni connotato fattuale. In altri termini, se il diritto necessita di un fondamento che sia sottratto ad ogni fattualità per potersi definire tale, allora tale fondamento (*Grundnorm*) non è una norma (la quale altrimenti andrebbe, a sua volta, a determinare l'esistenza di un fatto a fondamento del diritto, cioè il fatto stesso che ci sia una norma) bensì una relazione; ma non una relazione fra una norma gerarchicamente subordinata ad un'altra sovraordinata: la norma fondamentale esprimerebbe invece una relazione tra due termini mediante il dover-essere, senza riferirsi all'essere. Per citare un esempio che lo stesso Gazzolo propone<sup>8</sup>: la prescrizione «vietato rubare», potrebbe leggersi attraverso la lente relazionale della *Grundnorm* come «se vi è furto, allora esso deve-essere punito». Si presti attenzione, però, nell'interpretazione di Gazzolo ciò non sta affatto significare che al furto debba poi, nella realtà, concretamente conseguire una punizione perché possa parlarsi di diritto. Al contrario la norma in questione sarebbe diritto proprio in quanto il suo unico scopo è quello di costruire una relazione tra due termini, di modo che il furto sia ciò che deve-essere punito e la punizione sia il dover-essere punito del furto. In questo modo il diritto cessa di essere un semplice comando dotato della pretesa di modificare la realtà mediante un'azione concreta, contrariamente è la relazione tra essere e dover-essere come disegnata dalla norma veramente giuridica a precedere l'esperienza concreta e a renderla possibile.

In questo senso Gazzolo, mediante una reinterpretazione del *Trattato teologico-politico* spinoziano, definisce il diritto non come prescrizione volta a controllare il comportamento, ma come verità, ossia come l'espressione della relazione tra la cosa e la sua essenza, ovvero ciò che la rende la cosa che giuridicamente è. Facendo nuovamente riferimento all'esempio del furto, esso sarebbe giuridicamente ciò che deve-essere punito a prescindere dal fatto che esso poi venga effettivamente punito o meno. Di conseguenza l'obiettivo del diritto allora sarebbe, secondo Gazzolo, quello di auto-fondarsi, di costruire ontologicamente la realtà come giuridica ovvero una realtà dove ogni cosa appare puramente come il suo dover-essere. Che poi

---

<sup>7</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 280, 360-362.

<sup>8</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 158.

questo dover-essere conviva con la realtà fattuale è necessario, a parere di Gazzolo, pena la sua individuazione in un mero ideale. Ma questa convivenza deve sempre poter rimandare alla differenza tra la norma fattuale ed il suo concetto non fattuale (dover-essere): altrimenti, essa rischia di snaturarsi o forse addirittura degradarsi in un semplice fatto che qualsiasi potere potrebbe porre senza limiti.

A mio parere, il merito di questa riflessione non si sostanzierebbe soltanto nell'aver cercato di individuare l'autentica cifra della normatività (intesa come ciò che rende qualcosa genuinamente giuridico) da un punto di vista prettamente giuridico e non sociologico o antropologico, come avviene, scrive Gazzolo, quando si confonde in qualche misura la domanda su cosa sia il diritto con la domanda sul perché si obbedisce al diritto o perché gli si debba obbedire. Infatti, rispondendo a queste ultime, è comune concludere che il diritto sia un semplice mezzo di controllo del comportamento tuttavia limitando, in questo modo, l'osservazione ad una frazione soltanto del fenomeno giuridico in quanto tale, ovvero la frazione fattuale di esso, trascurandone quella trascendentale di fondazione ontologica della realtà normativa.

Piuttosto il merito della riflessione di Gazzolo è, ritengo, anche quello di spingersi fino ad analizzare le conseguenze contemporanee di questo modo di pensare il diritto. Infatti, come mostrato da Gazzolo<sup>9</sup>, lo sviluppo di nuove tecnologie che, per citare un suo esempio, rendano materialmente impossibile ad un'autovettura il superamento di un limite di velocità fissato per legge, porterebbe al perfetto compimento quella concezione che vede il diritto come semplice mezzo di controllo del comportamento, poiché diventerebbe del tutto impossibile non adeguarvisi, anche volendolo.

Di conseguenza ritengo pienamente convincente la conclusione di Gazzolo che in questo modo la realtà come giuridica verrebbe del tutto obliterata: quel limite di velocità non sarebbe più qualcosa che deve essere osservato, ma soltanto qualcosa che è sempre ed inevitabilmente osservato, smettendo così di essere un limite davvero giuridico per trasformarsi in un limite prettamente empirico, cioè un fatto. Grazie alle nuove tecnologie infatti, scrive Gazzolo, la *compliance* al dettato normativo potrebbe non essere più un dato semplicemente probabilistico, ma una certezza.

Lungi dal voler contestare gli evidenti ed enormi benefici concreti che comporterebbe l'impossibilità materiale, ad esempio, di superare i limiti di velocità stabiliti o di rubare o, addirittura, in un futuro forse fantasioso, anche di uccidere, l'importante riflessione di Gazzolo sembra sottolineare un punto veramente critico che la riflessione giusfilosofica non dovrebbe, in particolare oggi, trascurare. Infatti l'ineludibile quanto complesso rapporto tra il diritto e la realtà sembra farsi particolarmente delicato in un'epoca come la nostra, nella quale la tecnologia diviene sempre di più in grado attrarre il fenomeno giuridico nelle maglie di una fattualità scevra da ogni connotato puramente normativo.

---

<sup>9</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, pp. 388–392, 456.

A questo proposito può certamente farsi riferimento all'intenso dibattito contemporaneo circa le conseguenze giuridiche (ma anche economiche, sociologiche ed antropologiche) dell'utilizzo di tecnologie particolarmente limitanti della condotta umana<sup>10</sup>. In questo senso, la domanda pregnante che emerge da tale dibattito potrebbe essere espressa sinteticamente nei seguenti termini: cosa ne è della libertà individuale a fronte dell'impossibilità, generata da certe tecnologie, di porre in essere certi comportamenti? Ancora: nonostante gli indubbi benefici legati all'eliminazione materiale di varie condotte criminose, come possono essi conciliarsi con la libertà di autodeterminazione?

Proprio a fronte di questi quesiti viene in luce l'importanza della riflessione di Gazzolo sull'argomento<sup>11</sup>: adottare una concezione del diritto che lo qualifichi unicamente come mezzo di controllo dei comportamenti, dividendo così il dovere dal suo dover-essere, non presupporrebbe automaticamente la possibilità dei suoi destinatari di scegliere se adeguarsi o meno ad esso. Se così fosse vi sarebbe in effetti un'aporia<sup>12</sup>: posto che il diritto ha come sua essenza ed obiettivo la guida dei comportamenti, come può esso, al tempo stesso, riconoscere ai suoi destinatari la possibilità di scegliere se adeguarsi o meno alle sue prescrizioni? Anche ammettere che tale libera scelta comporti l'accettazione delle conseguenze sanzionatorie di un illecito non risolve il problema logico: l'autore dell'illecito potrà, al limite, dirsi giustamente sanzionato, ma il comando della legge rimarrebbe inattuato, quindi ben lungi dall'aver ottemperato al suo presunto scopo essenziale. Al più, secondo Gazzolo, il riconoscimento, esplicito o implicito, di una eventuale libertà negativa di non adeguarsi alle prescrizioni giuridiche potrebbe essere il frutto di una scelta politica, ma non una necessaria conseguenza logica di una concezione del diritto inteso come guida delle condotte.

Pertanto, prosegue Gazzolo, qualora si adotti una tale concezione del diritto, allora un dispositivo tecnologico che rendesse materialmente impossibile trasgredire una prescrizione diverrebbe il mezzo in grado di assicurare una perfetta realizzazione empirica della prescrizione stessa, non una sua negazione. In questo modo la già menzionata aporia che vede il diritto come qualcosa che, fino ad oggi, aveva la pretesa di guidare i comportamenti umani senza tuttavia poterli causare direttamente, sarebbe di fatto risolta.

Al contrario, una concezione del diritto che lo sostanzi nella differenza, che è al tempo stesso identità, tra il dover-essere ed il suo stesso essere non ricadrebbe affatto nella summenzionata aporia logica: poiché l'essenza del diritto non è la guida dei comportamenti, ma la sua auto-fondazione mediante la relazione continua tra i suoi due volti (essere e dover-essere), a perdersi in un contesto altamente tecnologico non sarebbe la libertà di scegliere se trasgredire un precetto o meno (ammesso che una tale libertà sia

---

<sup>10</sup> Sul tema dell'impatto delle nuove tecnologie in grado di impedire agli individui di violare una norma giuridica, cfr., ad esempio, G. M. RIVA, *Libertà implicite e diritti negativi. Il ruolo delle neurotecnologie nell'impedire ogni violazione di legge*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2025, pp. 37-48.

<sup>11</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 392, 393.

<sup>12</sup> T. GAZZOLO, *op. cit.*, p. 414, 415.

giuridicamente teorizzabile). Invece, a perdersi, sarebbe la dimensione genuinamente giuridica del fenomeno normativo, quella del suo dover-essere, fino a ridurlo a semplice realtà empirica.

In tal modo, ritengo, relegato ad un mero dato empirico, ad un mero comando, in grado di realizzarsi perfettamente grazie alla tecnologia, il diritto potrebbe divenire un puro fatto del potere. In altre parole: un fatto completamente neutrale rispetto a qualsivoglia contenuto gli si voglia ascrivere ed in grado di imporsi, davvero, senza più alcuna eccezione.