

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini
dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

FRANCESCO D’AGOSTINO, Prof. Em. Università di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



Archivio giuridico *online* - ISSN 2282 2828
appendice semestrale *open access* di
Archivio giuridico Filippo Serafini

www.archiviogiuridiconline.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2023
Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it
indirizzi web: www.mucchieditore.it - www.archiviogiuridiconline.it
facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi Editore (MO)
Pubblicato nel mese di dicembre 2023

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe de Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carni – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. Gellio); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Sergio Alessandri

APPELLO E ATTIVITÀ NORMATIVA DEL PRINCIPE. D. 49.8.1, MACER 2 *DE APPELLATIONIBUS**

1. A partire dal principato di Augusto accanto alla procedura formulare viene ad affermarsi un nuovo sistema procedurale, la *cognitio extra ordinem*, all'interno della quale si registra il superamento del processo bipartito¹. La facoltà di decidere dei soggetti giudicanti (consoli, prefetti, pretori speciali, procuratori) deriva, infatti, oltre che dall'*imperium* proprio di ciascuno di essi anche da una delega imperiale specifica o generica, perpetua o temporanea, espressa o tacita, che ne accresce il potere originario: viene meno la funzione del *iudex privatus*. Muta, pertanto, la posizione dei soggetti rispetto agli organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ La nuova procedura si afferma progressivamente in concorrenza con l'*ordo iudiciorum*, appropriandosi e recependo istituti, principi e norme di quest'ultimo, sia pure adattandoli e attribuendo ad essi, di conseguenza, funzioni e valore diversi; v. R. ORESTANO, *Appunti sulla "cognitio extra ordinem"*. Corso di diritto romano Anno Accademico 1950-1951, Genova, 1951, p. 97 ss. (= Id., *Scritti, con una nota di lettura di Antonio Mantello*, II. Sezione Prima. Saggistica, Napoli, 1998, p. 1033 ss.), con bibliografia; Id., *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*, Torino, 1953² [1966], p. 27 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*. Bologna, 1965 [2004], p. 18 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem' da Augusto a Diocleziano*, in ANRW, II,14, Berlin-New York, 1982, p. 29 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991², p. 37 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², p. 435 ss.

² L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it.), Milano, 1938, p. 257 ss.; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 10 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem'*, cit., p. 34 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 38 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il processo civile*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. SCHIAVONE, Torino, 2003, p. 162 ss.

L'appello, concesso alla parte soccombente in giudizio o a quella vittoriosa (ma non completamente soddisfatta), e finalizzato alla revisione della sentenza, si afferma in questo nuovo contesto³. Ciò in considerazione del fatto che la nuova organizzazione giudiziaria trasforma il carattere formale della sentenza, non più atto di un *iudex privatus* ma di un funzionario, inserito in un ordine gerarchico normativamente disciplinato. Si giunge, pertanto, ad introdurre la possibilità del riesame della sentenza da parte di organi giudicanti gerarchicamente superiori a quelli aditi in primo grado e, in ultima istanza, da parte del principe⁴. L'appello diviene l'istituto della *cognitio extra ordinem* che meglio interpreta lo spirito di una società gerarchica, dal momento che la possibilità del riesame di una pronuncia giudiziale non è limitata, come in precedenza, alle sole ipotesi di una sua inesistenza giuridica, ma si estende a tutte quelle in cui sussiste un interesse giuridicamente rilevante ad una nuova cognizione da parte di un organo gerarchicamente superiore: per effetto dell'appello la causa viene devoluta a quest'ultimo, il quale non si limita a confermare o riformare la sentenza precedente, ma ne pronuncia una nuova⁵.

³ La procedura dell'*ordo iudiciorum* offriva alla parte soccombente solo la possibilità di disconoscere l'esistenza di una valida *obligatio iudicati* (*infittatio*), o di ottenere il ripristino della situazione preesistente (*in integrum restitutio*), o, infine, di far accertare l'inesistenza giuridica della sentenza (*revocatio in duplum*); v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 95 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, p. 6 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 30 s.

⁴ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 186 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 7 e nt. 4, dà risalto al fatto che l'istituto dell'appello trovò applicazione non solo nei confronti delle sentenze rese *extra ordinem*, ma anche nei confronti di quelle dell'*ordo iudiciorum*. Analoghe considerazioni valgono per la repressione criminale: possono essere appellate, pertanto, anche le sentenze dei tribunali permanenti (*quaestiones perpetuae*); v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², p. 219 ss.

⁵ Così L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 23 ss., il quale pone in evidenza la differenza che intercorre tra i rimedi procedurali, che trovano applicazione nel caso di inesistenza giuridica della sentenza, e l'appello, che ne presuppone una valida. Per altro verso, S. RANDAZZO, *Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'Impero*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico: in memoria di A Biscardi. Atti del convegno, Siena 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, p. 236 s.,

Alla luce di queste considerazioni emerge l'originalità dell'istituto dell'appello, che non presenta nessun rapporto di continuità con precedenti di età repubblicana (come l'*appellatio tribunorum* o la *provocatio ad populum*), ma che va inquadrato nel contesto politico del principato⁶. In passato si è ritenuto che il fondamento costituzionale dell'appello andasse ricercato in una 'filiazione storica' dalla *tribunicia potestas*⁷; o

rileva che la definizione dell'appello, quale rimedio ad una sentenza formalmente valida, meglio si adatterebbe a una fase più matura dell'istituto, coincidente con l'età dei Severi.

⁶ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 175 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 32 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 502 ss.

⁷ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, 2, Leipzig, 1887³ [Graz 1952], p. 978 ss.; Id., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 260 s., fonda la ricostruzione su di un passaggio di Dione Cassio (Dio 51, 19, 6-7: τὴν τε ἡμέραν ἐν ἧ ἢ Ἀλεξάνδρεια ἔαλω, ἀγαθὴν τε εἶναι καὶ ἐς τὰ ἔπειτα ἔτη ἀρχὴν τῆς ἀπαριθμήσεως αὐτῶν νομίζεσθαι, καὶ τὸν Καίσαρα τὴν τε ἐξουσίαν τὴν τῶν δημάρχων διὰ βίου ἔχειν, καὶ τοῖς ἐπιβουμένοις αὐτῶν καὶ ἐντὸς τοῦ πομπηρίου καὶ ἔξω μέχρις ὀγδοῦς ἡμισταδίου ἀμύνειν, ὃ μηδὲν τῶν δημαρχούντων ἐξῆν, ἔκκλητόν τε δικάζειν, καὶ ψῆρον τινα αὐτοῦ ἐν ταῖς δικαστηρίοις ὡσπερ Ἀθηναῖς φέρεσθαι, τοὺς τε ἱερέας καὶ τὰς ἱερείας ἐν ταῖς ὑπὲρ τε τοῦ δήμου καὶ τῆς βουλῆς εὐχαῖς καὶ ὑπὲρ ἐκείνου ὁμοίως εὐχέσθαι, καὶ ἐν τοῖς συσσιτίοις οὐχ ὅτι τοῖς κοινοῖς ἀλλὰ καὶ τοῖς ἰδίοις πάντας αὐτῶ σπένδειν ἐκέλευσαν), in cui si racconta che Ottaviano mediante plebiscito ricevette la *tribunicia potestas* perpetua, la facoltà di offrire protezione a tutti coloro che si fossero rivolti a lui e, infine, il diritto di giudicare in appello (ἐκκλητοῦ δικάζειν), nonché il *calculus Minervae*, cioè il diritto, nel caso di maggioranza per un solo voto nei giudizi penali, di aggiungere quello proprio alla minoranza al fine di determinare l'assoluzione dell'imputato. La facoltà di giudicare in appello secondo Mommsen sarebbe conseguenza di un rafforzamento della *tribunicia potestas*; così ancora I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem'*, cit., pp. 35 e 54. Per R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 183 ss., al passo dello storico di età severiana è stato, però, attribuito un valore maggiore rispetto a quello reale, dal momento che negli *Annali* di Tacito (Tac. ann. 1.2: *Postquam Bruto et Cassio caesis nulla iam publica arma, Pompeius apud Siciliam oppressus exutoque Lepido interfecto Antonio ne Iulianis quidem partibus nisi Caesar dux reliquis posito triumviri nomine consulens se ferens et ad tuendam plebem tribunicio iure contentum, ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus magistratum legum in se trahere, nullo adversante, cum ferocissimi per acies aut proscriptioe cecidissent, ceteri nobilitum, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extollerentur a novis ex rebus aucti tuta et praesentia quam vetera et periculosa mallent. Neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto sentus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratum, invalido legum auxilio quae vi ambitu postremo pecunia turbabantur*), descrivendosi la medesima vicenda, non si fa alcuna menzione né del *cal-*

che la sua origine dovesse essere ricondotta a un atto legislativo: in quello mediante il quale si conferirono i poteri ad Ottaviano nel 30 a.C., o nelle *leges Iuliae iudiciorum*⁸; o, infine, in una delle clausole della *lex de imperio*⁹. Il fondamento dell'appello al principe è il potere imperiale stesso, che è il risultato della somma dei singoli poteri dei magistrati repubblicani, ma anche conseguenza del prestigio personale e politico (*auctoritas*) di Augusto e dei suoi immediati successori: l'origine storica dell'istituto si può ravvisare, pertanto, nella prassi stessa della *cognitio extra ordinem*, senza nessun rapporto di dipendenza da un provvedimento normativo¹⁰. Come la nuova procedura della *cognitio* è il risultato della prassi o di specifici interventi imperiali che disciplinano singoli aspetti procedurali, così deve essersi sviluppato l'appello, che successivamente conosce una progressiva regolamentazione¹¹.

culus Minervae né del potere di giudicare in appello, così come pure non vi è menzione di tali prerogative nelle *Res gestae divi Augusti*: sarebbe, comunque, inaccettabile interpretare la testimonianza di Dione nel senso che sin dal 30 a.C., in un momento ancora lontano dal definitivo consolidamento della posizione di Augusto, si sia potuto attribuirgli il potere di riesaminare in appello tanto le cause criminali quanto quelle civili; v. anche N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 32; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 233 ss.

⁸ M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1864, p. 770 ss.

⁹ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I. *Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, 1885, p. 500; E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*. *Thèse*, Paris, 1907, p. 142, ravvisavano in una delle clausole della *Lex de imperio Vespasiani* (CIL VI, 930=ILS I, 24417-21: *utique quaecumque ex usu rei publicae maiestate divinarum, / humanarum, publicarum privatarumque rerum esse / censebit, ei agere, facere ius potestasque sit, ita uti divo Aug(usto), / Tiberioque Iulio Caesari Aug(usto), Tiberioque Claudio Caesari Aug(usto) Germanico fuit*), l'attribuzione all'imperatore di un potere discrezionale generale, in forza del quale sarebbe stato legittimato anche il potere di giudicare in appello. In realtà, come evidenzia R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 189 ss., si tratterebbe di una legittimazione generale di tutti gli interventi giudiziari dell'imperatore e non di una strettamente connessa con i giudizi di appello.

¹⁰ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 195 ss.; J.M. KELLY, *«Princeps iudex»*. *Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu den Grundlagen der kaiserlichen Gerichtarbeit*, Weimar, 1957, pp. 91 ss. e 100 ss.; F. FABBRINI, *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*, Milano, 1974, p. 330 e nt. 15; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 33 ss.

¹¹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 205 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 502 s.

2. Sin dal principato di Augusto sono ricordati casi di appello al principe o a suoi delegati¹², divenuti così frequenti già durante il principato di Nerone che si avvertì la necessità di limitarne il numero, mediante l'introduzione di una penalità a carico degli appellanti soccombenti¹³. Solo in età severiana, però, quando si afferma una visione unitaria della *cognitio extra ordinem*, singole problematiche del processo cognitorio e l'istituto dell'appello, in particolare, diventano oggetto di specifico interesse da parte dei giuristi¹⁴.

¹² Per l'evoluzione storica dell'appello durante il principato, v. M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 503, con bibliografia. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 210 ss., per l'appello durante il principato di Augusto limita il valore della testimonianza offerta da Suetonio (Suet. *Aug.* 33: *Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano, at provincialium consularibus viris, quos singulos cuiusque provinciae negotiis praeposuisset*), in quanto ritiene che il termine *appellationes* non debba essere inteso in senso tecnico, di giudizi di secondo grado, ma in quello generico di richieste rivolte da privati, relative anche a cognizioni di primo grado; in tal senso N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 35 s.; F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Padova, 1992, p. 41 ss.; L. FANIZZA, *L'amministrazione della giustizia nel principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1995, p. 40 s.; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 235; S. MASUELLI, *Il principe come giudice privato. Modelli di intervento personale del principe nel processo civile romano, in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, p. 93.

¹³ Tac. *ann.* 14.28: *Comitia praetorem arbitrio senatus haberi solita, quoniam acriore ambitu exarserant, princeps composuit, tris, qui supra numerum petebant, legioni praeficiendo. auxitque patrum honorem statuendo ut, qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius si qui imperatorem appellarent; nam antea vacuum id solumque poena fuerat*; su cui v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 218 ss.; W. LIETZKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, in *RIDA*, 13, 1966, p. 278 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 504; F. ARCARIA, *Senatus censuit*, cit., pp. 65 ss. e 78 ss.; U. VINCENTI, *La partecipazione del senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI d.C. Oriente e occidente*, Padova, 1992, p. 42; L. FANIZZA, *L'amministrazione*, cit., p. 29 s.; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 243 s.

¹⁴ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 45 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit., p. 16 s.; L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*, 54, 1988, p. 165 ss. (= *Id.*, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, p. 103 ss.); D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, p. 489; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il processo civile*, cit., p. 164 s.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2008¹², p.

La prima opera a noi nota dedicata all'appello è il *liber singularis de appellationibus* di Paolo, composto tra la fine del II e gli inizi del III secolo d.C.¹⁵; ne sono rimasti, oltre a una citazione di Macro in D. 49.4.2.3, solo due frammenti: D. 49.2.2 e D. 49.5.7¹⁶.

Di quattro libri è costituito, invece, il *de appellationibus* di Ulpiano, scritto durante il principato di Caracalla (211-217 d.C.) o quello di Eliogabalo (218-222 d.C.)¹⁷; di esso ci sono giunti, tra-

283 ss.; G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, Roma-Bristol, 2022, p. 33 s. Opere dedicate alle *cognitiones* sono il *liber singularis de cognitionibus* di Paolo (O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, [Roma, 2000], col. 958); i *de cognitionibus libri sex* di Callistrato (O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 81-94); i *de omnibus tribunalibus libri decem* di Ulpiano (O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 992-1001), nei quali, dopo la trattazione del giudizio davanti al pretore urbano e agli altri magistrati titolari di *iurisdictio*, il giurista prende in esame i procedimenti *extra ordinem*.

¹⁵ E. PERROT, *L'appel*, cit., p. XV; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München-Leipzig, 1912², p. 233, ipotizza che l'opera sia stata composta durante il principato di Commodo (180-192 d.C.) o di Settimio Severo (193-211 d.C.); essa, verosimilmente, rappresenterebbe un'appendice all'*ad edictum* dello stesso giurista; v. anche R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 53; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, cit., p. 298 e nt. 204a; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze, 1968, p. 462; D. LIEBS, *Jurisprudenz, in Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV. Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 177 bis 284 n. Chr.*, a cura di K. SALLMANN, München, 1997, p. 168; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo Impero*, Milano, 2000, p. 13; V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017, p. 24. Isolata la posizione di A.M. GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustiniane*, in *Studi urbinati*, 67, 2016, pp. 43 e 54, la quale è propensa a considerare l'opera monografica come una raccolta apocrifia di testi comunque paolini; v., però, i convincenti rilievi di G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., p. 31 ss., che valuta fragili gli elementi a sostegno di un rifacimento di stampo compilatorio e, per altro verso, esclude l'inclusione dell'opera nel corpo dei commenti all'editto del pretore, ipotizzando la scelta, invece, per una sede *ad hoc*.

¹⁶ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 954; v. G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 29 e nt. 55; Id., *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., p. 141 ss.

¹⁷ Dal momento che in D. 49.5.5.3, Ulp. 4 *de app.*, si parla di un *imperator noster Antoninus*, vivente, il riferimento può essere all'uno o all'altro; v. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 379 e nt. 1; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 53. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002², p. 202 s., pro-

mite la tradizione dei *Digesta*, ben quattordici frammenti¹⁸.

Di poco successiva all'opera ulpiana sono i *libri duo de appellationibus* di Marciano¹⁹, di cui sono rimasti solo quattro frammenti²⁰, due tratti dal I²¹ e due dal II libro²².

Al principato di Severo Alessandro va ricondotto, infine, il *de appellationibus* di Macro²³; dei due libri sono conservati tredici

pone, invece, una datazione tra la fine del 216 e gli inizi del 217 d.C. Sui problemi della cronologia delle opere *de appellationibus* di Paolo e Ulpiano, v. le convincenti argomentazioni di F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica di governo. Riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, p. 106, la quale ipotizza, con cautela, una precedenza cronologica dell'opera di Ulpiano rispetto a quella di Paolo; diversamente G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., pp. 35 s. e 146 ss.

¹⁸ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 379-384. Nella ricostruzione di Lenel sia D. 49.1.1 sia D. 49.2.1 sono suddivisi in tre frammenti, D. 49.4.1 in due, per un totale di diciassette frammenti; infine, il diciottesimo frammento sarebbe costituito dalla citazione di Macro in D. 2.8.15.1, Macer 1 *de app.*

¹⁹ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 639 e nt. 1, ritiene che il *de appellationibus*, come le altre opere del giurista, siano posteriori al 217 d.C.; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften der römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908² [Osnabrück, 1965], p. 123, ipotizza, invece, che l'opera fu scritta dopo la morte di Settimio Severo. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 55, considera l'opera di Marciano contemporanea di quella di Ulpiano, successiva alla morte di Settimio Severo e composta durante il principato di Caracalla. In considerazione del fatto che Marciano è citato da Paolo e da Ulpiano, mentre non avviene mai il contrario, per R. REGGI, *I libri de appellationibus di Marciano*, in *Studi Parmensi*, 15, 1974, p. 56, sarebbe plausibile una precedenza cronologica di Marciano rispetto agli altri due.

²⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 639-640. Sui *libri de appellationibus* di Marciano, v. R. REGGI, *I libri de appellationibus*, cit., p. 35 ss.; L. DE GIOVANNI, *L'appello*, cit., p. 147 ss. (= Id., *Giuristi severiani*, cit., p. 79 ss.).

²¹ D. 49.1.5; D. 49.1.7.

²² D. 49.6.1; D. 49.11.2.

²³ Dal momento che in D. 49.13.1, Macer 1 *de app.*, si richiamano un rescritto di Severo Alessandro, definito *imperator noster*, vivente, e, in chiusura di frammento, uno di Settimio Severo e Caracalla, i quali sono indicati, invece, come *divi*, si deve ritenere che l'opera sia stata scritta durante il principato di Severo Alessandro, v. A. JÖRS, s.v. «*Aemilius Macer*», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I,1, Stuttgart, 1893, p. 568; E. PERROT, *L'appel*, cit., p. XVI; H. FITTING, *Alter und Folge*, cit., p. 126; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 56; D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *ANRW*, II,15, Berlin-New York, 1976, p. 341; Id., *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopalinischen Sentenzen*, Berlin, 1993, p. 25; Id., (M.?) *Aemilius Macer*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*

frammenti²⁴, cinque tratti dal I e otto dal II libro²⁵.

Dall'analisi dei frammenti superstiti si può ritenere che l'interesse dei giuristi fosse rivolto non ad un'elaborazione teorica dell'istituto processuale, così come era andato a strutturarsi in età severiana, quanto piuttosto all'analisi di alcuni peculiari aspetti dello stesso, probabilmente quelli che si erano andati a stabilizzarsi nella prassi, soprattutto alla luce dell'orientamento della cancelleria imperiale, e l'esame dei quali poteva tornare utile agli operatori giuridici del tempo.

Ciò risulta più evidente nell'opera di Macro, l'ultima in ordine cronologico, nella quale il discorso si snoda intorno alle problematiche più rilevanti della procedura d'appello, (l'atto introduttivo, gli atti suscettibili di impugnazione, la legittimazione, i termini, l'obbligo di prestazione di cauzioni, l'ammissibilità dell'appello, le cause estintive del giudizio), divenendo il provvedimento normativo imperiale, né poteva essere diversamente in considerazione dell'origine e natura dell'istituto, l'imprescindibile punto di riferimento di ogni elaborazione. Si può ipotizzare, pertanto, che le opere in materia avessero come destinatari i funzionari imperiali chiamati a esercitare funzioni giudiziarie, quali organi di primo grado o di appello, e che prendessero come punto di partenza il più recente orientamento della cancelleria imperiale e della prassi²⁶.

IV. *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 177 bis 284 n. Chr.*, cit., p. 216; V.M. MINALE, *L'appello*, cit., p. 23.

²⁴ I frammenti noti attraverso la tradizione dei *Digesta* sono tredici; O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 561, suddivide, però, D. 49.1.4, Macer 1 *de app.*, in due distinti frammenti, collocandoli sotto due rubriche differenti: D. 49.1.4pr.-1 sotto la rubrica relativa agli atti che non sono suscettibili di impugnazione, e D. 49.1.4.2-5, invece, sotto quella relativa ai soggetti legittimati a proporre appello. D. 2.8.15 contiene l'unica citazione di Ulpiano, in relazione all'impossibilità di qualificare possessore l'usufruttuario: essa potrebbe essere tratta non dal suo *de appellationibus*, ma, più verosimilmente, dall'*ad Sabinum*; v. S. ALESSANDRI, *Aemilius Macer. De officio praesidis. Ad legem XX hereditatium. De re militari. De appellationibus*, Roma-Bristol, 2020, p. 124 e nt. 66. Diversamente, O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 384, ritiene la citazione tratta dal *de appellationibus*, ma non indica una collocazione precisa all'interno dell'opera.

²⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 561 ss.

²⁶ I giuristi dell'epoca, Callistrato, Trifonino, Marciano, Macro, Modestino, pienamente consapevoli del radicale processo di trasformazione che carat-

3. In Macro si può rilevare, pertanto, una visione ormai stabilizzata dell'istituto, soprattutto in considerazione della centralità ad esso attribuita alla problematica relativa alla necessità dell'appello, che alla luce della ricostruzione di Lenel sembrerebbe occupare la parte più consistente del II libro²⁷.

L'attenzione del giurista è volta a precisare la reale portata del principio in base al quale l'appello si configura rimedio solo contro una sentenza formalmente valida²⁸, come si evince da un frammento del secondo libro.

D. 49.8.1, Macer 2 *de app.*: *Illud meminerimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit. 1. Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error compu-*

terizza il momento storico, processo che determina il passaggio da un sistema normativo prevalentemente fondato sull'attività rispondente dei giuristi ad uno, invece, che si presenta come il risultato esclusivo dell'attività legislativa imperiale, concentrano, pertanto, la propria attenzione su istituzioni centrali dell'amministrazione imperiale, al fine di fornire agli amministratori imperiali strumenti di facile consultazione, in cui i principi da seguire fossero conoscibili, uniformi e ben definiti. v. A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, pp. 241 s. e 249 ss.; ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017², p. 398, il quale rileva che si trattava di una grande stagione della scienza giuridica romana, l'ultima, avviatasi nel secolo della crisi ma che si caratterizzava per uno straordinario fervore intellettuale e che rivelava un miracoloso equilibrio tra tendenze nuove e sapere tradizionale; v. anche L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 83. Diversamente M. BRETONE, *Storia*, cit., p. 221 s., il quale ritiene, alla luce di D. 36.1.76.1, Paul. 2 *decr.*, che ancora in età severiana i giuristi svolgevano la funzione di consiglieri del principe in un rapporto quasi paritetico, a differenza di quanto sarebbe avvenuto nel periodo successivo.

²⁷ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 563-564.

²⁸ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss.

tationis est nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est. 2. Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est. 3. Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant. 4. Si apud eundem iudicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit et iudex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas: non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur. sed magis est, ut appellatio interponatur.

Il frammento, il primo tra quelli collocati da Lenel sotto il titolo *‘quando appellare non necesse est’*²⁹, relativo alle fattispecie in cui non è necessario proporre appello, si apre con l’espressione *illud meminerimus*, propria del linguaggio della cancelleria imperiale: a differenza di quanto ipotizzato in altra sede³⁰, il giurista verosimilmente riporta la risposta del-

²⁹ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 563, in evidente analogia con la rubrica di C.I. 7.64, *‘quando provocare necesse non est’*. Nei *Digesta* il frammento viene, invece, riportato sotto la rubrica *‘quae sententiae sine appellatione rescindantur’*, rubrica composta da tre frammenti, quello di Macro e due frammenti tratti rispettivamente dal II e dal XVI libro dei *responsa* di Paolo.

³⁰ In S. ALESSANDRI, *Aemilius Macer*, cit., p. 19 e nt. 97, ho ipotizzato che si trattasse di uno scolio marginale, penetrato nel testo, che originariamente fungesse da promemoria, escludendosi, per altro verso, che si trattasse di un rinvio da parte del giurista, interno ai libri *de appellationibus*, anche in considerazione del fatto che, alla luce dei frammenti superstiti, è difficile compren-

la cancelleria imperiale ad un quesito posto da un funzionario periferico³¹.

dere in quale altra sede dell'opera egli potesse aver affrontato la problematica dell'inesistenza della sentenza.

³¹ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, p. 357, non ravvisa, invece, nel *principium* la citazione da parte di Macro di un rescritto imperiale. Un indizio significativo in tal senso potrebbe trarsi dal confronto con due risposte di Traiano a Plinio, governatore della provincia di Bitinia Ponto; cfr. *Plin.ep.* 10.32(41), *Traianus Plinio*: [1] *Meminerimus idcirco te in istam provinciam missum, quoniam multa in ea emendanda apparuerint. Erit autem vel hoc maxime corrigendum, quod, qui damnati ad poenam erant, non modo ea sine auctore, ut scribis, liberati sunt, sed etiam in condicionem proborum ministrorum retrahuntur.* [2] *qui igitur intra hos proximos decem annos damnati nec ullo idoneo auctore liberati sunt, hos oportebit poenae suae reddi; si qui vetustiores inveniuntur et senes ante annos decem damnati, distribuamus illos in ea ministeria, quae non longe a poena sint. Solent enim eius modi ad balineum, ad purgationes cloacarum, item munitiones viarum et vicorum dari;* e il rescritto immediatamente successivo, *Plin. ep.* 10.34(43), *Traianus Plinio*: [1] *Tibi quidem secundum exempla complurium in mentem venit posse collegium fabrorum apud Nicomedenses constitui. sed meminimus provinciam istam et praecipue eius civitatis eius modi factionibus esse vexatas. quodcumque nomen ex quacumque causa dederimus iis, qui in idem contracti fuerint, haeteriae <eae> quae brevi fient.* [2] *satius itaque est comparari ea, quae ad coercendos ignes auxilio esset possint, admonerique dominos praediorum, ut et ipsi inhibeant, ac, si res poposcerit, accursu populi ad hoc uti.* A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A historical and social Commentary*, Oxford, 1966, pp. 543 s. e 605, dà risalto al fatto che in entrambi i rescritti, anche con una formulazione invertita, viene introdotta una medesima disposizione, utilizzando il verbo al plurale: il quesito di Plinio viene riproposto e poi emanata la disposizione. Si tratterebbe di una tecnica propria della cancelleria imperiale, e la voce verbale *meminerimus* rivelerebbe un suo preciso intervento, identificandosi la cancelleria in tal modo con la persona del principe. Sul carattere burocratico del linguaggio utilizzato da Plinio e Traiano nel decimo libro dell'*Epistolario*, v. K.M. COLEMAN, *Bureaucratic Language in the Correspondence between Pliny ad Trajan*, in *TAPhA*, 142, 2012, p. 189 ss. Del testo originale del rescritto nel *principium* sarebbe, pertanto, andata perduta l'*inscriptio* che conteneva l'indicazione del principe e del destinatario, indicazione ritenuta, probabilmente, superflua in considerazione del fatto che si intendeva dare valore generale alla risposta della cancelleria. Sul problema della cosiddetta massimizzazione delle costituzioni imperiali, v. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo, Atti del II congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Venezia, 18-22 settembre 1967, Firenze, 1971, p. 821 ss. (= Id., *Scritti giuridici con una nota di Mario Talamanca*, VI, *Le fonti*, Napoli, 1994, p. 1 ss.), su cui v., però, le obiezioni di N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III se. d.C.)*, in *IURA*, 28, 1977,

Nell'ipotesi di un giudizio pertinente all'accertamento dell'esistenza o meno di una sentenza³²: nel caso in cui il giudice abbia dichiarato che non vi è stato giudizio, si rescinde anche se non sia stato proposto appello³³. La regola, contenuta nella risposta della cancelleria imperiale, presuppone la nozione di appello quale rimedio contro una sentenza formalmente valida: l'inesistenza giuridica di una sentenza poteva essere eccepita senza la necessità di proporre un'impugnazione³⁴.

p. 40 ss.; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione delle costituzioni imperiali'*, in *SDHI*, 52, 1986, p. 161 ss.; M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *Fides, Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, 2007, p. 5767 ss.; O. LICANDRO, N. PALAZZOLO, *Papitrius Iustus. Libri XX de constitutionibus*, Roma-Bristol, 2021, p. 67 ss.

³² P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, I. Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 27 ss.; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss.; G. GANDOLFI, *In tema di «auctoritas rei iudicatae» (Giuliano in D. 5, 1, 74, 2)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1971, p. 143.

³³ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, p. 99 (= ID., *Scritti giuridici*, II. *Diritto romano. Fonti - Diritto pubblico - Penale - Processuale civile*, Milano, 1965, p. 514 s.), sulla scia di S. SOLAZZI, *Calculus*, in *RIL*, 58, 1925, p. 307 e nt.1 (= ID., *Scritti di Diritto romano*, III (1925-1937), Napoli, 1960, p. 45 e nt. 1), solleva forti dubbi sulla genuinità del *principium*; v. anche R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 138 e nt. 1, il quale rileva come alla soluzione classica sia stato sovrapposto il concetto di 'rescissione' (*rescinditur*), che si distingue tanto dalla pronuncia *iudicatum sit ac ne* quanto dall'appello. Sul significato del verbo *rescindere* v. L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, p. 280 ss., che attribuisce al verbo l'accezione di «dichiarare la nullità della sentenza»; diversamente D. TUZOV, *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano. Intorno ad una teoria della nullità*, in *ZSS*, 128, 2011, p. 174 ss. Per ulteriori dettagli, v. P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino, 2013, p. 228 ss.

³⁴ Secondo R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss., il principio dell'inesistenza della sentenza, dovuta esclusivamente alla violazione dei presupposti formali, e la concezione dell'appello quale mezzo di impugnazione solo contro una sentenza formalmente valida sono coesistiti per secoli fino al diritto giustiniano, senza che si avvertisse la necessità di una loro fusione: da una simile duplicità non sarebbe derivato nessun inconveniente, anzi i due principi si sarebbero venuti a completare e integrare.

Una volta richiamata la soluzione della cancelleria imperiale e attribuito ad essa il valore di norma generale³⁵, in forza della quale non è necessario proporre appello avverso una sentenza inesistente, Macro prende in esame alcune fattispecie, che ritiene analoghe a quella dell'inesistenza³⁶.

Nel § 1 viene esaminato il caso in cui sia stato commesso nella sentenza un errore di calcolo³⁷: la presenza dell'espressioni *'ita pronuntiaverit'* e *'cum constet'* induce a pensare che il giurista richiami il disposto di una sentenza piuttosto che una propria *opinio*³⁸. Al riguardo egli introduce una distinzio-

³⁵ In tal senso, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957⁷ [2006], p. 247; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale*, II, cit., p. 62; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione'*, cit., p. 183 s.; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 190; O. LICANDRO, N. PALAZZOLO, *Papirius Iustus*, cit., p. 68, per i quali solo attraverso l'attività di sistemazione dei rescritti nelle opere della giurisprudenza essi hanno acquistato valore di norme generali.

³⁶ I §§ 1-3 sono, infatti, introdotti dall'avverbio *item*, con evidente riferimento ad un'analogia disciplina giuridica.

³⁷ S. SOLAZZI, *Calculus*, cit., p. 308 ss. (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 46 ss.), a differenza di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 48, che riteneva interpolato il passaggio da *nam quoniam* a *corrigitur*, in quanto ripetizione della frase *si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est*, ipotizza che quest'ultima sia una glossa marginale, probabilmente correttiva, e propone, sia pure dubitativamente, di conservare *quoniam error computationis est appellare necesse est*, sopprimendo il *nec* e, di conseguenza, ristabilendo l'armonia con C. 2.5.1 e C. 7.52.2; v. anche W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *RIDA*, 12, 1965, p. 398 e nt. 90.

³⁸ Appare abbastanza agevole ricondurre la fattispecie nel contesto della *cognitio extra ordinem*, dal momento che l'appello esclude il riferimento all'*ordo iudiciorum*, v. S. SOLAZZI, *Calculus*, cit., p. 307 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 45); B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., p. 98 (= Id., *Scritti scelti*, II, cit., p. 514); L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it.), Milano, 1938, p. 204; M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, a cura di R. RUEDIN, Bale-Genève-Munich, 1999, p. 59 s. (= Id., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 727 s.) il quale, però, non esclude un'estensione anche al giudizio formulare; B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, p. 311. TH. MAYER-MALY, *Error calculi*, in *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg, 1991, p. 100, non esclude che la testimonianza di Macro, in considerazione del tenore testuale, potrebbe riferirsi anche all'*ordo iudiciorum*.

ne tra l'errore di calcolo aritmetico, di natura materiale e, in quanto tale, suscettibile di correzione, dal momento che esso è intrinsecamente e manifestamente scorretto³⁹, e l'errore derivante da un convincimento da parte del giudice, che avrebbe reso necessario proporre appello: così, per la convinzione della sussistenza di un ulteriore debito per altro titolo.

Al § 2, dopo aver affermato egualmente che l'appello non è necessario nel caso in cui un organo giudicante⁴⁰ abbia pronunciato in contrasto con quanto disposto dalle costituzioni imperiali⁴¹, il giurista precisa che la contrarietà di una sentenza sussiste nel caso di errore sulla norma (*contra ius constitutionis*), non di errore relativo al diritto del litigante (*ius litigatoris*)⁴²: solo nel primo caso la sentenza è invalida senza

³⁹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 45 s.; M. MARRONE, *Contributo alla motivazione*, cit., p. 59 s. (= Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 728 s.); A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *CHD*, 2, 1995, p. 28 ss.

⁴⁰ Il termine *iudex* è stato ritenuto sospetto da F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, II. *L'antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane*, in *AUPE*, 29, 1914, p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1. *Studi di diritto romano (1906-1921)*, Milano, 1960, p. 389 e nt. 1); M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, in *AG*, 97, 1927, p. 231 e nt. 2 (= Id., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 67 e nt. 13); S. SOLAZZI, *La dispensa del tutore dopo Marco Aurelio*, in *BIDR*, 35, 1927, p. 57 e nt. 1 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 158 e nt. 7).

⁴¹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 276 ss., sulla scia di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 55, dà risalto al fatto che la contrarietà alle costituzioni imperiali come motivo di invalidità della sentenza costituiva un principio nuovo, proprio dell'età severiana; v. anche G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, p. 776 ss. (= Id., *Scritti giuridici scelti*, III. *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 78 ss.); L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., p. 319 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 115 ss. Per altro verso, R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, in *AG*, 161, 1961, p. 34, rileva che l'appello, per quanto non fosse necessario, non appariva alla luce del pensiero di Macro, incompatibile con la nullità della sentenza, anche nel caso in cui questa derivasse dalla contrarietà alle costituzioni imperiali.

⁴² *Ius constitutionis*, come rilevato da F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 389 e nt. 1), sarebbe un ἄναξ λεγόμενον. Sulla contrapposizione tra '*contra ius constitutionis*' e '*contra ius litigatoris*', v. i rilievi di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 47.

appello, nel secondo caso, essendo valida e produttiva di effetti, contro di essa è necessario proporre l'impugnazione⁴³.

In questo caso, l'estensione analogica della regola richiamata nel *principium* tiene conto probabilmente anche di un preciso orientamento normativo degli inizi del III secolo (o proprio del principato di Severo Alessandro)⁴⁴ che, sancendo l'invalidità della sentenza pronunciata *contra constitutiones*⁴⁵, mira a porre limiti stringenti al potere degli organi giudicanti: inizia ad affermarsi un principio cardine dell'ulteriore tradizione romanistica, quello della subordinazione totale del giudice alla legge, principio che è strettamente connesso con il nuovo orientamento politico introdotto durante il principato, secondo il quale da un lato l'imperatore è l'unica fonte di pro-

⁴³ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 279 s.

⁴⁴ In tal senso, M. LAURIA, «*Contra constitutiones*», Napoli, 1927, p. 21 s. (= *Id.*, *Studi*, cit., p. 81 s.); R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 278 ss.; L. RAGGI *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 19; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione'*, cit., p. 184 s.; R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania, 1974, p. 54 ss.; F. PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 259 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 113 ss.

⁴⁵ Il riferimento a pronunzie *contra ius* o *contra constitutiones* possono ritrovarsi in numerosi provvedimenti della cancelleria di Severo Alessandro, cfr. C.I. 7.64.1, *Imp. Alexander A. Apollinario et alii* (222 d.C.); C.I. 7.64.2, *Imp. Alexander A. Capitoni*; C.I. 7.11.4, *Imp. Alexander A. Felicissimo* (224 d.C.); C.I. 7.21.4, *Imp. Alexander A. Marciano* (228 d.C.); C.I. 7.45.4, *Imp. Alexander A. Severae* (229 d.C.); C.I. 6.36.1, *Imp. Alexander A. Mocino et alii* (233 d.C.). Al riguardo v. le convincenti conclusioni di F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 116 ss., e, in part., p. 125 s., la quale ravvisa un duplice orientamento della cancelleria dell'ultimo dei Severi: se da lato, egli aderisce sostanzialmente a quella tendenza, già tracciata nei tempi precedenti (ma forse applicandola con maggiore rigidità) e finalizzata alla nullità di ogni provvedimento *contra constitutiones*, dall'altro, appare attenuare ogni contrasto con gli organi giudicanti, non insistendo nell'identificazione degli atti normativi con la figura del principe. Conseguentemente, il *contra sententiam pronuntiare* viene fatto ricadere nella fattispecie del *crimen falsi* e non più in quella del *crimen maiestatis*; cfr. C.I. 9.8.1, *Imp. Alexander A. Paulino. Etiam ex aliiis causis maiestatis crimina cessant meo saeculo, nedum etiam admittam te paratum accusare iudicem propterea crimine maiestatis, quod contra constitutionem eum dicis pronuntiasse*. In tal senso, anche I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, p. 179 s. e, in part., nt. 93.

duzione del diritto, dall'altro gli organi giudicanti sono, conseguentemente, svuotati di ogni potere innovativo⁴⁶.

Per meglio esplicitare il principio, viene fatto riferimento alla disciplina delle *excusationes* dai *munera* e dalla *tutela*⁴⁷: mentre viene dichiarata invalida la sentenza⁴⁸, che è stata pronunciata senza ammettere *causae excusationum* previste dalle costituzioni imperiali, deve essere impugnata, invece, quella in cui sono state dichiarate insufficienti le prove presentate da colui che ha richiesto l'esenzione⁴⁹. Ai fini

⁴⁶ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 284 s.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 118.

⁴⁷ La seconda parte del § 2, non è andata esente dal sospetto di interpolazione per il riferimento ai *munera*, dal momento che per l'esenzione da essi sarebbero previste una competenza e una procedura diversa rispetto a quella per la dispensa dalla *tutela*, v. F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 389 e nt. 1); M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, cit., p. 231 e nt. 2 (= Id., *Studi*, cit., p. 67 e nt. 13), il quale riteneva, peraltro, l'espressione *cura muneris* un ὑπαξ λεγόμενον; S. SOLAZZI, *La dispensa*, cit., p. 57 e nt. 1 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 158 e nt. 7); H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schamberg, 1936, p. 93 s.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*, 14, 1967, p. 381 e nt. 31; G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova, 1996, p. 124. Ritiene interpolata anche l'affermazione contenuta nella parte iniziale del paragrafo P. KOSCHAKER, *rec. a H. Apelt, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schamberg 1936, in *ZSS*, 58, 1938, p. 359 e nt. 3. Di parere opposto R. BONINI, *I "Libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1964, p. 64 e nt. 26; D. TUZOV, *'Contra ius sententiam dare'. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica*, in *'Res iudicata'*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2015, p. 283. Rimane, comunque, singolare la distinzione tra *munus* e *tutela*, dal momento che in età severiana la *tutela* viene considerata come rientrante tra i *munera personalia*; v. al riguardo, G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 2. In tema di excusationes della cura minorum*, in *BIDR*, 77, 1974, p. 201 s.; T. MASIELLO, *I 'libri excusationum' di Erennio Modestino*, Napoli, 1983, p. 79 ss.

⁴⁸ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers. With a Palingenesia of Third-century Imperial Rescripts 193-305 AD*, Oxford, 1998², p. 39.

⁴⁹ Ciò troverebbe riscontro in D. 42.1.32, Call. 3 *de cogn.*, in cui è previsto che si debba proporre appello avverso le sentenze *datae contra ius litigatoris* e non avverso quelle *contra constitutiones*, in quanto nulle, e sarebbe confermato da C. 7.64.2, *Imp. Alexander A. Capitoni*, un rescritto di Severo Alessandro, in cui si stabilisce che la sentenza è nulla quando si riconosca la capacità di testare all'impubere e non quando, invece, si sia ritenuto che il testatore abbia raggiunto la pubertà; sul frammento di Callistrato v., da ultimo, S.

dell'individuazione della nullità di una sentenza assumerebbe rilevanza, pertanto, l'apparato motivazionale della stessa, dal momento che esso può evidenziare eventuali motivi d'invalidità⁵⁰. Solo in tal modo, infatti, si potrebbe rilevare l'invalidità di una decisione giudiziale, a fondamento della quale fosse un principio inconciliabile con le norme vigenti⁵¹.

Al § 3 viene affermata, mediante il richiamo all'orientamento seguito dalla cancelleria imperiale, l'invalidità della sentenza di condanna nel caso di mancata o irregolare chiamata in giudizio della parte. Infatti, se l'ordine di compari-

PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma-Bristol, 2020, p. 242 s. Con riferimento alle testimonianze di Callistrato e di Macro, M. LAURIA, «*Contra constitutiones*», cit., p. 21 s. (= ID., *Studi*, cit., p. 81 s.), dà risalto, però, al fatto che l'assenza di un riferimento esplicito a costituzioni imperiali in materia, rispondeva ad un atteggiamento conservativo dei giuristi, che temevano gli effetti di un'applicazione generale del principio: il loro orientamento non ebbe, tuttavia, fortuna se si considerano gli interventi della cancelleria imperiale, coevi o successivi, che considerano *contra constitutiones* ogni caso di violazione di diritto. Sulla concordanza tra il passo qui in esame e il rescritto di Severo Alessandro, v. anche F. PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 261 s., il quale ipotizza che dietro la risposta del principe possa scorgersi l'operato di Macro, che era attivo durante il principato dell'ultimo dei Severi; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 115 ss. Sull'appello avverso le sentenze che rigettano richieste di esenzione, v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 281 s. e nt. 2; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 476; C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima*, Roma, 1994, p. 461; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 457 s.; A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENCO, *Herennius Modestinus. Excusationum Libri VI*, Roma-Bristol, 2021, p. 174.

⁵⁰ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 88 ss., sulla scia di F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 12 (= ID., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 390), ritiene che nel passo di Macro assuma rilevanza non l'errore sull'interpretazione e applicazione di una norma, ma quello che scade sullo *ius in thesis*; esclude però, che nella riflessione giurisprudenziale e nella legislazione imperiale i motivi di nullità si siano trasformati in motivi di appello.

⁵¹ Come rilevato da G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, p. 241 (= ID., *Scritti giuridici*, III, cit., pp. 21-22), l'introduzione del principio della nullità della sentenza contraria al diritto contribuì a circoscrivere l'importanza degli effetti, che i giuristi attribuivano all'*iniuria iudicis*, anche se la nullità della sentenza non copriva tutte le ipotesi di quest'ultima, dal momento che essa poteva derivare anche da un vizio relativo al fatto, ipotesi questa che veniva, comunque, tutelata mediante l'appello.

zione emesso dall'organo giudicante (*edictum peremptorium*)⁵² non sia stato emanato o reso noto alla parte assente, la sentenza non produrrebbe effetto, con la conseguenza che non è necessario proporre appello avverso quest'ultima⁵³. Nella riflessione del giurista, dunque, colui che non aveva avuto notizia del processo, perché l'*edictum peremptorium* non era stato pubblicato o non era stata data adeguata pubblicità, non era considerato contumace ma assente⁵⁴. Si registra, pertanto, anche con riguardo alla problematica dell'*absentia*, una posizione diversa rispetto a quella di Ulpiano⁵⁵. Quest'ultimo riteneva, infatti, che nel caso di assenza della parte avverso la sentenza potesse essere concesso il rimedio dell'appello, computando il *biduum* o il *triduum* dal momento dell'effettiva conoscenza della sentenza di condanna⁵⁶: Macro opta, invece, per l'inefficacia della sentenza, principio questo che verrà recepi-

⁵² Veniva detto *edictum peremptorium*, o più semplicemente *peremptorium*, l'ultimo dei quattro successivi ordini emessi dal giudice (i primi tre mediante *litterae* e l'ultimo solenne mediante editto), con cui si intimava alla parte a comparire: se la parte avesse insistito nel non comparire sarebbe stata dichiarata la contumacia.

⁵³ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 273 s.

⁵⁴ Al riguardo v. S. SCIORTINO, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, p. 228 e nt. 186. La differenza tra assente e contumace aveva conseguenze notevoli sull'operatività della sentenza, dal momento che essa diveniva inappellabile da parte del contumace; cfr. C. 7.65.1, *Imp. Antoninus A. Sabino*; D. 5.1.73, Ulp. 4 *de omn. trib.*; PS. 5.5^a.6^a., v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 357 ss.

⁵⁵ Cfr. D. 49.4.1.15, Ulp. 1 *de app.*: *Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accepimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocaverit, difficile est, ut hic audiatur*. G. BESELER, *Subsiviva*, Leipzig, 1929, p. 14, riteneva l'intero passaggio da *quod a audiatur* interpolato e, perciò, ne suggeriva la soppressione. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 243 e nt. 1, dal tenore testuale, propende per un'annotazione marginale penetrata nel testo: l'espressione *difficile est* non sarebbe, infatti, agevolmente riconducibile né al linguaggio di un giurista né a quello della cancelleria imperiale.

⁵⁶ Secondo R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, cit., p. 45 s., Ulpiano si riferiva alla parte assente al momento della sentenza: sarebbe stato, infatti, equo far decorrere il termine per l'appello dal momento in cui questi ne avesse avuto conoscenza.

to in maniera stabile dalla cancelleria imperiale a partire da Diocleziano⁵⁷.

Il frammento si chiude, al § 4, con la discussione delle problematiche connesse con la fattispecie in cui reciproche pretese creditorie, presentate davanti allo stesso organo giudicante, siano state decise da due sentenze in tempi differenti⁵⁸. A differenza dei §§ 1-3, il discorso non è introdotto dall'avverbio *item*, dal momento che la non obbligatorietà dell'appello è frutto di un'interpretazione del giurista, dedotta dalle costituzioni imperiali che vietavano l'esecuzione del primo giudicato precedentemente alla pronuncia anche in merito all'altra domanda: la non appellabilità non deriverebbe, come nei casi già

⁵⁷ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., p. 74 (= Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 485). In merito alle scelte normative effettuate in materia dalla cancelleria imperiale durante il III sec. d.C., v. le acute osservazioni di R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, cit., p. 41, il quale rileva come il presunto contrasto, evidenziato da R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 360 e nt. 1, tra due costituzioni di Diocleziano e Massimiano (C. 7.43.7 e C. 7.43.11), sia da ricondurre alla circostanza che i rescritti imperiali, nonostante avessero spesso preso in esame fattispecie differenti, erano stati raggruppati sotto lo stesso titolo dai compilatori. In tema di nullità della sentenza per mancato contraddittorio, v. M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 157, che giudica il principio più recente rispetto a quello che consente all'assente di appellare *ex quo scit* e, di conseguenza, divenuto prevalente in quanto più efficace.

⁵⁸ Il testo tradito risulta profondamente alterato: R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 250 s., ritiene che il passaggio da *quo magis a habeas* costituisca indubbiamente un'interpolazione, dal momento che si presenterebbe come una spiegazione del tutto inutile della precedente affermazione *iudex me priorem tibi condemnavit*. Sospetta, inoltre anche l'affermazione finale da *sed magis a interponatur*; così anche F. EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876, p. 121 e nt. 55; C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 249 ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*, Napoli, 1950², pp. 107 e 156 ss., che considerano, peraltro, compilatoria la frase da *si et a usuris fuit*, in quanto scorretta sintatticamente e introduttiva di elementi non rilevanti ai fini della costruzione della fattispecie; diversamente B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 116 s., che giustifica quest'ultima frase, ma sospetta che quella iniziale, da *si apud a invicem petamus*, possa, invece, provenire da Giustiniano, il quale avrebbe introdotto il principio generale della riunione delle reciproche *petitiones* davanti allo stesso organo giudicante; v. anche O. BEHRENS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen, 1970, p. 200 e nt. 51.

menzionati, da vizio, formale o sostanziale, tale da determinare l'inefficacia della sentenza.

Il primo tema da prendere in esame riguarda l'individuazione della procedura cui Macro fa riferimento: in un primo momento, si è ritenuto che egli si riferisse alla procedura formulare e che proprio i provvedimenti imperiali qui menzionati (*sacrae constitutiones*) costituissero il nesso tra un rescritto di Marco Aurelio⁵⁹ e il regime della compensazione, in quanto, sospendendosi l'esecuzione della prima sentenza in attesa della seconda, si sarebbero contrapposte due *actiones iudicati*⁶⁰. Si è poi sostenuto che la compensazione nell'*actio iudicati* trovasse applicazione solo nella procedura *extra ordinem*, altrimenti non si spiegherebbe la sospensione dell'esecuzione della sentenza disposta dalle *sacrae constitutiones*, nel caso di reciproche *petitiones*⁶¹. In realtà, proprio il riferimento alle *sacrae constitutiones* dovrebbe portare ad essere meno drastici nelle conclusioni e ammettere che il giurista potesse riferirsi anche alla procedura formulare. I provvedimenti imperiali richiamati non prevedevano, infatti, che il giudice – come si è ritenuto⁶² – dovesse porre in essere la compensazione e che, in difetto, si sarebbe potuto proporre appello, previsioni queste

⁵⁹ Si tratta di un provvedimento imperiale ricordato nelle *Istituzioni* di Giustiniano, in cui si consentiva al convenuto di poter eccepire alla pretesa attoria un motivo di compensazione; cfr. *Iust. inst.* 4.6.30; v. B. BIONDI, *La compensazione*, cit., pp. 130 e 145; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 147 ss.; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, p. 492; ID., *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»*, in *RDR*, 2, 2002, p. 343 ss.

⁶⁰ C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 281; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile*, cit., p. 169 e nt. 50.

⁶¹ B. BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 193; v. anche S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 112.

⁶² H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte: mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, Heidelberg, 1868² [Aalen, 1965], p. 263; O. GEISS, *Theorie der gerichtlichen Compensation*, Tübingen, 1897, p. 150; H. SIBER, *Compensation und Aufrechnung*, Tübingen, 1907, p. 29; v., però, le divergenti opinioni di C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 252; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 107 e nt. 29, condivise da R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 251 e nt. 1.

che avrebbero condotto la fattispecie esaminata da Macro al di fuori dell'*ordo*: essi si limitavano, invece, a sospendere l'*actio iudicati* della prima sentenza in attesa della pronuncia in merito alla richiesta dell'altra parte, senza introdurre modifiche al procedimento, che si concludeva con due distinte sentenze, e che poteva essersi celebrato anche secondo la rigorosa osservanza delle norme dell'*ordo*⁶³.

Quanto alla problematica dell'appello, il giurista non riteneva necessaria l'impugnazione della prima sentenza, perché l'orientamento della cancelleria imperiale era nel senso della sospensione della sua esecuzione, fino a quando il giudice non si fosse pronunciato anche in merito alla seconda pretesa. Ne consegue che Macro escludeva la necessità dell'appello solo in quest'ultima ipotesi, e non anche nei casi in cui sussistessero *aliae causae appellationis*. Sotto questa prospettiva potrebbe essere letta l'affermazione finale, considerata quasi unanimemente interpolata⁶⁴, *sed magis est, ut appellatio interponatur*. Se è pur vero che risulta quanto mai singolare che Macro, dopo aver affermato che l'appello avverso la prima sentenza non fosse necessario, poi concludesse per consigliarlo, non si può escludere che l'affermazione fosse originariamente posta a conclusione di un più ampio e articolato discorso relativo al caso in cui sussistessero *aliae causae appellationis* rispetto al-

⁶³ In tal senso R. ORESTANO, *L'appello*, cit. p. 252 ss., il quale non esclude che tra le *sacrae constitutiones* menzionate da Macro si possa ricomprendere un rescritto di Severo Alessandro (C. 4.31.6=C. 5.21.1, *Imp. Alexander A. Polydeucae*) e che anche all'interno dell'*ordo*, uno stesso giudice potesse essere chiamato a decidere di due controversie tra le medesime parti per reciproche pretese: anzi richiama Quint. *inst.* 3.10, per ipotizzare che sia le parti sia il pretore spingessero in tal direzione, al fine di garantire una più completa cognizione dei rapporti da parte del giudice e una più solerte conclusione dei due giudizi. Conclude, pertanto, che, sia pure a causa nelle difficoltà interpretative dovute al tenore testuale, il frammento di Macro non possa riferirsi alla sola procedura *extra ordinem*.

⁶⁴ C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 249; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 107 e nt. 29; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, cit., p. 314 e nt. 16.

la prima sentenza: in tal caso, proprio in considerazione di esse, Macro avrebbe consigliato di proporre appello⁶⁵.

4. Una volta ipotizzato che in D. 49.8.1 Macro prenda le mosse da una regola introdotta con un rescritto, si trova un'ulteriore conferma della centralità dell'attività normativa imperiale nel *de appellationibus*: il giurista, infatti, avverte la necessità di armonizzare un corpo di atti normativi che in età severiana doveva essere divenuto di dimensioni rilevanti⁶⁶, ovvero esplicitando le fattispecie rispetto alle quali un determinato principio potesse trovare applicazione. Come nel *de officio proconsulis*, così nel *de appellationibus* il riferimento alle costituzioni imperiali legittima il giurista all'uso dell'analogia⁶⁷: la disciplina prevista per il caso dell'inesistenza della sentenza viene estesa per analogia, pertanto, all'ipotesi di errore di calcolo nella sentenza, all'ipotesi di contrasto tra dispositivo della sentenza e costituzioni imperiali, e infine all'ipotesi di sentenza pronunciata in un giudizio instaurato irregolarmente, per mancata o irregolare chiamata in giudizio della parte.

Con riferimento ad ogni singola problematica Macro introduce l'affermazione del principio generale prendendo le mosse

⁶⁵ Così R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 255 s., suggerisce che il testo sia stato sunteggiato e modificato a tal punto da far apparire l'affermazione un'aggiunta priva di una giustificazione logica. Non esclude, però, che la frase più che un'interpolazione possa costituire una nota marginale, penetrata nel testo, nella quale l'annotatore, in merito alla presenza di *aliae causae appellandi* relative alla prima sentenza, avesse consigliato di proporre appello; v. anche W. LITEWSKI, *Die römische Appelation in Zivilsachen (IV)*, in *RIDA*, 15, 1968, p. 157.

⁶⁶ Nel *Codex* i compilatori, oltre ai frammenti sparsi in altre sedi, hanno dedicato specificamente all'istituto dell'appello nove titoli del VII libro (dal LXII a LXX): in essi sono conservate solo undici costituzioni di età severiana, ma linguaggio di Macro (D. 49.5.4: *sacris constitutionibus vetatur*; D. 49.5.6: *mandatis cavetur*; D. 42.1.63: *saepe constitutum est*) lascia intendere che i provvedimenti imperiali emanati in materia fossero numerosi e che la loro omissione nella Compilazione potrebbe ricondursi alle riforme, che a partire dall'età diocleziana modificarono sensibilmente la procedura d'appello determinando l'abrogazione delle norme precedenti.

⁶⁷ Un indizio in tal senso è fornito dalla presenza dell'avverbio *item*; v. *supra*, nt. 36.

dalla norma imperiale, ovvero richiamando a conferma e fondamento del principio affermato un provvedimento o, talvolta, un orientamento consolidato della cancelleria⁶⁸. Sotto questa prospettiva va considerato il significato della voce verbale *meminerimus*: essa presupporrebbe, infatti, una o più precedenti risposte di analogo contenuto dispositivo⁶⁹.

⁶⁸ In D. 42.1.63, *Macer 2 de app.*, il principio dell'irrelevanza della sentenza rispetto a terzi è introdotto dall'espressione *saepe constitutum est*, in altri casi il principio da seguire per un particolare aspetto procedurale è affermato in apertura, talvolta introdotto con formulazioni autoritative (*sciendum est, illud sciendum est*) mentre in chiusura di frammento compare il riferimento a uno o più atti normativi imperiali (D. 49.5.6; D. 49.1.9). Anche in D. 2.8.15, Macro originariamente doveva far esplicito riferimento al provvedimento imperiale in materia di *cautiones* dovute dall'appellante, riferimento che può essere stato soppresso dai compilatori, in considerazione del fatto che a seguito della riforma diocleziana non era più richiesta alcuna *cautio*; per ulteriori dettagli, v. S. ALESSANDRI, *Aemilius Macer*, cit., p. 124.

⁶⁹ Ancora una volta può risultare utile il confronto con Plin. *ep.* 10.32(41): anche in questo caso, plausibilmente, la voce verbale *meminerimus* costituirebbe indizio del fatto che Traiano sarebbe già stato consultato su di una medesima questione da Plinio; v. K.M. COLEMAN, *Bureaucratic Language*, cit., p. 201 s.; F. ARCARIA, «*Cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam*». *Princeps, giudici e iustitia in Plinio il giovane*, Napoli, 2019, p. 9 s., che giungono alla medesima conclusione focalizzando, però, l'attenzione sull'approccio indiretto della richiesta di Plinio, cfr. Plin. *ep.* 10. 31(40).1, *C. Plinius Traiano imperatori: Salva magnitudine tua, descendas oportet ad meas curas, cum mihi dederis referendi ad te, de quibus dubito*.

SERGIO ALESSANDRI, Appello e attività normativa del principe. D. 49.8.1, *Macer 2 de appellationibus*

Come la procedura della *cognitio extra ordinem* è il risultato della prassi o di specifici interventi imperiali che disciplinano singoli aspetti procedurali, così deve essersi sviluppato l'appello, che successivamente conosce una progressiva regolamentazione. Una rilettura di D. 49.8.1 consente di affermare che anche la disciplina prevista per il caso dell'inesistenza della sentenza è stata introdotta attraverso rescritti imperiali.

Parole chiave: Macro, appello, costituzioni imperiali, inesistenza della sentenza.

SERGIO ALESSANDRI, Appeal and regulatory activity of the prince. D. 49.8.1, *Macer 2 de appellationibus*

Just as the procedure of *cognitio extra ordinem* is the result of praxis or of specific imperial rules which order individual procedural aspects, so the appeal must have developed, which subsequently knows a progressive regulation. A new reading of D. 49.8.1 allows us to assume that also the discipline of the non-existence of the sentence was introduced by imperial rescripts.

Key words: Macer, appeal, imperial constitutions, non-existence of the sentence.

Fabio Botta

ANCORA IN TEMA DI CAUSAE ACCUSATIONIS E CALUMNIA NEL PROCESSO PER QUAESTIONES*

1. Nelle pagine che seguono¹, spero non sembri inopportuno che si propongano i risultati di una verifica, condotta sotto nuovi rispetti, di alcuni risultati, raggiunti in mie precedenti ricerche, in tema di *causae accusationis*, circa la pretesa teorizzazione (retorica) di queste e la loro rilevanza nei diversi momenti su cui si articola la procedura dei *publica iudicia* di età repubblicana². Tali risultati, come meglio si vedrà più avanti, vennero da me esposti a confutazione di una (allora) tralattizia (e a mio avviso erronea) considerazione della ‘variabilità’ pubblico-privata della natura del processo criminale ad iniziativa popolare³ e all’interno di un dibattito (e, ina-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Destinate anche, con qualche non fondamentale variazione, ad essere inserite negli Studi in onore di Maria Grazia Bianchini, in considerazione della significativa traccia impressa da quell’Autrice sugli studi riguardanti il processo accusatorio romano nelle sue varie fasi evolutive: vd. oltre alla ormai classica monografia M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, soprattutto EAD., «*Cognitiones*» e «*accusatio*»: per una rimeditazione del problema, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2011, pp. 49-54.

² F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all’accusa nei publica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 115 ss.

³ Qualora, cioè, si volessero vedere coincidenti *causae accusationis* e interesse all’azione in funzione di configurazione del regime di legittimazione all’accusa, in specie se la teorica delle *rationes accusandi* si intenda qui come prodromica all’applicazione delle stesse riscontrabile nella normativa e nell’interpretazione giurisprudenziale del Principato. Vd. M. LAURIA, *Accusatio-inquisitio*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, Napoli, 1934 (= *Studii e Ricordi*, Napoli, 1983, p. 302); G. PUGLIESE, *Linee generali dell’evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, XIV, 2, Berlin-New York, 1982 (= *Scritti giuridici scelti*, II, Na-

spettatamente, a chiusura dello stesso, giacché non mi risulta vi si sia più tornati sopra in modo approfondito) nel quale mi inserivo avendo come principali interlocutori Dario Mantovani⁴ e Carlo Venturini⁵, autori di scritti precedenti al mio e giustamente divenuti essenziali punti di riferimento per la comprensione del funzionamento e dell'ideologia dell'*accusatio* nel processo romano.

L'*occasio* (ché proprio di uno spunto si tratta) per siffatta revisione mi si è offerta a seguito della rilettura di un informato saggio, non più recentissimo, di Donato Centola⁶, che è, insieme, uno dei punti di arrivo delle ormai consolidate riflessioni di questo Autore su molte problematiche interne al processo dei *publica iudicia*, in specie in tema di *calumnia*⁷ – così che può indicarsi in Centola un cultore assiduo di queste tematiche –, e uno dei rarissimi lavori nei quali, negli ultimi anni, il tema delle *causae accusationis* è tornato ad essere rilevante nell'argomentazione e per le conclusioni.

poli, 1985, p. 702 e nt. 125); B. SANTALUCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987 (= *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 224). Ma vd. altresì W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, pp. 94 e 121; ID., *Ein direktes Zeugnis für den privaten Mordprozeß im altrömischen Recht*, in *ZSS*, 1967 (= *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, p. 111 ss.).

⁴ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla «quaestio» unilaterale alla «quaestio» bilaterale*, Padova, 1989, p. 102 ss.

⁵ C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 419; ID., «*Quaestio extra ordinem*», in *SDHI*, 53, 1987 (= *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, p. 173); ID., «*Quaestiones*» e *accusa popolare*, in *Labeo*, 1993 (= rec. di D. MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., in *Scritti di diritto penale romano*, II, Padova, 2015, p. 1072 ss. e nt. 15).

⁶ D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle quaestiones perpetuae tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. SOLIDORO, Torino, 2016, p. 15 ss.

⁷ Specialmente D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae: contributo allo studio del processo criminale romano* Napoli, 1999, *praecipue*, sui nostri temi, p. 101 ss.

2. Premettendo nuovamente che le tesi esposte nel saggio ora citato sono qui da me utilizzate in nessun altro modo che come mero spunto di riflessione ed eventuale ripensamento – semmai quale cartina di tornasole sulle posizioni della più recente dottrina in materia – mi permetto ora di sintetizzarne (ma altresì di chiosarne) le argomentazioni nei loro passaggi più rilevanti circa la materia che si intende trattare.

Orbene, Centola parte da una corretta osservazione (ma non proprio da un esatto presupposto) affermando che è proprio in un sistema processuale a legittimazione popolare, quale quello delle *quaestiones perpetuae*, che si genera la necessità di reprimere le accuse infondate⁸. Infatti, e *contrario*, non mi sento di non sottolineare come è ben vero che sarebbe assai difficile ipotizzare calunniosa (e configurarsi in genere gli *Anklägervergehen*) l'azione penale mossa direttamente dall'organo requirente-giudicante in un sistema orientato all'opposto principio inquisitorio, ma anche come è altrettanto vero che nulla si opporrebbe a che possa configurarsi come calunniosa altresì l'azione esercitata dal legittimato in un regime processuale a iniziativa ristretta al solo soggetto leso dall'illecito⁹.

L'incentivazione alla *calumnia* discenderebbe, però, per la tesi in esame, dalla legislazione premiale che sottostà al sistema dell'accusa pubblica nella Roma repubblicana: «tale dimensione premiale, dettata dalla necessità di coinvolgere, in maniera sempre più attiva, i cittadini nella repressione dei singoli reati, divenne, ben presto, un evidente incentivo per l'attività di coloro che, spinti dal desiderio di ottenere una serie di vantaggi personali, presentavano accuse infondate»¹⁰.

⁸ Altrove (D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, cit., p. 95), anche più drasticamente, lo stesso autore reputa che la «particolare caratteristica» (l'accusa permessa solo al *quivis*) «rappresenta il presupposto processuale, tecnicamente necessario, per la nascita e la diffusione del *crimen calumniae*».

⁹ Basti pensare al regime della *calumnia* e allo scopo del *iusiurandum calumniae* nel processo civile, su cui da ultima A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia. Aspetti di "deontologia processuale" in Roma antica*, Torino, 2003, p. 71 ss. Vd. altresì, tra gli altri, S. SERANGELI, *C. 7, 16, 31 e le azioni contro il litigante temerario*, in *BIDR*, 1968, p. 223.

¹⁰ D.A. CENTOLA, *L'accusa*, cit., p. 17.

Siffatto desiderio ottiene, nella ricostruzione di Centola, valore di motivazione all'accusa, comparabile con altre, ed è inteso come primaria fonte di «abuso dello *ius accusandi*», in un quadro generale che è così descritto: «tra le varie cause che potevano indurre il cittadino alla presentazione della *delatio nominis*, vi erano, da un lato, quelle dettate dalle finalità obiettive dell'accusa (si pensi ad esempio a colui che agiva *rei publicae causa*) e, dall'altro, da quelle strettamente personali. Quando questi due tipi di motivazioni coincidevano, il modello punitivo previsto dalle *quaestiones* funzionava nel migliore dei modi; nel momento in cui, invece, vi fosse stata una netta prevalenza delle ragioni personali su quelle obiettive del giudizio, tale modello, allora, cominciava a manifestare gli evidenti sintomi della sua imperfezione»¹¹.

A supporto di tali affermazioni vengono citati essenzialmente due passaggi delle orazioni ciceroniane, e cioè

CIC., *Pro Cluent.* 4,11: Atque ut intellegatis Cluentium non accusatorio animo, non ostentatione aliqua aut gloria adductum, sed nefariis iniuriis, cotidianis insidiis, proposito ante oculos vitae periculo, nomen Oppianici detulisse,

dal quale si ricava, in negativo, l'esistenza di una motivazione '*gloriae causa*' all'accusa, anche altrove¹² rilevabile nella teorizzazione delle *causae accusationis* di cui si ha riscontro nella tarda repubblica. A questo segue un secondo passo, su cui più avanti si dovrà tornare,

CIC., *Pro Sex. Rosc.* 19,54-55: Quid est aliud iudicio ac legibus ac maiestate vestra abuti ad quaestum atque ad libidinem nisi hoc modo accusare atque id obicere quod planum facere non modo non possis verum ne coneris quidem? [55] Nemo nostrum est, Eruci, quin sciat tibi inimicitias cum Sex. Roscio nullas esse; vident omnes qua de causa huic inimicus venias; sciunt huiusce pecunia te adductum esse. Quid ergo est? Ita tamen

¹¹ *Ivi*, p. 18 s.

¹² Esplicitamente, CIC., *Verr.* II,3,3,13 e, poi, APUL., *Apol.* 66,4. Ma altresì (intendendo l'*accusatio* come *munus*) genericamente CIC., *de Rep.* 1,27,13.

quaestus te cupidum esse oportebat ut horum existimationem et legem Remmiam putares aliquid valere oportere.

Qui può estrapolarsi il motivo del *quaestum*, anch'esso già rinvenibile *aliunde*, che senza dubbio può essere indicato, come meglio si vedrà, come espressivo di una *ratio* dipendente dalla finalità premiale perseguita dall'accusatore¹³.

3. Proprio perché spunto e occasione di (nuova) riflessione sulle problematiche delle *causae accusationis*, la lettura del saggio di Centola, per la parte che interessa queste note, può interrompersi qui, rilevando come la tesi che vi si sostiene, e cioè quella che vuole la proliferazione dell'abuso della *facultas accusandi* concessa al *quivis de populo* nel sistema accusatorio repubblicano connessa alla prevalenza delle 'ragioni personali' all'accusa su quelle espressive di un intento tutorio degli interessi della collettività, riecheggia l'ipotesi che si fosse completata da parte della retorica tardorepubblicana una distinzione sistematica tra *rationes* soggettive e oggettive all'esercizio dell'*accusatio*.

La distinzione discende, a ben vedere, da una lettura dell'intero sistema accusatorio del periodo in esame, all'interno della quale è necessario calibrare con qualche maggiore cautela il valore e il ruolo dell'interesse che muove il cittadino all'accusa pubblica espresso e categorizzato in *rationes accusandi*.

L'analisi stessa del documento più completo e coerente sul tema proveniente dal periodo, la *Divinatio in Quintum Caeciliium* di Cicerone, conduce infatti a risultati che a me paiono tanto diversi da quelli raggiunti dalla dottrina dominante fino agli anni '80 dello scorso secolo quanto significativi. Si veda, per cominciare,

¹³ Per la letteratura sul punto, rinvio alla puntuale ricognizione di D.A. CENTOLA, *L'accusa*, cit., p. 17, nt. 3, alla quale adde J.S.A. ZIJLSTRA, *De delatoribus te Rome tot aan Tiberius' Regering*, Sittard, 1967 e la rec. di G. SANDERS, in *TR*, 1968, p. 581 s.

Cic., *div. in Q. Caec.* 20,64: Etenim si probabilis est eorum causa qui iniurias suas persequi volunt (qua in re dolori suo, non rei publicae commodis serviunt), quanta illa honestior causa est, quae non solum probabilis videri sed etiam grata esse debet, nulla privatim accepta iniuria sociorum atque amicorum populi Romani dolore atque iniuriis commoveri!

Dal passo Lauria aveva ricavato il paradigma dello sfavore dell'ordinamento repubblicano per l'accusa 'privata', intesa come accusa mossa dal soggetto direttamente interessato¹⁴. E ciò, da un lato, correttamente giacché Cicerone vi rappresenta il sistema di valori che presiede alla selezione dell'accusatore sul parametro delle sue motivazioni all'accusa. Sicché la causa di chi è mosso all'accusa per perseguire *iniurias suas* è normalmente valutata come meno 'persuasiva', nella scelta equitativa e discrezionale *ex comparatione* dell'organo giudicante che avviene durante la fase della *divinatio*¹⁵, di quella di chi intenda accusare *nulla privatim accepta iniuria*, per il solo raggiungimento della pubblica finalità consistente nello *ius puniendi*. D'altro lato, però, meno convincente l'affermazione di Lauria risulta se si intende, come meglio si vedrà, che non è dalla motivazione all'accusa presentata dall'accusatore/*quivis de populo* durante quella medesima fase del preprocedimento che viene condizionata la natura, comunque pubblica, dell'interesse primariamente perseguito nel giudizio e ciò indifferen-

¹⁴ M. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, cit., p. 301, nt. 207.

¹⁵ Sulla procedura della *divinatio* esauriente C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»*, cit., p. 421, nt. 54. Ma vd., per il progresso, a ritroso, differenze tra le teorie esposte da G. GEIB, *Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's*, Leipzig, 1842, p. 268 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 372; A.W. ZUMPT, *Der Criminalprocess der römischen Republik*, Leipzig, 1871, p. 136 ss. Vd. CIC., *Verr.* I,16,15; e, soprattutto, CIC. *Part. orat.* 98 (*de verissimo accusatore disceptatur*). Sulla sua finalità comparativa, QUINTIL., *Inst. Or.* 3,10,3: *Tertium genus, quod dicunt comparativum [...] sicut divinationes, quae fiunt de accusatore constituendo*. Cfr. GELL., *N.A.* 2,4,1: *Cum de constituendo accusatore quaeritur iudiciumque super ea redditur cuiusnam potissimum ex duobus pluribusque accusatio subscriptiove in reum permittatur, ea res atque iudicium cognitio "divinatio" appellatur*.

temente, cioè, se il prescelto all'accusa sia chi lamenta di essere vittima del *crimen* perseguito o meno.

Né tale valutazione va addossata, nella specie, allo scopo dell'orazione ciceroniana, giacché la candidatura dell'Arpinate è ad accusare Verre nel regime della *lex Cornelia repetundarum* la quale, come è noto, aveva definitivamente depurato l'accusa pubblica da ogni inferenza di legittimazione ristretta alle 'vittime' di quel *crimen*¹⁶. Vero è altresì che la storia repressiva precedente di quell'illecito (ricavabile esplicitamente dal dettato delle *Tabulae Bembinae*) sottostà alla persuasività delle ulteriori motivazioni portate da Cicerone nella sua *postulatio*: egli fa, infatti, particolare leva sul mandato ad accusare, in quanto loro *patronus*, ricevuto dai Siciliani¹⁷, effettive parti lese delle malversazioni di Verre (e pertanto, oltre che nel passo riportato, in vari luoghi dell'orazione definiti vittime di un'*iniuria*)¹⁸, i quali, sotto l'antecedente regime ricostruibili in forza della *lex epigrafica*¹⁹, come s'è detto, avrebbero potuto accusare (almeno nei limiti temporali previsti dalla legge

¹⁶ Sull'intero sviluppo della legittimazione all'accusa *de repetundis*, si vedano le diverse posizioni assunte, nel tempo, da C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»*, cit., p. 419 ss., H.D. MEYER, *Der civis romanus als Kläger im Repetundenprozess*, in *Studien zur antike Sozialgeschichte. Festschr. Vittinghoff*, Köln-Wien, 1980, p. 145 ss.; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 94 ss., *praecipue* p. 109 ss.; M.H. CRAWFORD, *Roman statutes*, London, 1996, p. 234 ss.; J.-L. FERRARY, "Patroni" et *accusateurs dans la procédure de "repetundis"*, in *RHDF*, 1998, p. 17 ss., a cui si rinvia per bibliografia e fonti. Fondamentale, tuttavia, ancora F. SERRAO, *Appunti sui "patroni" e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi "repetundarum"*, in *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, p. 480 ss., *praecipue* p. 492 ss.

¹⁷ C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»*, cit., p. 424 e nt. 56.

¹⁸ CIC., *div. in Q. Caec.* 4,11; 4,16; 5,19, 16,54; 19,63; 20,64, ma, soprattutto, 5,17 *reliquum est iam ut illud quaeramus, cum hoc constet, Siculos a me petisse, equid hanc rem apud vos animosque vestros valere oporteat, equid auctoritatis apud vos in suo iure repetundo socii populi Romani, supplices vestri, habere debeant. de quo quid ego plura commemorem? quasi vero dubium sit quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit.* Vd. C. NICOLET, *Politique et tribunaux criminels*, in *REL*, 1969, p. 60.

¹⁹ F. SERRAO, *Appunti sui "patroni"*, cit., p. 480 s.; C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»*, cit., p. 150 ss.; ma anche, e innovativamente, D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., pp. 94 ss., 111 ss.

e con l'ausilio di un patrono romano) *proprio nomine* (e quindi *propria iniuria*).

Non è dubbio che se, da un lato, Cicerone intende valorizzare nella sua *postulatio* l'*iniuria* subita dai suoi protetti anche al fine di svalutare, nella comparazione che si stava svolgendo nella fase di scelta dell'*idoneus accusator*, la *ratio* della *propria iniuria* lamentata per la medesima finalità dal suo competitore Q. Cecilio²⁰, d'altro lato non dà segno di distinguere, sotto il profilo concettuale – altro è l'effetto etico-suasorio che in tal modo l'Arpinate intende generare – l'*iniuria propria* subita dai Siciliani, vittime in concreto del *crimen* di Verre, da quella che Q. Cecilio adduce a proprio vantaggio nella sua candidatura ad accusatore per offese inflitigli dall'accusato che non hanno alcuna connessione con la causa in oggetto²¹. E, tuttavia, se si considera che, per il regime di legittimazione delineato nella *lex Cornelia*, l'*iniuria* di Q. Cecilio ha diretta incidenza sulla scelta dell'accusatore, laddove quella lamentata dalle vittime effettive del *crimen* non ne ha alcuna (se non, appunto, etico-suasoria), si intende come la *ratio* della *propria iniuria*, cioè dell'interesse strettamente personale all'accusa derivante da qualsivoglia causa che abbia determinato l'avversione dell'aspirante accusatore nei confronti dell'accusato, definisca un'area di tali cause assai ampia nella quale è irrilevante il rapporto eziologico tra la cagione dell'*iniuria* lamentata e gli effetti dannosi del *crimen* che si intende perseguire.

Si comprende con ciò più chiaramente il valore 'strategico' del lungo passaggio di *div. in Q. Caec.* 17,55-57, in cui, con un approfondito resoconto delle malefatte (anche reciproche) di Q. Cecilio e di Verre, l'Oratore scardina dalle basi la *ratio* della *propria iniuria* addotta dal primo a fondamento della sua pretesa all'*accusatio* contro il secondo²²; offesa, quella patita

²⁰ W. STROH, *Taxis und Taktik: die advocatisehe Dispositionskunst Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart, 1975, p. 174 ss.

²¹ Vd. M. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, cit., p. 301, nt. 207.; F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 120 ss. e ntt.

²² Sull'*inimicitia*, nello specifico, di Cecilio verso Verre, vd. L.A. THOMPSON, *A Passage of Cicero relating to Prosecution 'Repetundarum'*, in *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, p. 479 ss. Sulla *inimicitia* come categoria della politi-

dall'ex questore di Verre, effettivamente subìta, ma che non concreta *iniuria* (*div. in Q. Caec.* 18,58: *hic tu si laesum te a Verre esse dicis, patiar et concedam; si iniuriam tibi factam quereris, defendam et negabo*).

Appena prima Cicerone aveva infatti affermato:

Cic., *div. in Q. Caec.* 16,54: Quodsi ei potissimum censes per-mitti oportere accusandi potestatem cui maximam C. Verres iniuriam fecerit, utrum tandem censes hos iudices gravius ferre oportere, te ab illo esse laesum, an provincia Siciliam esse vexatam ac perditam? Opinor, concedes multo hoc et esse gravius et ab omnibus ferri gravius oportere. Concede igitur ut tibi anteponatur in accusando provincia; nam provincia accusat cum is agit causam quem sibi illa defensorum sui iuris, ultorem iniuriarum, actorem causae totius adoptavit.

Proprio muovendosi sul terreno prescelto da Q. Cecilio dell'interesse personale all'accusa vantato come maggior garanzia di idoneità dal postulante comunque offeso dall'accusato, Cicerone non rivendica per sé l'accusa facendo diretto ricorso alla propria motivazione, qualora questa fosse stata il puro perseguimento dell'interesse pubblico scevro da interessi personali; egli la pretende, all'opposto, perché, in quanto *defensor* del diritto dei provinciali, è *ultor* di un'*iniuria* prevalente su quella lamentata da Cecilio²³.

Il ruolo che si attribuisce l'Arpinate, di *defensor* e di *ultor* di interessi 'privati', non svaluta la sua *postulatio*, anzi la trasforma, con forza persuasiva accresciuta, per il mezzo del *patrocinium* che di quegli interessi gli è stato attribuito, in *offi-*

ca nella Roma repubblicana, vd. D. EPSTEIN, *Personal Enmity in Roman Politics 213-43 B.C.*, London, 1987. Come *ratio accusandi*, vd. J.-M. DAVID, *Le patronage judiciaire au dernier siècle de la République romaine*, Roma, 1992, p. 171 ss. (ove fonti e letteratura) e cfr. Y. THOMAS, *Se venger au Forum. Solidarité familiale et proces criminel à Rome (Premier siècle av. – deuxième siècle ap. J.C.)*, in *La vengeance. Etudes d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, III, *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*, Paris, 1983, p. 65 ss.

²³ W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit., 125: «[Cicero] fühlt sich im Verresprozeß als der Kraft seines Patroziniums berufene Rächer Siziliens».

cium (qual è sempre il doveroso esercizio dell'*ultio* per le offese subite da terzi cui si è collegati da qualificati rapporti interpersonali)²⁴ che si aggiunge, perché ne è innervato, alla motivazione dell'*iniuria* patita, senza che muti la natura dell'interesse primariamente perseguito (da pubblico a privato) né del giudizio che si va a incardinare.

4. Al termine di un ragionamento assai simile a quello appena svolto, mi è parso a suo tempo di affermare che la *divinatio*, finalizzata all'individuazione del più idoneo tra i postulanti al perseguimento in giudizio del reo fino alla condanna di questo, consistesse nella comparazione tra le *iniuriae* lamentate dagli aspiranti accusatori e, dunque, alla ponderazione tra differenti istanze di vendetta²⁵.

Come si è sopra già evidenziato, ciò non significa che non vi fossero *postulationes* non motivate dall'interesse personale alla vendetta, dalla *ratio* dell'*iniuria propria* o *suorum* (se si intende in tal modo i soggetti cui è dovuto, per varie ragioni, da parte dell'accusatore, l'*officium* di accusare). Che queste tuttavia fossero sostanzialmente residuali (almeno in termini statistici) sembrerebbe dimostrato dalla *regula* che fisserà Quintiliano, il quale teorizzerà e generalizzerà un'affermazione ancora della *divinatio in Q. Caecilium*, stabilita, nelle intenzioni di Cicerone, quale regola della *divinatio* nelle cause *de repetundis*²⁶:

QUINTIL., *Inst. Or.* 7,4,32-33: De accusatore constituendo, quae iudicia divinationes vocantur: [33] in quo genere Cicero quidem, qui mandantibus sociis Verrem deferebat, hac usus est

²⁴ CIC., *divin. in Q. Caec.* 2,6; 66-67; *Verr.* II,2,47,118. Vd. Y. THOMAS, *Se venger au Forum*, cit., è. 83 e ntt. 131 e 132.

²⁵ F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 124.

²⁶ CIC., *div. in Q. Caec.* 3,10: *Ego sic intellego, iudices: cum de pecuniis repetundis nomen cuiuspiam deferatur, si certamen inter aliquos sit cui potissimum delatio detur, haec duo in primis spectari oportere, quem maxime velint actorem esse ii quibus factae esse dicantur iniuriae, et quem minime velit is qui eas iniurias fecisse arguatur.*

divisione: *spectandum*, a quo maxime agi velint ii, quorum de ultione quaeritur, a quo minime velit is, qui accusatur.

La *ratio* che presiede alla scelta dell'accusatore deve essere, indubitabilmente, secondo Cicerone, l'*iniuria* subita, cioè, il che è lo stesso, l'*ultio* per Quintiliano, tenendo conto e, quindi, ponderando le *iniuriae* e la pretesa all'*ultio* su quanto sia sgradita all'accusato l'accusa del portatore di quell'interesse personale alla repressione.

In definitiva, sia nella formulazione retorica della *regula* sovrintendente alla scelta dell'accusatore in una procedura a legittimazione diffusa finalizzata alla persecuzione di un *crimen* prettamente politico, come quella delineata dalla *lex Cornelia de repetundis*, nella quale Cicerone esalta la *ratio* della sua *iniuria*, sia in quella che Quintiliano espone in forma generale per tutte le procedure *per quaestiones* trasformando l'*iniuria propria* in pretesa all'*ultio*, non si fa cenno a una *ratio accusandi* imputabile immediatamente e direttamente al perseguimento, attraverso l'*accusatio*, del benessere collettivo della comunità. Il che significa, per tornare al concreto articolarsi dell'orazione ciceroniana, che quando l'Oratore dichiara che

Cic., *div. in Q. Caec.* 20,65: *accusavi rogatu sociorum atque amicorum, delectus sum ab universa provincia qui eius iura fortunasque defenderem,*

in forza delle operazioni retoriche di distinzione e di apparenamento tra *causae accusationis* fin lì condotte, adduce, insieme, onde dimostrare *honestior* la sua pretesa rispetto a quella dell'avversario, l'*ultio* delle *iniuriae* dei provinciali il cui esercizio è suo *officium*, dunque il *patrocinium* che svolge per coloro, e pertanto, per stretta conseguenza (alla luce della contrapposizione fissata in Cic., *div. in Q. Caec.* 20,64), i *rei publicae commoda* che così si perseguono.

5. Sulla base delle ragioni finora esposte, continuo a reputare²⁷ forse oltremodo votata all'*esprit de géométrie* la tesi, naturalmente acuta e informata, esposta a suo tempo da Dario Mantovani²⁸ e che riecheggia nel lavoro di Centola da cui si è preso avvio, secondo la quale, appunto, «le ragioni che potevano spingere l'*unus e populo* ad intraprendere l'accusa erano oggetto di una catalogazione molto precisa», sì da costituire «una griglia [che] era probabilmente un adattamento della topica delle *causae* razionali» da parte della retorica tardorepubblicana. Tale griglia sarebbe venuta costituendosi in virtù del sovrapporsi di due schemi convergenti: l'uno «che guardava alle motivazioni personali dell'accusatore», per il quale è interessato il soggetto che accusa *si amicitiae quid causa factum dicitur, si inimici ulciscendi, si metus, si gloriae, si pecuniae* (CIC., *de inv.* 2,18) l'altro mirante «alle finalità obiettive dell'accusa» o ai «contenuti obiettivi del giudizio» per il quale, invece, si accusa *suis iniuriis* (o *suo dolori*) o, alternativamente, *rei publicae* o *patrocinii causa*, a seconda che si agisca per la tutela di interessi propri, pubblici o di terzi.

In realtà, al netto della ipotizzata finalità discretiva perseguita con lo sforzo di teorizzazione e individuazione delle motivazioni d'accusa che comunque si intravede nelle fonti retoriche, tra le finalità obiettive (pubbliche o private) dell'accusa o addirittura del processo e le motivazioni (subiettive) dell'aspirante accusatore (finalità che continua, come dicevo, a non persuadermi completamente), traspare anche dall'analisi condotta da Mantovani un dato che risulta invece non contestabile e cioè che siffatto sforzo di teorizzazione ed elencazione, molto probabilmente sotto la spinta della prassi, sia stato svolto dai retori per la necessità di sistemare i motivi enucleati, e progressivamente cristallizzati, nell'ambito delle *divinationes*, in una gerarchia degli stessi parametrata su valori etico-sociali-politici il cui indice è dettato e si riflette da quanto e in quanto *honestior/honestissima* sia l'accusa richiesta nella *postulatio*: il che tenderebbe a esaurire, a mio avviso, l'intera

²⁷ F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 124 ss.

²⁸ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*. cit., p. 102 ss.

problematica delle *causae accusationis*, ogni loro teorizzazione-sistemazione-catalogazione, all'interno della sola fase della *divinatio* e per le esigenze di quella, se non ricevesse nella prassi della fase dibattimentale, ma quale mero *argumentum* tra altri *argumenta* retorici, un qualche valore suasorio anche circa la credibilità complessiva dell'accusatore e del suo impianto probatorio.

D'altronde, nella categorizzazione proposta, ed in specie quando si afferma che «i due schemi finiscono per sovrapporsi [...] quando i motivi personali coincidono con le finalità del processo»²⁹, vedo nascondersi «il pericolo di leggere (ad esempio, nella contrapposizione tra *accusatio sua iniuria* e *rei publicae causa*), qualcosa che trascenda i semplici 'contenuti obiettivi del giudizio' per riflettersi sulla natura dello stesso»³⁰ (tornando inutilmente a dibattere cioè sulla natura dell'*accusatio*, in ragione dell'interesse privato o pubblico perseguito dall'accusatore) e, ora, quello di indurre suggestioni per declinazioni interpretative quali quelle che trovano nel tessuto argomentativo del saggio di Centola, da cui si è preso avvio, una valida esemplificazione.

6. Alla luce di quanto finora detto, dunque, risulta ancora necessario circoscrivere valore e significato, sia in assoluto, sia relativamente alle altre *rationes*, della *rei publicae causa*. Rispetto ai miei rilievi in proposito, anche successivamente a questi, Venturini³¹ reputava, con ragione, la locuzione la più idonea a richiamare l'essenza e le finalità proprie dell'accusa pubblica o popolare, giacché è indubbio che essa sia finalizzata al conseguimento dell'interesse generale. Ma se così è (e su ciò si fondavano quei miei rilievi)³² quelle finalità sono sempre

²⁹ *Ivi*, p. 105.

³⁰ F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 125.

³¹ C. VENTURINI, '*Quaestiones perpetuae constitutae*' (per una riconsiderazione della *Lex Calpurnia repetundarum*), in *Societas-Ius. Munuscula di alievi a F. Serrao*, Napoli, 1999 (= *Scritti di diritto penale romano*, I, Padova, 2015, p. 339, nt. 173).

³² F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 127.

perseguite dall'accusa, e cioè indifferentemente dalle motivazioni palesate dal richiedente attraverso la propria *postulatio* e nella fase di scelta dell'accusatore.

Si legga, ad esempio

Cic. *Verr.*, II,3,1,1: Omnes qui alterum, iudices, nullis impulsis inimicitiis, nulla privatim laesi iniuria, nullo praemio adducti in iudicium rei publicae causa vocant, providere debent non solum quid oneris in praesentia tollant, sed quantum in omnem vitam negoti suscipere conentur.

Venturini legge il passo delle Verrine considerando non contrapposibile la *rei publicae causa* (quale essenza dell'accusa pubblica) ad «altre locuzioni riferibili, piuttosto, ai motivi che potevano aver ispirato l'accusatore»³³. E tuttavia, qui Cicerone articola solo una graduazione di motivazioni, nelle quali certo la *rei publicae causa* (enumerata insieme alle *rationes* delle *inimicitiae*, delle *privatim iniuriae*, delle *praemii causae*, a *causae*, cioè, appartenenti allo schema 'soggettivo' della divisione proposta da Mantovani e considerate mere motivazioni dell'accusa da Venturini) ha posizione di apice, ma sempre in funzione di ponderazione valoriale tra le stesse.

Dunque, se ogni accusa è in sé e per sé sostanziata dalla *rei publicae causa*, perché sempre finalizzata al perseguimento del benessere pubblico, la motivazione '*rei publicae causa*' adottata dall'aspirante accusatore si colloca, tra le altre motivazioni, comunque tra le ponderabili dall'organo giudicante preposto alla scelta dell'accusatore *idoneior*, nella valutazione della *causa honestior* tra le *causae* proposte dagli aspiranti.

Nella specie del procedimento contro Verre, infatti, Cicerone, che nella *Divinatio* aveva fatto particolare leva sulle *rationes* dell'*ultio* e del *patrocinium* da lui dovuti ai Siciliani, non incoerentemente nell'orazione da recitare in dibattimento invoca per la sua accusa la motivazione della *rei publicae causa*.

Il retore oscilla tra l'essere *ultor*, perché *patronus*, di un *dolor* e di un'*iniuria* che senza il suo tramite non avrebbero soddisfazione (essendo le vittime dell'illecito che li ha gene-

³³ C. VENTURINI, «*Quaestiones*» e accusa popolare, cit., p. 1072, nt. 15.

rati variamente impossibilitate all'esercizio dell'azione a quel fine indirizzata), vantando dunque una motivazione all'accusa che rientra per ciò nell'area dell'interesse personale (come nella *Divinatio*), e, ugualmente, l'essere tenuto a ciò per l'*officium* che così egli esercita; cosa che in sé significa il non avere egli stesso un'*iniuria propria* da far valere, giacché, in quanto *ultor e patronus*, è comunque terzo rispetto al fatto criminoso per cui pretende l'accusa e alieno da *inimicitia* 'personale' rispetto al suo autore. Egli dunque non ha altro interesse nella causa che quello teso alla soddisfazione – che per lui è oggetto di un dovere – di un interesse altrui; e questo è o può essere tanto di privati (i provinciali) quanto, e insieme anche, primariamente pubblico perché della *res publica* (come nel frammento dell'*actio secunda* ora riportato)³⁴.

Se si legge per intero il già più volte citato e richiamato passaggio di

Cic., *div. in Q. Caec.* 20,64: Etenim si probabilis est eorum causa qui iniurias suas persequi volunt (qua in re dolori suo, non rei publicae commodis serviunt), quanta illa honestior causa est, quae non solum probabilis videri sed etiam grata esse debet, nulla privatim accepta iniuria sociorum atque amicorum populi Romani dolore atque iniuriis commoveri! Nuper cum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus L. Piso delationem nominis postulare, et contra Q. Caecilius peteretisque se veteres inimicitias iam diu susceptas persequi diceret, cum auctoritas et dignitas Pisonis valebat plurimum, tum illa erat causa iustissima, quod eum sibi Achaei patronum adoptarant. [65] Etenim cum lex ipsa de pecuniis repetundis sociorum atque amicorum populi Romani patrona sit, iniquum est non eum legis iudicisque actorem idoneum maxime putari quem actorem causae suae socii defensoremque fortunarum suarum potissimum esse voluerunt.

si comprende che la motivazione dall'*ultio e/o* del *patrocinium* è preferibile non solo a quella di chi è mosso *iniuriis suis* ma altresì, poiché trattasi nella specie di *repetundae*, (è esplicito

³⁴ E come preannunciato in *div. in Q. Caec.* 8,26: *ego in hoc iudicio mihi Siculorum causam receptam, populi Romani susceptam esse arbitror.*

in ciò Cicerone in *div. in Q. Caec.* 20,65 e quindi può probabilmente qui intravedersi la ragione che ha spinto Mantovani a parametrare lo schema delle *rationes* «ai contenuti obiettivi del giudizio»), è solo nobilitata quando è mossa ‘anche’ *rei publicae causa*. A ciò è finalizzato l’esempio-precedente dell’accusa per quel medesimo reato contro Gabinio per la quale fu preferito a quel medesimo Q. Cecilio Niger, suo attuale avversario, spinto da *veteres inimicitiae*, Lucio Pisone, non solo perché *vir fortissimus et innocentissimus*, cioè dotato di grandi *auctoritas* e *dignitas*, ma altresì e principalmente perché mosso all’azione in virtù del *patrocinium* da lui dovuto agli Achei. Lascio del tutto libero chi legge di considerare se, in queste oscillazioni retoriche (che segnalano a mio avviso, ancora e solo tentativi di sistemazione della materia) possa vedersi la radice di quella distinzione tra *sua* e *suorum iniuria* che, più tardi e con qualche fatica, rileverà, nei *publica iudicia* in età del Principato, sia in ordine alla legittimazione straordinaria degli incapaci all’accusa³⁵, sia, per il valore di *officium* che all’agire *suorum iniuria* è coesenziale, sull’essenzone dalla *calumnia*³⁶. A dimostrazione, credo, come subito si dirà, che se una relazione diretta può intravedersi tra interesse (personale) all’accusa e *crimen calumniae*, questa può anche essere di segno opposto a quello accertato dalla tesi da cui si è preso avvio.

7. E, tuttavia, qualche parola in più a vantaggio della tesi di Centola può e deve essere spesa.

Dunque, premesso che, come si è finora ripetuto, continua a sembrarmi che, nella fase preprocedimentale consistente nella scelta dell’*idoneior* all’accusa, le *rationes* (compresa quella *rei publicae causa*) sarebbero tutte dotate di una costante valenza soggettiva, rappresentando pariordinate motivazioni personali all’esercizio dell’accusa pubblica (e sempre

³⁵ Mi si consenta il rinvio a F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 233 ss.

³⁶ Per una sintetica discussione sul punto, rinvio a F. BOTTA, *La vendetta come officium pietatis*, in *Antropologia della vendetta*, a cura di G. LORINI, M. MASIA, Napoli, 2015, p. 19 e ntt.

tenendo conto che, comunque motivata in fase di *divinatio*, una volta concessa e, dunque, esercitata, la *Popularanklage* è ontologicamente innervata dalla *rei publicae causa* perché sempre «quasimagistratische Gemeindevertretung»)»³⁷, se una catalogazione retorica delle *causae accusationis* vi è stata, essa sembra essersi indirizzata a graduare i motivi d'accusa, circa la loro forza suasoria, in ragione del loro diverso apprezzamento morale e sociale. Il che, nel momento in cui contribuisce a descrivere quanto *honestas* sia l'accusa postulata, tende comunque a qualificare l'accusatore sotto il profilo della sua maggiore o minore affidabilità e perciò della sua maggiore o minore credibilità: dunque ad avere valore sia per la fase della *divinatio* sia, sebbene in modo meno rilevante, per quella dibattimentale, onde l'accusatore prescelto soddisfi, anche se solo relativamente agli altri contendenti, il requisito per il quale richiede ed esercita l'accusa pubblica:

CIC., *div. in Q. Caec.* 16,53: non id solum spectari solere, qui debeat, sed etiam illud, qui possit ulcisci; in quo utrumque sit, eum superiorem esse, in quo alterutrum, in eo non quid is velit, sed quid facere possit, quaeri solere.

Si è, di fatto, di fronte ad un fenomeno 'circolare': quanto maggiori sono *dignitas* e *auctoritas* del postulante tanto più apprezzabile sarà la valutazione della sua accusa in termini di efficienza e credibilità in ogni fase del processo, quale che sia la motivazione che la sorregge³⁸; ma, insieme, quanto più l'accusatore si farà scrupolo di lamentare motivazioni le più commendevoli sotto il profilo etico e sociale tanto più solide sa-

³⁷ T. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 366.

³⁸ Sul valore di *dignitas* negli scritti ciceroniani, vd. T. PISCITELLI, *Dignitas in Cicerone, tra semantica e semiologia*, in *BStudLat* 1979, p. 253 ss. Sul valore di *auctoritas* nei luoghi ciceroniani, *Pro Mur.* 6,13; 28,58-59; 32,67; 38,83 (collegata alla persona dell'accusatore: vd. G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, [1965], in *Scritti giuridici scelti*, I, cit., p. 377). Vd., circa l'affidabilità del teste portatore di quelle caratteristiche, J. PH. LEVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, in *Studi Biondi*, II, Milano, 1963, p. 63 ss., per il quale l'*auctoritas* è assunta come «base du témoignage sinon de presque toutes les preuves».

ranno e diverranno le sue *dignitas* e *auctoritas*. Si comprende perciò perché Cicerone, non a caso in un passaggio del *de officiis*, elencando e ricordando celebri *accusationes* di autorevoli personalità e famosi oratori (tra le quali la sua *pro Siculis*, ovviamente), definisce, in funzione delle *rationes accusandi*, l'area delle *causae* nelle quali non è disdicevole e anzi auspicabile che si accusi.

Cic., *de off.*, II, 49-50: Quorum ratio duplex est: nam ex accusatione et ex defensione constat, quarum etsi laudabilior est defensio, tamen etiam accusatio probata persaepe est. Dixi paulo ante de Crasso; idem fecit adulescens M. Antonius. Etiam P. Sulpicii eloquentiam accusatio inlustravit, cum seditiosum et inutilem civem, C. Norbanum, in iudicium vocavit. Sed hoc quidem non est saepe faciendum nec umquam nisi aut rei publicae causa, ut ii, quos ante dixi, aut ulciscendi gratia, ut duo Luculli, aut patrocinii, ut nos pro Siculis, pro Sardinis [in Albucio] Iulius.

Come risulta evidente, l'area delle accuse che onorano un oratore e sono per lui lodevoli – come lodevole è, sempre, la *defensio* – sono quelle motivate dalla *rei publicae causa*, dall'*ulciscendi gratia aut patrocinii*, cioè da quelle *rationes* che rendono l'accusa doverosa, poiché adempimento di un *officium* (il che le conferisce la stessa nobiltà esplicita che è dell'ufficio difensivo).

Si può così affrontare il tema della *praemii causa*, che ha ruolo centrale nella ricostruzione di Centola, prendendo in considerazione un fin troppo noto passo dell'*Institutio oratoria* quintiliana, nel quale il 'sistema' delle *causae accusationis* è esposto in funzione dell'apprezzamento sociale dell'uso della *facultas accusandi* permesso ad ogni *civis* alla luce dei meccanismi di funzionamento del processo accusatorio puro prescelto dai romani per la repressione criminale, il quale è, si badi, necessariamente 'penale' in quanto 'premierale', secondo ciò che (*malgré soi*, così parrebbe) è costretto a riconoscere lo stesso Quintiliano:

QUINTIL., *Inst. Or.* 12,7,1-3: Cum satis in omne certamen virium fecerit, prima ei cura in suscipiendis causis erit: in quibus defendere quidem reos profecto quam facere vir bonus malet, non tamen ita nomen ipsum accusatoris horrebit, ut nullo neque publico neque privato duci possit officio, ut aliquem ad reddendam rationem vitae vocet. nam et leges ipsae nihil valeant nisi actoris idonea voce munitae, et si poenas scelerum expetere fas non est, prope est ut scelera ipsa permessa sint, et licentiam malis dari certe contra bonos est. [2] Quare neque sociorum querelas nec amici vel propinqui necem nec erupturas in rem publicam conspirationes inultas patietur orator, non poenae nocentium cupidus, sed emendandi vitia corrigendique mores. Nam qui ratione traduci ad meliora non possunt, solo metu continentur. [3] Itaque ut accusatoriam vitam vivere et ad deferendos reos praemio duci proximum latrocinio est, ita pestem intestinam propulsare cum propugnatoribus patriae comparandum.

Troppo noto il passo per richiedere ancora una lettura esegetica, di esso rileva sottolineare, in questo contesto, solo alcuni punti: come per Cicerone, l'*orator* non deve disprezzare il ruolo di accusatore, perché in tal modo sarà utile al benessere della città e permetterà al sistema processuale di avere un corretto funzionamento³⁹. Le cause da perorare, tuttavia e pertanto, devono essere scelte per le loro rette motivazioni:

³⁹ L'accusa è d'altra parte un *officium* in sé e, infatti, ne sono esclusi in età repubblicana tutti coloro i quali non rispondano ai requisiti basilari rappresentati dall'essere puberi, maschi e non infami (assimilabile dunque agli *officia civilia vel publica*: vd. F. BOTTA, *Legittimazione*, cit., p. 260). La notevole importanza sociale degli accusatori non risponde dunque solo alla ineludibile e rilevante funzione che essi svolgono e che direttamente si origina dalla peculiarità delle modalità introduttive del processo accusatorio puro a iniziativa del *civis*, tipico dei *publica iudicia*, ma è riflesso dell'interesse pubblico che permea comunque lo *ius accusandi* del cittadino e, per converso, ne rende inevitabilmente sanzionabile l'abuso: Ps. QUINTIL., *Decl. min.* 313,10: *Oportet esse in civitate et accusatores: alioqui omnia mittuntur ad manus, omnia mittuntur ad ferrum. Per se difficilem rationem vindictae et ultionis facimus: paene licentiam grassatoribus et latronibus damus, quod nemo accusare sine periculo capitis sui potest. Sed tamen adversus haec illud remedium est, quod accusator cogitat, quid obiecturus sit*, su cui vd. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 532.

queste sono il prendersi carico delle *sociorum querelae*, il reprimere le *in rem publicam conspirationes*, il vendicare *amici vel propinqui necem*, le ragioni, cioè, corrispondenti alle *rationes* ciceroniane della *rei publicae causa*, del *patrocinium* e dell'*ultio*, la cui difesa comporta l'ottemperanza ad un *officium*. È questo (e non le *causae accusationis*) a suddividersi in privato e pubblico a seconda della presumibile rilevanza che l'attività dell'accusare ha sulla sfera politica (*rei publicae causa*) o su quella di legami strettamente personali (*ultionis* o *patrocinii causa*). Da queste *rationes* è escluso, per netta contrapposizione etica, l'*accusatoriam vitam vivere*. Questo qualifica la 'ratio premiale' per mezzo di un elemento che evidenzia quanto si considerasse socialmente riprovevole l'abitudine reddituale di coloro i quali perseguono, attraverso il *praemium*, un lucro che è perciò immorale e non esclude – perché oggettivamente ciò non può farsi, dato il sistema di incentivi necessariamente previsti in via generale ed astratta dall'ordinamento processuale repubblicano onde permettere il proprio funzionamento – che il *praemium* sia altresì conseguito legittimamente e tutt'altro che riprovevolmente da ciascun accusatore, quale che sia la motivazione addotta a sostegno dell'accusa.

Ne consegue, credo, che nessun interesse 'personale' si estrinseca (né tantomeno si persegue) con la richiesta (e l'esercizio) di un'*accusatio premii causa*. Anzi, mi sembra che questa sia l'unica *ratio accusandi* a condividere con quella *rei publicae causa* (sebbene si collochino agli opposti nella considerazione etica e pertanto nell'apprezzabilità delle corti) la caratteristica di essere del tutto inespressiva di alcun altro interesse che non sia quello della persecuzione del *crimen* e del suo autore a vantaggio della comunità.

Da parte di più d'uno⁴⁰ s'è voluto leggere, ad esempio, in Plauto, *Pers.* 61-76 la riproduzione di una bipartizione tra *ra-*

⁴⁰ Sinteticamente, C. VENTURINI, *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi*, in *Plauto testimone della società del suo tempo*, a cura di L. AGOSTINIANI, P. DESIDERI, Napoli, 2002 (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, a cura di A. PALMA, Napoli, 2014, p. 549, nt. 33 (con precedenti riferimenti bibliografici). Sotto altri rispetti, rinvio

tio premiale e *rei publicae causa*. E, tuttavia, poiché essa sembrerebbe essere posta relativamente alla procedura concessa ai *quadruplicatores* nell'esercizio di un'*actio popularis* esecutiva (siamo dunque alla radice delle procedure a legittimazione diffusa e, pertanto, assai prima della nascita dell'accusa popolare), la successione che lì si intravede tra *publicae rei causa* e *suum quaestum* potrebbe non rappresentare necessariamente una dicotomia tra le due locuzioni intese come *rationes agendi*.

Per come si esprime

PLAUT. Pers. 66-67: Nam publicae rei causa quicumque id facit
Magis quam sui quaesti, animus induci potest
Eum esse ciuem | et fidelem | et bonum,

non può escludersi, infatti, che *suum quaestum* possa restare assorbito nella *rei publicae causa*, manifestando di questa di fatto l'accezione degenerativa che dipende inevitabilmente dal funzionamento stesso delle azioni a legittimazione diffusa al cui positivo esito venisse generato necessariamente un lucro (condanna al quadruplo o *praemium*) a vantaggio dell'attore/accusatore popolare. In altre parole, senza essere necessariamente dotato di interesse all'azione diverso da quello proprio di ogni altro cittadino romano, nelle procedure popolari il *civis fidelis et bonus* può certo agire *rei publicae causa* ma non perciò evitare di conseguire il lucro conseguente all'esercizio dell'*actio* esecutiva di cui al monologo plautino. Ciò che può differenziarne lo status da quello del *quivis de populo* che persegue la medesima pena come *suum quaestum*, essendo costui altrettanto sprovvisto di interesse personale ad agire con la medesima *actio popularis*, può esser solo che questi 'faccia mestiere' (il parassita Saturione si riferisce, infatti, anche alla propria, a suo dire meno abietta, 'occupazione' come '*vetus*

a F. BOTTA, *Appunti sulla repressione penale delle usure*, in *Iura & Legal Systems*, 2021, p. 106 ss. (ove altra bibliografia).

atque antiquum quaestum)⁴¹, in forma del tutto legittima per quanto spregevole nella considerazione sociale, dell'*aliena bona oppugnare*⁴². Da cui, quindi, che (nello specchio del più tardo *accusatoriam vitam vivere* quintiliano) *suum quaestum*, inteso, se si vuole, come autonoma *ratio agendi*, non è di norma informato da alcun interesse personale all'azione e comprende ma non si fa esaurire dal solo fine di lucro perseguibile contingentemente nella singola procedura⁴³.

8. In conclusione, non mi pare si possa affermare che la variegatura delle *causae accusationis* così come rinvenibile nelle fonti tardorepubblicane sia in un qualunque rapporto eziologico con il *crimen calumniae*.

Semmai, ma solo sotto un profilo di analisi investigabile con gli strumenti di sociologia della politica, può considerarsi (come, d'altronde, già è stato fatto)⁴⁴ in qual modo e con quale intensità l'opzione tardorepubblicana per un processo penale imperniato sull'iniziativa permessa esclusivamente all'*unus de populo*, incentivato a ciò da *praemia*, al quale era demandata l'intera conduzione del processo sulla base di un convincente impianto probatorio, possa aver reso l'accusa pubblica strumento tanto di lotta politica quanto di osmosi sociale e pertanto favorita la proliferazione del suo uso e, per ovvio converso, del suo abuso.

Un'analisi di questo genere in realtà esiste già nelle fonti retoriche tardorepubblicane; ché null'altro se non il risultato di una stilisticamente raffinata e retoricamente persuasiva ri-

⁴¹ PLAUT., *Pers.* 53: *Veterem atque antiquum quaestum maio<rum meum>/ servo atque obtineo et magna cum cura colo.*

⁴² PLAUT., *Pers.* 74: *Si id fiat, ne isti faxim nusquam appareant/ qui hic albo rete aliena oppugnant bona.*

⁴³ Vd. altresì D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 104, nt. 147.

⁴⁴ Tra i molti altri, sotto profili più o meno generali, vd. J.-M. DAVID, *Sfida o vendetta, minaccia o ricatto: l'accusa pubblica nelle mani dei giovani romani alla fine della repubblica*, in *La paura dei padri nella società antica e medievale*, a cura di E. PELLIZER, N. ZORZETTI, Roma-Bari, 1983, p. 99 ss.; E. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Roma-Bari, 1995.

flessione circa i 'guasti necessari' generati dal sistema repressivo ad iniziativa popolare è la celebre invettiva ciceroniana contro gli 'accusatori professionali' in

Cic., *Pro Sex. Rosc.* 19,54-57: Quid est aliud iudicio ac legibus ac maiestate vestra abuti ad quaestum atque ad libidinem nisi hoc modo accusare atque id obicere quod planum facere non modo non possis verum ne coneris quidem? [55] Nemo nostrum est, Eruci, quin sciat tibi inimicitias cum Sex. Roscio nullas esse; vident omnes qua de causa huic inimicus venias; sciunt huiusce pecunia te adductum esse. Quid ergo est? Ita tamen quaestus te cupidum esse oportebat ut horum existimationem et legem Remmiam putares aliquid valere oportere. [56] Accusatores multos esse in civitate utile est, ut metu contineatur audacia; verum tamen hoc ita est utile, ut ne plane inludamur ab accusatoribus. Innocens est quispiam, verum tamen, quamquam abest a culpa, suspicione tamen non caret; tametsi miserum est, tamen ei, qui hunc accuset, possim aliquo modo ignoscere. Cum enim aliquid habeat, quod possit criminose ac suspiciose dicere, aperte ludificari et calumniari sciens non videatur. Qua re facile omnes patimur esse quam plurimos accusatores, quod innocens, si accusatus sit, absolvi potest, nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest; utilius est autem absolvi innocentem quam nocentem causam non dicere. Anseribus cibaria publice locantur et canes aluntur in Capitolio, ut significant si fures venerint. At fures internoscere non possunt, significant tamen, si qui noctu in Capitolium venerint et quia id est suspiciosum, tametsi bestiae sunt, tamen in eam partem potius peccant, quae est cautior. Quod si luce quoque canes latrent, cum deos salutatum aliqui venerint, opinor, eis crura suffringantur, quod acres sint etiam tum, cum suspicio nulla sit. [57] Simillima est accusatorum ratio. Alii vestrum anseres sunt, qui tantum modo clamant, nocere non possunt, alii canes, qui et latrare et mordre possunt. Cibaria vobis praeberi videmus; vos autem maxime debetis in eos impetum facere, qui merentur. Hoc populo gratissimum est. Deinde, si voletis, etiam tum cum verisimile erit aliquem commisisse, in suspicione latratote; id quoque concedi potest. Sin autem sic ageris ut arguatis aliquem patrem occidisse neque dicere possitis aut qua re aut quo modo, ac tantum modo sine suspicione latrabitis, crura quidem vo-

bis nemo suffringet, sed, si ego hos bene novi, litteram illam cui vos usque eo inimici estis ut etiam Kal. omnis oderitis ita vehementer ad caput adfigent ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.

Nella strategia difensiva di Sesto Roscio Amerino, accusato di parricidio da Erucio, Cicerone è impegnato nella fase *destruens* dell'impianto accusatorio avversario. Di questo egli afferma con forza l'inconsistenza con ogni strumento logico e retorico a sua disposizione. Seguiamone il ragionamento e commentiamolo: non riuscire a provare l'accusa intentata è in sé offensivo della procedura, della legge e dell'autorevolezza del tribunale adito. L'abuso dello *ius accusandi* imputato a Erucio è vieppiù evidenziato dal fatto che costui agisce per *quaestum* e *libido*, per *pecunia*, proprio perché non è mosso da alcun interesse personale (è noto a tutti che non v'è ragione alcuna di *inimicitia* tra lui e l'accusato). È questa evidentemente una, suggestiva per la corte, deduzione del difensore, poiché non è ricavabile tanto da dati formali quanto da situazioni di fatto, ma che autorizza altresì quest'ultimo a ricordare minacciosamente all'accusatore come in tali casi sia applicabile la *lex Remnia de calumniatoribus*.

Il lettore ha però già a questo punto del discorso ciceroniano tutti gli elementi per escludere che ogni *accusatio* finalizzata a un lucro sia in sé e per sé calunniosa. Gli è che non perseguire un proprio interesse, un'*iniuria* propria o altrui (o, certo, anche non essere in condizione di mostrare, per fatti concludenti e notori – soggettivamente per propria *dignitas*, *gravitas*, *auctoritas*, oggettivamente per i crimini politici – di perseguire l'interesse pubblico) può essere rilevante indizio per una corte giudicante onde considerare come preordinate e consapevoli – perciò dolose, anche perché non giustificate né dal *dolor* derivante dall'*iniuria* subita né dalla doverosità dell'*officium* espletato – l'inefficacia e l'inconsistenza dell'impianto

probatorio dell'accusatore, esponendolo, in caso di assoluzione del *reus*, al giudizio, e semmai alla condanna, per *calumnia*⁴⁵.

D'altronde – ecco l'analisi di politica sociale che si annunciava –, che siano molti a svolgere funzione di accusatori è cosa utilissima per il benessere pubblico: questo è infatti soddisfatto anche con l'accusa di un innocente, perché nessuno può dirsi indenne da sospetti. È, insomma, molto meglio per la *res publica* che un innocente venga assolto, piuttosto che un colpevole non sia sottoposto a processo. Perché un innocente, se accusato, può essere assolto, laddove, invece, un colpevole, a meno che non sia accusato, non può essere condannato. È il sistema processuale di repressione criminale che pretende e quindi giustamente incentiva la necessaria presenza degli accusatori (per quanto sia umanamente miserabile la loro attività), sia quando agiscano *criminose*, sia quando lo facciano *suspiciose* (e cioè perseguendo un illecito patente o affidandosi ad indizi), ma nei limiti tuttavia del consapevole (*sciens*) *ludificari et calumniari*. La metafora che segue, delle oche e dei cani del Campidoglio, serve allora solo a colorire ulteriormente e a impreziosire stilisticamente questi concetti⁴⁶. Gli animali sono mantenuti col denaro pubblico (come gli accusatori coi *praemia*) solo se e fin quando svolgano il compito per il

⁴⁵ Discusso è se l'iniziativa al processo per calumnia appartenga al *reus absolutus*, che agisce successivamente alla pronuncia assolutoria (all'interno o fuori del medesimo procedimento) o che abbia inoltrato richiesta, preliminare al dibattimento, che autorizzi all'esito l'organo giudicante a procedere *ex officio* contro il calunniatore. Cfr. J. CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984, pp. 57 ss.; 63 ss.; 87; ma vd., prima, W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig, 1844, p. 810; H.F. HITZIG, s.v. *calumnia*, in *PWRE*, III, 1, Stuttgart, 1897, p. 1418; T. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p. 454; M. BOHÁČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai Compilatori*, in *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, p. 361; E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in *ZSS*, 1933 (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, p. 417); M. LAURIA, «*Calumnia*» in *Studi in onore di U. Ratti*, Milano, 1933 (= *Studii e Ricordi*, cit., p. 260, nt. 94).

⁴⁶ E quindi ripetere il diffuso *topos* retorico dell'esigenza generale di far scomparire dalla scena un personaggio pernicioso per la vita pubblica già presente in *div. in Q. Caec. 7-9, de off. 2,49, de orat. 2,198* e, con diversa motivazione, in *Verr. I,12,36*. Vd. sul punto anche D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., pp. 104, nt. 149; 107 ss.

quale tale denaro è speso: allarmare le difese contro i malintenzionati. In ciò è tollerabile che starnazzino e ringhino anche contro chi può solo sospettarsi di delinquere; ma non è tollerabile – e qui è lo sprezzante parallelo tra l'accusatore prezolato e il cane mordace⁴⁷ – che azzannino chi palesi innocenti propositi. Così, dell'accusatore Erucio, del quale si era già suggerito il mero fine di lucro, perciò si insinua che abbia scientemente condotto un'accusa del tutto sprovvista di prove. A lui, pertanto, non innocua oca schiamazzante ma cane che inquietantemente latra *sine suspicione*, si vaticina l'irrogazione della *poena calumniae*.

Dunque: *quaestum* (*ratio* premiale) e interesse personale si presentano come espressamente incompatibili: l'uno esclude l'altra proprio sotto il profilo delle *rationes accusandi*; ergo, la *ratio* premiale (mai formalmente esplicitata dall'accusatore come propria, ma solo ricavabile e contrario dagli *argumenta* del retore avversario) è normalmente di colui il quale non vanta esplicitamente una causa di *inimicitia* verso l'accusato o non intende vendicare un'*iniuria* da lui subita. Tale *ratio* non connota in sé l'accusa calunniosa, come si diceva, ma di questa è (o può essere), però e piuttosto, indizio, giacché permette che si deduca (semmai rappresentandone un 'topos' argomentativo ricorrente) l'elemento soggettivo richiesto per il perfezionamento del reato di calunnia, cioè la dolosa e ingiustificata consapevolezza che l'accusatore avrebbe dell'innocenza dell'accusato che si somma all'oggettiva e fattualmente dimostrata fallacia dell'impianto probatorio⁴⁸. Proprio perché su

⁴⁷ La figura retorica utilizzata da Cicerone ('animalità' e 'pericolosità' degli accusatori 'di professione' o comunque 'abituati') sembra, per alcuni, echeggiare nella descrizione oraziana di alcuni temibili personaggi: HOR., *Serm.* 1.4.65 s.: *Sulgius acer/ ambulat et Caprius, rauci male cumque libellis,/ magnus uterque timor latronibus* (in PORPH., *Commentum ad Horatii Sermones* 1.4.65 s.: *acerrimi delatores et cauidici ..., et ideo rauci, quod in contentione iudiciorum clament. Cum libellis autem, <in> quibus adnotant, quae deferunt ... [69] non tamen ego delator aut accusator sum, ..., ut Caprius aut Sulcius*). Vd. F. BOTTA, s.v. *delatori*, in *Orazio. Enciclopedia oraziana*, II, Roma, 1997, p. 161 s.

⁴⁸ Ampia discussione, da ultima, in A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., p. 183 ss.

questi indici risulta assai meno dimostrabile il carattere calunnioso dell'accusa di chi è spinto all'azione al fine di soddisfare un interesse proprio o altrui (privato o pubblico che sia) – giacché l'agire per vendicare un torto effettivamente subito, al pari del perseguire le *sociorum querelas*, l'*amici vel propinqui necem*, o del reprimere le *in rem publicam conspirationes*, se non legittima, certamente può scusare anche l'azione mossa *suspiciose* sicché non possa riscontrarsi in concreto il dolo richiesto dal *crimen calumniae* – si comprende perché, nell'osservazione della pratica processuale corrente, siano con maggiori probabilità destinate ad essere sanzionate le accuse, non innervate da quelle più 'nobili' *rationes*, mosse dagli 'accusatori professionali'.

FABIO BOTTA, Ancora in tema di *causae accusationis* e *calumnia* nel processo *per quaestiones*

Nel saggio si intende dimostrare, dopo una più attenta analisi del ‘sistema’ retorico delle motivazioni all’accusa (*causae accusationis*) nei *publica iudicia* di età repubblicana, che non vi è alcuna equivalenza tra la causa premiale e le *causae* motivate da interesse personale all’accusa e che tra queste e il *crimen calumniae* non corre alcun nesso eziologico.

Parole chiave: *publica iudicia, divinatio, causae accusationis, calumnia.*

FABIO BOTTA, Still on the topic of *causae accusationis* and *calumnia* in the process *per quaestiones*

After a closer examination of the rhetorical ‘system’ of motivations for bringing an accusation (*causae accusationis*) in the standing courts (*publica iudicia*) of the Republican age, this contribution aims to demonstrate that there is no equivalence between reward-related motivations (*praemii causa*) and those related to personal interests in the accusation, and that there is no causal connection between these and the crime of malicious prosecution (*crimen calumniae*).

Key words: *publica iudicia, divinatio, causae accusationis, calumnia.*

Filippo Vari

A PROPOSITO DELLA SCOMPARSA (DEL PROGETTO COSTITUZIONALE DI PROMOZIONE) DELLA FAMIGLIA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interesse del diritto pubblico per la famiglia. – 3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione. – 4. L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia. – 5. La spinta della giurisprudenza della Corte EDU. – 6. Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del c.d. *favor matrimonii* nella Costituzione.

1. *Introduzione*

Scopo di questo intervento è dimostrare come nell'ordinamento italiano assistiamo a un fenomeno apparentemente paradossale: da un lato, c'è il tentativo di un progressivo allargamento del concetto di famiglia non solo sul piano sociologico, ma anche su quello normativo; e, dall'altro, si è da tempo affermata una tendenziale svalutazione della famiglia all'interno delle politiche pubbliche, che trova il suo presupposto anzitutto nell'offuscamento delle ragioni alla base del disegno costituzionale in materia. Come ho sostenuto recentemente in un saggio pubblicato dal Professor Sesta su *Famiglia e diritto*, che questo intervento riprende: se tutto è famiglia, nulla è più famiglia¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

Questo scritto, dedicato alla memoria del Professor Beniamino Caravita di Toritto, è il testo, con aggiunta di note, dell'intervento dell'Autore nel Convegno di studi sul tema *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*, organizzato dal Professor Gioacchino La Rocca nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, nei giorni 26, 27 e 28 gennaio 2023.

¹ F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 11, p. 1071 ss.

Per dimostrare ciò, si partirà da alcuni richiami al modello costituzionale di famiglia. Successivamente, verrà analizzato il tentativo di estendere tale modello, anche in forza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infine, s'illustreranno le ragioni per le quali questo allargamento si pone in contrasto con il disegno costituzionale e conduce alla scomparsa della famiglia dalle politiche pubbliche.

2. *L'interesse del diritto pubblico per la famiglia*

Prima di passare a trattare il tema è, però, opportuno chiedersi le ragioni per le quali la famiglia non interessa solo il diritto privato, ma anche quello pubblico.

Tra i molteplici motivi vale la pena segnalarne qui due in particolare. Anzitutto, un peso determinante ha, per riprendere le parole di Costantino Mortati, la funzione «sociale (anche se non pubblica) della famiglia»². Tale funzione, ancorché non sempre adeguatamente evidenziata dalla dottrina, è dato assai risalente anche nella nostra cultura. In essa, per riprendere le parole di Michele Sesta, la famiglia «costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla morte, e la base della più ampia società civica e statale»³. In questa sede è sufficiente ricordare che già in Cicerone la famiglia è considerata *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*⁴. È particolar-

² C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1976⁹, p. 1165.

Su tale dimensione sociale v., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, 1953, ripubblicato in Id., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 401 s.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. CONTE, S. LANDINI, Firenze, 2017, p. 1 ss. dell'estratto disponibile su internet all'indirizzo www.studiosesta.it/wp-content/uploads/2020/05/La-famiglia-tra-funzione-sociale-e-tutele-individuali-scritti-in-onore-di-Giovanni-Furguele.pdf.

Nello stesso senso cfr. A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, p. 134; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 184.

³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 1 s.

⁴ CICERONE, *De officiis*, I, 17, 54.

mente significativo che il medesimo concetto sia stato poi ripreso, dopo oltre sedici secoli, dal Vico con la definizione di famiglia quale *primulum rerum publicarum rudimentum*⁵.

La funzione sociale della famiglia è alla base dello spazio che essa ha trovato in molte Costituzioni del secondo dopoguerra: e ciò sia espressamente, sia implicitamente attraverso enunciazioni volte ad assicurarle una particolare protezione nell'ordinamento costituzionale, come ad esempio nell'art. 6 della Legge fondamentale tedesca. Anche l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo qualifica la famiglia come «nucleo naturale e fondamentale della società». Nel Preambolo alla Convenzione sui diritti del fanciullo si riconosce, poi, «la famiglia, quale nucleo fondamentale della società e quale ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri ed in particolare dei fanciulli» e si mette in luce come essa «debba ricevere l'assistenza e la protezione necessarie per poter assumere pienamente le sue responsabilità all'interno della comunità».

Già questi pochi richiami dimostrano il riconoscimento che la famiglia ha come fenomeno di particolare rilevanza per la comunità, meritevole, dunque, di essere indagato, come tale, anche nella prospettiva tradizionalmente propria del diritto pubblico. La famiglia, infatti, nell'assumere rilievo su un duplice versante – da un lato, la formazione e la promozione della persona⁶ e, dall'altro, la garanzia, proprio nello svolgimento di questi compiti, della continuità e del progresso della società – non si atteggia come fine a se stessa⁷, bensì come «strumento indispensabile del bene della persona, dei beni essenziali e fondamentali della persona, di tutte le persone viventi nella famiglia e nella società»⁸. Insegnando e trasmettendo valori etici, culturali, spirituali e religiosi, essa costituisce,

⁵ G.B. VICO, *De uno universi iuris*, CIII. Sul punto v. A. CICU, *Matrimonium seminarium rei publicae*, in *Scritti minori*, I.1, Milano, 1965, p. 214.

⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 184.

⁷ E. MOUNIER, *Le personnalisme*, 1949, trad. it. *Il personalismo*, Roma, 1964 (rist. 1999), p. 148 s., definisce la famiglia come «cellula sociale».

⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *loc. ult. cit.*

sotto ogni profilo, il luogo privilegiato di crescita e di benessere della persona nella sua irripetibile identità e, dunque, della comunità, intesa come insieme di uomini.

Il secondo motivo per cui la famiglia interessa lo studioso del diritto pubblico è legato alla lettura che da tempo autorevole dottrina ha dato del «problema della dimensione costituzionale dell'autonomia privata»⁹. La famiglia rientra senza dubbio nel novero delle formazioni sociali, rappresentandone anzi una delle più importanti espressioni e costituendo, insieme alle associazioni, ai sindacati, ai partiti, alle confessioni religiose, alle istituzioni culturali, parte integrante del tessuto della società pluralistica. In questo periodo si torna a discutere di riforme costituzionali, ma vi è il rischio che la soluzione rappresentata dal presidenzialismo possa essere avvertita come una risposta semplice a problemi della società italiana che in realtà sono molto più complessi: a mio avviso, le cause della crisi che attanaglia da tempo il Paese vanno, infatti, rinvenute anzitutto nella difficile situazione in cui versano i corpi intermedi – tra i quali la famiglia – la cui vitalità è essenziale per la democrazia.

Ulteriore motivo per il quale la famiglia interessa il diritto pubblico è legato all'osservazione secondo la quale la disciplina di quest'ultima chiama in causa la «questione della composizione dell'antinomia fra autorità e libertà che in questo ambito risulta particolarmente accentuata»¹⁰. Ne discende che il rapporto tra la famiglia e lo Stato finisce per costituire una sorta di cartina di tornasole per analizzare quello tra formazioni sociali e Stato e, in ultima analisi, la relazione tra singolo e potere pubblico, da sempre oggetto di studio da parte dei pubblicisti.

Ciò è confermato tanto dall'analisi storica, quanto da quella comparatistica: da esse emerge che una parte del diritto di famiglia è così intimamente legata alla forma di Stato, da non poter non formare oggetto di analisi da parte dei giuristi pubbli-

⁹ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 10, nt. 16.

¹⁰ R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, p. 4.

cisti. Ciò ovviamente senza negare – è bene ribadirlo – che, essendo l'Italia una liberal-democrazia, la famiglia presenta profili assai marcati rimessi all'autonomia della formazione sociale¹¹.

Può essere utile, infine, ricordare che il nesso tra disciplina del fenomeno familiare e architettura complessiva dell'ordinamento era stato lucidamente colto da Giorgio La Pira: già in una lettera del 1925 a Pugliatti, il grande studioso richiama il carattere «costituzionale» della famiglia, nel senso cioè di «costituzionalità dell'ordine giuridico», ribadendo al contempo l'importanza del rispetto dell'autonomia della stessa¹².

3. Il modello romanistico e la famiglia nella Costituzione

Ferme tali (necessarie) premesse, passiamo al primo dei punti sopra richiamati, e cioè l'assetto costituzionale in materia di famiglia.

È noto che l'interesse della Carta fondamentale per le formazioni sociali e, in particolare, per la famiglia costituiva una novità nell'orizzonte del costituzionalismo italiano¹³.

Seguendo l'esempio della Costituzione di Weimar, infatti, per la prima volta in Italia, non senza i dubbi anche di autorevolissimi esponenti della scienza giuridica dell'epoca, la Costituzione aggiunge alla garanzia dei diritti di libertà, la protezione di quelli sociali: essa tutela, dunque, non solo diritti che s'ispirano alla *libertas silentium legum*, ma anche diritti

¹¹ Sul tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 2019, 4.

¹² G. LA PIRA, *Carissimo Totò (Pozzallo, 21 settembre 1925)*, in Id., *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Roma, 1980, p. 65 s. Al riguardo v. P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, disponibile anche in *Diritto@Storia*, 2006.

¹³ Al riguardo sia permesso rinviare a F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., p. 10 ss.

a prestazione da parte dei poteri pubblici. Al tempo stesso, la Carta fondamentale valorizza al massimo il pluralismo sociale. Si spiega così una parte fondamentale e peculiare della Costituzione, dedicata ai *Rapporti etico-sociali*, nella convinzione che essi siano, anzitutto, uno strumento indispensabile per la realizzazione dell'uomo: esso è considerato, infatti, per riprendere una bella espressione del periodo weimariano, ricordata da Paolo Grossi¹⁴, un *Verbandmensch*, un uomo socializzato. Gli stessi rapporti rappresentano, inoltre, un formidabile anticorpo di fronte al virus del totalitarismo, che per quasi un quarto di secolo aveva infestato la società italiana.

In questa prospettiva alla famiglia, fondamentale strumento di realizzazione della persona e, al contempo, di limite al potere, è dedicata grande attenzione nella Costituzione.

Il disegno costituzionale in materia di famiglia, come è noto, è ispirato al c.d. *favor matrimonii*¹⁵. In particolare, gli artt. 29 e 31 Cost. contengono una piena valorizzazione della famiglia, come «società naturale, fondata sul matrimonio»: dunque, una «stabile istituzione sovraindividuale»¹⁶ basata su un istituto caratterizzato, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, dalla «diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”»¹⁷.

La Costituzione, infatti, si pone in linea di continuità con una tradizione giuridica più che bimillenaria che, quanto meno in Occidente, affonda le proprie radici nel diritto romano.

Nel suo ultimo volume, dedicato appunto *Alle radici romane della Costituzione*, Valditara ha proprio evidenziato come «una importante, forse la più importante, applicazione concreta» della «particolare considerazione del diritto romano» da

¹⁴ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

¹⁵ Cfr. più ampiamente F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., spec. p. 44 ss.; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1998, 758 ss.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 18 gennaio 1996, n. 8.

¹⁷ Corte costituzionale, sent. 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, nella vasta dottrina, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020², p. 545 ss.; A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Jus civile*, 2018, p. 743 ss.

parte dei Costituenti «si ritrova nella discussione che portò poi alla concezione dell'art. 29» Cost.¹⁸.

Nel sistema giuridico romano – dal quale il diritto moderno ha recepito la definizione di matrimonio¹⁹ e nel quale era senz'altro diffusa l'omosessualità – era riconosciuto, addirittura secondo il diritto naturale, che solo l'unione di un uomo e di una donna poteva costituire matrimonio: *maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus* (D. 1.1.1). Da tale *consortium omnis vitae, divini atque humani iuris communicatio* (D. 23.2.1), *individuum consuetudinem vitae continens* (Inst. 1.9.1), nasceva il *corpus familiae* (D. 50.16.195.2)²⁰.

Questa concezione, così la definisce Valditara, di famiglia viene promossa dalla Costituzione. La famiglia è, infatti, posta al centro di un fitto e ampio reticolato di norme, che superano l'impostazione propria dello Stato liberale. In esso le teorie individualistiche portavano invece «a guardare con sfavore e a comprimere tutte le forme di “comunità intermedie”»²¹, tra le quali la famiglia.

In antitesi anche all'assetto proprio dello Stato totalitario – che cercava di strumentalizzare la famiglia «come elemento di conservazione, di espansione, di potenza dello Stato»²² – la Carta repubblicana, in linea con il suo carattere personalista, non poteva non riconoscere che la famiglia ha un valore insostituibile per la crescita e lo sviluppo dell'uomo e rappresenta il luogo in cui egli «si forma e dà immediato sviluppo ai

¹⁸ G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, Milano, 2022.

¹⁹ Sul punto v., per tutti, P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, trad. it. *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di A. DE VITA, M.D. PANFORTI, V. VARANO, Milano, 1985, p. 190.

²⁰ Sul legame tra il concetto di famiglia proprio della Costituzione italiana e quello romano precristiano v. G. LA PIRA, *La famiglia, una casa costruita sulla roccia*, in *Il focolare*, n. 8, 14 aprile 1974, 5; P. CATALANO, «La famiglia sorgente della storia» secondo Giorgio La Pira, in *Index*, 1995, p. 27; M. SERRA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 3 ss.

²¹ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, p. 24.

²² Così F. MAROI, *Diritto civile e fascismo*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1935, p. 29.

suoi diritti più personali (come il diritto alla vita, all'intimità, ecc.)»²³.

Di qui, accanto al riconoscimento, in apertura del Titolo II della Parte I della Costituzione, dei «diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost., primo comma), la previsione nello stesso Titolo e nel successivo III, dedicato ai *Rapporti economici*, di una fitta rete di diritti, tra loro intimamente collegati, che accordano alla famiglia, «in una prospettiva di evoluzione della società», una «posizione istituzionale di privilegio»²⁴. Da tale posizione è agevole ricavare l'esistenza, nell'ordinamento italiano, del c.d. *favor familiae*.

4. *L'amore liquido e il tentativo di estendere il regime costituzionale in materia di famiglia*

Se quello sopra descritto, sia pure per cenni, è il disegno costituzionale relativo alla famiglia, passiamo ora al secondo punto della mia trattazione, e cioè quello concernente la crisi dell'assetto tratteggiato e il tentativo di estendere il modello costituzionale.

Non spetta certo a un costituzionalista illustrare tutti i singoli passaggi che hanno portato a tale crisi. Per indagarne le ragioni e soprattutto l'approdo, però, si può segnalare la particolare utilità della lettura di un interessante volume di Zygmunt Bauman. Il teorico della società liquida ha scritto anche un libro specificamente dedicato all'amore e ai legami umani nella nostra epoca. S'intitola *Liquid Love*, e come sottotitolo reca l'indicazione *On the Frailty of Human Bonds*²⁵.

²³ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 184.

²⁴ M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, p. 1. Al riguardo sia consentito il richiamo a F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, in *Famiglia*, 2016, p. 204 ss.

²⁵ Z. BAUMAN, *Liquid Love. On the Frailty of Human Bonds*, trad. it. di S. MINUCCI *Amore liquido: sulla fragilità dei legami affettivi*, Roma-Bari, 2004.

La tesi di fondo è che l'uomo contemporaneo sia un *Mann ohne Verwandtschaften*, cioè un uomo senza parentela.

Ciò si traduce nella ricerca di una perenne situazione «senza legami indissolubili e dati una volta per sempre»²⁶.

Proprio il tipo di relazione affettiva che ricerca l'uomo senza parentela trova oggi soddisfazione nell'assetto giuridico del nostro ordinamento: divorzio, fondato sull'idea di un «recesso *ad nutum*»²⁷, divorzio breve, divorzio «consensuale»²⁸, unioni civili equiparate alla famiglia²⁹.

In tal modo, si sarebbe giunti al superamento, per riprendere la recente analisi di Lenti, dell'idea che «la famiglia è un gruppo sociale ristretto, composto da un uomo e da una donna, che convivono e sono legati da una relazione di profonda intimità, comprensiva anche di quella sessuale, e da un vincolo giuridico reciproco, il matrimonio»³⁰. La conseguenza ultima è l'esistenza di una pluralità di modelli familiari che sono posti sullo stesso piano: da quella «monoparentale a quella ricompresa, da quella formata da una coppia di persone dello stesso sesso a quella poligamica [...] la realtà sociale oggi presenta dunque una *pluralità* di modelli di famiglia»³¹. Essi si contraddistinguono per essere «il luogo socialmente privilegiato degli affetti più intimi e profondi, il regno della gratuità e della condivisione»³². In sostanza, potremmo sintetizzare, l'unico legame che resiste è quello di sangue, mentre tutto il resto diventa disponibile e organizzabile dal singolo³³, senza alcuna stabilità, proprio come richiedono i dettami della società liquida e dell'amore liquido.

²⁶ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. V.

²⁷ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, p. 646 s.

²⁸ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 648 s.

²⁹ V. al riguardo F. VARI, *Profili d'illegittimità costituzionale della legge sulle unioni civili*, cit., p. 197 ss. Sui limiti di tale equiparazione v. E. BILOTTI, *La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, p. 445 ss.

³⁰ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 10.

³¹ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 12.

³² R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 13.

³³ Cfr. al riguardo le riflessioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., p. 9.

Questa visione trova spazio anche in un'interessante, recente e per diversi aspetti apprezzabile decisione delle Sezioni Unite della Cassazione³⁴. In essa, riprendendo una nota e autorevolissima dottrina³⁵, si afferma che oggi «si assiste» al «passaggio da una famiglia “isola” ad un “arcipelago” di famiglie», con la conseguenza che «alla famiglia, rispettosa dell'immagine offerta dalla Costituzione, “fondata” sul matrimonio, si sono aggiunte altre famiglie. E la filiazione è divenuta il collante di diverse comunità di affetti. All'unità dello stato di figlio corrisponde la pluralità dei modelli familiari: lo stato di figlio è unico, mentre sono oramai numerosi i modelli normativi o sociali dei rapporti di coppia»³⁶.

Dunque, per riassumere, potremmo dire che si va dal *Verbandmensch* al *Mann ohne Verwandtschaften* e, corrispondentemente, dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla filiazione³⁷.

5. La spinta della giurisprudenza della Corte EDU

Un contributo importante, anche sul piano culturale, per rafforzare la tendenza ora descritta viene dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ricordo in proposito che una parte tanto della giurisprudenza, quanto della dottrina leggono l'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

³⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civ., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162.

³⁵ F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

³⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civ., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162, § 23 dei *Motivi della decisione*.

³⁷ Cfr. M. PARADISO, *Dal matrimonio alla famiglia. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Fam. Dir.*, 2022, p. 1042 ss.; M. SESTA, *Interesse del minore e stato giuridico della filiazione*, *ivi*, p. 1059 ss., il quale ricorda come già più di vent'anni fa Harry D. KRAUSE, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex - or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 2000, p. 271, avesse scritto: «marriage isn't really the important issue, children are». Sul tema v. i rilievi di E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, *ivi*, p. 1038 ss.

Esemplificativa al riguardo è una sentenza del 2012 della Corte di Cassazione³⁸. In essa la Suprema Corte ha utilizzato un passaggio contenuto in una sentenza di rigetto di una sezione della Corte EDU relativa all'ordinamento austriaco³⁹ per trarre «conseguenze ritenute essenziali per il nostro ordinamento, e, anzi, [...] il grimaldello per scardinare “una consolidata e ultramillenaria tradizione”»⁴⁰, relativa ai concetti di matrimonio e famiglia.

Quanto alla dottrina, mi limito a richiamare il recente volume di Lenti, in cui si legge l'ordinamento interno subordinandolo ai modelli che vengono oggi dal diritto europeo, soprattutto quello legato alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹, nonostante si parli nel volume di «ruolo spesso eversivo assunto dalla giurisprudenza»⁴² della Corte di Strasburgo.

Siffatte ricostruzioni appaiono a mio avviso non del tutto centrate⁴³. Infatti, come ho già più volte argomentato, da un lato, è già discutibile che le sentenze di condanna relative a Stati diversi dall'Italia possano essere utilizzate per dedurne l'illegittimità costituzionale di una normativa interna, ai sensi dell'art. 117 Cost., primo comma, secondo il modello indicato dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle del 2007⁴⁴

³⁸ Corte di Cassazione, I sez. civ., sent. 15 marzo 2012, n. 4184.

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez., sent. 24 giugno 2010, application n. 30141/04, *Schalk and Kopf v. Austria*.

⁴⁰ I. MASSA PINTO, “Fiat matrimonio!”. *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» superando anche il giudicato costituzionale?*, in *Rivista AIC*, 2012, 2, p. 5. Sul punto cfr. anche L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez. civ. 15/3/2012, n. 4184)*, *ivi*, p. 1.

⁴¹ R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 18 ss.

⁴² R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 61.

⁴³ Sul tema v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 746 ss.

⁴⁴ Corte costituzionale, sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349. Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, nel sito internet dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. NANIA, *I diritti tra Costituzione e tutele sopranazionali*, in *L'e-*

e come problematicamente evidenziato dallo stesso giudice delle leggi nella successiva giurisprudenza⁴⁵. Il carattere concreto del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo⁴⁶ dovrebbe, infatti, normalmente escludere la possibilità di ricavare anche da sentenze di condanna di Stati diversi dall'Italia regole di carattere generale efficaci anche per il nostro Paese⁴⁷. Ma è ancor meno plausibile dedurre conseguenze così importanti, come quelle 'rilanciate' nell'ordinamento italiano dalla Cassazione, da una sentenza di rigetto⁴⁸. E ciò a maggior ragione ove si consideri che la stessa Corte EDU, nella sentenza su cui si fondava la Cassazione, aveva chiaramente ribadito che «in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it»⁴⁹.

Inoltre, come evidenziato su un piano generale da Massimo Luciani, «solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualifichia-

voluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio, a cura di R. NANIA, Torino, 2012, p. 33 ss.

⁴⁵ V. in particolare, Corte costituzionale, sent. 26 marzo 2015, n. 49.

⁴⁶ Tale carattere è ricordato spesso anche dalla *Grande Chambre*, secondo la quale «in cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it» (così il § 92 della sentenza *S.H. and Others v. Austria* del 1° aprile 2010, application no. 57813/00).

⁴⁷ Sul punto v., per tutti, M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 185 ss.

⁴⁸ Al riguardo acutamente I. MASSA PINTO, "Fiat matrimonio!". *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo*, cit., p. 5, mette in luce «l'uso che la Corte di Cassazione fa della sentenza europea: dopo aver riconosciuto, nella prima parte della sua motivazione, l'esistenza di un "postulato" implicito nel nostro ordinamento, fondato su una tradizione sedimentata da tempo memorabile, la Corte ritiene ora di poter affermare che un inciso, di un'articolata motivazione, di una sentenza nella sostanza di rigetto, pronunciata da una corte, in un certo luogo, in un certo tempo, possa, d'un sol tratto – come l'atto prometeico che crea con la parola – inverare una sostanza assegnandole il nome proprio di un'altra: fiat matrimonio, e matrimonio fu!».

⁴⁹ § 103 della decisione.

mo, può indurre a credere che [...] la stessa etichetta (poniamo: “libertà di associazione”)» – o aggiungerei per ciò che qui interessa, i diritti connessi alla famiglia – «denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche»⁵⁰. Dunque, anche se dalla giurisprudenza sopra citata della Corte EDU si potevano trarre elementi determinanti in ordine alla ricostruzione del concetto di famiglia nel sistema CEDU, era operazione ‘ingenua’ e, altresì, erronea utilizzare questi elementi, come tali, per ricostruire il regime in materia proprio dell’ordinamento italiano.

Oltretutto, per costante giurisprudenza costituzionale, le decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo possono trovare spazio nell’ordinamento interno soltanto qualora non si pongano in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale⁵¹. Dunque, un modello di rapporti familiari indicato dalla giurisprudenza della Corte EDU, per essere accolto nel nostro ordinamento, dovrebbe essere conforme alla Costituzione. In alternativa, esso dovrebbe essere trasposto in iniziative volte a modificare, ammesso peraltro che sul tema sia possibile, la Carta fondamentale⁵². Ricordo che, recentemente, si è intervenuti sulla Costituzione, novellando addirittura la parte dedicata ai *Principi fondamentali*, e in particolare l’art. 9 Cost., per rafforzare nel nostro ordinamento la protezione dell’ambiente⁵³. Si è così dimostrato che quando esiste una effettiva e diffusa volontà di modificare la Carta fondamentale, si riesce con agilità a farlo. Non sembra, però, che ci siano iniziati-

⁵⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1661.

⁵¹ Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 2012, 18.

⁵² Per un approfondimento del tema sia consentito il rinvio a F. VARI, *Il diritto familiare italiano tra libertà costituzionali e ordine pubblico costituzionale*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del XIII Convegno annuale della Società italiana degli Studiosi del Diritto civile (S.I.S.Di.C.), svoltosi a Napoli, nei giorni 3-5 maggio 2018, a cura di P. PERLINGIERI, S. GIOVA, Napoli, 2019, p. 42 s.

⁵³ Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

ve nel senso sopra indicato per codificare l'«arcipelago familiare» di cui si è detto.

Occorre, inoltre, interrogarsi sulla democraticità degli interventi creativi della Corte EDU. In proposito, sembrerebbe giunto il momento di discutere anche in Italia delle gravi problematiche sollevate dalla Corte suprema degli Stati Uniti, oltretutto in un sistema di *common law*, con riferimento al ruolo del giudice nella creazione dei diritti. In particolare, la nota sentenza *Dobbs* evidenzia come la creazione di diritti a opera del giudice si traduce in un'operazione di natura profondamente antidemocratica⁵⁴. Al contrario, come evidenziato da tempo da Massimo Luciani, «una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi»⁵⁵.

E ciò vale a maggior ragione nel momento in cui il giudice si trova a decidere sulla base di una Carta, come la CEDU, che non ha una legittimazione democratica⁵⁶ a proprio fondamento, ma costituisce il frutto dell'accordo tra più governi su un testo che, in quanto trattato e dunque accordo tra le parti, dovrebbe essere interpretato secondo la volontà delle parti stesse, come richiesto dalla nota Convenzione di Vienna sui Trattati, ed è invece sottoposto a una continua opera di creazione di diritti, in quanto considerato un *living instrument*. A questo proposito appaiono molto interessanti le considerazioni svolte in una *dissenting opinion* in occasione della recente decisione *Fedotova* della Corte EDU⁵⁷. In particolare, il giudi-

⁵⁴ Al riguardo v. F. VARI, M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Foroneus*, 26 luglio 2022. Su tale profilo, sia pure criticamente verso quanto stabilito dalla sentenza, v. ora M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

⁵⁵ Sul tema v. ora le riflessioni dello stesso A. contenute nel volume *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

⁵⁶ Cfr. al riguardo M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1663.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, sent. 17 gennaio 2023, *Case of Fedotova and Others v. Russia* (applications nos. 40792/10,

ce Wojtyczek ha evidenziato due profili critici della tesi secondo la quale la Convenzione sarebbe un *living instrument*. Sotto il profilo formale, un primo rilievo evidenzia come «it would be incompatible with the underlying values of the Convention if rights not initially granted by the Convention could be inserted in it without being accepted by the majority – at the national level in all the States concerned – in the treaty-making procedure, as defined in the domestic constitutional law of the High Contracting Parties». In altri termini, perché un diritto non riconosciuto direttamente dalla CEDU sia protetto dalla Corte di Strasburgo, è indispensabile passare attraverso le procedure previste per le modifiche/approvazioni dei Trattati nei singoli Stati, pena la violazione del principio democratico a fondamento delle liberal-democrazie. Il secondo rilievo riguarda il riferimento che la Corte opera ai *trend* in atto negli Stati membri su cui fondare l'interpretazione dei diritti garantiti dalla CEDU: tale riferimento porta a chiedersi se sia «compatible with the underlying values of the Convention for the exercise of Convention rights by a minority group» il fatto che esso sia «conditional on its being accepted in domestic legislation by the majority of States».

6. *Alla riscoperta delle ragioni dell'affermazione del c.d. favor matrimonii nella Costituzione*

Anche a voler prescindere dalle cause della situazione sopra descritta, resta il fatto che essa non appare coerente con il disegno costituzionale in tema di famiglia. Quest'ultimo, come già accennato, parte dall'idea che la famiglia ha da millenni le stesse caratteristiche, come ci ricorda anche la Corte costituzionale nel passo citato della nota sentenza n. 138 del 2010⁵⁸. La nostra società occidentale ha da sempre considerato la famiglia il luogo più adatto per la realizzazione della persona e

30538/14 and 43439/14), disponibile sul sito della Corte EDU all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-222750%22>}}.

⁵⁸ V. *supra*, par. 3.

per la nascita e la crescita dei figli. Ciò non vuol dire, da un lato, che tale esperienza si realizzi sempre nel migliore dei modi e, dall'altro, che non vi possano essere diverse situazioni in cui perseguire analoghi obiettivi. Ma siccome non si può istituire una autorità che controlli la soddisfazione tra i coniugi e i partner o tra i genitori e i figli, un po' come in quel programma che all'inizio degli anni '80 andava in onda sulla televisione commerciale con il nome di 'Gioco delle coppie', e dovendo invece il legislatore fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*, il Costituente ha deciso di favorire la famiglia fondata sul matrimonio, recependo l'antico istituto romanistico, secondo quanto sopra ricordato.

Cosa stabilisce, allora, la Costituzione? Senza discriminare altre forme di convivenza, prevede una scelta preferenziale a favore della famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, si tratta di una visione analoga a quella originariamente sottesa all'art. 6 *Grundgesetz*: «Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung».

La Costituzione stabilisce che la Repubblica «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» e, poi, «agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose». Qual è il senso di tali previsioni? Anzitutto, che i poteri pubblici riconoscono alcuni diritti di libertà, ad es. quello di sposarsi o di non sposarsi, e alcuni spazi di autonomia legati alla famiglia⁵⁹. Ciò non esclude che sulla base di altre disposizioni costituzionali si possa giungere a garantire ad altre formazioni sociali analoga autonomia.

In secondo luogo, la Repubblica riconosce l'infungibile funzione sociale della famiglia e, per questo, impone al legislatore di stabilire un regime speciale a suo sostegno, in deroga al principio d'eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost.

Quest'ultimo profilo, tuttavia, in corrispondenza al tentativo di allargare il concetto di famiglia, ha avuto sempre più scarsa attuazione e attenzione nell'operato delle Istituzioni.

⁵⁹ Sul tema v. F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia*, cit.

Il *favor matrimonii* oggi appare sostanzialmente trascurato e anche ignorato.

Ricordo, ad esempio, che siamo in marcia verso il trentesimo anniversario dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha denunciato l'illegittimità del sistema fiscale tuttora vigente, in quanto contrastante con il disegno costituzionale di promozione della famiglia⁶⁰; ma la pronuncia del giudice delle leggi non ha trovato alcun seguito in Parlamento, al quale spetta la decisione politica su come superare l'illegittimità costituzionale rilevata dalla Corte.

Proprio nella prospettiva dell'oblio del *favor matrimonii* è opportuno richiamare alcune statistiche, e in particolare, come la percentuale del PIL investita in politiche familiari in Italia risulti la terz'ultima all'interno dell'Unione europea. I dati sono un po' risalenti, ma sono gli ultimi disponibili. Per il 2019, secondo EUROSTAT, in Italia si è investito in politiche familiari e per i figli solo l'1,1% del PIL. Solo Cipro e Malta hanno fatto peggio⁶¹. Al contrario, in Francia siamo al 2.3% e in Germania, prima fra i Paesi UE, siamo al 3.3%. Infine, tanto per dimostrare l'inadeguatezza del sistema italiano, la media UE è del 2.3% del PIL, quindi più del doppio della percentuale italiana.

Pur essendo l'art. 31 Cost. uno dei meno attuati della Costituzione, il legislatore ha, anzi, esteso i pochi benefici previsti a favore dell'unione coniugale ad altre forme di convivenza e, anzi, la dottrina denuncia che più recentemente «il diritto della famiglia è uscito dall'*agenda politica*»⁶².

Si tratta tuttavia di un esito che a prima vista appare paradossale, ma è invece una conseguenza scontata dell'oscuramento del disegno costituzionale sulla famiglia: infatti, se

⁶⁰ Cfr. Corte costituzionale, sent. 24 luglio 1995, n. 358. Sul tema v. M.A. GRIPPA SALVETTI, *Famiglia* (Dir. trib.), in *Dizionario di Diritto pubblico*, III, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 2437 ss.; P. SELICATO, *Le imposte sul reddito delle persone fisiche in Italia*, in *Scienza delle finanze*, a cura di A. BALESTRINO, E. GALLI, L. SPATARO, Torino, 2015, p. 413 ss.

⁶¹ Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Social_protection_statistics_-_family_and_children_benefits#Family.2Fchildren_expenditure_in_2019.

⁶² R. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 56.

quest'ultima perde stabilità, come aveva già intuito Esposito poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁶³, se la sua funzione sociale, di cui si è detto, non è più riconosciuta e valorizzata, vengono meno le ragioni per dare a essa un sostegno pubblico o un regime preferenziale. Come ho recentemente sostenuto su *Famiglia e diritto*⁶⁴, se tutto è famiglia, nulla è più famiglia: rimane il singolo, con le sue libere scelte, e la famiglia scompare, anche nelle politiche pubbliche. E con essa, come si è cercato di dimostrare, una parte fondamentale del disegno costituzionale.

⁶³ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, ripubblicato in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 140 s.

⁶⁴ F. VARI, *Se tutto è famiglia, nulla è più famiglia*, cit.

FILIPPO VARI, A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia

Il lavoro ricostruisce il quadro costituzionale in materia di famiglia, fondato sul c.d. *favor matrimonii*. Analizza, poi, il tentativo di estendere il regime costituzionale della famiglia ad altre forme di convivenza, anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte EDU. Infine, cerca d'illustrare le ragioni per le quali, in un'età segnata dal c.d. amore liquido, secondo la nota analisi di Z. Bauman, il disegno costituzionale conserva ancora attualità, nonostante non sia supportato da adeguate politiche pubbliche, secondo quanto invece richiesto dall'art. 31 Cost.

Parole chiave: famiglia, matrimonio, *favor matrimonii*, Corte EDU, amore liquido.

FILIPPO VARI, How the Italian Constitutional Vision of the Family Faded Away

The paper analyzes the provisions of the Italian Constitution on family and the so-called *favor matrimonii*. It then examines the attempt to extend the constitutional regime of the family to other forms of cohabitation that was pushed by the case law of the ECHR. Finally, it tries to illustrate the reasons why, in an age characterized by so-called liquid love (according to the analysis of Z. Bauman) the Italian Constitution is still pertinent with regard to family law; even if public policies do not support adequately the family as required by art. 31 of the Italian Constitution.

Key words: family, marriage, *favor matrimonii*, ECHR, liquid love.

Antonio Albanese

NULLITÀ DELL'ATTO E CONSERVAZIONE DEL FATTO NELLE SUCCESSIONI *MORTIS CAUSA* E NEL DIRITTO DI FAMIGLIA*

SOMMARIO: 1. Nullità e inesistenza nel diritto della famiglia e delle successioni. – 2. La conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo. – 2.1. L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti. – 3. L'analoga fattispecie della conferma della donazione nulla. – 4. La simulazione matrimoniale. – 4.1. La sanatoria del matrimonio. – 5. La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge. – 6. Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come 'patto di convivenza'). – 7. Famiglia, successioni e frammentazione del concetto di nullità.

1. *Nullità e inesistenza nel diritto della famiglia e delle successioni*

Sia il diritto di famiglia sia la disciplina delle successioni *mortis causa* presentano significative ipotesi in cui il negozio concretamente posto in essere è nullo, ossia difforme dal modello legale per una delle tre classi di ipotesi previste all'art. 1418 c.c., e ciò nondimeno ne sono conservati gli effetti.

Il tema evidenzia la contraddizione o, se si preferisce, la necessità di una conciliazione, tra due affermazioni ormai scontate nel sistema civilistico italiano:

a) la sentenza che accerta la nullità è dichiarativa e dunque ha effetto retroattivo, secondo una convinzione pacifica già nel vigore del vecchio Codice, nel quale la improduttività di effetti era centrale nelle definizioni di 'nullità'¹;

b) l'espressione «ordinamento giuridico» che accompagna, nell'art. 1173 c.c., il riferimento alla terza specie di fonti delle obbligazioni, ossia quelle che derivano «da ogni altro atto o

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», non si risolve in una mera indicazione riassuntiva di un elenco chiuso costituito da tutte le altre fonti nominate (diverse dal contratto o dal fatto illecito), ma consente un'apertura all'analogia, ovvero alla possibilità che taluni accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione².

Ma se l'atto è nullo, da cosa scaturiscono gli effetti che nonostante la nullità, in alcune ipotesi, l'ordinamento salvaguarda? Per rispondere a questa domanda non si può sfuggire alla teoria delle fonti delle obbligazioni e all'art. 1173 c.c. E la risposta non può che essere ricercata all'interno della terza specie di fonti: se la nullità dell'atto impedisce di qualificare il medesimo come negozio produttivo di effetti giuridici, essa non arriva ad escluderne la materiale esistenza e dunque il suo valore di fatto storico concretamente venuto in essere. Si tratterà, semmai, di capire di volta in volta a cosa quel fatto debba accompagnarsi per poter divenire fonte di obbligazioni. E, a sua volta, la comprensione del fenomeno non potrà che essere raggiunta alla luce del principio di atipicità delle fonti: se gli effetti non possono scaturire dal contratto o dall'atto unilaterale, in ragione della sua nullità, né dal fatto illecito, occorrerà rivolgere l'attenzione a «ogni altro [...] fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità* dell'ordinamento giuridico»; formula, questa, con cui l'art. 1173 c.c. (diversamente dal precedente rinvio a «ogni altro caso *previsto dalla legge*» contenuto nel Codice del 1865) emancipa la nascita del vincolo obbligatorio dall'esistenza di una precisa e puntuale norma di legge ed estende il campo delle fonti a qualsiasi atto o fatto purché conforme all'ordinamento giuridico e, in particolare, ai principi generali di cui all'art. 12, comma 2°, delle preleggi³.

² Così Cass., 16 dicembre 2015, n. 25292, in *CED Cassazione*, 2015, per concludere, nella specie, che la responsabilità per fatto lecito dannoso non ha carattere eccezionale.

³ M. CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* diretta da W. BIGIAMI, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992, p. 54; sulla atipicità delle

Un fatto, o una pluralità di fatti coordinati tra loro che dia-
no vita a una fattispecie complessa, affinché ne sia valutata la
coerenza coi principi generali dell'ordinamento, deve pur sem-
pre esistere.

La riconducibilità della produzione di taluni limitati effet-
ti (come la possibilità di conversione del contratto nullo) con-
ferma la necessità logica di distinguere dalla nullità del ne-
gozio la sua 'inesistenza'. Ciò sarebbe comprovato dall'importan-
za sistematica di alcune norme, come l'art. 1338 c.c., l'art.
128 c.c. e l'art. 2126 c.c., all'interno della teoria che rivendica
l'esistenza dell'atto nullo quale atto di autonomia privata⁴; il
fine, come noto, è quello di sottolineare che quest'ultimo, a dif-
ferenza del negozio 'inesistente', ha una rilevanza intrinseca
quale atto 'qualificato negativamente', in sé produttivo di ef-
fetti indiretti (come accade, ad esempio, nel caso di esecuzione
del contratto di lavoro subordinato).

Anche su questo punto le disposizioni in materia di fami-
glia e quelle successorie assumono un rilievo che trascende
le singole ipotesi considerate e assume valore sistematico. Si
pensi alla nullità del matrimonio: dopo l'emanazione della
sentenza, il matrimonio si estingue e, giacché il vizio attiene
al momento genetico del vincolo, dovrebbe essere inficiato ret-
roattivamente; trattandosi, però, di un negozio del tutto par-
ticolare, con effetti assai rilevanti per le persone dei «coniugi»,
nonché per gli eventuali figli, la retroattività dell'efficacia del-
la sentenza viene limitata proprio per tutelare quelle situazi-
oni che si sono formate sull'apparenza di un valido atto mat-
rimoniale. La Suprema Corte ha chiarito che il matrimonio
nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quan-
do la sentenza che ha pronunciato la nullità non sia passata

fonti delle obbligazioni, cfr. M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazio-
ne*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 73; C.A. CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*,
in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino 1999, p. 25 ss.; C. NOBI-
LI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 6.

⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli,
1950, p. 366; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss.
dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 457. Criticamente: A. FEDELE, *op. cit.*, p. 28 ss.

in giudicato⁵. In definitiva, se il matrimonio è dichiarato nullo, qualora sussistano determinate condizioni («quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi»), fino alla sentenza che pronunzia la nullità si producono gli effetti del matrimonio valido. In questo caso, come in quello dell'art. 2126 c.c. (nullità del contratto di lavoro subordinato) ed in quello dell'art. 2332 c.c. (società per azioni iscritta nel registro delle imprese), la retroattività degli effetti della sanzione avrebbe comportato conseguenze pratiche inaccettabili: «la complessità degli *status* di coniuge e di figlio, con i diritti

⁵ Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15562: il ricorrente, denunciando violazione dell'art. 128 c.c. in combinato contesto con l'art. 282 c.p.c., aveva sostenuto che i giudici di merito avessero errato nel ritenere che la 'sentenza' dichiarativa della nullità del vincolo, cui la norma codicistica ricollega il termine finale di produzione degli effetti del matrimonio putativo, sia la sentenza 'passata in giudicato', per cui, in pendenza del gravame avverso la pronunzia di primo grado, quegli effetti restino fermi. Per il ricorrente una tale soluzione sarebbe oggi incompatibile con il dettato del novellato art. 282 c.p.c., la cui riscrittura (l. n. 353 del 1990, ex art. 33) ha sancito la «provvisoria esecutività della sentenza di primo grado tra le parti», in precedenza subordinata ad apposita clausola, la cui concessione era in facoltà del giudice. La Cassazione ha tuttavia ribattuto che «la così generalizzata anticipazione dell'efficacia delle sentenze, rispetto al correlativo passaggio in giudicato, riguarda appunto il profilo e il momento della "esecutività", quello cioè della anticipata e provvisoria esecuzione. La quale, se è logicamente correlabile ad una statuizione di condanna, non lo è, invece, ad una pronuncia, quale quella ex art. 128 c.c., che incida, recidendolo in radice, sullo *status* di coniuge». Altrimenti, dovrebbe ammettersi la possibile intermittenza dello *status* di coniuge (nel senso della sua cancellazione con la sentenza di nullità di primo grado e del suo eventuale ripristino nel caso di successiva riforma di quella decisione): e ciò in evidente contrasto con il principio di certezza sullo stato delle persone. Per cui corretta è, invece, secondo la Suprema Corte, l'interpretazione che alla norma codicistica di riferimento aveva dato la Corte di appello (in conformità anche all'esegesi condivisa dalla più autorevole dottrina) nel senso, appunto, che il matrimonio nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quando la sentenza che ha pronunziato la nullità non sia passata in giudicato.

Nei casi in cui la legge riconosce ai coniugi gli effetti del matrimonio valido, tali effetti si producono fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità. Se si tratta di sentenza ecclesiastica, fino al momento del provvedimento di esecutorietà della Corte d'appello. Cfr. Trib. Catania, 8 giugno 1979, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Matrimonio*, n. 206.

e i doveri connessi, specie di ordine (in senso lato) alimentare ed assistenziale, non consente evidentemente di ripristinare la situazione anteriore, ma postula all'opposto una diversa valutazione del fenomeno, che tenga adeguato conto della realtà di fatto»⁶.

Ciò significa che anche in relazione al matrimonio putativo il legislatore ha inteso tenere conto della realtà di fatto, al fine di salvaguardare lo *status* di coniuge e di figlio, ed ha quindi modellato il rapporto di fatto sul campione del corrispondente rapporto di diritto: tale stato di fatto giuridicamente rilevante suggerisce considerazioni analoghe a quelle connesse all'attuazione del rapporto di lavoro e del rapporto societario fondati su di un negozio nullo.

Esistono poi, sempre nel diritto di famiglia, ipotesi normative nelle quali per superare la rigidità della nullità il legislatore ha dato ingresso all'annullabilità, nonostante la nullità o l'inefficacia sembrassero, a rigore, più appropriate (art. 184, primo comma, c.c.).

In altri casi ancora la nullità è stata ritenuta opzione da scartare: si pensi al 3° comma del cit. art. 184 c.c., ove il coniuge (o unito civilmente) in comunione legale che abbia alienato un bene mobile senza il consenso dell'altro è chiamato a recuperarlo o, se non vi riesce (perché l'acquirente si oppone) a reimmettere nella comunione una somma di denaro attualizzata al valore della moneta al momento della ricostituzione della comunione. Il contratto di vendita è dunque perfettamente valido, nonostante il venditore abbia disposto di un bene di cui non è l'unico titolare.

L'art. 1423 c.c., nell'enunciare l'inammissibilità della convalida del contratto nullo, fa salva una diversa volontà di legge; a questa diversa volontà si è soliti ricondurre i casi eccezionali della conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle (e, per alcuni autori, l'art. 2126 c.c.)⁷.

⁶ Così G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 173 s.

⁷ S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., affronta il problema nel quadro delle ipotesi in cui il contratto nullo è

Per la tesi più tradizionale, che non distingue tra negozio nullo e negozio inesistente, è la nullità stessa ad indicare la posizione di indifferenza che la legge assume nei confronti di una fattispecie difettosa; non può dunque parlarsi di qualificazione negativa, perché la nullità non designa una qualità giuridica dell'atto, ma l'assenza di qualsiasi rilevanza. Infatti, non essendosi completato lo schema normativo, «il diritto non interviene con la sua attività qualificativa. E se talora, per quanto risulti difettosa nel nucleo essenziale, la situazione di fatto produce delle conseguenze giuridiche, ciò avviene non in funzione della stessa norma, in rapporto alla quale il fatto concreto si presenta imperfetto, sibbene in relazione ad una diversa norma giuridica, il cui schema viene interamente realizzato dagli elementi venuti ad esistenza»⁸. Si aggiunge che la diversità dei casi in cui ricorrono le ipotesi di nullità e di inesistenza non legittima fra esse alcuna differenza, che potrebbe essere riferita solo alla produzione dell'effetto, mentre, a parte quest'aspetto, le due ipotesi si comportano in modo eguale. È vero che l'inesistenza presenta «una maggiore appariscenza», in quanto manca addirittura la possibilità di pre-

preso in considerazione dal legislatore; secondo questo autore (*ivi*, p. 150 ss.) la rilevanza giuridica del contratto nullo sarebbe da ricondurre alla presenza di una fattispecie complessa costituita dal 'fatto' del contratto stesso e dalla prestazione eseguita. E v. anche ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.

In merito al dogma della insanabilità del contratto nullo, P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temì*, 1955, p. 191, la riteneva un carattere irrinunciabile imposto dalla logica, oltre che dal diritto positivo. Ma la dottrina più recente mostra una diversa apertura: cfr. le monografie di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.

⁸ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 ss. Contrari alla categoria della inesistenza giuridica anche F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. proc. civ.*, 1955, I, p. 210, e G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 51. Contestata in radice la distinzione tra nullità e inesistenza B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 68 ss., secondo cui un atto nullo è sempre inesistente: «l'unico concetto idoneo ad esprimere la situazione da cui nasce la nullità è: esistenza di fatto, inesistenza per il diritto».

cisare quale avrebbe potuto essere l'effetto, mentre il negozio nullo può produrre effetti giuridici. Ma, ed è questo il punto cruciale della tesi, il negozio nullo produce effetti «non come negozio giuridico, sibbene come fatto in senso stretto»⁹.

È vero che l'idea di una produzione di effetti da parte del negozio nullo era inconcepibile per i giuristi classici, che identificavano nullità e inesistenza; per essi, «da una parte c'è il nulla giuridico, dall'altra il negozio pienamente valido [...] sempre potenzialmente capace di produrre effetti anche se non ne produce alcuno»¹⁰. Ma in epoca moderna l'attitudine del negozio nullo alla produzione di effetti è difficilmente discutibile, sicché sembra ormai acquisita dalla nostra civilistica la necessità di distinguere la invalidità dalla inesistenza. Oggi prevale l'idea, oltre che della validità di una tale distinzione, della sua utilità: «l'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto o l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale. L'importanza della distinzione fra nullità e inesistenza sta in ciò: il contratto o l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che [...] il contratto o l'atto nullo produce»¹¹.

2. La conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo

L'art. 590 c.c., in deroga al principio generale espresso dall'art. 1423 c.c., secondo cui il negozio nullo è insuscettibile di convalida, ammette la possibilità della sanatoria del testa-

⁹ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 84 ss.

¹⁰ S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 117. Cfr. anche A. MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 859 ss.

¹¹ Per tutti: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. CICU, F. MESSINEO E L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2002², p. 240.

mento invalido, sia mediante conferma espressa della disposizione sia mediante volontaria esecuzione di essa da parte di chi conosca la causa della nullità. Nel primo caso, la convalida ha luogo quando in un atto, per il quale non sono, tuttavia, richieste forme solenni, si faccia menzione della disposizione e dei vizi che l'affettano e si dichiari di volerla convalidare¹²; nel secondo caso, invece, la convalida opera indirettamente, per *facta concludentia*, e cioè attraverso un comportamento di attuazione della disposizione invalida, in modo da determinare volontariamente, rispetto ai beni ereditari, lo stesso mutamento della situazione giuridica che si sarebbe prodotto se il testamento non fosse stato nullo¹³.

I superstiti, pertanto, hanno la possibilità di conservare la volontà testamentaria, mantenendo ferma la disposizione del *de cuius* qualora essa, di per sé, fosse invalida (art. 590 c.c.). Ai congiunti dell'ereditando è consentito, per questa via, di onorare la sua memoria dando esecuzione ai suoi atti anche quando questi presentino irregolarità dal punto di vista giuridico.

Questo risultato può essere realizzato solamente da chi sia investito della titolarità e del potere di disposizione del diritto. La causa della conferma prevista dall'art. 590 c.c. consiste nell'intento di eliminare la nullità di cui è inficiata la dispo-

¹² Nella conferma espressa è stata richiesta la presenza degli stessi elementi previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida del negozio annullabile: la menzione della disposizione, l'indicazione del vizio di invalidità che la inficia e la dichiarazione di volerla confermare (Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974).

¹³ Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1966, p. 1274, ha affermato che occorre la conoscenza della causa di nullità, da intendersi come conoscenza storica del fatto invalidante e delle possibili conseguenze giuridiche, e che la volontaria esecuzione della disposizione testamentaria nulla implica l'esistenza di una volontà, da parte del soggetto che esegue, diretta ad adeguare la situazione di fatto a quella che sarebbe stata la nuova situazione giuridica voluta dal testamento nullo. Si è aggiunto (Cass., 5 maggio 1965, n. 807, in *Giust. civ.*, 1965, p. 602) la esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie importa rinuncia alla impugnazione della scheda testamentaria solo se risulti provata l'assoluta consapevolezza dell'oggetto della rinuncia dell'esecutore.

zione testamentaria ad opera della persona che potrebbe avvalersi di tale nullità.

È noto che la natura giuridica dell'istituto ha diviso gli studiosi, i quali hanno proposto le più svariate soluzioni interpretative¹⁴.

Alcuni¹⁵ descrivono il fenomeno in termini di denegazione dell'azione di nullità: l'effetto non sarebbe una vera e propria sanatoria, inconcepibile per il negozio nullo, ma semplicemente l'impossibilità per chi ha sanato di ottenere in seguito l'invalidità del testamento a discapito del beneficiario. Senonché, si può obiettare che se il testamento rimane nullo, allora dovranno essere applicate tutte le norme relative alla nullità, compresa la rilevabilità d'ufficio; con la conseguenza che il confermante potrebbe sempre agire con l'azione di petizione ed il giudice, che d'ufficio non terrà conto del testamento nullo, dovrà accogliere la sua domanda¹⁶.

Altri¹⁷ hanno fatto ricorso all'obbligazione naturale, ravvisando nel fenomeno un doppio passaggio: il primo, costituente una vera e propria successione *mortis causa*, dal testatore all'erede o legatario; il secondo, in adempimento di un dovere morale o sociale, dal testatore o legatario al beneficiario. Tuttavia, tra atto di conferma e obbligazione naturale intercorrono numerose differenze, evidenziate dalla dottrina successiva, che impediscono una assimilazione: basti pensare, ad esempio, che presupposto dell'obbligazione naturale è la spontaneità della prestazione, mentre per la conferma tacita è richiesta la volontarietà.

¹⁴ V. il contributo di M. FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1607 ss.

¹⁵ A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 100; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 272 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 210. In giurisprudenza: Cass., 18 settembre 1956, n. 3232, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1110.

¹⁶ G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 15. Condividono l'obiezione Cass., 20 gennaio 1964, n. 129, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 553, e Cass., 2 maggio 1965, n. 807, cit.

¹⁷ S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, p. 118; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 371.

Si è allora tentato di superare le difficoltà cui dà luogo la necessità di spiegare il trasferimento diretto, dal *de cuius* al terzo beneficiario della disposizione testamentaria nulla, affermando che in realtà non sussiste un unico passaggio dei diritti, ma si è al cospetto di una doppia attribuzione, la prima *mortis causa* e la seconda *inter vivos*: col testamento, dal testatore al successore; con un secondo negozio, che è sotto il profilo effettuale autonomo rispetto al negozio nullo confermato, dal confermante al terzo¹⁸. La tesi, che ha l'indubbio pregio di avere indotto ad una riflessione più approfondita sulla natura dell'atto di conferma in sé considerato, conduce però a una conclusione che è generalmente respinta: il terzo beneficiario diviene avente causa, anziché dal testatore, dal confermante, a seguito di un atto *inter vivos* (la conferma). E ciò mina la tesi alle fondamenta, perché ne mette in discussione l'utilità: per effettuare un'attribuzione di tal fatta è sufficiente porre in essere un qualsiasi atto a titolo gratuito, senza necessità che la legge preveda un apposito istituto.

Prevale la tesi di chi attribuisce alla conferma una sua propria causa, consistente nell'eliminazione dei vizi da cui è affetta la disposizione nulla¹⁹.

Ma va considerato che ciò può avvenire in quanto il negozio di conferma si integra con una fattispecie negoziale invalida ma comunque esistente, ed è dalla simbiosi di questi due atti che scaturiscono gli effetti. Gli effetti non sono prodotti dalla conferma in sé, ma dal testamento nullo *confermato*. Pertanto, il testamento nullo, in quanto *fatto* (di cui si è accertata l'esistenza), è parte di una fattispecie complessa che si compone del fatto e del negozio giuridico confermativo (o dell'esecuzione volontaria).

Affinché il comportamento di attuazione di un testamento nullo implichi convalida, si richiede un'attività positivamente rivolta all'attuazione della disposizione testamentaria, mentre non è sufficiente un mero comportamento passivo

¹⁸ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss.

¹⁹ P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 155; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 249.

che lasci desumere l'intenzione di convalida. L'esecuzione volontaria del testamento invalido, ai fini della convalida prevista dall'art. 590 c.c., deve sempre estrinsecarsi in una attività positiva del soggetto interessato, diretta all'attuazione completa della disposizione testamentaria, e non palesante semplicemente l'intenzione di dare esecuzione alle disposizioni predette²⁰.

La conferma o il comportamento attuativo sono, a loro volta, elemento di una fattispecie complessa che non si completerebbe senza il fatto. Anche per questa ragione, non può ammettersi la conferma del testamento inesistente²¹.

Il tema non riguarda solo gli effetti della nullità. Sebbene la norma citata faccia riferimento alla sola nullità, è indubbia la confermabilità pure del testamento annullabile: sia perché la convalida del negozio annullabile risponde a una regola generale del nostro ordinamento sia perché la nullità sanziona vizi più gravi, e non avrebbe senso ammettere la loro sanabilità negandola invece nei casi in cui è prevista una sanzione minore. Si tratta, semmai, di capire se sia applicabile l'art. 1444, norma deputata appunto alle disposizioni annullabili suscettibili di *convalida*²², o piuttosto l'art. 590: sembra preferibile interpretare estensivamente la seconda norma, piuttosto che applicare la prima, la quale è dettata per una materia diversa come quella dei contratti²³. Anche se si preferisse l'applicazio-

²⁰ Pertanto, non può riconoscersi efficacia convalidante del testamento invalido, né alla pubblicazione di esso, né alla presentazione della denuncia di successione, in quanto la prima è soltanto condizione necessaria perché il testamento diventi eseguibile e la seconda ha natura e finalità meramente fiscali (Cass., 25 giugno 1969, n. 2273, in *Mass. Giur. it.*, 1969; Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, 1, c. 1949; Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, in *Mass. Giur. it.*, 1970).

²¹ Cass., 13 ottobre 1961, n. 2137, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1962. È, questo, uno dei punti di maggior emersione della distinzione tra nullità ed inesistenza (v. *supra*, cap. I).

²² In tal senso: M. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 104; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 313; R. CAPRIOLI, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e Giust.*, 1976, p. 62.

²³ G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1425. In tal senso anche la giurisprudenza: Cass., 9 otto-

ne della norma contrattualistica, tuttavia, è certo che conferma e convalida non integrano fenomeni distinti, ma costituiscono atti rispondenti a funzioni sostanzialmente identiche.

I soggetti legittimati alla conferma si rintracciano, nel silenzio dell'art. 590 c.c., grazie alle indicazioni fornite dall'art. 799 c.c. per la conferma della donazione nulla (eredi e aventi causa del donante): si tratta, pertanto, degli eredi e degli aventi causa del testatore. (Aventi causa del testatore sono i legatari nel caso di sublegato e nel caso di legato nullo disposto in un testamento successivo a quello nel quale il medesimo bene era stato attribuito ad un altro soggetto).

Vi rientra, quindi, il caso dei parenti del defunto che, pur conoscendo l'invalidità del testamento, lo convalidano, così precludendosi la delazione dell'eredità che conseguirebbe dall'apertura della successione legittima.

È peraltro ovvio che la legittimazione al negozio di conferma, anche sotto forma di esecuzione volontaria, sussiste solo in capo a chi dall'accertamento giudiziale della invalidità trarrebbe un vantaggio che si sostanzia nel riconoscimento di diritti (o di maggiori diritti) oppure nell'accertamento della inesistenza di determinati obblighi testamentari.

Quanto al legatario, una volta riconosciuto che la convalida deve provenire da chi abbia interesse a far valere la invalidità del testamento, egli sarà legittimato sia in caso di sublegato nullo sia di legato nullo, disposto in un testamento successivo a quello nel quale lo stesso bene veniva attribuito ad altro soggetto. Tale legittimazione non compete invece al legatario con riferimento al testamento che lo gratifica, rispetto al quale egli è portatore di un interesse opposto all'invalidità del testamento stesso²⁴.

bre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, 1, c. 1885; Trib. Napoli, 24 gennaio 1976. Per Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, cit., l'art. 590 c.c. si distingue dall'art. 1444 c.c. unicamente per il fatto che questo è applicabile ai soli casi di annullabilità, mentre quello è invece applicabile a tutte le ipotesi di nullità da qualunque causa derivante.

²⁴ Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, cit.; Cass., 17 ottobre 2018, n. 26062, in *Foro it.*, 2019, 2, 1, c. 541; Cass., 15 dicembre 2020, n. 28602, in *Studium juris*, 2021, p. 946.

2.1. *L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti*

L'attitudine del fatto-testamento nullo, quale elemento della fattispecie complessa, a produrre effetti, è confermata dall'indagine sul complesso problema dell'oggetto della sanatoria, vale a dire che bisogna capire quali siano i testamenti confermabili.

Se è indubbia la sanabilità delle disposizioni nulle per difetto di forma, è discusso se la norma, che in effetti parla di nullità «da qualunque causa dipenda», sia estensibile a qualsiasi disposizione nulla, indipendentemente dal tipo di vizio.

Non v'è uniformità di vedute, in particolare, in ordine alla sanabilità delle disposizioni illecite: alcuni la escludono *tout court*²⁵.

Altri distinguono tra contrarietà ad ordine pubblico o a buon costume da un lato e contrarietà a norme imperative (illegalità) dall'altro, ammettendo la conferma solo nel secondo caso²⁶.

Su questa scia, pare invero decisivo valutare quale sia l'interesse che si intende perseguire e il suo eventuale contrasto con un interesse di ordine superiore. Occorrerà quindi capire di volta in volta se il risultato cui mira la disposizione, illecito in quanto perseguito con testamento, rimanga o meno illecito anche quando è perseguito mediante l'atto *inter vivos* di conferma: si finirebbe, altrimenti, con il realizzare mediante conferma quanto l'ereditando non poteva realizzare mediante testamento²⁷. È per questa ragione che se l'illiceità discende dall'essere la disposizione testamentaria contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, la conferma non può operare.

²⁵ M. ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964, p. 70, la esclude per le ipotesi di illiceità od impossibilità dell'oggetto del negozio.

²⁶ G. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento*, Padova, 1953, p. 113.

²⁷ Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1893; Cass., 5 novembre 1973, n. 2874, in *Giur. it.*, 1975, c. 1652; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, cit., p. 1394 ss.

L'esempio più evidente è dato dall'usufrutto successivo: esso è illecito se costituito per testamento o per donazione, ma non lo è se costituito attraverso atti tra vivi diversi dalla donazione, tra i quali rientra anche l'atto di conferma. Parimenti, e per la stessa ragione, sono confermabili il mandato *post mortem* (giacché il mandato è proibito solo se contenuto in un testamento), le disposizioni in favore di persone incapaci di ricevere, le disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo, il testamento congiuntivo.

Il risultato rimane illecito, invece, quale che sia il mezzo tecnico adoperato per raggiungerlo: (a) nel caso di sostituzione fedecommissaria o di disposizioni in favore dell'indegno (in questo secondo caso, il potere di perdono non può essere attribuito a soggetti diversi dal *de cuius*). (b) Nel caso di conferma di patti successori istitutivi²⁸. In realtà, in questo caso la inconfermabilità deriva non solo dal fatto che la nullità deriva da contrarietà (non all'ordine pubblico o al buon costume, ma) a norma imperativa, ma pure dall'essere la conferma *ex art. 590 c.c.* un istituto eccezionale, che non può estendersi al contratto. Per la stessa ragione è inconfermabile il testamento reciproco, caratterizzato anch'esso dalla corrispettività. (c) In tutti i casi in cui scopo della disposizione sia il raggiungimento di obiettivi illeciti.

I dubbi, invece, che sussistono sulla convalidabilità del testamento orale (c.d. testamento nuncupativo) sono legati alla sanzione inflittagli: mentre chi parla di inesistenza esclude

²⁸ Cass., 6 ottobre 1955, n. 2870, in *www.leggiditalia.it*: bisogna distinguere la nullità del testamento perché contrario all'ordine pubblico o al buon costume, dal testamento illegale perché contrario a norme imperative proibitive; nel primo caso, in cui è prevalente la tutela dell'interesse pubblico generale della collettività organizzata, non può trovare applicazione la predetta disposizione di legge, mentre nella seconda ipotesi riprende vigore la previsione legislativa disciplinata dal citato articolo, il quale è pertanto applicabile al testamento nullo perché determinato da motivo illecito, in quanto pedissequa esecuzione di patto successorio vietato. Anche la esecuzione di una singola disposizione particolare può togliere all'interessato il diritto di impugnare di nullità il testamento in relazione a tutte le altre disposizioni nel medesimo contenute, agli effetti dell'art. 590 c.c. (art. 1311 c. abrog.), relativo alla conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle.

l'applicabilità dell'art. 590 c.c.²⁹, più di recente si è fatta strada anche l'idea della nullità del testamento orale, con conseguente ammissibilità della conferma³⁰. Così, si è potuta escludere la responsabilità del notaio che aveva ricevuto la conferma di testamento nuncupativo previo accertamento della volontà del *de cuius*, ritenendo (ma ciò pare opinabile) che quest'ultima attività non avesse invaso una sfera di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria³¹. Non è mancato, infine,

²⁹ Cass., 8 maggio 1984, n. 2800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2224; Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 682, ha affermato l'inapplicabilità della norma qualora manchi del tutto la volontà del testatore e l'apparenza del testamento.

Non può essere confermato un testamento revocato (Cass., 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1885), ma ciò vale solo quando la revoca sia avvenuta per volontà del testatore: mancherebbe, infatti, una volontà positiva da confermare. La Cassazione (19 aprile 1956, n. 1192, in *Foro it.*, 1956, I, c. 672) ha invece ammesso la sanatoria del testamento revocato *ex lege* per sopravvenienza di figli al testatore. Si tratta di un'attuazione del *favor testamenti*: la sanabilità deve estendersi a tutte le ipotesi nelle quali il testatore avrebbe potuto rinnovare o confermare le sue volontà. È chiara quindi la differenza con il testamento revocato (anziché *ex lege*) dallo stesso testatore, perché si tratta di un negozio che, essendo già venuto meno prima della morte del *de cuius*, non ha mai avuto giuridica rilevanza né prodotto effetto (quanto meno nei confronti dei terzi).

³⁰ App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Giust. civ.*, 1955, voce *Successione testamentaria*, n. 102. Cass., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036: «La norma dell'art. 1311 c.c. del 1865 secondo cui l'esecuzione volontaria di una donazione o di un testamento per parte degli eredi o aventi causa dal donante o dal testatore dopo la morte di lui sana i vizi di forma ed ogni altra eccezione, si applica non soltanto quando la disposizione manchi delle forme speciali all'uopo prescritte, ma anche quando sia priva di qualsiasi forma, come avviene nel caso di manifestazione verbale di ultima volontà o di donazione verbale di beni immobili».

³¹ «Non commette illecito disciplinare ai sensi dell'art. 28 n. 1 L. 16 febbraio 1913 n. 89, il notaio che riceva conferma *ex art.* 590 c.c. dai legittimari del *de cuius* di testamento verbale reso da quest'ultimo, dopo aver raccolto le dichiarazioni dei primi in ordine: all'inesistenza di una scheda testamentaria, alla ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, alla devoluzione dell'eredità a ciascuno degli intervenuti. La conferma dell'atto nullo, infatti, non presuppone necessariamente un'attività di accertamento giudiziale in ordine all'inesistenza di un formale testamento ed alla nullità inficiante l'atto che si vuole confermare, né può ritenersi invasiva della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria l'attività del notaio consistente nella mera raccolta delle dichiarazioni sopra indicate» (Cass., 11 luglio

chi ha ammesso la convalida del testamento orale seppur abbracciando la soluzione della inesistenza, ravvisando nell'esecuzione spontanea del testamento nuncupativo un'ipotesi di obbligazione naturale³².

Non è da escludere che siano confermate, anche, le eventuali disposizioni atipiche contenute nel testamento, purché abbiano carattere patrimoniale, come accade con la nomina dell'esecutore testamentario, col negozio di fondazione, con la riabilitazione dell'indegno, ecc. Non si possono confermare, invece, anche perché di norma soddisfano un interesse pubblico, le disposizioni atipiche prive del requisito della patrimonialità: riconoscimento del figlio naturale, designazione del tutore da parte del genitore, ecc.

Si potrebbe poi porre il problema della confermabilità, da parte dei legittimari, della volontà di disposizioni lesive della legittima; ma, a ben vedere, una eventuale conferma espressa del testamento, così come una sua esecuzione volontaria, di per sé non precluderebbero ai legittimari l'azione di riduzione; a tal fine occorre, piuttosto, che essi manifestino (anche tacitamente) la volontà di rinunciare all'integrazione della legittima³³. D'altronde, le disposizioni lesive, sebbene suscettibili di riduzione, non sono nulle né annullabili, ma perfettamente valide: la lesione dei diritti dei legittimari non comporta alcuna invalidità negoziale, ma soltanto il diritto dei soggetti lesi di agire in riduzione per ottenere una declaratoria giudiziale di inefficacia (con conseguente obbligo del notaio di ricevere le disposizioni anche se pregiudicano la posizione gli eredi necessari).

1996, n. 6313, in *Riv. notar.*, 1997, p. 164, con nota di L. SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*).

³² Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Foro it.*, 1962, I, c. 902; App. Napoli, 3 maggio 1989, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 407.

³³ Cass., 8 ottobre 1971, n. 2771, in *Mass. Giur. it.*, 1971. L'orientamento è stato di recente confermato da Cass., 31 agosto 2022, n. 25680, in *www.leggiditalia.it*, secondo cui la conferma delle disposizioni testamentarie o la volontaria esecuzione di esse non opera rispetto a quelle lesive della legittima, in quanto gli effetti convalidativi di cui all'art. 590 c.c. si riferiscono alle sole disposizioni testamentarie nulle.

In altri termini, una fattispecie complessa composta dal binomio testamento lesivo della quota di riserva – conferma non equivale alla fattispecie complessa richiesta dalla legge: testamento nullo – conferma.

Dalla ricostruzione quale fattispecie complessa formata dal fatto/testamento e dal negozio di conferma (o dall'esecuzione volontaria), deriva che non è in alcun modo confermabile, neanche per concorde volontà di tutti i soggetti interessati, un testamento falso. È possibile sanare soltanto un testamento qualificabile come esistente.

Se, infine, si confermassero altre disposizioni rispetto alle quali risulta mancante ogni volontà del *de cuius*, come nelle ipotesi di disposizione testamentaria non seria o inficiata da violenza o da errore ostativo, non si attuerebbe la fattispecie *ex art. 590 c.c.*, ma si tratterebbe di una vera e propria donazione in favore del soggetto indicato nel testamento.

3. L'analoga fattispecie della conferma della donazione nulla

Come per il testamento (art. 590), anche per la donazione nulla è predisposta una norma, l'art. 799 c.c., che, in deroga al principio della insanabilità della nullità, concede agli eredi del donante, che vogliano rispettare la sua volontà, una particolare forma di sanatoria mediante conferma o volontaria esecuzione.

Non diversamente dalla conferma del testamento nullo, anche la conferma della donazione nulla richiede la conoscenza della causa di invalidità e la volontà di attribuire efficacia all'atto invalido, la quale volontà non deve manifestarsi attraverso l'adozione di formule sacramentali, potendosi implicitamente desumere dall'esecuzione spontanea della donazione; tuttavia, se la convalida avviene mediante atto formale, questo atto deve contenere i requisiti previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile, cioè l'indicazione del ne-

gozio invalido e dalla causa d'invalidità nonché la dichiarazione che si intende convalidarlo³⁴.

La convalida ai sensi dell'art. 799 c.c. presuppone una donazione nulla, che sia compiuta personalmente dal donante³⁵. Non può essere né ratificata né convalidata dagli eredi del donante, quindi, la donazione compiuta dal rappresentante privo di potere (atteso anche che l'art. 1399 c.c. non è applicabile alla donazione)³⁶.

Anche in questo caso, come per il testamento, la donazione, improduttiva di per sé di effetti quale negozio giuridico, vale come fatto storico che va a essere integrato dal negozio-conferma: un fatto, di per sé, inidoneo quanto l'atto nullo alla produzione degli effetti, ma che diviene efficace nel trasferirsi in un'unica fattispecie complessa nel negozio confermativo. Infatti, la conferma, da parte dell'erede, della donazione nulla effettuata dal *de cuius* può aversi solo laddove sia comunque intervenuto un accordo tra donante e donatario conforme (sebbene invalido) alla nozione legale di donazione.

Così come il fatto ha bisogno del successivo atto giuridico, l'atto giuridico non avrebbe alcun valore in assenza del fatto (così come, a maggior ragione, non ne avrebbe l'attuazione, senza il fatto). Il negozio di convalida non integra una donazione o un atto di liberalità, né implica una nuova ed autonoma attribuzione patrimoniale: la sua causa e la sua intima essenza vanno individuate in funzione dell'intento di eliminare la nullità da cui è inficiata la donazione e di conferire ad essa validità ed efficacia³⁷.

³⁴ Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974; Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, in *Quotidiano Giuridico*, 2018.

³⁵ L. DI LORENZO, *La conferma della donazione nulla*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 781; ID., *Art. 799 c.c. e la conferma della donazione nulla*, in *Notariato*, 2012, p. 297; F. MASTROBERNARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 151.

³⁶ Cass., 4 ottobre 2018, n. 24235, in *CED Cassazione*, 2018.

³⁷ Ciò non toglie che gli eredi, che intendono assicurare al coerede beneficiario di una donazione nulla l'effetto di questa, possano procedere (invece che a una convalida della donazione) alla collazione dei beni donati, attribuendo al coerede in sede di divisione lo stesso bene che gli era stato donato. Cfr. Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, cit.

Ancora una volta, dunque, si delinea la sostanziale differenza tra atto nullo e atto inesistente³⁸. Se è mancato il fatto-donazione nulla, l'atto eventualmente posto in essere dagli eredi del donante non ha integrato né ratifica dell'atto compiuto in assenza di potere rappresentativo, né convalidazione della donazione nulla *ex art. 799 c.c.*, ma deve qualificarsi quale atto di disposizione autonomo e indipendente degli stessi eredi. Esso ha avuto in comune con il precedente l'oggetto e la persona del destinatario, ma resta pur sempre un nuovo e diverso atto di disposizione e come tale deve essere considerato.

La portata della donazione nulla come mero fatto storico è confermata indirettamente dalla giurisprudenza, quando si pronuncia sull'atto di conferma o il comportamento esecutivo parziali, ossia posti in essere soltanto da uno o da alcuni tra gli eredi o i legatari legittimati: una tale conferma non vale ad escludere la legittimazione degli altri, i quali potranno far valere la nullità della donazione³⁹.

La donazione nulla è un fatto considerato dall'ordinamento in quanto racchiude una volontà; il senso della sanatoria risiede proprio nel rispetto di quella volontà. Per questa ragione, mentre è da escludere che sia sanabile la donazione

³⁸ Si tenga presente che, per la donazione orale, non sussistono i dubbi che hanno invece occupato la tematica testamentaria, in ordine alla sua esistenza: si ritiene che il formalismo abbia meno vigore rispetto a quello testamentario e che essa sia per ciò esistente (sebbene nulla). Cfr. L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 769-809*, Bologna-Roma, 1976, p. 457. In giurisprudenza, per la conferma di una donazione orale, Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, cit.

Quanto invece alla donazione annullabile, l'art. 799 c.c. non sembra trovare spazio. Non vale qui, infatti, l'obiezione che fa dubitare dell'operatività dell'art. 1444 c.c. (in vece dell'art. 590 c.c.) in materia testamentaria, ossia che si estenderebbe all'atto unilaterale *mortis causa* una norma creata per i contratti. La donazione è un contratto, sicché è indubbio che in caso di sua annullabilità va applicata la regola che il Codice ha disposto per tutti i contratti annullabili: quella della convalida *ex art. 1444*.

³⁹ Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435; in *Riv. notar.*, 1981, p. 459: «La conferma o la esecuzione volontaria del testamento nullo o annullabile da parte di uno o alcuni soltanto degli interessati non esclude che gli altri possano far valere la invalidità, nel qual caso la disposizione testamentaria va dichiarata nulla o annullata nei confronti di tutti i soggetti originariamente legittimati ad impugnarla».

dell'incapace legale o naturale (art. 775 c.c.), è invece da ammettere la conferma, oltre che delle donazioni la cui nullità discende dalla mancanza della forma richiesta dalla legge, anche delle donazioni illecite.

Bisogna però chiedersi fin quando l'omaggio alla volontà del donante possa costituire un interesse talmente meritevole di protezione da derogare al principio *quod nullum est nullum producit effectum*. E poiché si tratta sempre di comparare tra loro interessi protetti dall'ordinamento, deve convenirsi che la donazione illecita è sanabile soltanto a patto che l'illiceità non derivi da contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume⁴⁰.

A seguito della conferma, la donazione produce i suoi effetti *ex tunc*. Anche la volontaria esecuzione della donazione nulla impedisce ai coeredi e agli aventi causa del donante di far valere la nullità, da qualunque causa essa dipenda, purché l'esecuzione sia avvenuta nella consapevolezza della causa di nullità⁴¹.

La nullità, tuttavia, non resta del tutto ininfluenza: essa, nella specie, non trasmuta in uno scioglimento (come avviene per l'art. 2332 c.c.), perché la sanatoria ha efficacia solo tra le parti. È vero che, analogamente a quanto accade per le fattispecie regolate dagli artt. 2332 e 2126 c.c., sono fatti salvi gli effetti prodotti; ma è altrettanto vero che tali effetti non possono pregiudicare i diritti dei terzi acquirenti. Pertanto, gli eventuali atti conservativi o esecutivi, che il creditore abbia posto in essere prima della conferma, sono opponibili anche al donatario⁴².

⁴⁰ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 6, II, Torino, 19972, p. 585.

⁴¹ Cass., 30 gennaio 2019, n. 2700, in *CED Cassazione*, 2019: «L'esecuzione delle donazioni nulle, disciplinata dall'art. 799 c.c., analogamente a quanto è richiesto, in via generale, dall'art. 1444 c.c. per la convalida dei contratti annullabili, intanto impedisce ai coeredi o aventi causa del donante di fare valere la nullità, da qualunque causa dipendente, in quanto i medesimi, con atti o fatti di contenuto non equivoco, diano volontaria esecuzione alla domanda con la consapevolezza della causa della nullità stessa».

⁴² M. TAMPONI, *La sanatoria della donazione invalida*, in *Trattato delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. BONILINI, VI, Milano, 2009, p. 1143.

4. *La simulazione matrimoniale*

La novella del 1975 ha ampliato l'ambito delle invalidità matrimoniali evidenziando il momento della scelta, libera e consapevole, di contrarre matrimonio: ha, infatti, disciplinato le ipotesi dell'errore e della simulazione (artt. 122 e 123 c.c.).

Prima dell'entrata in vigore dell'attuale testo dell'art. 123, il principio dell'indissolubilità del matrimonio (in epoca antecedente all'introduzione del divorzio) spingeva la parte prevalente della dottrina a escludere ogni rilevanza alla simulazione matrimoniale: il problema dell'effettività del consenso degli sposi ad onorare il rapporto di matrimonio passava in secondo piano rispetto alla necessità di salvaguardare il matrimonio-atto. La norma introdotta nel '75, la quale sostituisce il testo originario dell'art. 123 c.c. che era dedicato all'invalidità del matrimonio per impotenza, descrive la simulazione del matrimonio come l'accordo con il quale «gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti».

Si tratta di una soluzione legislativa che attua un compromesso tra due opposte esigenze: quella di valorizzare il consenso quale elemento imprescindibile dell'instaurarsi del vincolo coniugale; quella di garantire certezza e stabilità ai rapporti di coniugio. Alla soddisfazione della prima esigenza, tende il diritto di impugnare il matrimonio celebrato in assenza di una effettiva volontà di creare una comunione di vita; la seconda esigenza, invece, ha spinto il legislatore a limitare fortemente tale diritto attraverso la enucleazione di due cause di 'sanatoria' del matrimonio simulato. Ancora una volta la salvezza degli effetti prodotti discende da una comparazione tra interessi: «la tutela del consenso incontra un limite nell'esigenza di garantire certezza degli *status* e stabilità del rapporto coniugale, e quest'esigenza dà conto dei limiti molto stretti in cui l'impugnazione è proponibile»⁴³.

⁴³ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 634.

L'adozione del termine 'sposi', in luogo del termine 'coniugi', esplicita la necessità che l'accordo simulatorio preceda il matrimonio. Scopo delle parti è di ricavare dal matrimonio uno o più benefici che indirettamente si collegano ad esso, senza però l'intenzione di adempiere i doveri e rivendicare i diritti che caratterizzano una stabile comunione spirituale e materiale di vita. Tali benefici possono essere: la trasmissione di diritti pensionistici, l'ottenimento dell'espatrio, l'acquisto della cittadinanza (sebbene attualmente non vi sia più alcun automatismo tra la celebrazione del matrimonio e l'acquisto dello *status civitatis*: v. *infra*), l'acquisizione del cognome del marito (art. 143 *bis* c.c.), il conseguimento del visto di ingresso in un paese straniero, l'adeguata sistemazione economica del partner, la legittimazione di un figlio, l'acquisto di un'eredità, ecc.

Tuttavia, il fine o il motivo che spinge a simulare il matrimonio non assume alcun rilievo: conta, esclusivamente, l'accertamento della volontà degli sposi di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti dal matrimonio discendenti e, quindi, di escludere quella comunione di vita che costituisce, invece, elemento indispensabile della fattispecie matrimoniale⁴⁴.

⁴⁴ I giudici non hanno dubbi sull'irrilevanza dei motivi che spingono le parti alla simulazione: cfr. Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 123, con note di M. LIOTTA e di R. COLUCCI. La casistica giurisprudenziale (v. A. QUERCI, in G. FERRANDO, A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 152) presenta ipotesi molto varie di creazione dell'apparenza del vincolo matrimoniale, voluta dalle parti ai seguenti fini: assecondare la volontà di un genitore in fin di vita (Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, cit.); esaudire il desiderio dei genitori di regolarizzare una situazione pregressa attraverso il c.d. matrimonio riparatore (Trib. Messina, 28 agosto 1979, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 142, con nota di S. ARENA, *Simulazione e matrimonio nel nuovo diritto di famiglia*); rendersi autonomi rispetto alla famiglia di origine (Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, I, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*); ottenere punteggi per l'assegnazione di un alloggio o per poter partecipare a concorsi pubblici (Trib. Napoli, 10 ottobre 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 3194); agire in giudizio per la liberazione di un appartamento dato in locazione (Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471); dare adeguata sistemazione economica alla moglie (Trib. Palermo, 10 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1007); ottenere l'espatrio (Trib.

L'art. 123 c.c. ammette solo i coniugi stessi all'impugnazione del matrimonio simulato. Non è legittimato all'azione il pubblico ministero, essendo stata respinta la relativa proposta, avanzata in sede di riforma del diritto di famiglia. L'impugnazione del matrimonio simulato è possibile nel termine di un anno dalla celebrazione e sempre che i contraenti non abbiano convissuto come coniugi.

Discussa è la natura di tale azione, non definita espressamente dalla legge, la quale si limita a sancire che «il matrimonio può essere impugnato». La rubrica della norma, che fa riferimento alla «simulazione», è ritenuta non decisiva. Si sostiene che non possa parlarsi di vera e propria simulazione, giacché il matrimonio simulato produce tutti i suoi effetti anche in assenza di convivenza purché non sia impugnato entro un anno dalla celebrazione; la simulazione assoluta, al contrario, non produce alcun effetto tra le parti⁴⁵. Né potrebbe parlarsi di simulazione relativa: se così fosse, dovrebbero essere sempre garantiti gli effetti leciti del negozio dissimulato (art. 1414 c.c.).

Ebbene, se l'art. 123 c.c. cristallizza un'ipotesi di simulazione, il matrimonio è nullo per mancanza di un requisito essenziale, il consenso. Per comprenderne la salvezza, quindi, occorrerebbe riconoscere nella norma un'ipotesi di convalida tacita del negozio nullo, assimilabile alle ipotesi previste agli artt. 590 e 799 c.c., poc'anzi esaminate.

Questa soluzione, come visto, non è esente da dubbi. Giova peraltro ricordare che le azioni di impugnativa del matrimonio invalido sono disciplinate, seguendo un elenco di ipotesi ritenute non tassative (perché rimane applicabile la disciplina generale dell'invalidità) dagli artt. 117 ss. c.c., che contemplano ipotesi sia di annullabilità sia di nullità. Con la con-

Genova, 18 luglio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 615) o il visto d'ingresso (Trib. Milano, 6 luglio 1978, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 113) o la cittadinanza del coniuge (App. Firenze, 22 agosto 1988, *ivi*, 1990, p. 629).

⁴⁵ Ritengono si tratti di simulazione assoluta, invece, L. PUCCINI, *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile (art. 123 cod. civ.)*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 168 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002², p. 509 ss.

seguenza che la legittimità della distinzione tra le due categorie di invalidità è discussa, in ragione del principio, introdotto dalla riforma all'art. 128 c.c., secondo cui gli effetti di un matrimonio, sebbene dichiarato nullo, restano fermi nei confronti dei figli (non incestuosi né frutto di bigamia). Inoltre, si osserva che anche per il matrimonio «nullo» si renderebbe indispensabile, comunque, una sentenza giudiziale costitutiva per eliminare l'effetto, prodotto dal matrimonio e documentato dagli atti dello stato civile, dell'attribuzione dello *status* di coniuge.

Escluso che la norma contempra un'ipotesi di simulazione analoga alla simulazione contrattuale, la dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni. Per un orientamento, si tratta di una annullabilità relativa e sanabile⁴⁶. Anche nel caso di simulazione, infatti, così come in quelli di vizi del volere (errore, violenza e dolo) e di difetto di capacità (minore età, interdizione), il vizio può essere sanato dalla convalida delle parti, perché posto a tutela della formazione di un consenso libero e consapevole.

Altri ravvisano un'ipotesi di matrimonio indiretto⁴⁷ o di matrimonio fiduciario⁴⁸ o fanno ricorso alla figura dell'abuso del diritto⁴⁹.

Continua ad accettare il riferimento alla simulazione, invece, chi accoglie, di questa, una nozione più elastica, idonea

⁴⁶ N. IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. Giust.*, 1976, p. 482; E. PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 60 ss.; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, tomo II, sub art. 84-158, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 167 s.

⁴⁷ V. PIETROBON, sub art. 123, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 172 ss.

⁴⁸ C. GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temì*, 1951, p. 325 ss., nonché in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, p. 574 ss., il quale sottolinea che «le parti vogliono la celebrazione del matrimonio, ma non mirano ad acquistare l'oggetto che per legge è proprio del matrimonio e cioè che il matrimonio produca effetti fra loro»: come nella fiducia, esse vogliono il matrimonio allo scopo di acquistare una capacità o una condizione giuridica, ma senza «l'intento pratico diretto all'oggetto del consenso matrimoniale».

⁴⁹ M. COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686 ss.

appunto a ricomprendere una voluta apparenza negoziale, e quindi anche il matrimonio contratto per fini diversi da quelli tipici. L'indirizzo di pensiero più seguito presso la dottrina recente, così, pur negando l'assimilazione della fattispecie alla vera e propria simulazione del contratto di cui agli artt. 1414 ss. c.c., ammette che trattasi di un caso particolare di simulazione, che condivide con l'istituto generale la presenza del patto di non esecuzione, ma che se ne distingue per la regolamentazione degli effetti, in ragione della specificità della materia matrimoniale⁵⁰.

Si discute se il patto simulatorio contemplato dalla norma debba necessariamente riguardare tutti i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio, o se, perché la disposizione sia applicabile, sia sufficiente che le parti convengano la non esecuzione di singoli obblighi o diritti determinati. Nel primo senso, è l'orientamento preferibile⁵¹, secondo il quale il patto diretto

⁵⁰ M. MANTOVANI, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 1282 ss.; L. PUCCINI, *Matrimonio "di fatto" e matrimonio "nullo" per simulazione: un connubio difficile*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 621 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 659; R. SACCO, voce *Simulazione*, (diritto civile), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 9 ss.; M. MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, Torino, 1997, p. 424.

In giurisprudenza, prima della riforma del diritto di famiglia, si escludeva la configurabilità di una simulazione matrimoniale. Con l'introduzione codicistica dell'istituto, il matrimonio simulato è stato considerato nullo da Trib. Messina, 28 agosto 1979; Trib. Pavia, 15 ottobre 1982; Trib. Napoli, 10 ottobre 1986; Trib. Modena, 23 gennaio 1987; Trib. Pavia, 14 dicembre 1987; è stato ritenuto annullabile da Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*; Trib. Napoli, 7 giugno 1984. Per Trib. Napoli, 7 giugno 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3436, «la simulazione del matrimonio di cui all'art. 123 c.c. disciplina una ipotesi di annullamento nell'interesse dei contraenti per una causa specifica, costituita dall'illecita, consensuale preordinazione della esclusione della società coniugale fra i nubendi, una volta sposati; tale accordo, ove sussista la concorde dichiarazione dei coniugi, può essere provato con ogni mezzo». Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471, ha invece sostenuto che «l'azione di simulazione di matrimonio dà luogo ad azione di nullità relativa e non di annullamento e non costituisce ipotesi di negozio indiretto».

⁵¹ M. LIOTTA, *op. cit.*, p. 1300; N. IRTI, *op. cit.*, p. 481; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 172 ss.; G. CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio*

ad escludere specifici aspetti della vita matrimoniale non dà luogo alla simulazione del matrimonio, sicché quest'ultimo rimane valido, mentre il patto di non esecuzione è senza effetti: valgono, infatti, l'art. 108 c.c., che vieta di apporre termini o condizioni al matrimonio, e l'art. 160 c.c., secondo cui i diritti e i doveri matrimoniali non sono derogabili. Un diverso orientamento, invece, ammette la configurabilità della simulazione parziale⁵². Una idea intermedia distingue tra doveri essenziali e non essenziali: solo il patto diretto alla non attuazione dei doveri essenziali comporterebbe l'invalidità del matrimonio per simulazione⁵³. Evidente è la difficoltà aggiuntiva imposta da tale tesi: occorre capire quali doveri siano essenziali e quali secondari; di solito, si è concordi nel ritenere essenziale il dovere di coabitazione, mentre più dubbi sono i casi del dovere di fedeltà e del dovere di assistenza.

Gli autori che escludono che la norma in esame si riferisca ad una vera e propria simulazione si dividono tra chi trova, in ciò, una conferma della inammissibilità nell'ordinamento di una simulazione assoluta del matrimonio⁵⁴, e chi, invece, ritiene che la simulazione assoluta sia ancora ammissibile in base ai principi generali. Seguendo questa seconda scia, si identifica la 'vera' simulazione, comportante la nullità del matrimonio, nelle ipotesi in cui le parti contraggono le nozze senza avere la volontà di divenire marito e moglie⁵⁵ e, quindi, quando dalla fattispecie emerga la totale mancanza di consenso matrimoniale, imprescindibile per la validità del matrimo-

giuridico, Padova, 1999, p. 73; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 630 s.; A. QUERCI, *op. cit.*, p. 156.

⁵² G. DEL PASQUA, *La simulazione matrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, p. 99; G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, p. 174; N. VISALLI, *Profili giuridici della simulazione del matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1027.

⁵³ R. NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani diritto canonico*, diretti da A. FEDELE, I, Roma, 1977, p. 61; E. PEREGO, *op. cit.*, p. 60 ss.

⁵⁴ M. COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686; N. IRTI, *op. cit.*, p. 481; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁵ E. PEREGO, *op. cit.*, p. 99 ss.; F. FINOCCHIARO, *Appunti sulla simulazione nel matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, p. 172.

nio: in tal caso, non sono applicabili le decadenze e le sanatorie di cui alla norma in esame.

Tradizionalmente, alla configurazione della simulazione assoluta del matrimonio si opponeva la qualifica del matrimonio come atto del potere statale, che si forma, oltre che per volontà delle parti, con la volontà espressa dall'ufficiale di stato civile⁵⁶. Questa obiezione, che si fonda su di una sopravvalutazione della funzione dell'ufficiale di stato civile, è però superata dalla considerazione che la dichiarazione di quest'ultimo non manifesta una volontà, ma si limita a certificare l'avvenuto completamento del procedimento amministrativo diretto alla formazione del vincolo coniugale⁵⁷. E poiché si tratta di una certificazione che riguarda quanto appare *ex actis*, e giammai l'effettività delle volontà espresse dai nubendi, può essere comunque provato che le parti non volevano il matrimonio, con la conseguenza che, fornita tale prova, il matrimonio deve essere dichiarato nullo per mancanza del requisito essenziale del consenso. Si avrebbe simulazione assoluta, in definitiva, tutte le volte che il consenso matrimoniale sia *totalmente* assente.

Integra una ipotesi di nullità assoluta ed insanabile per mancanza di consenso matrimoniale, e non una ipotesi di simulazione, il matrimonio contratto per gioco⁵⁸.

⁵⁶ V. ad es. W. BIGIARI, *Sulla nullità del matrimonio per simulazione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, c. 359; A. CONSOLI, *La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano*, in *Riv. dir. matrim.*, 1958, p. 23.

⁵⁷ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 173.

⁵⁸ Trib. Milano, 24 ottobre 1974; Trib. Modena, 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 966 (nella specie, si trattava di matrimonio contratto all'estero, con la reciproca consapevolezza, da parte dei nubendi, di esser vincolati da precedenti matrimoni).

4.1. *La sanatoria del matrimonio*

Due sono le cause di sanatoria previste dall'art. 123 c.c.: si tratta di ipotesi diverse, autonome l'una dall'altra⁵⁹.

La prima causa di sanatoria è costituita dalla decorrenza di un anno dalla celebrazione del matrimonio senza che sia stata promossa l'impugnativa. Il termine annuale è tassativo. Questa ipotesi è stata accusata in dottrina di dubbia costituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost., perché nelle altre ipotesi di volontà imperfetta o viziata (artt. 119, 120 e 122 c.c.) la decadenza dell'azione di nullità e la conseguente sanatoria non sono collegate al mero decorrere dell'anno, ma alla continuativa coabitazione delle parti nel corso dell'anno; inoltre, il termine annuale di cui alla norma in esame decorre dalla celebrazione, e non, come accade nelle altre ipotesi enunciate, dal venir meno della causa che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio. Si è quindi ritenuto ingiustificato che una volontà matrimoniale limitata, come quella considerata dall'art. 123 c.c., «possa essere integrata e sanata dal solo decorso del tempo e in mancanza di un comportamento attuoso delle parti, che dimostri l'esistenza di un'effettiva volontà matrimoniale, idonea ad escludere l'effetto invalidante del precorso accordo simulatorio, diretto all'inadempimento

⁵⁹ Come chiarito da Cass., 5 febbraio 1988, n. 1262, in *Rep. Foro it.*, 1988, *Matrimonio*, n. 138: «L'art. 123, 2° comma c.c., il quale nega l'azione di simulazione del matrimonio quando sia decorso un anno dalla celebrazione, ovvero si sia verificata la convivenza dei coniugi, detta due norme autonome e distinte, in quanto la prima attiene all'apposizione di un limite temporale all'esercizio dell'impugnazione, mentre la seconda assegna rilevanza alla costituzione del consorzio coniugale, ancorché in pendenza di quel termine, quale fatto di per sé idoneo a superare od elidere il pregresso accordo simulatorio». Nella specie, con riguardo alla pronuncia della Corte d'appello, che aveva negato la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario resa dal tribunale ecclesiastico per l'esclusione di un *bonum matrimonii*, sul rilievo dell'inosservanza di entrambe dette disposizioni, previa qualificazione delle stesse come norme di ordine pubblico, la Suprema Corte ha dichiarato l'innammissibilità del ricorso per Cassazione, che aveva contestato tale qualificazione solo con riferimento al limite temporale, stante la configurabilità di due diverse ragioni della decisione e la idoneità di quella non censurata a sorreggere la decisione medesima.

degli obblighi e al non esercizio dei diritti discendenti dalla celebrazione nuziale»⁶⁰.

Altra dottrina⁶¹ ha invece ritenuto giustificata la *ratio* del diverso trattamento «alla luce della scelta di attribuire rilevanza, nella fattispecie dell'art. 123 c.c., all'accordo simulatorio in sé e per sé – in quanto rivolto alla mancata attuazione del rapporto coniugale – a prescindere da una valutazione delle ragioni che hanno indotto gli sposi alla celebrazione; ciò che distingue la previsione in commento rispetto alle altre cause di invalidità, nelle quali, essendo il rimedio accordato in considerazione del motivo che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio, appare soluzione coerente quella di far decorrere il termine per l'impugnazione dall'accertamento del venir meno della causa di invalidità».

La brevità del termine di decadenza, che ha fatto lamentare una eccessiva privatizzazione della fattispecie matrimoniale, rischia di depotenziare l'efficacia deterrente dell'azione rispetto alla celebrazione di matrimoni fittizi, in una fase storica, peraltro, in cui a causa della crescente immigrazione, aumenta l'esigenza di ordine pubblico di arginare il fenomeno. Tuttavia, va ricordato che l'art. 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, ammette il coniuge di un cittadino a richiedere la cittadinanza italiana soltanto se abbia risieduto per un periodo di almeno sei mesi in Italia nella qualità di coniuge; oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio, se non vi sia stato, nel frattempo, scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se i coniugi non si siano separati legalmente, senza riconciliarsi⁶².

La seconda modalità di sanatoria attribuisce effetti alla convivenza, che non deve essere necessariamente protratta nel tempo (come accade per i casi previsti dagli artt. 119, 120

⁶⁰ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 170; nello stesso senso Id., *Apunti sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, c. 44. La tassatività del termine annuale di decadenza è stata affermata da Trib. Bari, 22 gennaio 1981; Trib. Genova, 18 luglio 1981.

⁶¹ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 465 s.

⁶² V. ampiamente P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 955 ss.

e 122 c.c.): è sufficiente che i due soggetti «abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione».

La legge, qui, non richiede la semplice coabitazione; l'effetto sanante è prodotto solo dalla convivenza come coniugi, ossia dall'esercizio dei diritti e dall'adempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio, anche per un solo giorno.

Si richiamano, in proposito, gli obblighi e i diritti che derivano dal matrimonio ai sensi dell'art. 143 c.c., norma che, come noto, attua il principio costituzionale (art. 29 Cost.) in base al quale «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi». La norma codicistica, in particolare, dopo aver disposto al primo comma che: «con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», chiarisce, al 2° comma, quali siano i reciproci obblighi a carico dei coniugi: fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione.

L'obbligo di fedeltà non si riduce alla mera astensione da relazioni sentimentali o da rapporti sessuali con terzi, ma va inteso in senso più ampio, quale dedizione spirituale all'altro coniuge⁶³. Si tratta di un obbligo rilevante anche in sede di separazione con addebito, persino quando l'infedeltà sia soltanto apparente e tuttavia lesiva della dignità del coniuge tradito, tenuto conto del contesto sociale nel quale il sospetto del tradimento è sorto. (Sono state abrogate, invece, le norme, artt. 559 e 560 c.p., che sancivano sanzioni penali in caso di adulterio o concubinato).

⁶³ La giurisprudenza riconduce la fedeltà ai principi di lealtà: «Il dovere di fedeltà, collocato dall'art. 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere inteso soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali. È a dir poco riduttivo concepire quel dovere come mera astensione dall'adulterio. In effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si forma» (Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 10).

Quanto all'obbligo di assistenza morale, è stato affermato dai giudici che la condotta del coniuge, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito, secondo la previsione dell'art. 151, 2° comma, c.c.⁶⁴.

Nell'obbligo di assistenza, che va inteso quale dovere reciproco di ciascun coniuge di soddisfare le esigenze materiali e morali dell'altro, va incluso il dovere di contribuzione incombente sul coniuge che gode di un reddito maggiore; a questo dovere si connette, anche, quale espressione del principio di solidarietà familiare, l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia. Infine, i coniugi sono tenuti, inderogabilmente, a mantenere la continuità della vita in comune, e quindi ad abitare nella stessa casa, salva la possibilità di assentarsi per brevi periodi.

Se gli atteggiamenti predetti sono stati osservati, allora i contraenti avranno 'convissuto come coniugi', e ciò, sul piano sostanziale, varrà a sanare l'eventuale negozio invalido derivante dall'accordo simulatorio; sul piano processuale, poi, la convivenza vale a pregiudicare la prova di tale accordo, e può anzi far presumere la sua inesistenza, «essendo difficile

⁶⁴ Cass., 7 giugno 1982, n. 3437, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 23 marzo 2005, n. 6276, in *Foro it.*, 2005, c. 2994, ha stabilito che «il rifiuto, protrattosi per ben sette anni, di intrattenere normali rapporti affettivi e sessuali con il coniuge costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa, per come è notorio, di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico. Consimile contegno, pertanto, configura e integra violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c., nella cui nozione sono da ricomprendere tutti gli aspetti di sostegno nei quali, con riferimento anche alla sfera affettiva, si estrinseca il concetto di comunione; si tratta, peraltro, di quel legame sentimentale sul quale realmente può reggersi e prosperare il rapporto di coppia. Ove volontariamente posto in essere, il rifiuto alla assistenza affettiva ovvero alla prestazione sessuale non può che costituire addebitamento della separazione, rendendo impossibile all'altro il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita dal punto di vista affettivo e l'esplicarsi della comunione di vita nel suo profondo significato».

pensare che vi sia un accordo simulatorio sugli effetti del matrimonio, quando le parti abbiano cominciato ad esercitare i diritti e ad adempiere agli obblighi da esso derivati»⁶⁵.

In caso di contestazione, l'onere di provare che non sono stati rispettati i comportamenti summenzionati, e che quindi non si trattava di convivenza ma di mera coabitazione, graverà sull'attore.

L'art. 123 c.c. ammette soltanto i coniugi all'impugnativa del matrimonio. Per chi ravvisa la sanzione nell'annullamento del matrimonio, si tratta di una conferma: come in tutti i casi di annullabilità, la legittimazione spetta solo ai soggetti a favore dei quali l'azione è predisposta. Manca invece, nella specie, un interesse dei terzi o di ordine generale all'accertamento della realtà sottostante a una celebrazione formalmente valida; con la conseguenza che la legge ha escluso la legittimazione attiva e dei terzi e del pubblico ministero: «L'accordo, volto a escludere diritti e obblighi nascenti dal matrimonio è un affare *privatissimo* delle due parti»⁶⁶.

5. *La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge*

L'art. 125 c.c. preclude l'azione di nullità (o di annullamento) al p.m. dopo la morte di un coniuge. Sotto il profilo processuale, la norma mira all'economia dei giudizi: non avrebbe utilità concreta dichiarare la invalidità di un matrimonio che, a causa della morte di una delle parti, si è già sciolto. Sotto il profilo sostanziale, scopo della preclusione è la conservazione degli *status* personali rimasti improduttivi di effetti giuridici nei rapporti personali.

Verificatasi la morte di un coniuge, l'azione di nullità non può essere 'promossa' dal pubblico ministero, ma ciò non es-

⁶⁵ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 171.

⁶⁶ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 173. *Contra* E. PEREGO, *op. cit.*, p. 107, e N. VISALLI, *op. cit.*, p. 1439, i quali estendono la legittimazione attiva al p.m. ed a qualsiasi interessato.

cluderebbe, per un autore⁶⁷ che essa possa essere proseguita se era stata da lui già promossa prima della morte: iniziato il giudizio, l'intercorso decesso di una delle parti non impedirebbe al p.m. di portarlo avanti sino alla formazione del giudicato, anche proponendo, se del caso, appello o ricorso per cassazione. In senso contrario si esprime, però, la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che il decesso di un coniuge nel corso del procedimento precluda al pubblico ministero la prosecuzione del giudizio, destinato quindi ad estinguersi⁶⁸.

A sua volta, l'art. 127 c.c. consente agli eredi di subentrare nella titolarità dell'azione di impugnazione del matrimonio (a patto che il giudizio fosse già pendente alla morte dell'attore).

Detta norma consacra un'eccezione al principio del rapporto successorio, in base al quale l'erede subentra in tutti i rapporti patrimoniali ma non in quelli personali. La *ratio* è analoga a quella di cui all'art. 125 c.c., che preclude l'azione al pubblico ministero dopo la morte di un coniuge⁶⁹: anche agli eredi l'azione di impugnazione compete solo se il giudizio diretto ad impugnare il matrimonio è già pendente alla morte dell'attore. Infatti, se il *de cuius* aveva già impugnato il matrimonio, il diritto di azione da lui esercitato entra a far parte del compendio ereditario, con conseguente facoltà dell'erede di proseguire il giudizio. Si evita, così, che vengano intrapresi giudizi che a causa della morte di uno dei coniugi sono divenuti inutili, e nel contempo si concretizza il *favor* per la conservazione degli *status* personali. La regola, peraltro, è coerente col principio di cui all'art. 110 c.p.c.: l'erede che abbia, espressamente o tacitamente, accettato l'eredità non può legittimamente qualificarsi terzo rispetto al *de cuius*, non potendosi considerare tale colui che subentri al defunto in tutti i pregressi rapporti giuridici, poiché l'oggetto della delazione ereditaria si sostanzia proprio nel complesso dei rapporti giuridici trasmissibili, dei quali viene mantenuta la continuità con il mezzo tecnico del sub-

⁶⁷ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

⁶⁸ Per la soluzione negativa si è espressa anche una risalente pronunzia della Corte di legittimità: Cass., 28 settembre 1955, n. 2671, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1937.

⁶⁹ F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

ingresso del chiamato nella posizione del precedente titolare, senza alcun mutamento (a parte la modificazione soggettiva) né dell'oggetto né del titolo del singolo rapporto. Ne consegue che, verificatasi la successione nel processo, espressamente prevista dall'art. 100 c.p.c., sotto il profilo sostanziale si determina, in capo all'erede, la trasmissione della medesima situazione attiva o passiva già propria del *de cuius*, che deve essere accertata nei confronti del medesimo erede, senza che possa assumere rilievo alcuno la vicenda della morte del precedente titolare. Pertanto, seppure agisca in giudizio a tutela di diritti già facenti capo al *de cuius*, «l'erede esercita diritti ormai propri, il cui carattere ereditario attiene solo al titolo dell'acquisto e resta irrilevante rispetto alla legittimazione ad agire».

In definitiva, l'art. 127 c.c. presuppone che il matrimonio sia stato impugnato da uno dei coniugi, al quale spettava la relativa legittimazione, e che detto coniuge sia morto nel corso del giudizio⁷⁰. Il limite di cui alla norma, quindi, vale solo quando legittimato all'impugnazione era il *de cuius* (v. artt. 120, 122 e 123 c.c.), e gli eredi subentrano nella sua posizione. La disposizione non riguarda, invece, i casi in cui gli eredi sono personalmente e direttamente legittimati all'esercizio delle azioni di impugnazione (artt. 117 e 119 c.c.), vale a dire quando la legge stabilisce la legittimazione di tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ed attuale all'impugnativa. Sotto questo profilo, la norma è stata criticata, perché non consentirebbe, ad esempio, di reagire al matrimonio contratto da una persona molto anziana, potenzialmente incapace o, comunque, maggiormente soggetta ad inganni e violenza, con una persona più giovane che miri ad accaparrarsi l'eredità in danno dei familiari dell'altro coniuge. La disciplina in parola, pertanto, andrebbe modificata, in modo da concedere il pro-

⁷⁰ App. Roma, 19 aprile 2002, in *questa Rivista*, 2002, p. 1323: «Intrapreso il giudizio per la dichiarazione di nullità del matrimonio, se la parte attrice legittimata venisse a morte, l'azione stessa si trasmetterebbe ai suoi eredi».

Nel caso di morte del coniuge *convenuto* nel giudizio di nullità, si seguono le normali regole processuali, sicché è data facoltà all'attore di riassumere il giudizio nei confronti degli eredi del coniuge defunto.

movimento dell'impugnativa in tutti i casi nei quali il coniuge deceduto fosse ancora nei termini per agire in giudizio.

Gli eredi che proseguono il giudizio perseguono l'interesse del *de cuius* oltre la morte di lui.

Essi perseguono anche, però, un interesse proprio, perché con la dichiarazione di invalidità del matrimonio otterrebbero l'esclusione del coniuge superstite dal novero dei legittimari. Si pensi, ad esempio, all'interesse che avrebbero i figli a proseguire l'azione di impugnazione del matrimonio: innanzi tutto, essi eviterebbero, con l'annullamento del matrimonio, che al coniuge siano attribuiti i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano (se di proprietà del defunto o comuni). Inoltre, se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale, quest'ultimo sarà spinto a proseguire il giudizio di impugnazione perché, altrimenti, al coniuge del *de cuius* spetterebbe un terzo del patrimonio. Se i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, essi avranno interesse ad evitare che il coniuge abbia in eredità per legge un quarto del patrimonio del defunto (art. 542 c.c.). Se, infine, chi muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge (art. 544 c.c.), i primi avranno tutto l'interesse alla continuazione del giudizio giacché, se l'azione non viene proseguita (o se la domanda di annullamento o nullità del matrimonio viene respinta), ad essi è riservato solo un quarto del patrimonio, mentre al coniuge, rimasto tale, ne spetterà la metà.

Sennonché, va altresì considerato che, impugnando il matrimonio, gli eredi faranno anche cadere i presupposti che devono coesistere ai fini della collazione: la qualità ereditaria (sempre che il coniuge non fosse istituito per testamento, giacché in tal caso sarebbe comunque chiamato all'eredità a prescindere dal suo *status*); lo *status* di coniuge. La convenienza di una simile operazione dipenderà dalle donazioni fatte in vita dall'ereditando: se il coniuge superstite era stato beneficiario di cospicue liberalità (non dispensate), allora sarà più conveniente, ai coeredi, non intaccare la validità del matrimonio. Infatti, così, il coniuge sarà costretto a valutare se accettare l'eredità e conferire le donazioni alla massa, oppure tratte-

nere le donazioni ma rinunciare all'eredità. Viceversa, la dichiarazione di invalidità del matrimonio, provocando il venir meno dello *status* coniugale, consentirebbe agli eredi di agire in riduzione senza che il convenuto possa opporre il rispetto della propria quota di legittima, ma precluderebbe loro il diritto alla restituzione alla massa ereditaria quale conferimento *ex collazione*.

6. *Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come 'patto di convivenza')*

L'autonomia privata familiare e la meritevolezza dei contratti con causa familiare o parafamiliare, già riconosciute dalla giurisprudenza, sono oggi positivizzate dalla legge 76/2016, con particolare incidenza ai commi 50 e 53 art. 1⁷¹.

Anche in tale ambito, il tema della salvezza degli effetti prodotti dall'atto ed il principio *quod nullum est nullum pro ducit effectum* devono confrontarsi con gli interessi, pubblici e privati, in gioco. Nella specie, va altresì considerato in che misura e con quali modalità le trasformazioni sociali riconosciute e legittimate dalla Riforma che disciplina le Nuove famiglie, nonché l'ampio mandato al giudice che essa conferisce attraverso le clausole generali, si rapportino ai limiti che l'ordinamento stesso pone all'autonomia familiare, ossia all'esplicazione dell'autonomia privata da parte dei membri del consorzio familiare, sia esso matrimonio, unione civile o convivenza.

L'analisi dei limiti generali posti dall'ordinamento, tanto più delicata quanto più si conceda spazio all'autonomia contrattuale in ambito familiare, è analisi non meramente teorica, ma che incide dall'interno la prassi operativa, a causa della «rilevanza di quegli aspetti che assumono portata centrale nella materia familiare, ossia la rilevanza dei principi generali dell'ordinamento, con conseguenti limiti di ordine pubbli-

⁷¹ G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1771.

co, e il ruolo centrale da attribuire al giudice nella dinamica familiare, ruolo che in maniera insufficiente e meno intensamente trova risposta nella disciplina generale del contratto»⁷².

Connotati qualificanti del contratto tipico di convivenza sono la sua opponibilità ai terzi e la forma.

Al di fuori del nuovo contratto tipico introdotto ai commi 50 ss., art. 1, resta però la possibilità di concludere, alla luce del principio di autonomia privata, un contratto di convivenza atipico⁷³, che la dottrina ha iniziato per comodità a qualificare come ‘patto di convivenza’, al fine di distinguerlo dal vero e proprio ‘contratto di convivenza’ tipizzato dalla legge Cirinnà.

È patto di convivenza quello stipulato in difetto di uno dei requisiti previsti dal comma 36, art. 1 legge cit.⁷⁴.

Ciò nondimeno, può trattarsi anche di un contratto redatto ai sensi dei commi 50 ss., art. 1, che però risulti nullo per mancanza di uno dei requisiti di legge: ebbene questo contratto di convivenza è, ai sensi della legge Cirinnà, un contratto nullo.

Ma se illiceità non attiene al suo risultato e non discende da contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume, la nullità del contratto di convivenza non può compromettere gli effetti che sono stati prodotti, invece, dall’atipico contratto in cui il negozio nullo si sia convertito.

Nel confronto tra gli interessi in gioco, va considerato che detto contratto atipico rappresenta l’unica possibilità riservata ai soggetti che diano vita alle convivenze c.d. libere o non regolamentate, giacché il contratto tipico è riservato dalla leg-

⁷² D. ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1570.

⁷³ Per G. VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189, è possibile (e, per alcuni aspetti, consigliabile) continuare ad utilizzare modelli atipici di contratti di convivenza.

⁷⁴ Il professionista incaricato della stipula, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di legge, dovrà farsi consegnare dalle parti i certificati anagrafici attestanti l’inesistenza degli impedimenti (parentela, affinità, adozione, vincoli matrimoniali o derivanti da unione civile) e l’avvenuta dichiarazione all’anagrafe ex artt. 4 e 13, comma 1°, lett. b), d.p.r. n. 223/1989; tali documenti potranno anche essere sostituiti da altrettante autocertificazioni (U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749).

ge 76/2016 ai soli ‘conviventi di fatto’ che possiedano i prescritti requisiti, pena la nullità: per il comma 57 lett. b), art. 1, il contratto stipulato in «violazione del comma 36» è affetto da nullità insanabile.

L’accesso al contratto tipico non è consentito ai conviventi che seppure qualificabili come ‘conviventi di fatto’ ai sensi del comma 36, non abbiano rilasciato la dichiarazione anagrafica di cui al successivo comma 37. Sia i soggetti privi dei requisiti previsti dalla legge 76/2016 sia i conviventi ‘non registrati’ non possono, pertanto, stipulare un contratto di convivenza *ex* comma 50, ma soltanto un patto di convivenza, libero dagli obblighi formali imposti dalla legge Cirinnà (comma 51) (ferme le prescrizioni in tema di forma in generale qualora incida su diritti reali immobiliari), ma non iscrivibile all’Anagrafe e, dunque, con valenza puramente ‘interna’ limitata ai rapporti tra partner: il patto di convivenza non ha efficacia verso i terzi.

L’esclusiva efficacia *inter partes* ne limita fortemente la portata: diventa praticamente inutile, ad esempio, un’eventuale clausola riproduttiva del regime di comunione legale, giacché soltanto la scelta del regime patrimoniale adottata nel contratto tipico di cui ai commi 50 ss., art. 1 l. 76/2016 è opponibile (sebbene non possa sottacersi l’inadeguatezza del sistema pubblicitario previsto). Se ai partner fosse consentito adottare un regime di comunione, e quindi prevedere gli acquisti congiunti, esso avrebbe effetti soltanto *inter partes*. A tale possibilità si frappone però un duplice ostacolo: si ritiene che l’autonomia privata non possa spingersi fino a incidere sulle regole della responsabilità personale e patrimoniale e di automatico subingresso negli acquisti⁷⁵; un simile patto, che prevedesse la caduta in comunione di tutti i futuri acquisti, sarebbe nullo per indeterminatezza dell’oggetto, anche qualora avesse effetti meramente obbligatori⁷⁶.

⁷⁵ A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 199.

⁷⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia*, Milano, 2017, p. 354.

È forse anche per questa ragione che il patto di convivenza (inteso come contratto atipico tra conviventi), già ammesso da diversi anni in quanto meritevole di interesse *ex art.* 1322, 2° comma, c.c., non ha finora riscosso successo e, anzi, è spesso utilizzato più per fini di protezione patrimoniale a danno dei creditori che per soddisfare effettive esigenze di sostegno del partner debole.

Inoltre, e infine, occorre marcare una ulteriore differenza tra contratto di convivenza e patto di convivenza: il primo, oramai divenuto un contratto tipico, non sarà assoggettato al vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, c.c.; lo sarà per contro il secondo.

Parimenti, il giudizio di meritevolezza colpirà l'accordo che appaia come un contratto di convivenza ma, in quanto snaturato dalla mancanza di uno o più presupposti di legge, da contratto tipico nullo si converta nell'atipico patto di convivenza.

In questo caso, la nullità travolge con effetti retroattivi gli effetti del contratto di convivenza, ma non quelli del patto di convivenza in cui il primo deve ritenersi essersi convertito.

Emerge qui in tutta la sua evidenza la portata distruttiva dell'operare del principio *quod nullum est nullum producit effectum* in ordine agli effetti espansivi degli acquisti che erano stati prodotti dall'eventuale regime di comunione: gli acquisti del soggetto non partecipante all'atto dovranno considerarsi in proprietà esclusiva del solo acquirente. Una soluzione, questa, che avrebbe dovuto forse essere oggetto di maggior riflessione, anche in ordine alla protezione dei terzi, e la cui severità, tipica di una nullità classica retroattiva, configge con la diversa soluzione regolata dagli artt. 191 ss. per i casi di scioglimento del contratto (risoluzione o recesso *ex commi* 59-63, art. 1) e per l'ipotesi della stessa cessazione della convivenza.

7. *Famiglia, successioni e frammentazione del concetto di nullità*

È ormai acquisito che i diversi paradigmi della nullità dimostrano che esiste una nullità classica, caratterizzata da rigidità; ma esistono anche ‘nullità elastiche’ come la nullità *ex nunc*, la nullità sanabile, la nullità da comportamento, la nullità con funzione di sanzione civile⁷⁷.

Una definizione della nullità non è reperibile né nel Codice civile né in letteratura e, poiché la nullità è uno strumento concettuale e di «uno strumento non si dice cos’è ma cosa fa», si è con ragione ritenuto che «la mancanza di una vera e propria definizione della nullità è [...] segno di saggezza»⁷⁸.

In astratto, la nullità spiegata nella manualistica si presenta come una sanzione rigida, la cui rigidità è temperata da alcune sanzioni. Nel diritto vivente, la nullità si manifesta con una flessibilità che rappresenta un *unicum* all’interno del fenomeno patologico negoziale: né l’annullabilità né la risoluzione né la rescissione presentano una gamma così ampia e varia di colori e sfumature.

Il diritto di famiglia e delle successioni costituisce la principale e più variegata conferma di tale assunto, per la presenza di ipotesi in cui la salvezza degli effetti prodotti (art. 128 c.c.) si riallaccia al *favor matrimonii* o è persino consentita, in omaggio alla conservazione degli *status*, la sanatoria di un matrimonio celebrato per finzione (art. 123 c.c.). O altre ancora ove l’ossequio alla volontà del disponente supera le esigenze ancorate al formalismo della donazione (art. 799 c.c.) o del testamento (art. 590 c.c.).

Il rispetto della volontà nel testamento e nella donazione comporta che la fattispecie complessa si componga della volontà originaria del disponente e di quella (espressa o attraverso esecuzione) del confermante (artt. 590 e 799 c.c.). La fu-

⁷⁷ Cfr. A. ALBANESE, *Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi dell’atto e la forza del fatto*, Bologna, 2023.

⁷⁸ A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, 2006, p. 1436.

sione di queste due volontà, inimmaginabile se il testamento o la donazione fossero inesistenti, costituisce l'interesse considerato dall'ordinamento prevalente rispetto a quello che soggiace alla nullità classica.

La celebrazione del matrimonio costituisce il substrato che consente, con la buona fede dei coniugi, il dispiegarsi di una fattispecie complessa sullo sfondo della quale si ergono interessi che hanno indotto alla conservazione degli effetti già prodottisi: dalla formazione di una comunità familiare all'affidamento dei coniugi (o del coniuge) (art. 128 c.c.). E il *favor matrimonii* giustifica la sanatoria del matrimonio simulato non appena siano ravvisabili gli embrioni di una volontà di conservazione del vincolo, come emergono dal semplice atteggiarsi concretamente a coniugi o dalla mancata impugnazione dopo un solo anno (art. 123 c.c.).

Siamo lontani dalla nullità 'classica' come appare regolata dal Codice civile nella parte generale sul contratto (Libro IV, Titolo I, Capo XI): sulla scorta di quelle norme, si afferma che la nullità rappresenta un vizio genetico strutturale dell'atto e che come tale essa è insanabile, imprescrittibile e rilevabile da chiunque vi abbia interesse, anche *ex officio* dal giudice.

Ma se si osserva l'evoluzione della nullità negli ultimi decenni, può ancora riconoscersi, in essa, un concetto unitario e, dunque, un rapporto tra regola ed eccezioni? Il Codice civile ne individua le cause (art. 1418), regola l'ipotesi di nullità parziale (art. 1419), sancisce la rilevabilità d'ufficio e, salvo diverse previsioni di legge, la legittimazione attiva di chiunque vi abbia interesse (art. 1421), ne afferma l'imprescrittibilità (art. 1422) e ne esclude la convalida (art. 1423).

Ciò nondimeno, la legislazione speciale, soprattutto quella di derivazione comunitaria, affianca alla nullità codicistica un arcipelago di nullità speciali che si distaccano da quel modello: basti pensare, quanto al capovolgimento del principio della legittimazione attiva, alle c.d. nullità di protezione. È in questo rinnovato contesto che ci si deve oggi domandare, anche, se l'efficacia retroattiva della nullità sia davvero una regola. E se l'irretroattività rappresenti ancora un'eccezione. Già Rodolfo Sacco avvisava che «nelle aree marginali dell'esperien-

za civilistica ci imbattiamo in continue disapplicazioni dell'idea per cui ciò che è nullo non genera effetti. Il contratto nullo non genera effetto, ma di esso rimane in vita la clausola compromissoria. Il contratto nullo non genera effetto, ma se non è neutralizzato da una sentenza ne sgorgano tutti gli effetti tributari che nascerebbero dal contratto valido. Il contratto nullo non genera effetti, ma sul concorso di una causa di nullità e una causa di annullabilità si può ammettere la protezione del terzo acquirente, fondata sull'art. 1445».

La dichiarazione di nullità incide sul negozio giuridico, ma non elimina l'atto o il contratto in quanto fatto avvenuto e consolidatosi nel mondo materiale; altrimenti, saremmo al cospetto di un negozio inesistente e non nullo. La nullità, in altre parole, comporta la degradazione dell'atto o del contratto al rango di semplice fatto storico.

In particolare, il diritto di famiglia e delle successioni contempla ipotesi in cui la salvezza degli effetti prodotti (art. 128 c.c.) si riallaccia al *favor matrimonii* o è persino consentita, in omaggio alla conservazione degli *status*, la sanatoria di un matrimonio celebrato per finzione (art. 123 c.c.). O altre ancora ove l'ossequio alla volontà del disponente supera le esigenze ancorate al formalismo della donazione (art. 799 c.c.) o del testamento (art. 590 c.c.). Si passa poi dalle ipotesi estreme in cui il legislatore evita la nullità nonostante sarebbe apparsa la sanzione più naturale a soluzioni mediane come quella di preferire una speciale annullabilità alla nullità, a rischio di attirare le attenzioni della Corte costituzionale (art. 184 c.c.).

Alla base di una tale pluralità rimediale è sempre un confronto tra interessi. Non può farsi luogo alla dichiarazione di nullità di un contratto se la relativa pronuncia non reca un effetto utile alla parte che ha proposto l'azione⁷⁹. Il giudice,

⁷⁹ Cass., 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2007, p. 1461, ha specificato che ciò vale anche con riguardo all'azione di accertamento della nullità di delibere assembleari disciplinata dagli artt. 1421-1423 c.c., in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2379 c.c.: qui l'interesse, oltre a dover essere concreto ed attuale, deve riferirsi specificamente all'azione di nullità, e non può identificarsi con l'interesse ad una diversa azione, il cui esercizio soltanto potrebbe soddisfare la pretesa dell'attore.

pertanto, deve sempre valutare la concreta situazione posta alla sua attenzione col metro del soddisfacimento in concreto delle esigenze poste dalla singola fattispecie. Ciò si evince dall'aver l'ordinamento posto a suo carico la valutazione in ordine alla sussistenza di un interesse della parte attrice (art. 1421 c.c.). Chi aziona il rimedio deve quindi dimostrare il proprio interesse ad agire secondo le norme generali, *ex art. 100 c.p.c.*⁸⁰.

Alla molteplicità degli interessi coinvolti corrisponde una moltiplicazione dei paradigmi di nullità, «secondo una linea evolutiva [...] di sempre più accentuata e crescente “storicizzazione” e conseguente “relativizzazione” della figura»⁸¹.

La Cassazione insiste nel ritenere che «una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus* a *species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria»⁸².

In senso opposto, si osserva, però, che «proprio la nullità europea sancisce il definitivo passaggio dalla nullità alle nullità»⁸³. Piuttosto che affannarsi alla ricostruzione di un modello generale con tutti i disagi ermeneutici che comporta la riconduzione di c.d. eccezioni alla c.d. regola, è «preferibile affermare che in luogo della nullità, come categoria logico-sistemica, oppure come fattispecie unitaria di diritto positivo, esistono “le nullità”, e cioè più statuti delle invalidità»⁸⁴.

⁸⁰ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 502. In merito all'indisponibilità dell'interesse, cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 52; Id., *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 310.

⁸¹ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 184.

⁸² Così, in motivazione, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di I. PAGNI.

⁸³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, II, p. 505.

⁸⁴ G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 91. Contro la ricostruzione unitaria su cui hanno insistito le Sezioni Unite anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 251 s.; S.

Anche la materia della famiglia e il diritto successorio confermano che un concetto unitario di nullità non è più rinvenibile nel sistema e forse non è mai esistito. L'essenza della nullità può oggi più che mai riconoscersi nella distinzione dalla inesistenza: l'atto o il contratto nullo esiste e il legislatore ne fa scaturire conseguenze che cambiano di volta in volta a seconda degli interessi, pubblici e/o privati considerati prevalenti; le nullità rispondono a paradigmi molteplici e flessibili, in grado di conformarsi a fattispecie tra loro molto distanti, mediante la modulazione di strutture processuali e sostanziali che vanno dalla rilevabilità del vizio alla legittimazione attiva, dalla prescrittibilità dell'azione alla sanatoria, fino alla salvezza degli effetti prodotti, generando sempre nuove ipotesi in cui il negozio nullo *producit effectum*.

PAGLIANTINI, "Parigi val bene una messa"? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito, in *Giusto proc.*, 2015, p. 150; L. GALANTI, *Il nuovo assetto dei rapporti tra impugnative negoziali, nullità e giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1049 s.

ANTONIO ALBANESE, Nullità dell'atto e conservazione del fatto nelle successioni *mortis causa* e nel diritto di famiglia

Sia il diritto di famiglia sia la disciplina delle successioni *mortis causa* presentano significative ipotesi in cui il negozio è nullo e ciò nonostante ne sono conservati gli effetti. Ma se l'atto è nullo, da cosa scaturiscono gli effetti che nonostante la nullità, in alcune ipotesi, l'ordinamento salvaguarda? Per rispondere a questa domanda non si può sfuggire alla teoria delle fonti delle obbligazioni e all'art. 1173 c.c. e al principio di atipicità delle fonti medesime: se gli effetti non possono scaturire dal contratto o dall'atto unilaterale, in ragione della sua nullità, né dal fatto illecito, occorrerà rivolgere l'attenzione a «ogni altro [...] fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità* dell'ordinamento giuridico».

I numerosi esempi esposti nel saggio, in materia di famiglia e di successioni, confermano che un concetto unitario di nullità non è più rinvenibile nel sistema e forse non è mai esistito. L'essenza della nullità può oggi più che mai riconoscersi nella distinzione dalla inesistenza: l'atto o il contratto nullo esiste e il legislatore ne fa scaturire conseguenze che cambiano di volta in volta a seconda degli interessi, pubblici e/o privati, considerati prevalenti.

Parole chiave: matrimonio, famiglia, successione, testamento, donazione, nullità, invalidità.

ANTONIO ALBANESE, Nullity of the deed and preservation of the fact in successions *mortis causa* and in family law

Both family law and the discipline of succession *mortis causa* present significant hypotheses in which the transaction is null and yet its effects are preserved. But if the deed is null, from what do the effects arise which, despite the nullity, in some hypotheses, the legal system safeguards? To answer this question, one cannot escape the theory of the sources of obligations and art. 1173 of the civil code and the principle of atypical nature of the sources themselves: if the effects cannot arise from the contract or from the unilateral deed, due to its nullity, nor from the tort, it will be necessary to turn attention to «any other [...] fact capable of producing obligations in compliance with the legal system».

The numerous examples presented in the essay, in the field of family and succession, confirm that a unitary concept of nullity can

Abstract

no longer be found in the system and perhaps never existed. The essence of nullity can today more than ever be recognized in the distinction from non-existence: the null deed or the null contract exists and the legislator gives rise to consequences, that change from time to time according to the interests, public and/or private, considered prevalent.

Key words: marriage, family, succession, will, donation, nullity, invalidity.

Giancarlo Caporali

QUALE DEMOCRAZIA? SCIoglimento DELLE CAMERE, PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E SOVRANITÀ POPOLARE*

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. La teoria dello scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori nei dibattiti dell'Assemblea costituente e nella dottrina italiana. – 3. I fondamenti della teoria che ritiene coesistente al regime democratico instaurato con la Costituzione lo scioglimento delle Camere quando queste non rappresentano più gli orientamenti politici del corpo elettorale. – 4. L'opposta tesi che ritiene inammissibile o almeno del tutto eccezionale lo scioglimento delle Camere in caso di frattura fra corpo elettorale e Assemblea rappresentativa. – 5. Teoria dello scioglimento, sistemi elettorali e principio della sovranità popolare. – 6. Lo scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori nella prassi. – 7. Problematica individuazione della titolarità del potere previsto dall'art. 88 Cost. e correlativamente della natura del decreto presidenziale di scioglimento. Suoi riflessi sull'ipotesi di scioglimento anticipato finalizzato a ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori. – 8. Conclusioni.

1. *Considerazioni generali*

Da più parti non solo sui *media*, non solo dai politici (taluni interessati), ma anche a livello istituzionale si sente ripetere che la Costituzione stabilisce che si vota ogni cinque anni (art. 60) e che pertanto, anche nel caso in cui il Parlamento non si trovi più a rappresentare l'orientamento politico prevalente dei cittadini, tale fatto non determinerebbe alcuna conseguenza costituzionale di rilievo, perché – viene detto – le maggioranze si fanno in Parlamento, sì che i cittadini anche se non hanno più alcuna fiducia nei loro rappresentanti, finché una maggioranza c'è, devono rassegnarsi ad attendere la naturale scadenza della legislatura.

* Contributo sottoposto a valutazione.

Conviene pertanto iniziare questo lavoro con le parole di uno dei maggiori costituzionalisti inglesi, A.V. Dicey:

«Ma il motivo per cui la Camera, secondo la costituzione, può essere privata del potere e dell'esistenza è che si è presentata un'occasione in cui vi è giusto motivo di supporre che l'opinione della Camera non sia l'opinione degli elettori. Uno scioglimento è nella sua essenza un appello dal sovrano legale al sovrano politico. Uno scioglimento è ammissibile, o necessario, ogniquale volta i desideri del legislatore sono, o si può ragionevolmente presumere che siano, diversi dai desideri della Nazione. Questa è la dottrina stabilita dai ben noti precedenti del 1784 e del 1834, avendo in entrambi i casi il Re licenziato un ministero che aveva la fiducia della Camera dei Comuni [...]. Nessun costituzionalista moderno porrebbe in dubbio che l'autorità della Camera dei Comuni derivi dal suo essere rappresentativa della volontà della Nazione e che il principio obiettivo dello scioglimento sia l'accertamento della coincidenza tra volontà parlamentare e volontà della Nazione [...]; si è così decisamente affermato il principio fondamentale della nostra costituzione vigente che non il Parlamento ma la Nazione è, politicamente parlando, il potere supremo nello Stato [...] nei tempi moderni le regole sullo scioglimento del Parlamento sono, come altre convenzioni della costituzione, intese ad assicurare la supremazia ultima dell'elettorato quale vero sovrano politico dello Stato; in breve, la validità delle massime costituzionali è subordinata e asservita al principio fondamentale della sovranità popolare [...]. Dove il Parlamento è supremo, è necessaria qualche ulteriore sicurezza [...] e questa sicurezza è data dal diritto di scioglimento, che consente alla Corona o al Ministero di appellarsi dal legislatore alla Nazione [...]. Il diritto di scioglimento è il diritto di appello al popolo, e quindi è alla base di quelle convenzioni costituzionali che, in un modo o nell'altro, sono intese a produrre armonia tra il potere legale e il potere politico sovrano»¹.

Ma quali erano i casi a cui faceva riferimento Dicey. Il primo si era verificato nel 1784, avendo il Re Giorgio III nominato Capo del Governo William Pitt (il giovane; Capo del Gover-

¹ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution* (1885), Indianapolis, 1982 (ristampa dell'8ª ed., Mcmillan, 1915), pp. 288-292.

no dal 1783 al 1801 e dal 1804 al 1806) contro la volontà della Camera dei Comuni, sul presupposto «che la nazione non approvasse la politica perseguita dalla Camera». Nell'occasione l'appello al popolo voluto dal Re si risolse in un verdetto decisivo a favore del nuovo Governo, dando ragione alla convinzione nutrita dal Monarca. Da notare che, come veniva osservato dallo stesso Dicey, Giorgio III era un ardente campione della sovranità del Parlamento, mentre *hold in abhorrence the sovereignty of the people*, sì che era stato guidato «dalle esigenze del momento ad adottare l'atteggiamento di Chatham e Pitt» che invece erano coloro i quali effettivamente ritenevano che «dietro la Corona, dietro le Famiglie della Rivoluzione, dietro lo stesso Parlamento, c'era quello che Chatham chiamava il "grande pubblico", quello che si dovrebbe chiamare la nazione», sostenendo che «l'autorità del Parlamento dipendeva dalla volontà della nazione»². Il secondo data invece più tardi al 1834 quando Re Guglielmo IV, dopo aver chiamato sir Robert Peel a dirigere il Governo in contrasto con i desideri della Camera dei Comuni, ritenendo che tale Camera non rappresentasse più la volontà della Nazione, aveva proceduto al suo scioglimento. Le conseguenti elezioni non erano tuttavia andate nella direzione immaginata dal Sovrano, la cui scelta si era perciò rivelata un errore. La dottrina tuttavia non aveva ritenuto incostituzionale la condotta del Re perché, come veniva notato, da un lato «l'ampia minoranza» ottenuta da Peel e, di lì a poco, il rapido declino dell'influenza dei Whigs, stavano a dimostrare che «la stima sbagliata del sentimento pubblico» formulata dal Re non era senza ragionevoli motivi; dall'altro che, ove si ammetta il diritto della Corona di appellarsi agli elettori, «quando la Camera dei Comuni abbia in realtà cessato di rappresentarli», ci si imbatte «in una grande difficoltà a voler considerare una tale dissoluzione incostituzionale semplicemente perché gli elettori, quando gli si fa appello, continuano a sostenere le opinioni dei loro rappresentanti»³.

² A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, cit., p. 289.

³ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, cit., pp. 288 e 290.

A voler essere precisi, neanche trent'anni dopo che Dicey aveva scritto queste pagine, a seguito delle riforme dei primi anni del Novecento, il cui punto di svolta è costituito dal *Parliament Act 1911*, la dottrina sullo scioglimento anticipato come strumento atto a verificare e, se del caso, a ripristinare la concordanza fra la volontà dei rappresentanti e quella dei rappresentati si scontrava con l'evoluzione di un sistema che di fatto rendeva impraticabile sia la possibilità per il Re di nominare un Primo Ministro difformemente dalla volontà della maggioranza dei Comuni sia di esercitare il potere di dissoluzione, sostenuto dal Primo Ministro da lui nominato, in contrasto con l'Assemblea elettiva. Solo come dato storico può osservarsi che nel Regno Unito lo scioglimento della Camera dei Comuni aveva trovato una parziale regolamentazione legislativa nella *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, ora abrogata e sostituita dalla *Dissolution and calling of Parliament Act 2022*⁴.

Questa legge aveva introdotto molte novità, affermandosi il principio che, in caso di una reale crisi, i Comuni non avrebbero potuto essere sciolti se non quando nessun Governo nei 14 giorni successivi fosse stato in grado *to command the confidence of the House*. Infatti, in tale lasso di tempo i Comuni avrebbero potuto o formare una nuova e diversa maggioranza con l'indicazione di un nuovo Primo Ministro, nel caso in cui il Governo sfiduciato fosse un Governo di coalizione o un Governo di minoranza, o designare per la formazione del Governo un nuovo Primo Ministro appartenente alla stessa maggioranza che sosteneva il precedente Governo⁵, o anche trattare e riconfermare il Primo Ministro sfiduciato (ma ancora in carica), superando la precedente sfiducia con una nuova mozione di fiducia. Tuttavia, se nei detti 14 giorni nessuno dei possibili candidati all'ufficio di Primo Ministro fosse risultato in gra-

⁴ In proposito si permetta il rinvio a G. CAPORALI, *Sulla nuova disciplina dello scioglimento anticipato nel Regno Unito: la reviviscenza della prerogativa regia*, in *Rassegna parlamentare*, 2022, 1, pp. 119-159.

⁵ Evenienza che, per quanto improbabile, può essere possibile, ad esempio, in caso di scissione del partito di maggioranza, ovvero quando il Primo Ministro abbia perso la *leadership* del suo partito e non si voglia dimettere.

do di ottenere la fiducia allora diveniva inevitabile lo scioglimento anticipato del Parlamento ed il ricorso a nuove elezioni.

In questo quadro l'ipotesi di uno scioglimento anticipato per contrasto fra la volontà degli eletti e quella degli elettori appariva perciò limitata a casi che sembravano essere puramente teorici come quello di una scissione interna al partito di maggioranza con mozione di sfiducia non seguita dall'indicazione di un nuovo Primo Ministro, volendo gli scissionisti essere legittimati dal voto popolare ovvero quello, ancora più improbabile, in cui la maggioranza, avvertendo il dissenso del corpo elettorale, si fosse fatta da parte approvando contro se stessa una mozione di sfiducia non seguita dall'indicazione di un nuovo Primo Ministro.

Il che peraltro sta a dimostrare che, per quanto, secondo la dottrina più sopra richiamata, sia nella logica del sistema di Governo parlamentare che la o le Assemblee legislative elettive siano chiamate a rappresentare la volontà dei cittadini o, come pure si dice, la volontà della Nazione o del popolo, nondimeno il giuridico atteggiarsi del sistema stesso può non prevedere o non consentire che per sanare la frattura eventualmente creatasi fra il Sovrano legale e quello reale possa farsi ricorso allo scioglimento anticipato del corpo rappresentativo.

E tuttavia, sebbene ciò possa accadere, l'esempio richiamato non è stato fatto a caso: la prima e principale domanda sta nel chiedersi se sia o meno corretta la richiamata dottrina che sostiene che, ove l'indirizzo politico della maggioranza parlamentare non rifletta più gli orientamenti politici del Paese, si possa ovvero si debba far luogo a uno scioglimento anticipato della o delle Assemblee rappresentative e dunque a nuove elezioni.

Domanda la cui correttezza va ovviamente valutata alla luce del dettato costituzionale di ogni singolo Paese, nel caso di specie quello italiano.

I caposaldi di questa dottrina sono sostanzialmente due, come anche si può ricavare dalle parole di Dicey: il principio della sovranità popolare in forza del quale «le regole sullo scioglimento del Parlamento» devono essere intese come idonee «ad assicurare la supremazia ultima dell'elettorato quale ve-

ro sovrano politico dello Stato»; il principio per cui «l'autorità del Parlamento dipende dalla volontà della nazione», ossia dalla legittimazione politica che riceve dall'essere espressione diretta della volontà popolare, ragione per la quale un Parlamento delegittimato è un Parlamento senza autorità. Si tratta di due principii distinti, seppur strettamente correlati, riconducibili ambedue all'idea di Governo democratico (liberale e rappresentativo). Nessuno, infatti, dubita della democraticità di ordinamenti in cui, seppur non viene costituzionalmente sancito il principio dell'appartenenza del potere sovrano al popolo, nondimeno è principio cardine del sistema che gli organi di indirizzo politico traggano la loro legittimazione dal consenso popolare manifestato al momento del voto nelle elezioni politiche (e anche nel corso della legislatura attraverso l'opinione pubblica). Tipico proprio il già accennato caso inglese, in cui il principio che informa di sé l'intero sistema è quello della sovranità del Parlamento, rappresentando il popolo, il Sovrano solo in senso politico⁶.

Si consenta un'ultima precisazione: chiedersi se ogni volta che si cambia maggioranza in Parlamento si debba andare al-

⁶ Nell'ordinamento inglese, infatti, il termine 'sovranità' copre tre diverse nozioni, coesistenti e intrecciate: sovranità nazionale, sovranità parlamentare e sovranità popolare. In genere con 'sovranità nazionale' si intende l'indipendenza nazionale, rappresentando quella che potrebbe essere descritta come la dimensione esterna della sovranità. La 'sovranità parlamentare' viceversa costituisce la 'chiave di volta' dell'intero sistema giuridico, implicando che il Parlamento possieda un'autorità legislativa sovrana, legalmente illimitata. Mentre con 'sovranità popolare' si allude al popolo come sovrano politico, essendo tuttavia il Parlamento il corpo in cui la sovranità è legalmente manifestata. Per precisione deve peraltro segnalarsi che il potere legislativo nel Regno Unito non è costituito esclusivamente dalle due Camere, perché, più esattamente, *the power, formally and actually, resides in the King (Queen)-in-parliament* – 'il potere, formalmente e di fatto, risiede nel Re (Regina) in Parlamento' – , vale a dire che «the Crown is an integral part of Parliament» ('la Corona è parte integrante del Parlamento'). Ragione per la quale ancora oggi tutte le leggi del Parlamento sono promulgate con la formula «by the King's (Queen's) most excellent Majesty, by and with the advice of the Lords [...] and Commons in the Parliament assembled [...]» e il *Royal assent* è previsto non solo per la promulgazione delle leggi, ma deve essere preventivamente acquisito anche per la discussione di certe tipologie di disegni di legge.

le urne per verificare se questa scelta goda del consenso popolare, significa porre il problema in modo sbagliato.

È infatti proprio della forma di Governo parlamentare, soprattutto in quei casi in cui la legge elettorale è di tipo proporzionale o tendenzialmente proporzionale, che le maggioranze si formino in Parlamento e che l'indirizzo politico dello Stato emerga solo all'atto del costituirsi del rapporto fiduciario fra Governo e Parlamento. Il che peraltro può accadere, sebbene più raramente, anche nei sistemi parlamentari che adottano leggi elettorali strettamente maggioritarie, come quello inglese. Si pensi, tanto per fare un esempio non troppo lontano nel tempo, al Governo di coalizione che ha guidato il Regno Unito dal 2010 al 2015, formato dai conservatori del Primo Ministro David Cameron e dai liberaldemocratici di Nick Clegg, di cui era del tutto evidente la natura compromissoria, formalizzata nel *Coalition agreement* e garantita dall'istituzione del *Coalition Cabinet committee*. Non è dunque un'anomalia, ma è anzi un tratto caratteristico del sistema parlamentare che la maggioranza possa non uscire dalle elezioni e che vi possano essere, durante una stessa legislatura, (uno o anche più) mutamenti nella compagine che sostiene il Governo. In questo senso per i frequenti cambi di maggioranza il caso italiano sembra paradigmatico.

Nella scorsa legislatura si è, ad esempio, sostenuto che non sarebbe andato esente da perplessità quanto accaduto in occasione della crisi del Governo Conte I, da considerare «addirittura una “prima” assoluta, un “caso di scuola” di diritto costituzionale», con la successione di «due Governi, presieduti dallo stesso Premier e composti da maggioranze non solo diverse ma – a ben vedere solo per metà stando alle persone, ma per intero stando al mutato orientamento – opposte tra loro, senza passare da elezioni e senza soluzione di continuità, nel solo giro di un mese»⁷. Di per sé questo mutamento di maggioranza,

⁷ Così il bell'articolo di G. CERRINA FERONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 1, p. 124, reperibile all'indirizzo internet www.osservatorioaic.it/it/, per la quale poiché *l'intuitus personae* è «alla base di ogni rapporto fiduciario, cioè della *fides* tra mandante e mandatario» e dunque, anche della re-

ad avviso di chi scrive, visto che le elezioni del 2018 non avevano assegnato ad alcuna forza politica la maggioranza, rendendo possibili maggioranze diverse, non avrebbe reso necessario un ritorno alle urne, rientrando nella logica del sistema parlamentare. Senonché qualche obiettivo dubbio veniva ricondotto al fatto che la nuova maggioranza che si era formata era palesemente difforme dagli orientamenti politici univocamente manifestati dai cittadini in occasione delle elezioni europee, amministrative e di quelle relative a talune Regioni e soprattutto dal fatto che il collante di tale maggioranza era costituito dalla comune volontà di impedire le elezioni e la conseguente probabile vittoria di una forza politica in ascesa in tutte le elezioni svoltesi (e che in quel momento era accreditata del 37% dei consensi). Il che appariva, a tutto voler concedere, non del tutto coerente con un sistema di tipo democratico in cui le elezioni non possono mai essere considerate un male da evitare, essendo, *de iure e de facto*, la fonte della legittimazione politica della classe governante. Osservava in proposito Mirabeau che «lo scioglimento è il mezzo migliore di lasciar modo di manifestarsi all'opinione pubblica, che non ha mai cessato di essere la sovrana di tutti i legislatori»⁸. Si consideri in questo senso che nella Costituzione degli Stati Uniti è previsto, proprio per garantire la costante corrispondenza fra la volontà dei cittadini e quella delle Assemblee legislative, che ogni due anni la Camera dei rappresentanti venga rinnovata per intero e il Senato per un terzo. Tuttavia il vero problema non è quello di fare pro-

sponsabilità politica di chi è eletto, «un convertirsi repentino nel proprio opposto, pur di rimanere tra gli stessi scranni, urta irreparabilmente con la fiducia politica e la dialettica democratica, che presuppongono davanti al cittadino la distinzione non solo di ruoli, ma anche di persone, tra maggioranze e opposizioni». *Contra* B. CARAVITA, *Lecture di diritto costituzionale*, Torino, 2020, p. 141, che ha ritenuto l'operato del Presidente Mattarella del tutto coerente con il sistema.

⁸ Questa dotta citazione è ripresa da M. RUINI, *Relazione al testo del progetto di Costituzione della Repubblica italiana del Presidente della Commissione*, presentata al Presidente dell'Assemblea costituente nella seduta del 6 febbraio 1947, p. 9, in *Atti Ass. Cost.*, reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>, alla voce 'Documenti', sez. 'Progetto di Costituzione'.

cessi alle intenzioni facendo congetture (anche realistiche) sulla ragione che sta alla base del formarsi di una maggioranza e se tale ragione sia o meno incompatibile con la logica che è propria di un ordinamento democratico, bensì, assai diversamente, quello di chiarire se un Parlamento (*rectius* una maggioranza parlamentare ed il Governo da essa sostenuto, quale che sia e quali che siano le ragioni della sua esistenza) che esprima un indirizzo politico che sia obiettivamente in contrasto con l'orientamento largamente prevalente fra i cittadini, manifestato in pronunciamenti popolari come referendum, elezioni amministrative che coinvolgano gran parte del corpo elettorale, etc., debba continuare a legiferare e a determinare l'azione del Governo ovvero possa anzi debba essere sciolto (bene inteso se nell'ordinamento esistano organi o meccanismi che consentano lo scioglimento anticipato delle Camere quando si verifichi una situazione siffatta).

In altre parole, per rimanere al caso più sopra ricordato, passi una nuova maggioranza nata da un accordo con una forza politica che aveva perso tutte le elezioni svoltesi (n.b. il Partito Democratico), ma se tale maggioranza presenta un programma di Governo che è largamente in disaccordo con le proposte programmatiche avanzate dal o dai partiti premiati tanto alle elezioni europee che in quelle amministrative e regionali e per conseguenza con la parte prevalente dell'opinione pubblica, è allora che si pone il problema dello scioglimento anticipato delle Camere come strumento per ricreare la necessaria corrispondenza politica fra corpo elettorale e corpo rappresentativo.

2. *La teoria dello scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori nei dibattiti dell'Assemblea costituente e nella dottrina italiana*

In sede di approvazione di quello che nel Progetto di Costituzione era l'art. 84, che laconicamente recitava: «Il Presidente della Repubblica può, sentiti i loro Presidenti, sciogliere le

Camere», discutendosi di un emendamento presentato dall'on. Bosco Lucarelli che mirava a vietare la *prorogatio* in caso di scioglimento anticipato, l'on. Tosato, a nome della Commissione, nel respingere il detto emendamento riteneva utile chiarire che

«vi sono due ipotesi da fare: o il Governo è posto in minoranza dalle Camere: in questo caso il Governo può suggerire al Presidente, ed il Presidente consentire, lo scioglimento delle Camere [...] oppure il Governo conserva la fiducia delle Camere. Se ciò nonostante queste vengono sciolte, questo implica tra il Governo e l'Assemblea e tra l'Assemblea ed il Paese un dissidio in forza del quale il Presidente ha ritenuto opportuno sciogliere le Camere ed indire nuove elezioni. Lo scioglimento può essere anche giustificato dal manifestarsi della necessità di risolvere gravi questioni del tutto nuove, sulle quali il corpo elettorale non ha avuto occasione di prendere posizione attraverso le elezioni. È evidente che in questi casi non si può invocare la *prorogatio* dei poteri delle Camere, per discutere della fiducia al Governo»^{9,10}.

Si noti che l'on. Tosato – il quale parlando per la Commissione esprimeva la posizione della Commissione stessa – ammetteva la possibilità di uno scioglimento, senza che fosse entrato in crisi il rapporto di fiducia con il Governo, non solo nel caso in cui vi fosse un dissidio fra l'Assemblea ed il Paese, ma anche nel caso in cui fosse necessario risolvere gravi questio-

⁹ Così E. TOSATO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 24 ottobre 1947, pp. 1543-1544, reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>.

¹⁰ L'art. 84, dopo la discussione venne approvato nel seguente testo: «Il Presidente della Repubblica può, sentiti i loro Presidenti, sciogliere entrambe le Camere o anche una sola di esse. Non può usare di tale facoltà negli ultimi sei mesi del suo mandato». L'art. 84 nella redazione definitiva è divenuto l'art. 88 della vigente Costituzione che, a seguito della modifica del secondo comma, avvenuta con la legge costituzionale 4 novembre 1991, n. 1, recita: «Il Presidente della Repubblica può, sentiti i loro Presidenti, sciogliere le Camere o anche una sola di esse. Non può esercitare tale facoltà negli ultimi sei mesi del suo mandato, salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura».

ni, del tutto nuove, sulle quali il corpo elettorale non aveva «avuto occasione di prendere posizione attraverso le elezioni».

D'altronde che in Assemblea costituente, per la stragrande maggioranza dei suoi membri, fosse pacifico che lo scioglimento anticipato avesse tra le sue naturali finalità quella di ripristinare la concordanza fra i *desiderata* dei cittadini e l'indirizzo politico delle Camere (e del Governo da esse sostenuto) si ricava inoltre tanto dalla reiezione di alcuni significativi emendamenti che tendevano a condizionare fortemente l'esercizio del potere presidenziale di scioglimento, quanto dalle dichiarazioni di voto sull'art. 84. In sede di votazione, con ampia maggioranza, vennero infatti respinti sia l'emendamento dell'on. Costantini che era diretto a sostituire l'intero art. 84, stabilendo che: «Il Presidente della Repubblica può sciogliere le Camere col consenso espresso dei rispettivi Presidenti», sia l'emendamento proposto dall'on. Carpano Maglioli con cui si voleva prevedere che lo scioglimento delle Camere potesse avvenire «non prima di un anno dalla loro elezione e nel caso che abbiano dato luogo a due mutamenti di Governo a seguito di voto di sfiducia nello spazio di un semestre»¹¹.

Reiezioni che venivano motivate proprio con la volontà di conservare allo scioglimento anticipato la funzione di mezzo atto a sanare eventuali fratture createsi fra i rappresentati e il corpo rappresentativo che, come tale, non avrebbe dovuto essere reso difficilissimo, subordinandolo al consenso dei Presidenti delle Camere ovvero al verificarsi di reiterate crisi di Governo in un breve intervallo di tempo (sei mesi) e in ogni caso non prima di un anno dall'inizio della legislatura.

Assai precisa in questo senso la dichiarazione di voto dell'on. Paolo Rossi che, a nome del suo gruppo, giustificava l'adesione all'impostazione della Commissione osservando che

«non c'è nessun dubbio che nel sistema della nostra Costituzione lo scioglimento anticipato sia una necessità. Si potreb-

¹¹ Si veda *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 24 ottobre 47, p. 1546. L'emendamento Carpano Maglioli la cui votazione era stata richiesta a scrutinio segreto, venne respinto con una larga maggioranza di 193 voti contro 116.

be pensare diversamente se avessimo ammesso il sistema della legislatura breve, ma con Camere che durano cinque o sei anni e con la mutevolezza della pubblica opinione in Italia, sarebbe impossibile immaginare un sistema diverso. Lo scioglimento è inevitabile. Si deve osservare che l'istituto dello scioglimento è postulato necessario dell'altro istituto che è rappresentato dal referendum popolare introdotto dalla nostra Costituzione. Sarebbe un assurdo intollerabile ed un evidente pericolo politico che una maggioranza parlamentare battuta da un massiccio referendum popolare potesse e dovesse sopravvivere per cinque o sei anni»¹². Analoghe le valutazioni svolte dall'on. Moro che, dichiarando il voto favorevole del proprio Gruppo, ne precisava le ragioni chiarendo che il potere di scioglimento delle Camere avrebbe dovuto considerarsi «uno strumento indispensabile per adeguare la rappresentanza popolare ai reali mutamenti dell'opinione pubblica, al di fuori della durata normale delle legislature»¹³.

D'altronde a comprova di quanto si è appena rappresentato si può ulteriormente richiamare anche il precedente dibattito, svoltosi in Seconda Sottocommissione, prima sezione, all'atto dell'approvazione del testo, così come proposto dal Comitato di redazione, che recitava: «Il Presidente della Repubblica può convocare le Camere e, sentito il parere dei loro Presidenti, può scioglierle». Si tratta di una discussione che ricalca per grandi linee quella appena rammentata, anche se con interlocutori in gran parte diversi. Pure in quella discussione erano state presentate proposte limitative del potere di scioglimento molto simili a quelle successivamente ripresentate in sede di discussione finale. Proposte respinte con motivazioni del tutto analoghe a quelle poco sopra riportate. In particolare, tra i vari emendamenti presentati e messi ai voti, possono esemplificativamente ricordarsi quello aggiuntivo dell'on. Nobile: «Se nel corso di un medesimo periodo di dieci mesi abbiano avuto luogo due crisi ministeriali in seguito a voto di sfiducia dell'Assemblea Nazionale o di una delle due Camere, queste

¹² Così P. ROSSI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost.*, cit., p. 1545. Si rammenti che originariamente la durata del Senato era fissata in sei anni.

¹³ Così A. MORO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost.*, cit., p. 1546.

potranno essere sciolte con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Consiglio dei Ministri. In nessun altro caso le Camere potranno venire sciolte prima del termine normale della legislatura»; quello dell'on. Zuccarini, che recitava: «Le Camere non possono essere sciolte, se non dopo due anni dalle elezioni»; e ancora quello proposto dal presidente Terracini, per il quale il potere presidenziale avrebbe dovuto contenersi stabilendo che «il Presidente della Repubblica non può, nel corso del suo mandato, valersi del suo potere di scioglimento più di due volte»¹⁴.

Contro questi emendamenti venne innanzitutto osservato che non sarebbe stato «opportuno togliere al Capo dello Stato questa facoltà», perché se è vero che «il Capo dello Stato non può e non deve intervenire né sul potere legislativo, né sul potere esecutivo», tuttavia «deve poter sempre richiedere che il Paese sia chiamato a manifestare il proprio punto di vista». Infatti, la «funzione principale del Presidente della Repubblica deve essere quella di interpretare le correnti politiche esistenti nel Paese che non hanno trovato, per una qualunque ragione, il modo di manifestarsi nel Parlamento. Può darsi che Parlamento e Governo procedano d'accordo, ma nel Paese si sia determinata una situazione e si sia diffuso uno stato di malcontento per cui il Parlamento non risponda più alla volontà popolare». Casi questi in cui se venissero approvati gli emendamenti presentati il Capo dello Stato non avrebbe più «alcuna possibilità di intervento»¹⁵.

Secondariamente, in disaccordo sull'emendamento avanzato dall'on. Nobile, venne rilevato come lo stesso non potesse considerarsi soddisfacente perché avrebbe «riguardato soltanto uno dei casi in cui appare legittimo lo scioglimento della Camera, cioè quello del Parlamento che non funziona, ma non

¹⁴ Cfr. *Atti Ass. Cost., Seconda Sottocommissione, Prima Sezione*, seduta pomeridiana 13 gennaio 1947, pp. 110 e 117, reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>.

¹⁵ Così il futuro Presidente della Repubblica, on. L. EINAUDI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, pp. 110 e 114.

l'altro, che è quello del capovolgimento della situazione politica del Paese»¹⁶.

Osservazione la cui più generale conseguenza era che, siccome la materia dello scioglimento non sarebbe stata «disciplinabile, perché non si possono prevedere tutti i casi in cui lo scioglimento stesso si rende necessario»¹⁷, quale quello che potrebbe verificarsi «quando in un dato momento della vita politica si ritenga che vi sia una frattura tra Parlamento e Paese»¹⁸ o quando, «a breve distanza dalla convocazione delle Camere, all'inizio della legislatura, sorga una questione di carattere fondamentale intorno a cui il Paese non abbia avuto occasione di pronunciarsi durante la campagna elettorale»¹⁹, sarebbe stato più opportuno lasciare una formula più elastica, come quella proposta dal Comitato di redazione.

Come si vede dai lavori dell'Assemblea costituente due dati emergono incontestabilmente. Il primo è che per la stragrande maggioranza dei Costituenti non solo si riteneva ammissibile, ma si voleva che il Presidente della Repubblica avesse il potere di sciogliere le Camere per adeguare la rappresentanza popolare ai reali mutamenti dell'opinione pubblica. Il secondo è che la disposizione di cui all'art. 88, comma 1 Cost., così come approvata dai Costituenti, ha tratto la sua ragion d'essere, stante la difficoltà e la non opportunità di redigere un testo in cui fossero enumerati tassativamente i singoli casi in cui lo scioglimento stesso si sarebbe reso necessario, dall'esigenza di adoperare una formula assai elastica, tale da garantire lo scioglimento in una pluralità non predeterminata di ipotesi, in special modo quella, appena richiamata, di una frattura tra Parlamento e Paese, ovvero quella derivante dalla necessità di sottomettere al popolo questioni fondamentali rispetto

¹⁶ In proposito l'on. E. LAMI STARNUTI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, pp. 111-112.

¹⁷ Si veda l'on. E. TOSATO, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 114.

¹⁸ In questo senso l'on. V. LA ROCCA, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 111, che tuttavia riteneva che il potere di scioglimento sarebbe stato più adeguato al caso italiano se si fosse «adottata la norma sancita dalla Costituzione francese che dà alle Camere il diritto di autosciogliersi».

¹⁹ Ancora l'on. E. TOSATO, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 114.

alle quali i cittadini non avevano avuto occasione di pronunciarsi, non essendo state oggetto della campagna elettorale ovvero essendo sorte successivamente alla stessa.

Anche nella dottrina la tesi dello scioglimento come mezzo per ripristinare la concordanza dell'indirizzo politico delle Camere con la volontà popolare ha trovato autorevoli sostenitori. In questo senso è stato osservato: «L'istituto di armonizzazione fra rappresentanti e rappresentati, che meglio appare adeguabile alla struttura propria del regime parlamentare è quello già ricordato dello scioglimento anticipato delle camere elettive [...]. Per quanto riguarda la finalità dello scioglimento, essa, in regime democratico, non può essere che una: l'accertamento della corrispondenza fra la volontà del popolo e quella dei suoi rappresentanti. Un fine, patologico rispetto al detto regime ma normale in ordinamenti non dominati dal principio della sovranità popolare, è quello di piegare la volontà del corpo elettorale a quella di altro organo»²⁰. Soggiungendosi in proposito che nel valutare i mezzi «offerti ai cittadini per consentire un loro intervento nell'attività dello Stato (diritto di petizione e di iniziativa popolare) è da osservare come essi si risolvono in manifestazioni di mero desiderio, in nessun modo vincolanti, e rivelatisi all'esperienza pratica sforniti di concreta efficacia. Sicché (se si prescinde dal diritto di resistenza, strumento per sua natura eccezionale ed aleatorio nei risultati) la sola arma efficiente affidata ai cittadini politicamente attivi [...] è quella del voto per l'elezione dei componenti i corpi preposti alla direzione politica dello Stato [...]», di modo che «[...] in mancanza di un potere popolare di revoca degli eletti [...] la consonanza fra eletti ed elettori è affidata alla funzionalità, tutt'altro che efficiente da noi, di quei congegni (come il Presidente della Repubblica) cui dovrebbe essere affidato il compito circa la permanenza della consonanza stessa, e quindi l'effettività del regime democratico che si è voluto instaurare»²¹.

²⁰ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952², pp. 314-315.

²¹ Di nuovo C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969⁸, p. 442.

Più ampiamente si è poi rilevato che «in un ordinamento democratico ci dev'essere corrispondenza continua fra la volontà degli elettori e quella degli eletti [...] il nostro ordinamento conosce alcuni meccanismi volti a questo scopo, e precisamente: [...] d) lo scioglimento anticipato delle Camere da parte del Presidente della Repubblica che dovrebbe essere pronunciato quando fosse constatata un'aperta frattura fra Parlamento e Paese»²². In un ordinamento democratico vi è infatti la «necessità che gli organi dello Stato, cioè lo Stato-apparato, debba essere interprete fedele della volontà popolare, secondo quanto prescrive appunto l'art. 1 della nostra Costituzione». Norma tra le cui conseguenze giuridiche vi è «quella relativa alla necessaria corrispondenza fra la reale volontà popolare e gli organi a cui il popolo affida l'attuazione di questa volontà, in modo particolare, naturalmente, le assemblee parlamentari»²³. Prospettiva questa in cui è del tutto «normale che il Capo dello Stato, custode del rispetto della Costituzione, sciolga il Parlamento, cioè praticamente chieda al popolo di scegliersi altri rappresentanti, quando ritenga che quelli esistenti non ne rispecchino più fedelmente la volontà, siano cioè dei rappresentanti infedeli»²⁴.

Linea di pensiero condivisa da quella parte della dottrina che ritiene possibile, anzi doveroso sciogliere le Camere ogniqualvolta si verifichi un mutamento della situazione politica all'interno dell'opinione pubblica, ovvero quando si sia di fronte ad una evidente divaricazione fra l'orientamento politico del corpo elettorale e quello del Parlamento²⁵.

²² Così L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, *Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze, 1969, pp. 13-14.

²³ Ancora L. BASSO, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, 1958, p. 172.

²⁴ L. BASSO, *Il principe senza scettro*, cit., p. 173.

²⁵ Nel senso appena richiamato, tra gli altri, cfr. P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 2, p. 332 ss.; V. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1992, p. 381; L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica (art. 88-91)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1983, pp. 12-13 e pp. 61-64; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, II, *Studio sui*

Impostazione seguendo la quale altra dottrina ha ritenuto, peraltro esattamente, come non appaia per nulla convincente quell'indirizzo interpretativo che configura lo scioglimento delle Camere come 'ultima spiaggia', facendo «della durata fisiologica della legislatura e della stabilità del Governo l'unico vero *Grundwert* delle relazioni politico-istituzionali», poiché in realtà «né l'una né l'altra, che pure innegabilmente sono beni preziosi da salvaguardare e – fin dove possibile – trasmettere, costituiscono valori assoluti, come tali bisognosi di essere fatti valere a tutti i costi». Mentre è «la rappresentatività dei rappresentanti (e, perciò, delle assemblee elettive nel loro insieme) [...] un bene ancora di più meritevole di tutela, siccome direttamente, immediatamente e genuinamente espressivo del valore che sta a base della Repubblica, la democrazia», diversamente non riuscendosi «a spiegare come mai si renda possibile (e, anzi, doverosa) l'anticipata chiusura della legislatura per acclarata carenza di rappresentatività»²⁶.

D'altronde, riflettendo sull'incidenza che le diverse leggi elettorali determinano sul concreto atteggiarsi del potere presidenziale di scioglimento, si è osservato che «stranamente oggi» si trascurano «alcuni degli aspetti più classici dei poteri di garanzia del Presidente, che ha, sì, il dovere di prendere atto di una maggioranza parlamentare idonea a sostenere un governo, ma anche – e oggi sempre più – quello di accertarsi che tale maggioranza non sia in contrasto con quella espressa dal corpo elettorale o comunque che non ci sia una “frattura” con-

presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano, Milano, 1988, p. 93; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Bologna, 1997, p. 362 ss.; G.F. CIAURRO, *Scioglimento delle Assemblee Parlamentari*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXII, Roma, 1991, p. 3 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2016, p. 281 ss.

²⁶ Così A. RUGGERI, *Crisi di governo, scioglimento delle Camere e teoria della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, 2010, p. 6, reperibile all'indirizzo internet *www.forumcostituzionale.it*. In senso analogo, sul difetto di rappresentatività dei rappresentanti come causa di scioglimento, si veda: V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, 1955, p. 525 ss. e pp. 536-537; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, pp. 195-196.

solidata (per esempio attraverso diverse elezioni e prove referendarie) e inaccettabile (per l'evidenza dell'opinione pubblica) fra la maggioranza parlamentare e l'orientamento prevalente del Paese». Specialmente si tende «a sorvolare sul fatto – che era considerato classico nella manualistica del dopoguerra del secolo scorso – che il Capo dello Stato può dar vita anche a uno scioglimento di garanzia o tecnico delle Camere, quando appunto ravvisa uno “scollamento” fra volontà del corpo elettorale e maggioranza parlamentare [...]. Certo, nessun Capo dello Stato scioglie anticipatamente le Camere a cuor leggero, ma nemmeno può “cercare” col lanternino nuove maggioranze parlamentari, quali che siano, in funzione anti-scioglimento, men che meno se si tratta di maggioranze diverse da quella espressa dalle urne, togliendo (di fatto) le castagne dal fuoco all'opposizione ed entrando (più o meno consapevolmente) nell'agone politico»²⁷.

Da quanto appena esposto appare indubbio che la teoria dello scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori abbia una lunga tradizione dottrinale e affondi le proprie radici nei lavori dell'Assemblea costituente.

3. I fondamenti della teoria che ritiene coesistente al regime democratico instaurato con la Costituzione lo scioglimento delle Camere quando queste non rappresentano più gli orientamenti politici del corpo elettorale

La tesi che le Camere debbano essere sciolte quando non vi è più corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori viene, dalla dottrina italiana che sostiene quest'orientamento, prevalentemente ricondotta a due principi fondamentali: quello della sovranità popolare e quello dell'effettività del regime democratico che si è voluto instaurare con l'approvazione della vigente Costituzione.

²⁷ In proposito si veda A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di “ribaltone”*, in *forumcostituzionale.it*, 2010, pp. 13-14, reperibile all'indirizzo internet www.forumcostituzionale.it.

Come noto l'art. 1, comma 2 Cost., recita: «La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». Norma che ha suscitato delicate questioni interpretative, ma il cui tenore è chiarissimo, palesando la volontà dei Costituenti di dar vita ad un ordinamento in cui al popolo deve riconoscersi «la posizione di organo supremo»²⁸.

In questo senso depone univocamente il dibattito sviluppatosi in Assemblea costituente, sulla necessità di abbandonare la formula ottocentesca, accolta nel Progetto di Costituzione con cui si affermava che la sovranità emana dal popolo.

Ritenuto «fermissimo il principio della sovranità popolare, essendo cadute le combinazioni ottocentesche con la sovranità regia», doveva riconoscersi che la sovranità «spetta tutta al popolo; che è l'organo essenziale della nuova costituzione. E che, anche se non ha la continuità di funzionamento e la personalizzazione più concreta degli altri organi, è la forza viva cui si riconduce ogni loro potere; l'elemento decisivo, che dice sempre la prima e l'ultima parola»²⁹, rimanendo da stabilire come affermare questo principio, essendo da considerare del tutto insoddisfacente la classica formula dell'emanazione popolare della sovranità.

Avverso questa formula venne infatti osservato che «avrebbe potuto indurre nella convinzione che il potere parta dal popolo, ma non si fermi in esso, mentre il punto» da mettere in rilievo non avrebbe dovuto essere tanto «la sovranità originaria [...] quanto la permanenza dell'esercizio di questa nel po-

²⁸ In proposito C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo presentata alla Seconda Sottocommissione*, p. 195, accennando alla posizione del popolo nei regimi democratici. Detta Relazione è reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>, alla voce 'Documenti', sez. 'Progetto di Costituzione'. In questo senso di recente G. CERRINA FERONI, *Restituire lo scettro agli elettori*, cit., pp. 124-128, che sottolinea come per i Costituenti il primo alinea dell'art. 1 Cost. non avesse «contenuti vaghi e indeterminati, ma caratteri sostanziali» (*ivi*, p. 128).

²⁹ Così M. RUINI, *Relazione al testo del progetto di Costituzione della Repubblica italiana del Presidente della Commissione presentata al Presidente dell'Assemblea costituente*, cit., p. 9.

polo, come contrassegno essenziale ed ineliminabile del regime democratico che si» andava ad instaurare³⁰.

Emblematiche di quel che si voleva affermare e sancire sono le parole dell'on. Lucifero, che peraltro riteneva inadeguata anche l'espressione 'appartiene' da sostituire con 'risiede': «sovrano è il popolo, che tale resta permanentemente; la sovranità risiede nel popolo e in esso sempre rimane. Vi possono essere degli organi delegati che per elezione popolare esercitano la sovranità in nome del popolo; ma la sovranità è del popolo e resta del popolo. Dire pertanto che la sovranità emana o promana dal popolo dà [...] la sensazione, che può essere domani interpretazione giuridica, che il popolo, con l'atto con cui ha eletto coloro che eserciteranno la sovranità in suo nome, si spoglia di questa sovranità, investendone i suoi delegati». Il che per l'on. Lucifero sarebbe stato «antidemocratico» e – detto da «lui monarchico – soprattutto antirepubblicano; poiché proprio il far risiedere la sovranità nel popolo, *avrebbe dovuto* costituire la distinzione fondamentale fra repubblica e monarchia»³¹. Ragione per la quale gli pareva necessario si dovesse rafforzare questo concetto utilizzando la più, a suo avviso, pregnante espressione 'la sovranità risiede nel popolo'. Certo – egli aggiungeva – distinguere fra 'appartenere e risiedere' può sembrare una «questione sottile, ma è una questione concettuale; e diventa una questione sostanziale quando si pensa alla esperienza dalla quale siamo usciti, cioè quando si pensa che ad un certo punto ci siamo trovati di fronte a gente che si è sentita delegare dei poteri popolari, li ha assunti e non li ha restituiti più se non attraverso quella tragedia che abbiamo tutti vissuto. Quindi chiedo che la Costituzione democratica debba chiaramente sancire il concetto che la sovranità, cioè

³⁰ Le frasi riportate nel testo sono tratte dalla ricostruzione fatta da Mortati del dibattito svoltosi sul punto in Assemblea costituente. Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., p. 141.

³¹ R. LUCIFERO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria*, seduta del 22 gennaio 1947, p. 141, reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>.

il potere, non solo appartiene al popolo, ma nel popolo costantemente risiede»³².

Osservazione a cui venne peraltro replicato da un lato che la formula 'la sovranità appartiene al popolo' avrebbe ricompresso «in sé anche il concetto [...] non solo che la sovranità è del popolo, ma anche implicitamente ma necessariamente che nel popolo essa risiede»³³; dall'altro che «se il verbo emana poteva lasciar supporre che della sovranità, potesse venir investito un gruppo od un uomo, che la captasse e staccasse dal popolo», una volta che si fosse abbandonata questa dizione, diventava una questione puramente letteraria scegliere tra «appartiene, risiede, spetta, è, e così via», perché in realtà tutti questi verbi sarebbero stati ugualmente idonei ad «indicare che la sovranità resta nel popolo»³⁴.

La qual cosa peraltro fa capire come per i Costituenti il proclamare che la sovranità è nel popolo e del popolo avesse un carattere sostanziale, tanto da far osservare alla dottrina che «la sovranità popolare ha costituito fin dall'inizio il fondamento del sistema costituzionale repubblicano che si andava a costruire, ha orientato l'intero disegno, ispirato [...] ogni altra scelta [...] in particolare quella relativa alla posizione degli organi di vertice dello Stato e ai loro rapporti»³⁵.

Appare dunque abbastanza difficile contestare che, quantomeno per i Costituenti, con il riconoscimento del principio della sovranità popolare si intendesse affermare il riconoscimento al popolo di una posizione di supremazia, non solo nel momento delle elezioni, ma anche fra una elezione e l'altra, dando così forma giuridica all'idea che «nel popolo [...] risiede la sostanza del potere politico»³⁶. Riconoscimento la cui prima

³² R. LUCIFERO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 22 marzo 1947, p. 2372.

³³ In questo senso A. CARBONI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 2373.

³⁴ Così M. RUINI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, pp. 2374-2375, che invitava a scegliere 'appartiene' perché «ha avuto una adesione più larga negli emendamenti, ed è termine usato in altre Costituzioni».

³⁵ L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Costituzionalismo.it*, p. 1, reperibile all'indirizzo internet www.costituzionalismo.it.

³⁶ Anche questa felice espressione è tratta dal dibattito svoltosi in Assemblea costituente. Così R. LACONI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 05 marzo 1947, p. 1789.

e più ovvia conseguenza era, tra le altre, quella della negazione del principio, ben noto ad altre esperienze politico-giuridiche, della sovranità del Parlamento.

Così veniva lucidamente avvertito dai Costituenti che «gli organi attraverso i quali la sovranità o i poteri si esercitano nella vita di un popolo, sono organi i quali agiscono in nome del popolo, ma che non hanno la sovranità, perché questa»³⁷ è del popolo ovvero, ancor più chiaramente, che «la sovranità è nel popolo, non è nel Parlamento, e noi qui contiamo unicamente per quel che rappresentiamo». «Non noi, non questa Assemblea è sovrana, ma il popolo che sta fuori di questa Assemblea e di cui noi siamo i genuini e legittimi rappresentanti»³⁸. Il Parlamento, «non è sovrano di per sé stesso», pur se «è l'organo di più immediata derivazione dal popolo e come tale riassume in sé la funzione di fare le leggi e di determinare e dirigere la formazione e l'attività del governo»³⁹.

Come osserva la dottrina è dunque un corollario del principio della sovranità popolare che se il Parlamento non rappresenta più gli orientamenti politici dei cittadini, non essendo il sovrano, debba rimettere al vero sovrano la decisione su chi debba governarlo, su quale debba essere l'indirizzo politico dello Stato, conforme alla volontà del corpo elettorale.

Sarebbe infatti «un ossimoro giuridico predicare “l'appartenenza” permanente ed inalienabile della sovranità al popolo [...] se a quest'ultimo fosse concesso di votare soltanto una volta e per tutte i propri rappresentanti e poi gli fosse impedito, per il prosieguo della legislatura, di poter continuare ad esercitare la propria sovranità»⁴⁰.

³⁷ Ancora R. LUCIFERO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, cit., p. 2372.

³⁸ Le frasi citate sono ancora di R. LACONI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 05 marzo 1947, p. 1789, il quale tuttavia riteneva la sovranità del popolo come inverata «nel popolo e nei partiti in cui il popolo si organizza».

³⁹ Così M. RUINI, *Relazione al testo del progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 9

⁴⁰ In proposito F. MAIMONE, *La Repubblica parlamentare e l'inarrestabile frattura democratica*, in *Orizzonte 48. Quelli che...*, reperibile all'indirizzo internet

«Il nuovo sovrano, il popolo, non diversamente da quanto faceva o avrebbe dovuto fare il sovrano assoluto delle antiche monarchie, deve considerarsi sempre nell'esercizio delle proprie funzioni, che non sono soltanto quelle di votare, ma altresì quelle di sorvegliare, controllare, criticare e insomma fare quanto è necessario perché la sua volontà (che è poi la risultante di tante diverse e contrastanti volontà) si traduca in azione politica e legislativa»⁴¹.

Il secondo argomento per sostenere la necessaria consonanza di idee fra corpo elettorale ed Assemblea dei rappresentanti è quello dell'effettività del regime democratico.

Se la sovranità appartiene in modo inalienabile e permanente al popolo è allora evidente che il regime democratico che si è voluto instaurare con la Carta fondamentale non è di quelli ascrivibili «alle forme meramente rappresentative, o rappresentative in senso stretto», «in cui al popolo è affidata una funzione di pura e semplice preposizione alla carica dei titolari degli organi costituzionali elettivi», ma è di quelli «in cui il popolo designa anche, in modo più o meno esplicito e diretto, gli indirizzi politici, e quindi appare come organo di espressione di una concreta volontà politica». Sistema la cui effettività necessita che in esso sia «prevista la possibilità dell'accertamento in ogni momento della corrispondenza tra la volontà del popolo e quella degli organi rappresentativi», e dunque sia «prevista l'adequazione tra le due volontà per mezzo della riduzione della durata normale di vita degli organi elettivi o di alcuni di essi»⁴².

D'altronde, osserva la dottrina, è impensabile che l'art. 1, comma 2 Cost. non implichi alcuna conseguenza giuridica, visto che ha come naturale corollario che «gli organi dello Sta-

⁴¹ Cfr. L. BASSO, *Il principe senza scettro*, cit., pp. 171-172.

⁴² Si sono utilizzate le parole usate da Mortati in Assemblea costituente all'atto di esporre «i vari tipi concettualmente possibili di ordinamenti democratici moderni, di ordinamenti cioè che hanno come elemento comune il collegamento, diretto o indiretto, di tutti gli organi costituzionali con il popolo considerato quale fonte di tutti i poteri». Così C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, cit., p. 183.

to, cioè lo Stato-apparato, debba essere interprete fedele della volontà popolare»⁴³.

«La Costituzione è una legge, un atto normativo; si deve perciò presumere in partenza che tutte le sue disposizioni pongano norme giuridiche, e non all'opposto che siano formule puramente moralistiche, didascaliche e decorative». È da considerare pertanto superficiale quella dottrina che relega l'art. 1, comma 2 Cost. «tra le vuote enunciazioni retoriche», «scotide disturbatrici di una routine dottrinale»⁴⁴.

All'opposto deve riconoscersi che essa concorre, specialmente con le norme sul referendum, a delineare un sistema che «rompe nettamente con il vecchio Stato parlamentare, nel quale al popolo veniva riconosciuto praticamente solo il diritto di eleggere ogni quattro o cinque anni il Parlamento, dando per presupposto, *juris et de jure*, che il Parlamento rappresentasse la volontà popolare e che la maggioranza e il governo interpretassero l'interesse nazionale»⁴⁵.

Per questo, viene aggiunto, in un regime che vuole essere veramente democratico, in cui il riconoscimento della sovranità popolare non è un mero *flatus vocis*, «è necessario che tutti i cittadini abbiano la possibilità di partecipare non saltuariamente, ma continuamente al governo della cosa pubblica». E se anche rimane la grande questione della democrazia, ossia quella di assicurare la partecipazione permanente di tutti i cittadini alla decisione sovrana, quantomeno «ci dev'essere corrispondenza continua fra la volontà degli elettori e quella degli eletti»⁴⁶.

D'altronde quel che deve comprendersi è che se nell'ordinamento costituzionale italiano il popolo è riconosciuto sovrano è perché è in esso che deve individuarsi «la forza che avvolge e muove gli altri organi dello Stato [...] il solo organo originario, anche se non configurato e fissato formalmente come gli altri

⁴³ L. BASSO, *Il principe senza scettro*, cit., p. 172.

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, pp. 105 e 94.

⁴⁵ Cfr. L. BASSO, *Il principe senza scettro*, cit., p. 180.

⁴⁶ Ancora L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 13-14.

che da esso derivano», «la forza motrice, l'elettricità che muove la macchina», il soggetto a cui perciò spetta «sempre avere la prima e l'ultima parola»⁴⁷.

Secondo questa dottrina lo scioglimento delle Camere, quando queste non rappresentano più gli elettori, viene dunque a configurarsi come strumento essenziale per garantire l'effettività del sistema democratico in cui l'«appello al popolo deve considerarsi il mezzo normale di risoluzione delle crisi costituzionali»⁴⁸.

Ed è ovvio che quale congegno di conformazione della volontà statale a quella del popolo lo scioglimento è chiamato ad operare anche nel caso in cui «sussista in atto il rapporto di fiducia fra maggioranza dell'Assemblea e Governo», laddove la dissoluzione sia determinata «dal sospetto di mutamenti intervenuti nello stato della pubblica opinione durante la legislatura» (i cui «sintomi più caratteristici sono [...] i risultati di elezioni parziali, che segnino vittorie dei partiti di opposizione, [...] scissioni nel partito di maggioranza, che non suscitino una ripercussione nella Camera sufficiente a spostare la maggioranza; allontanamento dal Governo di uno dei partiti della coalizione governativa, tale da non fare venir meno la maggioranza») ⁴⁹.

Insomma, per questa linea interpretativa la sovranità popolare e l'effettività di un ordinamento ad essa improntato sono le due facce della stessa medaglia, di un sistema cioè in cui i rappresentanti devono essere, per usare un termine inizialmente elaborato dalla politologia statunitense, responsivi⁵⁰, vale a dire sensibili e attenti alle istanze che provengono dal corpo elettorale, dando ad esse ingresso nel *policy making*.

⁴⁷ M. RUINI, *Il Parlamento nella nuova Costituzione*, in *Il centenario del Parlamento, 8 maggio 1848 – 8 maggio 1948*, Roma, 1948, pp. 410-411.

⁴⁸ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1952², cit., p. 323.

⁴⁹ Così C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, cit., pp. 186-187, il quale, oltre al caso indicato nel testo, ritiene che, pur sussistendo il rapporto di fiducia, la dissoluzione delle Camere possa essere determinata anche «dalla necessità di affrontare problemi di notevole importanza politica non agitati in occasione della elezione del Parlamento in carica».

⁵⁰ In proposito, sul concetto di *responsiveness*, cfr. H.F. PITKIN, *I due volti della rappresentanza*, trad. it. di P. GRILLI, in *The concept of the representa-*

4. *L'opposta tesi che ritiene inammissibile o almeno del tutto eccezionale lo scioglimento delle Camere in caso di frattura fra corpo elettorale e Assemblea rappresentativa*

La teoria che nella forma di Governo parlamentare è nel rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo che si radica l'indirizzo politico dello Stato e che sino a che tale rapporto non entra in crisi o, il che è lo stesso, sino a che c'è una maggioranza, il Capo dello Stato non può e non deve sciogliere le Camere, è molto diffusa in dottrina e forse prevalente (e anche, a ben vedere, quella largamente seguita dagli inquilini del Quirinale).

Indirizzo interpretativo che si basa su una pluralità di considerazioni. La prima viene ricondotta alla medesima lettera dell'art. 1, comma 2 Cost., ad una «interpretazione assorbente della formula» 'che la esercita nelle forme e limiti della Costituzione' che ricorre nel secondo alinea, osservando che la norma deve essere letta nella sua interezza senza separare la prima dalla seconda parte, ragione per la quale tale disposizione non potrebbe essere enfatizzata più di tanto, non avendo nulla di rivoluzionario, essendo nel suo complesso espressione della tradizionale concezione che la «sovranità popolare non può esistere se non come sovranità parlamentare»⁵¹.

Una seconda argomentazione viene ricavata dal fatto che nelle democrazie moderne e contemporanee il popolo non va inteso atomisticamente, identificato e disperso nella molteplicità dei singoli cittadini, ma va considerato come popolo organizzato nei partiti alla cui formazione concorre e attraverso cui si realizza la sua permanente partecipazione alla vita politica nazionale. È dunque nei partiti che si invertebbe la sovranità popolare, spettando a questi ultimi, legittimati elettoralmente dallo stesso popolo di cui divengono la proiezione nelle Camere, sia di formare le maggioranze sia, per mez-

tion, Berkeley, 1967, pp. 209-240, ora in *La rappresentanza politica*, a cura di D. FISICHELLA, Milano, 1983, pp. 213-258.

⁵¹ Sintetizza assai felicemente questa posizione dottrinale G. CERRINA FERONI, *Restituire lo scettro agli elettori*, cit., p. 128, che tuttavia aderisce alla tesi opposta.

zo della fiducia, di determinare l'indirizzo politico dello Stato. Detto altrimenti nel *Parteienstaat* la sostanza politica della sovranità risiederebbe non già nel popolo-somma dei cittadini, ma nel popolo autorganizzatosi in partiti politici e che diviene per tale via capace di sviluppare e rappresentare visioni della società e del mondo fra loro differenti e spesso alternative e di elaborare programmi con esse coerenti, idonei a potersi trasformare, se sostenuti dal consenso elettorale, nell'indirizzo politico che dovrà animare l'azione dei pubblici poteri.

Un terzo argomento è direttamente ricavato dall'evoluzione della forma di Governo parlamentare italiana. La scelta di una legge elettorale proporzionale e in special modo la *conventio ad excludendum*, imposta dalla situazione politica internazionale, che, fino al crollo dei regimi comunisti aveva impedito che in Italia il maggior partito si opposizione, il P.C.I., potesse divenire forza di Governo, avrebbero infatti dato vita a 'precedenti, prassi e convenzioni' che avrebbero condotto a modificare il quadro costituzionale: determinando l'obsolescenza della possibilità di uno scioglimento per mancanza di consonanza fra l'indirizzo politico della maggioranza e la volontà dei rappresentati, o perlomeno a renderlo del tutto eccezionale, facendo dello scioglimento una decisione prevalentemente partitica di cui, suo malgrado, il Presidente non potrebbe che prendere atto.

Prospettiva questa in cui lo scioglimento delle Camere si dovrebbe interpretare come l'*extrema ratio*, 'l'ultima spiaggia' a cui si dovrebbe far ricorso solo di fronte alla conclamata impossibilità di formare una maggioranza, essendo fondamentale dovere del Capo dello Stato portare la legislatura alla sua naturale scadenza, dovendo «ogni soluzione diversa dallo scioglimento avere comunque la precedenza su quest'ultimo»⁵².

⁵² Ad esempio, per quest'orientamento, P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, parr. 7 e 8, pp. 5-6, in *Consulta online*, 2010, reperibile all'indirizzo internet www.giurcost.org; G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, relazione al convegno su *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, tenutosi presso la Luiss, Roma 26 novembre 2010, 125/2010, reperibile all'indirizzo internet www.astrid-online.it, che, dibattendo la tesi favorevole

Interpretazione che peraltro non implicherebbe affatto un depotenziamento del ruolo e della funzione del Capo dello Stato, dovendosi comunque riconoscere che, a certe condizioni, in casi assolutamente eccezionali, lo stesso potrebbe anche ‘spingere’, *salus rei publicae*, per un ritorno anticipato alle urne.

Una quarta argomentazione è infine riconducibile a quell’indirizzo interpretativo che, seppur risalente, ha perentoriamente osservato

«che la posizione costituzionale conferita al Capo dello Stato non può mai consentirgli di servirsi dello scioglimento contro il raccordo Governo-Parlamento, vale a dire in antitesi alla maggioranza parlamentare. Quali che siano i sintomi dell’indebolirsi dello schieramento maggioritario nei rapporti con il corpo elettorale, non è al Presidente che spetta farsene interprete, imponendo unilateralmente il ricorso alle urne: sia perché gli orientamenti espressi dagli elettori in occasione di altre consultazioni, come quelle referendarie, regionali ed amministrative, non possono venire meccanicamente trasferiti alle future consultazioni politiche; sia perché, soprattutto, il Presidente che agisse in tal senso non tutelerebbe, in realtà, il complessivo corpo elettorale nei confronti dell’insieme dei rappresentanti politici, ma si porrebbe egli stesso come una parte politicamente attiva, operando a danno della maggioranza in atto per favorire i gruppi politici di opposizione, ossia per rimettere in contestazione i rispettivi rapporti di forza», dovendosi, all’opposto, «fissare alcuni punti fermi cioè, per prima cosa, che anche nel disporre lo scioglimento delle Camere il Capo dello Stato deve porsi come un risolutore e non come un provocatore di crisi che vanno ad incidere sul sistema di governo; in secondo luogo che la scelta di cui si discute non è ri-

all’immediato appello al popolo in caso di crisi di governo (laddove la ‘formula politica’ e il *premier* siano stati sostanzialmente scelti dal popolo stesso), ritiene che il suo accoglimento comporterebbe uno sconvolgimento della forma di Governo parlamentare; ancora M. VILLONE, *I cecchini del governo contro la Carta*, in *Il Manifesto*, 18 agosto 2010; A. BALDASSARRE, “*Quante balle incostituzionali*”, in *Liberal*, 8 settembre 2010. Per ulteriori indicazioni su questa dottrina si rinvia a C. DE FIORES, *Sulla natura polivalente del potere di scioglimento delle Camere*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, p. 139 ss. La citazione nel testo è presa da A. RUGGERI, *Crisi di governo, scioglimento delle Camere e teoria della Costituzione*, cit., p. 3, che tuttavia non sostiene questa linea interpretativa.

servata al solo Presidente, dato che la necessaria controfirma ministeriale funge da reale contrappeso, consentendo se non altro che il Presidente del Consiglio rassegni le proprie dimissioni o insista nel dimettersi anzichè controfirmare; in terzo luogo che nemmeno in quest'ultima ipotesi il Presidente della Repubblica può considerarsi abilitato a costituire Governi "di lotta" creati al solo fine di aprirgli la strada dello scioglimento, ma deve sempre mirare allo scopo indicato dall'articolo 94 comma 1»⁵³.

Dottrina a cui, nonostante l'ampio consenso che riscuote sia fra gli interpreti sia nelle sedi istituzionali, si può nondimeno ribattere in primo luogo che l'interpretazione del secondo alinea dell'art. 1, comma 2 Cost. ('che la esercita nelle forme e limiti della Costituzione') non può «giungere fino al punto da rendere solo apparente tale conferimento»⁵⁴. D'altronde, se davvero l'art. 1, comma 2 Cost. dovesse interpretarsi nel senso che la sovranità popolare non può esistere che come sovranità esercitata solo al momento delle elezioni e attraverso gli organi dello Stato, principalmente il Parlamento, allora tale norma assumerebbe una sostanza in nulla dissimile dalla vecchia formula 'la sovranità emana dal popolo', risultando la proclamazione del principio dell'appartenenza della sovranità al popolo di pura facciata, una soluzione gattopardesca in cui si cambia tutto per non cambiare niente.

Secondariamente si può osservare che una simile interpretazione della detta disposizione costituzionale non è certo la sola possibile, considerato che la stessa può meglio intendersi come «la traduzione del principio per cui l'esercizio dei poteri delegati – si badi bene, non trasferiti, né tantomeno ceduti – dal popolo alle istituzioni repubblicane deve essere sempre subordinato a norme giuridiche»⁵⁵; o anche, opinione a cui aderisce chi scrive, che nell'ordinamento costituzionale italiano il

⁵³ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 208-209.

⁵⁴ Cfr. C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 34.

⁵⁵ Per questa interpretazione si rinvia a G. CERRINA FERONI, *Restituire lo scettro agli elettori*, cit., p. 128 e alla dottrina ivi citata.

popolo sovrano non si configura come un potere costituente, bensì come un potere costituito.

Sicché fra le varie interpretazioni possibili dovrebbe preferirsi quella che in ogni caso tende a riconoscere un autonomo contenuto alla solenne proclamazione dell'appartenenza della sovranità al popolo.

Impostazione che peraltro si ritrova anche in quella dottrina che più di ogni altra ha mantenuto fermo il principio della sovranità dello Stato e che tuttavia ha ritenuto che «l'espressione "la sovranità appartiene al popolo"» abbia comunque un proprio contenuto positivo, dovendo essere «intesa nel senso che, essendo i titolari degli organi supremi dello Stato direttamente o indirettamente eletti dal popolo, o più precisamente dal corpo elettorale, l'indirizzo politico che essi attuano» deve essere «di regola conforme alla volontà popolare [...] in quanto fonte prima dell'indirizzo politico dello Stato». Dottrina che quindi ammette che il Capo dello Stato possa «sciogliere la o le Camere quando queste [...] non siano più rappresentative del popolo»⁵⁶.

Quanto al secondo argomento portato a sostegno di questa tesi può invece osservarsi che identificare il sistema dei partiti con il popolo organizzato per quanto abbia avuto, per lunghi tratti del XX secolo, una certa corrispondenza con la realtà, a seguito dell'emergere dei grandi partiti di massa, e può risultare ancora vero in talune esperienze contemporanee non è, però, vero in senso assoluto, largamente dipendendo da mutevoli circostanze di fatto.

La profonda crisi dei partiti che si registra in quasi tutte le democrazie occidentali, dovuta alla crescente incapacità degli stessi di integrare nel *policy output* le istanze provenienti dai diversi strati sociali, la tendenza dei partiti a trasformarsi in organizzazioni elitistiche o peggio oligarchiche, l'innegabile propensione delle *élites* partitiche a voler imporre i propri

⁵⁶ In questo senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2007⁴, pp. 19 e 44, che tuttavia mantengono fermo il principio della sovranità dello Stato, osservando che «la titolarità e l'esercizio dei poteri di governo spetta [...] non al popolo ma ad organi dello Stato ed è quindi del tutto giustificato che questo, di cui tali organi sono parti, sia qualificato sovrano» (*ivi*, p. 19).

programmi più che a rappresentare le opzioni culturali e politiche e i bisogni reali dei cittadini, mostrano che fra popolo e partiti può esistere un dualismo e una conflittualità che non è in nulla dissimile a quella che può crearsi fra eletti ed elettori, sì che anche il rapporto fra partiti e popolo più che in termini di identificazione sembra porsi in termini di rappresentanza.

Il popolo, infatti, attraverso la pubblica opinione, le articolazioni della società civile e quelle del mondo del lavoro, è in ogni momento capace di esprimere un punto di vista esterno ed autonomo rispetto ai programmi elaborati e sostenuti dalle forze politiche organizzate, così che, anche nel *Parteienstaat*, si pone l'esigenza di una costante conformazione dell'indirizzo politico dello Stato alla volontà popolare.

Sicuramente dotata di maggior suggestione è la terza delle argomentazioni sopra richiamate. Corrisponde infatti al vero la tesi che la scelta di una legge elettorale di tipo proporzionale ha reso per quasi cinquant'anni sostanzialmente estranea all'esperienza parlamentare italiana l'idea che lo scioglimento anticipato delle Camere fosse uno strumento ordinariamente utilizzabile per ripristinare l'*idem sentire* fra rappresentanti e rappresentati. Questo perché una legge consimile assai raramente ha come effetto di rendere l'atto elettorale idoneo a far emergere una maggioranza e un indirizzo politico direttamente riconducibile alle scelte operate dai cittadini con il voto, apparendo di regola tale maggioranza e tale indirizzo come la risultante di complesse trattative fra i partiti, svolte posteriormente alle elezioni e il cui contenuto compromissorio esula giocoforza dai programmi votati dai cittadini, essendo finalizzato a formare quella maggioranza che le elezioni non hanno prodotto.

E tuttavia quest'argomentazione, se muove da una osservazione esatta giunge ad una conclusione errata, perché questo dato, per quanto rilevante sul piano 'della prassi, dei precedenti e delle convenzioni', non può nondimeno ritenersi idoneo a trasformare la natura dello scioglimento anticipato da strumento ordinario di appello al popolo per decidere del futuro indirizzo politico dello Stato, in *extrema ratio* utilizzabile solo per far luogo a scioglimenti tecnici o ai cosiddetti scioglimenti funzionali.

E questo perché la disposizione che consente lo scioglimento anticipato è stata volutamente formulata in termini assai ampi, allo scopo di fronteggiare le situazioni più diverse, adattandosi a scenari politico-istituzionali non identificabili a priori, in guisa tale da fare dell'appello al popolo il mezzo per risolvere qualsiasi tipo di crisi, anche nei rapporti fra popolo e organi di Governo, conformemente alla natura democratica dell'ordinamento. Con la conseguenza che la sua interpretazione e la sua astratta utilizzabilità prescinde dagli elementi normativi e politici che di tempo in tempo possono condizionarne la concreta applicazione.

Ma anche la quarta delle cennate argomentazioni non appare del tutto convincente, perché l'osservazione che il Presidente sciogliendo le Camere, pur esistendo una maggioranza, sul presupposto di una frattura fra questa e il corpo elettorale, opererebbe a danno della stessa maggioranza, favorendo i gruppi di opposizione, è del tutto reversibile, visto che, ove non lo facesse, favorirebbe una maggioranza delegittimata a danno delle forze verosimilmente divenute maggioranza nel Paese.

D'altronde, ad avviso di chi scrive, il difetto più grave dell'orientamento sopra riportato è di collocare la questione dello scioglimento tutta all'interno del circuito istituzionale dei rapporti fra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica, quasi che la profonda crisi che può innescarsi fra corpo elettorale e maggioranza di Governo sia una crisi di minore rilevanza, laddove all'opposto investe la ragione stessa di un ordinamento democratico in cui, per di più, è solennemente proclamato il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo. Anche perché, ai sensi dell'art. 87, comma 1 Cost., il Presidente della Repubblica è costituito rappresentante dell'unità nazionale e come tale è chiamato a rendere presente la volontà unitaria della Nazione, tanto che, come è stato osservato, il ruolo presidenziale, «è qualificato dall'*auctoritas*, cioè dalla sua posizione di rappresentante dell'unità del popolo, non dalla *potestas* o dall'*imperium*, cioè dai suoi specifici poteri»⁵⁷.

⁵⁷ In questo senso V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013, p. 15, richiamando in

Quanto poi alla corretta osservazione che la scelta dello scioglimento non è riservata al solo Presidente, stante il meccanismo della controfirma, ma mette in giuoco anche il ruolo del Governo, non si può fare a meno di sottolineare come questo elemento giuridico rilevi ai fini della ben diversa questione della natura degli scioglimenti extrafunzionali (questione su cui si tornerà più avanti) e non già ai fini dell'astratta ammissibilità degli stessi (fra i quali, oltre quello oggetto della presente disamina, se ne possono ipotizzare, come si vedrà *infra*, anche altri).

5. Teoria dello scioglimento, sistemi elettorali e principio della sovranità popolare

In dottrina è stato osservato che, in caso di mutamento della maggioranza parlamentare, la scelta del Capo dello Stato di non sciogliere le Camere, consentendo il formarsi di nuove maggioranze, si atteggierebbe assai diversamente a seconda della legge elettorale accolta.

Il fenomeno di cui sopra è stato esattamente evidenziato dalla dottrina in special modo a seguito della modifica del sistema elettorale italiano da proporzionale a tendenzialmente maggioritario, preordinato a favorire il formarsi di coalizioni elettorali (bipolarismo), intervenuta dopo il referendum popolare promosso dall'on. Mario Segni nel 1993, con cui i cittadini italiani con una maggioranza larghissima si espressero per l'abbandono del sistema proporzionale.

In particolare, proprio in conseguenza dell'adozione di leggi elettorali che consentono di rimettere ai cittadini in via diretta la scelta della cosiddetta 'formula politica', vale a dire

merito il pensiero di A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. VIGNUDELLI, Modena, 2012, p. 46. In proposito si veda anche M. LUCIANI, *Intervento*, in A. BALDASSARRE, G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, Atti del convegno di Roma, 26 novembre 2010, Roma, 2011, p. 252.

della coalizione di Governo, del *leader* della stessa e del sommario programma politico da attuare una volta vinte le elezioni, si è osservato che, nel caso in cui una delle forze della coalizione se ne staccasse per passare all'opposizione, dando vita con l'opposizione ad una nuova maggioranza, il Presidente non potrebbe dar corso alla formazione di tale maggioranza, pur se in Parlamento vi fossero i numeri per costituirla, ma dovrebbe ridare la parola al corpo elettorale, dovendo in ogni caso tale nuova maggioranza sottoporsi al giudizio degli elettori non solo perché priva di una diretta legittimazione popolare, quanto soprattutto perché in contrasto con la scelta politica compiuta dai cittadini con il voto⁵⁸.

In questo senso si è più ampiamente notato che, quando i cittadini sanno «chiaramente di poter “scegliere” fra due maggioranze alternative di governo, al cui vertice *si pongono* due esponenti politici di spicco (leader delle due coalizioni contrapposte e “sostanzialmente” designati alla carica di premier)», si verifica da un lato che il Capo dello Stato, pur non avendo del tutto esautorati i suoi poteri», vede «ridotti i margini di manovra e di scelta discrezionale [...] in ordine all'assegnazione dell'incarico, ovviamente affidato al leader della coalizione vincente», «essendovi piena coincidenza fra maggioranza elettorale e maggioranza parlamentare, al di là di formali consultazioni»; dall'altro, «nell'ipotesi in cui – durante la legislatura – [...] una forza politica di maggioranza» passi all'opposizione,

⁵⁸ Così A. RUGGERI, *Crisi di governo, scioglimento delle Camere e teoria della Costituzione*, cit., p. 6, il quale osserva: «Non sto [...] a dire che, per effetto di un “ribaltone” – come pure impropriamente ma efficacemente usa dire – venga meno *sempre e comunque* la rappresentatività dei rappresentanti (e delle istituzioni parlamentari presso cui questi ultimi trovano alloggio); può anche darsi che la comunità dei cittadini sia in maggioranza ormai orientata nel medesimo senso. Dico solo che di questa verifica (n.b. elettorale) non può farsi a meno, la presunzione [...] essendo proprio quella del sopravvenuto difetto di rappresentatività». *Contra* M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, III, II, Milano, 2010, p. 558 e nt. 151, che, negando la validità e l'utilità della distinzione «tra forme di governo maggioritarie e non maggioritarie», attribuisce alla ‘formula politica’ un rilievo di mero fatto, osservando come sia «l'incertezza del metodo, l'instabilità del quadro concettuale e – in alcuni casi – qualche pregiudizio ideologico» a condurre «talvolta una parte della dottrina a scambiare i vincoli di fatto per vincoli normativi».

«al Capo dello Stato, proprio in quanto garante della Costituzione (e, quindi, anche della stessa volontà popolare espressa con il voto), non *sarebbe* più permesso di avallare una scissione trasformistica della maggioranza parlamentare rispetto alla maggioranza elettorale»⁵⁹.

Sebbene fra gli interpreti, da più parti, si sia rilevato che la prassi presidenziale ha costantemente contraddetto questa dottrina, nondimeno la stessa appare del tutto coerente con l'affermato principio della sovranità popolare, consentendo di precisare i limiti al potere presidenziale di ricercare e/o promuovere maggioranze parlamentari diverse da quelle votate dai cittadini. Rispetto alla questione appena esaminata è tuttavia importante anticipare che la conclusione del presente lavoro non è nel senso di affermare che il Presidente della Repubblica abbia il dovere giuridico di sciogliere le Camere quando vi sia un 'ribaltamento parlamentare del voto popolare' ovvero vi sia una frattura politica fra corpo elettorale e corpo rappresentativo, perché a ciò osta, come si vedrà meglio in seguito, la natura dello strumento previsto dalla Costituzione per far luogo allo scioglimento anticipato, quanto piuttosto che la scelta dello scioglimento, nei casi appena segnalati, dovrebbe essere la prima opzione per il Capo dello Stato e non l'*extrema ratio*, quando ogni altra soluzione è impraticabile. Impostazione che ovviamente non è priva di conseguenze nella valutazione sia della prassi presidenziale prevalentemente fino ad ora seguita sia del verso dell'esercizio dei poteri presidenziali.

Ampliando e approfondendo l'accennata tematica del 'ribaltamento parlamentare del voto popolare' (non senza osservare, come si vedrà *infra*, che non tutti i mutamenti della maggioranza che ha vinto le elezioni implicano un ribaltamento della volontà popolare) si può osservare che la conclu-

⁵⁹ In proposito si veda A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *forumcostituzionale.it*, 2018, pp. 24-25, reperibile all'indirizzo internet *www.forumcostituzionale.it*; nello stesso senso, già in precedenza, Id., *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, cit., pp. 13-14.

sione che in un simile caso le elezioni costituiscano la strada da percorrere è condivisibile pure nel caso in cui ci si trovi in presenza di un sistema maggioritario puro, potendo, per vero, porsi anche rispetto ad una Camera eletta con un tale sistema, il problema relativo al formarsi di maggioranze politicamente alternative a quella uscita dalle urne e la loro compatibilità con il principio della sovranità popolare.

Accadimento che, se è relativamente più facile possa verificarsi nei sistemi bipolari, generalmente multipartitici, non è però inverosimile che possa succedere anche nei sistemi maggioritari puri, tendenzialmente bipartitici. Si pensi ad una scissione nel partito di maggioranza, con il partito sorto dalla scissione che si allei con l'opposizione e formi una nuova maggioranza⁶⁰. Si pensi al passaggio di un cospicuo numero di parlamentari dal partito di maggioranza a quello o a quelli di opposizione, sì da far diventare quest'ultima maggioranza (mentre, per quanto politicamente discutibile, di per sè non implica ribaltamento della volontà popolare l'ipotesi in cui nessun partito conquisti la maggioranza assoluta in Parlamento – come anche accaduto talvolta in Inghilterra il cui sistema elettorale è appunto un maggioritario puro – e il partito che costituisce l'ago della bilancia prima si allei con il partito di mag-

⁶⁰ Situazione concretamente verificatasi in Inghilterra nel 1931, quando il Primo Ministro MacDonald, contestualmente al verificarsi di una insanabile frattura nel Partito laburista al Governo, diede la propria disponibilità per costituire un Governo sostenuto da un'alleanza cosiddetta nazionale di cui facevano parte liberali, conservatori e laburisti nazionali (partito a cui aveva dato vita la frazione scissionista del Partito laburista). Dal nuovo Governo rimase escluso il Partito laburista, che in origine era partito di maggioranza relativa. In virtù dell'evoluzione del parlamentarismo inglese questo mutamento traumatico della maggioranza non originò uno scioglimento anticipato e nuove elezioni. Tuttavia, il risultato delle successive elezioni, favorevole alla nuova maggioranza di Governo, valse *a posteriori*, come è stato osservato, a «sancire la legalità e l'opportunità [...] dell'azione del Re». Così G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 63. Per la vicenda costituzionale che condusse alla formazione del *National Government* nel 1931, si veda D. BUTLER, *Governing without a majority. Dilemmas for hung Parliaments in Britain*, London, 1986, p. 45 ss. In proposito anche R. BASSETT, *Nineteen Thirty-One Political Crisis*, New York, 1958.

gioranza relativa e poi cambi la propria linea politica e costituisca una nuova maggioranza con l'opposizione).

Ebbene, anche con riguardo a tutti questi casi, sembra possibile affermare che il principio della sovranità popolare o, più ampiamente, la natura del sistema democratico appaia in conflitto con la possibilità, senza interpellare nuovamente il popolo, di ribaltare in Parlamento la volontà popolare emersa al momento del voto.

Conclusione che ovviamente, se appare sostenibile con riferimento all'ordinamento italiano, non necessariamente è valida per qualsiasi ordinamento democratico, pure se in esso è accolto il sistema elettorale maggioritario puro.

Come avveniva, ad esempio, in Inghilterra quando era in vigore la *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, che stabiliva come, in caso di sfiducia, la Camera dei Comuni avesse 14 giorni per presentare ed approvare una successiva mozione di fiducia in modo da evitare lo scioglimento anticipato. Con la conseguenza che nei casi sopra ipotizzati al cambio della maggioranza di Governo la legge non faceva seguire alcun necessario passaggio elettorale, ma anzi lo precludeva.

Questo perché nell'ordinamento inglese l'operatività del principio di sovranità popolare, essendo recessivo rispetto alla disciplina legislativamente prevista per lo scioglimento anticipato dei Comuni, non esclude l'adozione di leggi quali in passato è stata la *Fixed-Term Parliaments Act 2011*.

Il fatto è che nell'ordinamento costituzionale italiano, a differenza di quello inglese, la previsione in termini assai ampi dell'istituto dello scioglimento anticipato appare strumentale a garantire l'effettiva operatività del principio della sovranità popolare, saldando strettamente quest'ultima agli effetti legittimanti che scaturiscono dalle elezioni. Saldatura che è destinata a divenire evidentissima in caso di un sistema elettorale (ad esempio uninominale puro, oppure tendenzialmente maggioritario ad esiti bipartitici o bipolari, oppure tendenzialmente maggioritario con premio di maggioranza, etc.) che consenta di attribuire direttamente ai cittadini la scelta della futura maggioranza di Governo.

Sempre nella prospettiva di un approfondimento di questa tematica vale la pena di osservare che, anche avendosi riguardo ai sistemi elettorali proporzionali puri o proporzionali con soglia di sbarramento, è teoricamente ipotizzabile che la maggioranza parlamentare esca direttamente dalle urne, potendosi porre anche in questo caso la questione relativa al formarsi di maggioranze alternative a quella elettorale.

In dottrina è diffusa l'opinione, corroborata da cinquant'anni di proporzionalismo esasperato, frutto della scelta di un sistema proporzionale puro in vigore fino al 1993, che negli ordinamenti che accolgono meccanismi siffatti di trasformazione dei voti in seggi la possibilità che dalle elezioni scaturisca direttamente la scelta della maggioranza di Governo sia un'ipotesi disancorata dalla realtà, di pura scuola, rimanendo del tutto estraneo a tali sistemi il problema del formarsi di maggioranze parlamentari alternative a quella elettorale.

Opinione che, per quanto sia vera, avendosi riguardo all'esperienza del proporzionalismo italiano, non lo è tuttavia sul piano teorico. Infatti, anche a considerare puramente di scuola l'ipotesi, più sopra ricordata, che una forza politica conquisti la maggioranza assoluta dei voti e conseguentemente la maggioranza dei seggi, è pure possibile ipotizzare che in un *milieu* bipolare, pur in presenza di un sistema proporzionale puro, una pluralità di forze politiche costituisca un'alleanza elettorale per ottenere dagli elettori un mandato diretto per il Governo del Paese.

È, dunque, in realtà possibile che, anche in ordinamenti con rappresentanza proporzionale, possa accadere quel che è già accaduto con i sistemi misti a vocazione maggioritaria con dinamiche bipolari e cioè che un partito che ha dato vita all'alleanza elettorale premiata dalle urne passi all'opposizione e con l'opposizione, allo scopo di formare una nuova maggioranza.

Il che peraltro consente di osservare che, prima ancora che alla natura del sistema elettorale accolto, la necessità dello scioglimento anticipato, in caso di mutamento della maggioranza parlamentare in difformità dalla maggioranza elettorale, si presenta in via di principio necessario ogniqualvolta al voto dei cittadini possa ricondursi la scelta della maggioranza

e in definitiva anche del futuro indirizzo politico di Governo (o, se si vuole, del 'verso' del futuro indirizzo politico di Governo).

Ovviamente quanto sin qui detto non significa che qualsiasi modifica della maggioranza parlamentare uscita vincitrice dalle elezioni comporti un ribaltamento della volontà popolare.

Paiono fare eccezione tutte quelle ipotesi in cui il formarsi di una nuova maggioranza veda la partecipazione determinante di tutte o delle principali forze politiche vincitrici delle elezioni, dovendosi riconoscere alle stesse la piena legittimazione o di allargare la maggioranza o, se la situazione lo richieda, di dar vita a grandi coalizioni o a Governi di unità nazionale o di appoggiare, unitamente alle forze di opposizione, Governi composti da personalità estranee al circuito partitico (cosiddetti tecnici), ovviamente assumendosi la responsabilità politica delle proprie scelte. In questi casi è infatti dubbio ritenere che ci sia una divaricazione fra la volontà del corpo elettorale e quella del corpo sociale, potendosi anzi supporre una sorta di iper-rappresentatività della maggioranza di Governo di bel nuovo formata, che verrebbe a riflettere la volontà di una frazione amplissima del corpo sociale⁶¹.

Fin qui si è analizzato il versante del mutamento della maggioranza parlamentare rispetto alla maggioranza elettorale, quando questa derivi direttamente dal voto popolare sia in virtù dell'adozione di sistemi maggioritari o tendenzialmente maggioritari sia perché, pur in presenza di un sistema

⁶¹ Non sembrano infatti assimilabili i casi in cui un gruppo di parlamentari passi con l'opposizione o uno dei *leader* della coalizione di maggioranza esca dalla stessa, fondando un nuovo partito, o un piccolo partito della coalizione di maggioranza passi con l'opposizione, con quelli in cui i principali partiti di maggioranza diano vita a Governi insieme con le opposizioni, quando le circostanze lo richiedano (gravi crisi economiche o di altra natura; eventi bellici; indebolimento della maggioranza; necessità di aprire a forze autonomistiche; etc.). Nei primi è infatti percepibile un ribaltamento parlamentare della volontà popolare, nei secondi no perché il mutamento della maggioranza esprime una scelta di indirizzo politico, magari imposta dalla situazione di fatto, ed in cui la maggioranza non esisterebbe senza la determinante partecipazione di tutte o delle principali forze politiche che hanno vinto le elezioni.

elettorale proporzionale, si verifichino condizioni politiche tali da determinare questo esito.

Esiste tuttavia anche il diverso versante in cui sia il corpo elettorale a cambiare il proprio orientamento, voltando le spalle alla maggioranza parlamentare uscita dalle precedenti elezioni. Evenienza questa che può dunque presentarsi indifferentemente tanto nel caso in cui ci sia un sistema elettorale maggioritario, quanto nel caso risulti adottato un sistema elettorale proporzionale.

Ovviamente è da precisare che il verificarsi di una frattura fra il corpo elettorale e l'Assemblea rappresentativa non può certo trovare fondamento in semplici sondaggi, ma deve essere comprovata da fatti obiettivi e rilevanti, tali da vincere la presunzione che è alla base della rappresentanza politica e cioè che gli eletti rappresentino realmente la volontà o, per meglio dire, le idee e le istanze degli elettori.

In questo senso seri indicatori di una possibile perdita di legittimazione politica della maggioranza al Governo potrebbero considerarsi, senza alcuna pretesa di esaustività, la bocciatura di una consultazione referendaria fortemente voluta dal Governo e dalla maggioranza che lo sostiene, l'esito di consultazioni regionali e/o amministrative estese ad una larga parte del corpo elettorale⁶², così come, negli Stati che aderiscono all'Unione europea, le elezioni europee.

Rispetto al verificarsi di una evidente frattura fra maggioranza parlamentare e maggioranza degli elettori la prima cosa da domandarsi è se alla stessa possa darsi risposta con il trasformismo parlamentare o se, anche in questo caso, la via maestra debba individuarsi nello scioglimento anticipato e in nuove elezioni. A considerare percorribile la prima via diverrebbero ammissibili tutte quelle operazioni che, discutibili nel momento in cui fossero dirette a modificare la maggioranza

⁶² Per questi indicatori della delegittimazione del corpo rappresentativo, ad esempio, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 332 ss.; L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica*, cit., pp. 12-13 e pp. 61-64.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit. p. 362 ss; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991, p. 331 e nt. 192.

parlamentare rispetto a quella elettorale, apparirebbero invece del tutto conformi all'ordinamento se indirizzate a ripristinare la consonanza fra l'indirizzo politico dello Stato e la volontà degli elettori.

In questa logica una scissione nel partito di maggioranza con il partito sorto dalla scissione che si allei con l'opposizione; il passaggio di un cospicuo numero di parlamentari dal partito di maggioranza a quello o a quelli di opposizione, determinante per dar vita ad una nuova e diversa maggioranza; il passaggio di una delle forze di maggioranza all'opposizione, con lo scopo di costituire una nuova maggioranza il cui indirizzo politico sia più aderente all'orientamento prevalente all'interno del corpo elettorale, dovrebbero considerarsi tutte risposte sufficienti a ripristinare l'*idem sentire* fra corpo rappresentativo e corpo elettorale senza far luogo a nuove elezioni.

E tuttavia questa soluzione non sembra del tutto conforme al principio della sovranità popolare che invero sembra implicare, assai diversamente, che ogniquale si verifichi un iato fra il corpo rappresentativo e il corpo sociale sia doveroso ridare la parola agli elettori perché questi manifestino direttamente la propria volontà. Eventi politici così traumatici non sono infatti idonei a generare alcuna presunzione di conformità fra la volontà del corpo elettorale e l'indirizzo politico elaborato dalla nuova maggioranza, dovendo invece sondarsi quale sia la reazione popolare di fronte a situazioni del tutto nuove che stravolgono l'assetto politico preesistente.

La qual cosa, come già detto, non sta affatto a significare che nell'ordinamento costituzionale italiano in tali casi esistano meccanismi che impongano il ricorso automatico a nuove elezioni o, il che è lo stesso, che il Presidente della Repubblica abbia un dovere giuridico di sciogliere anticipatamente le Camere perché questa conclusione concerne un piano diverso da quello qui esaminato: quest'ultimo concerne la regola che si ricava dal principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, mentre l'altro riguarda il grado di effettività di questa regola che dipende dal modo in cui nella stessa Costituzione è stato disciplinato il meccanismo di scioglimento anticipato delle Camere.

La seconda domanda da porsi è invece quella di chiedersi se di fronte ad una maggioranza fortemente coesa, tanto nel caso si tratti di un solo partito, quanto nel caso si tratti di una coalizione, sia davvero percorribile la strada di nuove elezioni.

Domanda la cui risposta, anche in questo caso, come detto poc'anzi, dipende in realtà dalla verifica del se l'attuale meccanismo dello scioglimento anticipato risulti davvero adeguato a supportare la necessità della sostanziale corrispondenza fra la volontà del corpo rappresentativo e quella degli elettori o, se si vuole, la necessità che l'indirizzo politico dello Stato trovi il proprio fondamento nelle scelte politiche della maggioranza del corpo elettorale, così come si ricava dal principio della sovranità popolare.

Da ultimo, rispetto alla tematica qui considerata, vale la pena esaminare se la dottrina richiamata – che sostiene, in conformità al principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, che, in caso di 'ribaltamento parlamentare del voto popolare' o di frattura della corrispondenza fra la volontà popolare e quella della maggioranza parlamentare, ascrivibile ad una modifica degli orientamenti politici del corpo sociale rispetto a quelli emersi all'epoca del voto, vi sia la necessità democratica di nuove elezioni – non si ponga in contrasto con il principio del divieto di mandato stabilito dall'art. 67 Cost., che recita: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato».

Infatti è possibile opinare che se ogniqualvolta che taluni parlamentari o un gruppo di parlamentari o anche un intero partito rappresentato in Parlamento cambino bandiera, determinando la modifica della maggioranza parlamentare in conflitto con l'orientamento politico prevalente fra gli elettori ovvero concorrano a far adottare un indirizzo politico in contrasto con i *desiderata* dei cittadini, si debba andare alle elezioni, si finirebbe per contraddire il divieto di mandato che invece stabilisce che ogni parlamentare possa e debba votare nell'interesse della Nazione, anche disattendendo esplicitamente la volontà del suo collegio elettorale o del suo partito o del suo gruppo parlamentare o di chiunque gli voglia imporre un'opinione che non sia la sua.

Detto altrimenti, se i membri del Parlamento o i partiti rappresentati in Parlamento non fossero 'liberi' di cambiare maggioranza o, più ampiamente, di definire 'formule politiche' diverse da quella con cui si sono presentati agli elettori, allora il voto e la conseguente scelta della maggioranza di Governo (ove la si potesse ricondurre direttamente al voto in virtù del sistema elettorale accolto) *de iure* si trasformerebbe in un 'mandato rappresentativo vincolato' in conflitto con l'art. 67 Cost.

Si tratta di un'impostazione suggestiva, ma non convincente. E questo per due ragioni. Da un lato, perché lo scioglimento anticipato delle Camere per dis-rappresentatività del corpo elettorale opera su un piano del tutto diverso rispetto al divieto di mandato, avendo di mira il complessivo rapporto che lega l'Assemblea rappresentativa al popolo sovrano e non la libertà di autodeterminazione del singolo parlamentare rispetto alle scelte che è chiamato a compiere. Dall'altro, che è proprio il divieto di mandato a costituire la causa giuridica della possibile disrappresentatività del Parlamento rispetto al corpo elettorale. Se vigesse il mandato imperativo neppure si porrebbe il problema qui affrontato. Senonché è del tutto ovvio che in un ordinamento democratico il divieto di mandato non può tradursi in un perdurante conflitto fra la volontà popolare e quella dell'Assemblea perché, in tal caso, come osservava Dicey, verrebbe meno la stessa autorità del Parlamento, che gli deriva proprio dal suo essere rappresentativo della volontà della Nazione.

6. *Lo scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori nella prassi*

Nella prassi si dà almeno un caso di scioglimento anticipato finalizzato a dissolvere un Parlamento ormai profondamente delegittimato, composto da forze politiche in crisi di consenso e attraversate da sospetti di corruzione, per di più dimostratesi incapaci sia di farsi realmente interpreti dei bisogni

dei cittadini sia di intercettarne i desideri e tuttavia non sembra che la prassi presidenziale in materia sia omogenea, sussistendo numerosi altri casi in cui vi erano tutte le condizioni per procedere ad uno scioglimento di questo tipo e invece si è proseguito con la legislatura.

Certo è vero che ciascun inquilino del Quirinale segue i propri orientamenti e tuttavia dove è in giuoco uno dei principii cardine del vigente ordinamento costituzionale ci si sarebbe, forse, potuti attendere una prassi presidenziale che tendesse, quanto più possibile, a dare concretezza al disposto dell'appartenenza della sovranità al popolo, rendendo effettiva un'idea di democrazia il cui fondamento è la corrispondenza dell'indirizzo politico degli organi di Governo alla volontà popolare.

La tesi dello scioglimento anticipato come mezzo per ripristinare la consonanza fra la volontà degli eletti e quella degli elettori ha trovato un riscontro nella prassi nello scioglimento del 16 gennaio 1994, quando l'allora presidente della Repubblica Scalfaro sciolse le Camere, pur riconoscendo che non era in corso alcuna crisi di Governo – l'esecutivo nel frangente era guidato da Carlo Azeglio Ciampi – e indicando, tra i principali motivi, sia quello del risultato del referendum elettorale, citato come fatto di maggior rilievo, sia quello legato «alla duplice consultazione elettorale del giugno e del novembre 1993» relativamente alla quale, seppur di carattere amministrativo, osservò che non era «possibile sottovalutarne la considerevole rilevanza politica e in ogni caso la forte ripercussione sulla situazione politica generale». «Per due volte», soggiungeva nel suo messaggio l'allora Presidente Scalfaro, «sono emersi mutamenti profondi del corpo elettorale e delle stesse realtà politiche organizzate»⁶³.

Non è mancato chi ha successivamente contestato che il predetto scioglimento fosse dipeso dalla frattura fra corpo elettorale e rappresentanti, sostenendosi che il profondo mu-

⁶³ In senso conforme sulla natura extrafunzionale di questo scioglimento V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, cit., pp. 56-57.

tamento che aveva investito i principali partiti, che era stato indicato come uno dei motivi di scioglimento menzionati dal Presidente – si rammenti all'epoca il crollo del P.S.I. (che in quella legislatura aveva quasi cento deputati) e la crisi della D.C. che era stata sciolta per poi dar vita a una nuova formazione politica – avesse compromesso lo stesso funzionamento delle Camere e che perciò anche quello scioglimento sarebbe stato da ricondurre nell'alveo degli scioglimenti cosiddetti funzionali⁶⁴. Tesi sostenuta anche in dottrina osservandosi che lo scioglimento era stato deciso quando «si era fatta inoppugnabilmente manifesta una situazione sfilacciata in cui se una maggioranza sembrava numericamente possibile, minori chances erano offerte a maggioranze che fossero state convintamente impegnate intorno ad un programma politico comune, come stava, del resto, a dimostrare il supporto ad un ministero tecnico che, per quanto autorevole, sortiva sostanzialmente l'effetto di tenere in vita il Parlamento». Ragione per la quale anche tale scioglimento sarebbe stato da annoverare nell'«unica categoria di scioglimenti ritenuta fino ad allora ammissibili, ossia quelli di funzionalità», visto che «le patologie idonee a denunciare l'impotenza parlamentare possono, in fondo, diagnosticarsi anche senza il sintomo patente della crisi di governo»⁶⁵.

Impostazione su cui tuttavia non si può concordare. Come è stato esattamente notato, tre sono stati i fattori che hanno condotto allo scioglimento del 1994. «Il primo ha riguardato un'esigenza di rinnovamento della classe parlamentare a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge elettorale che aveva avuto l'effetto di destabilizzare il sistema. Il secondo, discendeva invece dalle elezioni amministrative del 1993, da

⁶⁴ Per questa tesi si veda un articolo comparso su *la Repubblica* del 20 aprile 2000, dal titolo *Ma nel '94 Scalfaro sciolse le Camere*, in cui sono riportati i contenuti di un intervento fatto dall'allora ex Presidente della Camera Giorgio Napolitano, in occasione della richiesta avanzata dall'on. Silvio Berlusconi all'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi di sciogliere le Camere perché non più rappresentative del corpo elettorale. Articolo reperibile all'indirizzo internet www.repubblica.it.

⁶⁵ Così P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., pp. 5-6.

cui traspariva una maggioranza popolare fortemente diversa da quella parlamentare, ragion per cui, non vi era più corrispondenza tra elettori ed eletti. Il corpo elettorale aveva perso, senza ombra di dubbio, la fiducia nei confronti della maggioranza parlamentare e tale cosa non poteva non essere tenuta in considerazione dal Capo dello Stato». Il terzo derivava dall'«inchiesta giudiziaria di quegli anni, Tangentopoli, che proseguendo il suo corso aveva “ripulito” l'intera classe politica, travolgendo quelle formazioni politiche che avevano fatto la storia della Repubblica»⁶⁶. Tutto questo, tuttavia, prima ancora che produrre una compromissione del funzionamento delle Camere aveva determinato una crisi della rappresentatività delle forze politiche e conseguentemente il più alto tasso di delegittimazione del sistema dei partiti e di riflesso delle Camere, travolte dalla sfiducia nella classe politica dirigente.

Certo è vero che si tratta di un caso in cui plurime e gravissime cause avevano concorso a far crollare la fiducia verso il corpo rappresentativo, tanto da farne un caso eccezionale che, come pure è stato detto, non proverebbe nulla a sostegno dell'ammissibilità di scioglimenti per frattura fra cittadini e corpo rappresentativo: la famosa eccezione che conferma la regola. Senonché quest'argomentazione svaluta troppo quanto emerge dai lavori dell'Assemblea costituente, rientrando lo scioglimento del 1994 nel paradigma reiteratamente richiamato dai Costituenti. Non solo, ma quest'impostazione, che prende atto con un certo imbarazzo dello scioglimento del 1994, tende a dare corpo all'idea che l'unica categoria ammissibile di scioglimenti sia quella dei cosiddetti scioglimenti funzionali⁶⁷. Tesi che non si può assolutamente condividere,

⁶⁶ C. DE GIROLAMO, *Lo scioglimento anticipato delle Camere: una ricognizione della dottrina e della prassi*, in *forumcostituzionale.it*, 2011, p. 10, reperibile all'indirizzo internet *www.forumcostituzionale.it*.

⁶⁷ In proposito si veda ancora P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., pp. 5-6, laddove propone una ricostruzione dello scioglimento del 1994 come scioglimento funzionale di un'Assemblea «afasica, indecisa e finalmente inerte davanti ad un scioglimento», ricostruzione da cui deriverebbe il duplice vantaggio da un lato di ricondurre questo scioglimento «all'unica categoria di scioglimenti ritenuti fino ad allora ammissibile», dall'altro di «togliere dall'imbarazzo di vedere nell'e-

perché nella vita di un ordinamento democratico possono essere tali e tante le situazioni che danno luogo ad un'anticipata dissoluzione delle Camere che il restringere il campo degli scioglimenti ammissibili, in assenza di una espressa previsione costituzionale, ad una sola categoria di essi, non appare né giuridicamente né istituzionalmente convincente, soprattutto ove si rifletta che la formula così elastica dell'art. 88, comma 1 Cost. si deve proprio alla volontà di lasciare che il potere da essa previsto potesse essere esercitato con riguardo ai casi più diversi.

Questo importante precedente non è stato tuttavia il paradigma delle scelte presidenziali in numerose altre occasioni in cui si è manifestata con tutta evidenza una frattura fra corpo rappresentativo e corpo sociale o fra maggioranza parlamentare e maggioranza elettorale, scelte rispetto alle quali è interessante capire da che cosa siano state motivate, se cioè vi siano state ragioni oggettivamente ostative allo scioglimento o se all'opposto le condizioni politiche del momento avrebbero consentito che si ricorresse ad un rapido appello al popolo sovrano.

In proposito peraltro, da un punto di vista metodologico, non è inutile distinguere i casi in cui si è avuta una modifica *sic et simpliciter* della maggioranza parlamentare rispetto a quella uscita dalle elezioni, da quelli in cui si è assistito ad un fenomeno di progressiva divaricazione fra gli orientamenti politici dei cittadini rispetto a quelli espressi dalla maggioranza parlamentare esistente (non senza osservare che, nell'esperienza italiana, vi sono state occasioni in cui questi due fenomeni si sono manifestati contestualmente). Nei primi, infatti, come pure sopra si è osservato, il mutamento della maggioranza uscita dalle elezioni non sempre e non necessariamente implica la delegittimazione del corpo rappresentativo, mentre nei secondi vi è una sorta di certificazione della frattura fra corpo rappresentativo e rappresentati.

pisodio un'eccezione alla regola o addirittura l'inizio di una inversione di rotta rispetto alla prassi precedente».

Fra i primi si può ricordare la crisi del quarto Governo Berlusconi nel 2011. In questo episodio infatti la rottura fra le forze politiche che componevano la maggioranza, dopo turbolenze e fibrillazioni durate quasi un anno, con un progressivo indebolimento del Governo, reso drammatico dalla crisi della finanza pubblica, portò alla nascita di un Governo, il Governo Monti, che, pur composto totalmente da tecnici, era sostenuto da quasi tutte le forze politiche, compresa la principale forza politica che era uscita vittoriosa dalle elezioni⁶⁸, tanto che parlare di Parlamento (o di maggioranza di Governo) delegittimata o non corrispondente agli orientamenti politici dei cittadini non pare per nulla condivisibile⁶⁹.

Mentre un caso del tutto *sui generis* è quello rappresentato dal Governo Draghi che ha visto compartecipi quasi tutte le forze politiche, ad eccezione di Fratelli d'Italia e di altre formazioni rappresentate da un numero davvero esiguo di deputati e senatori. In proposito deve infatti osservarsi che rispetto a tale Governo non si può certo parlare di una modifica della maggioranza uscita dalle elezioni, perché dalle elezioni del 2018 non era emersa alcuna maggioranza, essendo tecnicamente possibile sia la maggioranza Lega-Movimento 5 Stelle, i due partiti che avevano visto la più forte crescita del con-

⁶⁸ Solo la Lega Nord non votò la fiducia al Governo. Non a caso, in dottrina, per il Governo Monti si è parlato di «grande coalizione»: così M. OLIVETTI, *Governare con l'aiuto del presidente*, in *il Mulino*, 2012, 2, p. 235. Ma anche la formula 'Governo di emergenza nazionale' sembra attagliarsi a descrivere un Governo nato per fronteggiare una situazione di gravissima instabilità finanziaria, richiedendosi all'Italia riforme dure e da approvare rapidamente.

⁶⁹ L'ampio consenso parlamentare di cui ha goduto il Governo Monti, con il diretto appoggio del P.D.L., ossia del principale partito della coalizione di maggioranza, inducono ad escludere che il detto Governo abbia rappresentato, sul piano sostanziale, un 'ribaltone' o, peggio, una 'sospensione della democrazia', sebbene la soluzione della crisi del 2011, per usare le parole dello stesso presidente Napolitano, «non si è collocata entro i binari di un ordinato succedersi alla guida del Paese di schieramenti che abbiano ottenuto la maggioranza nelle elezioni». In dottrina escludono che con il Governo Monti si sia verificata una 'sospensione della democrazia' V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, cit., pp. 46-47, facendo, però, leva sullo scrupoloso rispetto di «tutti i passaggi previsti dalla Costituzione e da consuetudini integrative».

senso elettorale, che aveva sostenuto il Governo Conte I, sia la maggioranza Movimento 5 Stelle-Partito Democratico che aveva sostenuto il Governo Conte II, sebbene il P.D. alle elezioni non avesse ottenuto un risultato positivo. Nato dopo le dimissioni del Governo Conte II, avvenute il 26 gennaio 2021, e dopo che il giro di consultazioni svolto dal Presidente della Camera dei deputati Roberto Fico, a cui il Presidente Mattarella aveva conferito un mandato esplorativo per verificare l'esistenza di una solida maggioranza tra le forze politiche che avevano dato vita al precedente Governo, aveva dato esito negativo, il Governo Draghi è entrato nella pienezza delle funzioni, avendo ottenuto la fiducia al Senato, il 17 febbraio 2021, con 262 voti favorevoli, 40 contrari e 2 astenuti e alla Camera, il giorno seguente, con 535 voti favorevoli, 56 contrari e 5 astenuti, vale a dire con una maggioranza amplissima, al punto che a ragione si è parlato di Governo di unità nazionale⁷⁰. E, in ogni caso, se dubbi sulla rappresentatività del Governo Conte II erano stati avanzati da più parti, come ricordato all'inizio del presente lavoro, gli stessi non sembrano viceversa potersi muovere all'esperienza del Governo Draghi, rispetto alla quale discorrere di disrappresentatività del corpo parlamentare rispetto al corpo elettorale non appare davvero realistico.

Passando ai secondi, un primo caso da segnalare è quello riconducibile alla crisi del primo Governo Berlusconi e alla nascita del Governo Dini. Nel dicembre 1994, qualche giorno dopo che un modesto *test* elettorale, tenutosi fra il 20 novembre e il 4 dicembre (238 Comuni e 1 Provincia), aveva denotato una flessione nel consenso a Forza Italia, la crisi venne fatta deflagrare dalla Lega Nord che uscì dalla coalizione di maggioranza (Polo della Libertà e del Buon Governo), accusando il *leader* della stessa coalizione Silvio Berlusconi di aver tradito il programma elettorale. Si consideri che, all'epoca, la Lega era risultata decisiva nelle regioni del nord Italia per la vittoria elettorale del Polo e contava il maggior numero di par-

⁷⁰ Non solo in Italia. Si veda, ad esempio, J. HOROWITZ, *A Giant of Europe Prepares to Head Italy's New Unity Government*, in *The New York Times*, 12 febbraio 2021, reperibile all'indirizzo internet www.nytimes.com.

lamentari, 117 deputati e 60 senatori, rispetto alle altre forze di maggioranza.

Nonostante ciò, era indubbio, come anche largamente dimostrato dalle elezioni europee tenutesi il 12 giugno 1994, che un'ampia maggioranza del corpo elettorale era nel senso di volere un Governo di centrodestra.

A ciò aggiungasi che la scelta del *leader* della Lega Nord Umberto Bossi di lasciare la coalizione aveva provocato una frattura all'interno del suo stesso partito, con un'abbondante emorragia di deputati e di una decina di senatori, sufficiente alla Camera per impedire, senza i voti del Partito della Rifondazione Comunista (P.R.C.), di raggiungere la maggioranza assoluta.

In questo quadro di frantumazione della maggioranza parlamentare e di assoluta divaricazione con la maggioranza elettorale, sia che avesse avuto ragione il *leader* della Lega quando accusava il Presidente Berlusconi di aver tradito gli impegni con gli elettori sia che avesse avuto ragione il Presidente Berlusconi quando affermava che era il sen. Bossi ad aver tradito gli italiani che avevano voluto un Governo di centrodestra, la strada da percorrere da parte del Capo dello Stato avrebbe dovuto essere quella delle elezioni: l'unica che avrebbe chiamato in causa il soggetto a cui per Costituzione appartiene la sovranità. Tanto più che l'indisponibilità del P.R.C. a entrare nella costituenda maggioranza, escludeva che questa fosse tale quantomeno alla Camera dei deputati. Disponendo in detta Assemblea di soli 304 voti.

La nascita del Governo Dini, anche se formato in larghissima parte da tecnici, quasi a volerne marcare una sorta di indipendenza o di non contiguità rispetto alle forze politiche in lotta, appariva dunque in contrasto con la volontà popolare. Esprimendo peraltro un indirizzo politico che era largamente influenzato dagli orientamenti presidenziali.

Tanto che, proprio con riguardo al Governo Dini, non sarebbe stato azzardato parlare di 'sospensione della democrazia' se non fosse stato per l'ambiguo comportamento tenuto dal Polo delle libertà che, pur in apparenza divenuto opposizione, contribuiva, in virtù dell'astensione alla Camera, a far-

lo nascere e, mercé estenuanti giuochi di palazzo, a farlo sopravvivere per quasi un anno.

Un secondo caso da esaminare, è quello riconducibile alla crisi del primo Governo Prodi che, battuto alla Camera per un solo voto sulla questione di fiducia posta sull'approvazione della risoluzione n. 6-00065 (Mussi, Mattarella, Manca, Paissan, Crema, Piscitello e La Malfa) presentata dopo la decisione di parte del gruppo di Rifondazione Comunista di votare contro la manovra finanziaria per il 1999 (312 a favore 313 contrari, risultando decisiva la defezione dell'on. Silvio Liotta di Rinnovamento Italiano), fu costretto a dimettersi.

Non è in questa sede necessario indagare tutti i retroscena di quella crisi (dal patto Prodi-Cossutta per liquidare Bertinotti a quello D'Alema-Marini per liquidare Prodi), quel che qui è necessario segnalare è un duplice fatto: la sconfitta dell'Ulivo alle amministrative tenutesi fra maggio e giugno 1998; la nascita della federazione dell'Unione Democratica per la Repubblica (U.D.R., trasformatasi in partito il 9 giugno 1998), espressione di un'operazione di trasformismo parlamentare, visto che la maggior parte dei parlamentari U.D.R. erano stati eletti nel Polo per le libertà.

Fatto, questo secondo, che si rivelerà decisivo per la formazione del primo Governo D'Alema, poiché, venuto meno l'appoggio di Rifondazione Comunista, lo stesso deve la sua costituzione ai voti favorevoli degli scissionisti di Cossutta (che nel frattempo staccatisi definitivamente da Rifondazione avevano dato vita al P.D.C.I.) e a quelli decisivi dell'U.D.R.

Nonostante il Polo per le libertà avesse richiesto le elezioni anticipate e, pare, anche lo stesso Prodi⁷¹, il Presidente Scalfaro, difformemente dal suo precedente del 1994, ma conformemente al precedente del Governo Dini, si orientava diversamente, sebbene vi fosse una concreta erosione del consenso popolare verso l'Ulivo, emerso nelle elezioni amministrative e, in un contesto di legge elettorale maggioritaria o, meglio, tendenzialmente maggioritaria a vocazione bipolare (il Par-

⁷¹ Per questa indiscrezione V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, cit., p. 57.

lamento dell'epoca era stato eletto, come già nel 1994, con il *Mattarellum*)⁷², la maggioranza parlamentare che si era formata, ancora una volta, risultasse totalmente difforme da quella elettorale sia perché la vittoria dell'Ulivo nel 1996 era stata propiziata dal patto di desistenza con Rifondazione Comunista che, rimasta fedele a Bertinotti, era uscita dalla maggioranza, sia perché i deputati e senatori dell'U.D.R. erano entrati in maggioranza, tradendo il voto dei propri elettori, ponendo in modo evidente l'esigenza di restituire la parola al popolo per verificare se i mutamenti parlamentari intervenuti rispecchiassero la volontà degli elettori sia dell'Ulivo sia del Polo per le libertà, vale a dire di tutto o quasi il corpo elettorale.

Senza contare che all'epoca si assistette ad un rovesciamento diffuso della volontà popolare attraverso quel singolare cambio di alleanze a livello regionale passato alla cronaca con il nome di 'ribaltini', avviato dalle dimissioni di Giuseppe Drago, che aveva aderito all'U.D.R., da Presidente della Regione Sicilia.

Con riguardo alla situazione politica del periodo non si rinviene alcuna ragione oggettiva che impedisse al Capo dello Stato di provare ad agire per restituire la parola agli elettori, secondo la regola d'oro di qualsiasi regime democratico, vale a dire, quella che impone che chi governa deve avere la fiducia del corpo sociale⁷³.

⁷² Tale sistema di voto venne introdotto con l'approvazione delle leggi 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277, che davano seguito al referendum del 18 aprile 1993, vedendo la sua prima applicazione alle elezioni politiche del 1994. Dette leggi prevedevano per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica un sistema elettorale misto: maggioritario a turno unico per la ripartizione del 75% dei seggi parlamentari e, per il rimanente 25% dei seggi, il recupero proporzionale dei più votati non eletti per il Senato (attraverso un meccanismo di calcolo denominato 'scorporo') e un meccanismo di riparto proporzionale con liste bloccate e sbarramento del 4% alla Camera.

⁷³ Come non ricordare, in proposito, quanto avvenuto in Germania nel 1982 quando, il cancelliere Kohl, dopo essersi insediato, a seguito dell'approvazione di una mozione di sfiducia cosiddetta 'costruttiva', ritenendo, in ossequio al principio democratico, necessaria la diretta investitura popolare, precisò di voler andare alle elezioni anticipate nei mesi successivi, avvalendosi della procedura di cui all'art. 68 della Costituzione della Germania federale

Un terzo episodio che si può prendere in considerazione è quello delle dimissioni del secondo Governo D'Alema.

A seguito delle elezioni regionali (e amministrative) tenutesi nell'aprile 2000 era emersa una netta affermazione della coalizione di centrodestra che aveva spinto i *leader* del Polo e della Lega Nord a chiedere le elezioni anticipate. Il successivo 17 aprile il Presidente del Consiglio D'Alema aveva convocato il Consiglio dei Ministri per esaminare la situazione politica determinatasi a seguito dei risultati elettorali e per comunicare la sua intenzione di rassegnare le dimissioni dell'Esecutivo. Recatosi al Quirinale per dimettersi, veniva tuttavia dal Presidente Ciampi invitato a presentarsi in Parlamento. Ottemperando all'invito, due giorni dopo, il Presidente D'Alema si presentava in Senato per rendere comunicazioni. Nel suo discorso precisava da un lato che le dimissioni del Governo, a cagione della pesante sconfitta elettorale, rappresentavano un atto di sensibilità politica, non corrispondente ad un dovere istituzionale, dall'altro che, a suo avviso, non sarebbe stato

che consente al Cancelliere di proporre lo scioglimento anticipato al Presidente federale dopo un voto contrario sulla 'questione di fiducia'. Dando seguito a quanto dichiarato, di lì a breve il Cancelliere pose la questione di fiducia il cui esito fu ovviamente negativo in forza dell'astensione programmata della sua maggioranza, consentendogli così di proporre al Presidente federale lo scioglimento anticipato, allo scopo di sottomettere il cambio di maggioranza al consenso popolare. Scioglimento che venne infine disposto il 6 gennaio 1983. O ancora quanto avvenuto, sempre in Germania, nel 2005, allorché, pur senza mutamenti di Cancelliere e di maggioranza, il Cancelliere Schröder, dopo una grave perdita di consensi alle elezioni nei *Länder*, d'intesa con l'opposizione, pose strumentalmente la questione di fiducia, al solo fine di creare la 'situazione di scioglimento' per verificare se godeva ancora della fiducia del corpo elettorale. Per un esame dello scioglimento voluto dal Cancelliere Kohl e per le vicende che ne sono seguite, avendo quattro deputati presentato ricorso al Tribunale costituzionale, ai sensi dell'art. 93, n. 1, della Legge fondamentale, assumendo l'illegittimità dello scioglimento anticipato in quanto il già citato art. 68 Cost. l'avrebbe consentito solo come *extrema ratio*: C. CHIMENTI, *Le "ragioni" del Parlamento (nella prospettiva di una rinnovazione della forma di governo)*, in *Nomos*, 1993, p. 20; V. GOTZ, *L'esperienza tedesca: modello costituzionale e prassi*, in *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. GAMBINO, Rimini, 1997, pp. 390-391; D. SCHEFOLD, *L'esperienza tedesca*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. LUCIANI, M. VOLPI, Bologna, 1997, p. 601.

né giusto, né obbligato, far discendere dal risultato elettorale uno scioglimento anticipato delle Camere⁷⁴, avendo, viceversa, il Governo il dovere di garantire lo svolgimento dei sette referendum già fissati per il successivo 21 maggio e in particolare quello sull'abolizione della quota proporzionale.

Linea che veniva sia condivisa dalle forze politiche della maggioranza, che si dichiaravano unite nel chiedere un Governo guidato da una figura di alto profilo istituzionale, sia seguita dal Capo dello Stato, sebbene si trattasse di una maggioranza che se già difforme dalla maggioranza elettorale ai tempi della costituzione del primo Governo D'Alema, appariva a quel momento completamente divaricata rispetto agli orientamenti del corpo elettorale emersi a seguito delle elezioni regionali e amministrative, come peraltro successivamente certificato dalle elezioni politiche tenutesi nel 2001 alla scadenza della legislatura. Oltretutto avendo le dette elezioni regionali e amministrative palesato che l'operazione trasformistica realizzata dall'U.D.R. non aveva avuto alcun apprezzabile effetto politico sulle scelte di voto degli elettori, sì che il travaso di parlamentari dall'opposizione alla maggioranza e il cambio di maggioranze a livello locale non rispecchiava in alcun modo la volontà degli elettori.

Nell'occasione l'on. Berlusconi invocò più volte il precedente del 1994, facendo rilevare come, difformemente da quanto sostenuto dal Presidente D'Alema, proprio i risultati contrari alla maggioranza, emersi dalle elezioni regionali e amministrative, erano stati considerati un chiaro sintomo del venir meno della rappresentatività del corpo elettivo.

Rilievo del tutto esatto a cui venne tuttavia ribattuto dall'on. Napolitano, all'epoca autorevole esponente della maggioranza, essendo anche stato Presidente della Camera dei deputati, che il «risultato del referendum elettorale» era il «fatto di maggior rilievo» fatto valere dal Presidente Scalfaro e che

⁷⁴ Non si può non sottolineare la distanza tra questa posizione e quella tenuta di recente in Spagna dal Governo Sanchez che, a seguito della pesante sconfitta del Partito socialista alle elezioni amministrative, ha chiesto al Re di sciogliere anticipatamente le Camere allo scopo di ridare la parola agli elettori.

era contro quel precedente togliere ai cittadini la possibilità di votare un nuovo importante referendum elettorale, già fissato a tempi molto brevi⁷⁵.

In realtà, come si è visto in precedenza, il Presidente Scalfaro aveva indicato plurime ragioni per quello scioglimento, rispetto alle quali ove proprio si voglia indicare ‘un fatto di maggior rilievo’, questo va individuato nella diffusa corruzione della classe politica che l’aveva privata di qualsiasi credibilità agli occhi dei cittadini.

Relativamente a quest’episodio rimane da chiedersi se davvero lo spostamento di un anno dei referendum già fissati per il seguente 21 maggio potesse considerarsi una ragione obiettiva, idonea a giustificare che il Capo dello Stato considerasse assolutamente impercorribile la strada dello scioglimento anticipato.

Non è la Costituzione, ma l’art. 34, commi 2 e 3, della legge n. 352/1970 ad aver previsto, in caso di scioglimento delle Camere o di una di esse, il differimento dei referendum di un anno «dal giorno successivo alla data della elezione», previsione il cui scopo è proprio quello di consentire alle nuove Camere di poter intervenire, assecondando l’iniziativa dei promotori del referendum o abrogando o modificando le leggi o gli atti con forza di legge oggetto della consultazione popolare.

Certo è vero che se il referendum fosse passato il legislatore si sarebbe trovato con un vincolo politico assai stringente, ma non è per nulla da escludere che proprio le pendenti procrastinate consultazioni referendarie avrebbero potuto indurre le più importanti forze politiche a farsi carico di proporre nel loro programma elettorale l’adozione di un sistema maggioritario puro.

Il quarto di questi casi è costituito dalla crisi del secondo Governo Berlusconi. Si tratta di una crisi fotocopia di quella del secondo Governo D’Alema. Infatti, a seguito delle elezioni regionali (e amministrative) tenutesi il 3 e 4 aprile, il centro-

⁷⁵ Si veda in proposito il già citato articolo comparso su *la Repubblica* del 20 aprile 2000, dal titolo *Ma nel '94 Scalfaro sciolse le Camere*, reperibile all’indirizzo internet www.repubblica.it.

destra subiva una pesante sconfitta in tutte le Regioni tranne che in Lombardia e Veneto. Il successivo 16 aprile (prima del turno di ballottaggio 16-17 aprile) i ministri di due partiti della coalizione di Governo, U.D.C. e N.P.S., annunciavano le loro dimissioni per l'uscita dei rispettivi partiti dal Governo. Contestualmente i *leader* dei detti partiti dichiaravano la loro disponibilità a dare l'appoggio esterno a un nuovo Esecutivo. Il 20 aprile il Presidente del Consiglio Berlusconi annunciava in Senato la volontà di dimettersi e di costituire un nuovo Governo di fine legislatura. Lo stesso giorno, recatosi al Quirinale, rimetteva le proprie dimissioni nelle mani del Capo dello Stato. Il giorno successivo U.D.C. e N.P.S. confermavano l'appoggio al nuovo Governo e il 22 aprile il Presidente Carlo Azeglio Ciampi, dopo le rituali consultazioni, affidava nuovamente l'incarico a Silvio Berlusconi che il giorno dopo, il 23 aprile, si presentava al Capo dello Stato con la nuova lista dei ministri e per il giuramento.

Da notare, come identicamente per il secondo Governo D'Alema, anche in questo caso lo scioglimento delle Camere avrebbe posto il problema del rinvio della già fissata tornata referendaria relativa a quattro quesiti concernenti l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, potendosi analogamente invocare il dovere per il Governo di garantirne lo svolgimento.

Come nel precedente, anche in questo caso l'ipotesi dello scioglimento anticipato rimaneva fuori dal perimetro dell'azione del Capo dello Stato, sebbene alle elezioni amministrative vi fosse stato un vero e proprio tracollo del consenso popolare verso il centrodestra, tendenza poi confermata alle successive elezioni politiche del 2006.

Il quinto di questi casi è rappresentato dalla crisi innescata dall'ampia bocciatura della riforma costituzionale fortemente voluta dal Governo Renzi e dalla sua maggioranza, determinata dall'esito del referendum costitutivo tenutosi il 4 dicembre 2016. A seguito di tale bocciatura, il giorno seguente, il Presidente del Consiglio, riunito il Consiglio dei Ministri, comunicava di non ritenere possibile la prosecuzione del manda-

to di Governo e pertanto manifestava l'intento di rassegnare le dimissioni, recandosi in serata al Quirinale. Nell'occasione il presidente Mattarella, considerata la necessità di completare l'iter parlamentare di approvazione della legge di bilancio, onde scongiurare i rischi dell'esercizio provvisorio, chiedeva al Presidente Renzi di soprassedere alle dimissioni per presentarle al compimento di tale adempimento.

Approvata il successivo 7 dicembre la legge di bilancio, la sera stessa il Presidente Renzi offriva le proprie dimissioni al Capo dello Stato, il quale nel breve lasso di tre giorni (8-11) svolgeva le consultazioni di rito e conferiva l'incarico di formare il Governo all'on. Paolo Gentiloni Silveri, già ministro degli esteri del Governo dimissionario.

Questi, accettato l'incarico con riserva, svolte a sua volta rapidissime consultazioni, già nella serata del 12 dicembre giurava, insieme ai nuovi ministri, nelle mani del Presidente Mattarella, nominando nella notte a Segretario del Consiglio dei Ministri l'on. Maria Elena Boschi, già ministro per i rapporti con il Parlamento, fedelissima dell'ormai ex Presidente del Consiglio. Quest'ultimo, per parte sua, rimaneva Segretario del P.D., pur avendo ventilato in precedenza la possibilità di ritirarsi dalla vita politica.

Alcune sottolineature contenute in queste brevi note servono a chiarire l'assoluta continuità che esiste fra queste due esperienze di Governo, visto che il Governo Gentiloni, a cominciare dallo stesso Presidente del Consiglio, continuava ad essere composto in larga parte da esponenti politici che avevano preso parte al precedente Governo, condividendone la linea politica e che il 'maggiore azionista' del Governo era ancora l'ex Presidente Renzi, quale *leader* del partito di maggioranza relativa.

Eppure, l'indicazione che veniva dalla consultazione referendaria era inequivoca: la maggioranza di Governo e il suo programma politico, la cui architrave, per ogni futuro sviluppo, era costituita dalla riforma costituzionale, non rappresentava la volontà degli elettori, non riscuotendone la fiducia.

A questo aggiungasi che era dubbio che quel Parlamento potesse far luogo a così incisive riforme costituzionali perché

delegittimato anche sotto un diverso profilo. Con la sentenza 13 gennaio 2014, n. 1, la Corte costituzionale aveva infatti dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270, il cosiddetto ‘*Porcellum*’, determinando, secondo parte della dottrina, una sostanziale delegittimazione politica di un’Assemblea legislativa scelta in forza di una normativa che, pur perseguendo l’obiettivo della stabilità e dell’efficienza del Governo, avrebbe, però, prodotto una compressione della funzione rappresentativa e dell’eguale diritto di voto, in virtù dell’eccessività del premio di maggioranza e del sistema delle liste bloccate, oggetto della censura della Corte. Delegittimazione che avrebbe operato al di là del dato formale – vista anche la precisazione fatta dalla stessa Corte che il Parlamento avrebbe mantenuto intatti i suoi poteri – precludendo alla detta Assemblea, «ferma restando l’attività di controllo e quella legislativa “ordinaria” politicamente rilevante», quelle revisioni costituzionali «che avrebbero potuto modificare la forma di governo», essendo «inconcepibile che un Parlamento delegittimato possa incidere sulle strutture portanti della nostra democrazia parlamentare»⁷⁶.

A tacere del fatto che la detta maggioranza era nata da un’operazione di trasformismo parlamentare conseguenza della creazione da parte dell’on. Angelino Alfano e dell’on. Renato Schifani del Nuovo Centro Destra (N.C.D.), formazione staccatasi dal Popolo della libertà sia per contrarietà alla rifondazione di Forza Italia sia con lo scopo dichiarato di sostenere il Governo presieduto dall’on. Enrico Letta, portando un folto gruppo di parlamentari eletti con il centrodestra (30 senatori e 28 deputati) a formare gruppi parlamentari autonomi e entrare in maggioranza con il partito rispetto al quale, nella competizione elettorale, erano alternativi (cosiddetto ‘Governo di larghe intese’).

Senza contare che proprio il N.C.D., così come anche Scelta Civica (partito fondato dall’ex Presidente del Consiglio e se-

⁷⁶ Così A. PACE, *I limiti di un Parlamento delegittimato*, in *Libertà e Giustizia*, 26 marzo 2014, p. 2, reperibile all’indirizzo internet www.libertaegiustizia.it.

natore a vita Mario Monti), partiti essenziali per costituire la maggioranza, erano elettoralmente evaporati, come avevano dimostrato tutte le elezioni tenutesi fino a quel momento, amministrative ed europee. Si consideri che Scelta Civica, presentatasi come Scelta Europea, alle elezioni europee aveva ottenuto lo 0,72% dei voti, mentre il N.C.D., alleatosi con l'Unione Democratica di Centro (U.D.C.), aveva ottenuto poco più della soglia di sbarramento, fissata al 4% (4,38%), solo perché aveva inserito in lista, pur in assenza di una formale alleanza, cinque rappresentanti del partito Popolari per l'Italia (formatosi per scissione da Scelta Civica) senza i cui voti mai avrebbe superato la indicata soglia di sbarramento.

Insomma, si trattava di una maggioranza già al suo formarsi discutibile, in contrasto con la natura a vocazione bipolare della legge elettorale, e la cui legittimazione, in ogni caso, appariva assai dubbia incrinata una prima volta dalla Corte costituzionale che ne aveva censurato la base elettorale, sancendone una originaria, seppur relativa, disrappresentatività; una seconda volta dai cittadini che ne avevano certificato tutta la distanza con le loro opinioni e le loro prospettive politiche. Frattura la cui gravità era evidente, tale in ogni caso da imporre o un Governo di svolta o, a breve termine, le elezioni.

Ciò di cui si era reso perfettamente conto lo stesso Renzi che nelle prime dichiarazioni dopo la sconfitta, durante la direzione del Partito Democratico, aveva aperto alla possibilità o di formare un «Governo di tutti o elezioni dopo il 24 gennaio [...] o si va a votare dopo la sentenza della Consulta o se invece vogliono un nuovo governo che affronti la legge elettorale ma anche gli appuntamenti internazionali il Pd è consapevole ma non può essere il solo perché abbiamo già pagato il prezzo in un tempo non troppo lontano»⁷⁷.

Dichiarazioni che si spiegano con il fatto che anche la legge elettorale della Camera, il c.d. '*Italicum*', legge 6 maggio 2015,

⁷⁷ Per queste dichiarazioni cfr. *Renzi si è dimesso da presidente del Consiglio: aperta la crisi di governo. Da giovedì le consultazioni*, in *il Fatto Quotidiano on-line*, 7 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo internet www.ilfattoquotidiano.it.

n. 52, come già il ‘*Porcellum*’, era *sub iudice*, essendo prevista la pronuncia della Consulta per il successivo 24 gennaio 2017.

Per parte sua il Capo dello Stato lasciava trapelare di ritenere «inconcepibili le elezioni anticipate» senza leggi elettorali omogenee per Camera e Senato e di volere un Governo di scopo o di responsabilità nazionale con la maggioranza più ampia possibile, in grado di dare al Paese una nuova legge elettorale. Solo allora si sarebbe aperta la strada verso le urne.

Questo perché l’aver puntato tutto su una riforma costituzionale il cui ‘piatto forte’ era la soppressione del bicameralismo paritario, con un Senato non più eletto direttamente dai cittadini, aveva indotto, dopo l’approvazione dell’*Italicum*, a non deliberare una nuova legge elettorale per il Senato la cui elezione era ancora disciplinata da ciò che rimaneva del ‘*Porcellum*’, dopo la sentenza della Corte (da qui anche il nome giornalistico di ‘*Consultellum*’).

Posizione quella del Capo dello Stato che, è appena il caso di osservare, avrebbe trovato un’eco e una precisazione nella sentenza della Corte costituzionale 25 gennaio 2017, n. 35 – che ha censurato l’*Italicum* sia nella parte in cui prevedeva, in caso di mancato raggiungimento della soglia del 40%, utile per ottenere il premio di maggioranza, il ballottaggio fra le liste più votate sia l’opzione di scelta del collegio di elezione in caso di candidatura plurima; decisione peraltro suscettibile di immediata attuazione in quanto non abbinabile di una nuova legge elettorale per essere applicata – nella quale la stessa Consulta ha ritenuto non inutile osservare che un sistema «basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive», confermato dal referendum costituzionale del 2016, pur senza imporre l’adozione di leggi elettorali identiche per i due rami del Parlamento, almeno avrebbe dovuto suggerire la ricerca di sistemi elettorali che, seppur diversi, non avessero ostacolato la formazione di maggioranze parlamentari omogenee all’esito delle elezioni.

Nel caso di specie quindi è oggettivo che nell’immediato sussistesse un obiettivo impedimento allo scioglimento anticipato delle Camere, costituito dall’evidente necessità di dover attendere la decisione della Consulta sull’*Italicum*, anche

se non si può fare a meno di osservare da un lato che il Capo dello Stato non legava la sua decisione se sciogliere o meno l'Assemblea legislativa all'esito della pronuncia costituzionale, bensì all'adozione di una nuova legge elettorale omogenea per le due Camere; dall'altro che, nonostante quanto inizialmente lasciato trapelare, non aveva avuto alcun seguito l'idea di fare un Governo tecnico che promuovesse la rapida approvazione della legge elettorale e portasse alle elezioni, dandosi invece, con estrema rapidità, l'incarico all'on. Gentiloni perché formasse un Governo in assoluta continuità con il precedente, peraltro senza neppure vincolarlo alla rapida adozione di una legge elettorale che infatti venne deliberata, con tutta calma, quasi un anno dopo, nell'ottobre 2017, legge 3 novembre 2017, n. 165.

Un sesto episodio è quello, già ricordato, verificatosi nell'agosto 2019, quando il *leader* della Lega sen. Matteo Salvini apriva la crisi nei confronti del Governo di cui faceva parte, guidato dal Prof. Giuseppe Conte, presentando una mozione di sfiducia.

A seguito di detta mozione il Presidente del Consiglio, nel suo discorso innanzi ai membri del Senato, il pomeriggio del 20 agosto 2019, annunciava la sua irrevocabile intenzione di dimettersi osservando perentoriamente: «La decisione della Lega che ha presentato la mozione di sfiducia e ne ha chiesto l'immediata calendarizzazione oltreché le dichiarazioni e comportamenti, chiari e univoci, mi impongono di interrompere qui questa esperienza di governo»⁷⁸.

Nonostante la mozione fosse stata ritirata nel tardo pomeriggio, la sera stessa il Presidente del Consiglio si recava al Quirinale e rassegnava le dimissioni nelle mani del Presidente Mattarella.

Nei giorni seguenti, dopo una serrata trattativa fra il Movimento 5 Stelle e il Partito Democratico, si formava una nuova maggioranza di cui il Capo dello Stato prendeva atto, dan-

⁷⁸ Per queste dichiarazioni cfr. *Crisi di governo: Conte va da Mattarella*, in *il Fatto Quotidiano on-line*, 20 agosto 2019, reperibile all'indirizzo internet www.ilfattoquotidiano.it.

do senza esitazioni il via libera al secondo Governo guidato dal Prof. Conte.

La nuova maggioranza (probabilmente sorprendente solo per il sen. Salvini) nasceva in evidente distonia rispetto alla volontà popolare quale si era manifestata inizialmente alle elezioni amministrative tenutesi il 10 e 24 giugno 2018 (e anche regionali e provinciali: Molise, Friuli-Venezia Giulia e Provincia autonoma di Trento) e soprattutto alle elezioni europee del 26 maggio 2019 che avevano premiato la Lega Salvini Premier che aveva superato il 34% e più in generale tutto il centrodestra che aveva sfiorato il 50%, mentre avevano severamente punito il Movimento 5 Stelle che aveva visto dimezzati i voti, confermando per il resto il netto calo dei consensi per il Partito Democratico, già registratosi alle elezioni politiche dell'anno prima.

Certo è che la nuova maggioranza esprimeva un indirizzo politico antitetico rispetto alle scelte elettorali *medio tempore* compiute dagli italiani e la cui giustificazione era interamente da individuare nella necessità per il Movimento 5 Stelle di non andare alle elezioni per non vedere liquefatta la sua rappresentanza parlamentare e conseguentemente la sua forza di Governo.

Mentre l'unica ragione obiettiva all'epoca richiamata per evitare le elezioni anticipate e cioè quella di uno slittamento dell'inizio della sessione di bilancio, essendo invece necessario assumere provvedimenti in tempi brevi, onde scongiurare il temuto aumento dell'IVA, appariva come la classica 'foglia di fico' che nascondeva un'evidente operazione di trasformismo parlamentare.

Si badi: se non vi fossero state le elezioni amministrative ed europee *nulla quaestio* se il Movimento 5 Stelle avesse cambiato alleato di Governo, visto che dalle elezioni politiche non era uscita alcuna maggioranza direttamente voluta dagli elettori, ma le predette elezioni dimostravano che il Governo che stava nascendo esprimeva una linea politica che non riscuoteva sufficiente consenso nel corpo elettorale.

Nel presente paragrafo si è cercato di dar conto della prassi presidenziale – peraltro senza sviluppare alcuna valutazio-

ne sulla stessa rinviata alla fine del paragrafo seguente – facendo riferimento tanto al solo caso di scioglimento per disrappresentatività del corpo elettorale, quanto agli altri casi in cui, pur essendo evidente una distonia fra la maggioranza parlamentare e gli orientamenti politici del corpo elettorale, comprovata da fatti obiettivi (quali lo svolgimento di importanti elezioni – amministrative o regionali, quando coinvolgono un cospicuo numero di Regioni, ovvero delle elezioni europee – ovvero il transfugismo parlamentare con la creazione di ‘partiti parlamentari’ – ad esempio l’U.D.R. – non legittimati dal voto popolare e nonostante ciò in grado di dar vita a maggioranze totalmente difformi rispetto alle coalizioni presentatesi alle elezioni ovvero ancora la rottura delle coalizioni elettorali con partiti di maggioranza passati con l’opposizione a formare una nuova maggioranza alternativa alla precedente) non si è proceduto a sciogliere le Camere, ma si è scelta la via della formazione di un nuovo Governo, pur se l’indirizzo politico che lo stesso avrebbe espresso non avrebbe rispecchiato la volontà politica del corpo sociale.

Analizzando i casi di mancato scioglimento si è poi cercato di verificare l’esistenza di obiettive ragioni ostative allo svolgimento di elezioni anticipate, sì che la scelta prioritaria di formare un nuovo Governo potesse, in un certo senso, dirsi per il Capo dello Stato obbligata, come nel caso delle dimissioni del Governo Renzi, trovandosi la legge elettorale al vaglio della Corte costituzionale.

Mentre negli altri casi di mancato scioglimento le scelte presidenziali sembrano condizionate da fattori puramente politici, inerenti a valutazioni soggettive e al confronto con la maggioranza.

Quel che emerge dalla prassi è dunque una sostanziale ‘antipatia’ (nell’etimo del termine) verso le elezioni anticipate, potendo la stessa spiegarsi sulla base di due linee interpretative quella giuridica e quella politica.

La prima riconducibile a quell’orientamento che vede nello scioglimento un’*extrema ratio*; la seconda che pone il *focus* sull’affinità fra le convinzioni politiche del Capo dello Stato rispetto all’indirizzo politico espresso dalle forze di maggio-

ranza o della neocostituita maggioranza ovvero sull'avversione del Capo dello Stato verso le idee o i *leader* delle forze che potrebbero vincere le elezioni se ci fosse uno scioglimento anticipato ovvero ancora sulla decisiva influenza esercitata dalle istituzioni dell'Unione europea e dai Governi dei Paesi membri per allontanare, quanto più possibile, l'evenienza di Governi euroscettici o comunque non graditi a Bruxelles⁷⁹.

Ovviamente non è questa la sede per indagare le ragioni politiche delle scelte presidenziali, mentre è oggetto della presente ricerca verificare sia l'esattezza della tesi che vede nello scioglimento anticipato un atto a cui deve farsi ricorso solo quando qualsiasi altra strada si sia dimostrata impraticabile sia la correttezza della prassi che questa tesi sembrerebbe giustificare.

Per vero in dottrina, stante la numerosità dei casi di mancato scioglimento, pur sussistendo un'evidente dis-rappresentatività delle Camere rispetto agli orientamenti del corpo elettorale, si è sostenuto che la prassi presidenziale ha di fatto 'archiviato' il precedente del 1994 e che «la partita decisiva sulla obbligatorietà dello scioglimento anticipato nel caso di crisi di governo uscito dal risultato elettorale» sia ormai conclusa poiché tutti gli Inquilini del Quirinale dallo stesso Scalfaro, dopo le elezioni del 1994, fino a Mattarella hanno interpretato lo scioglimento «come *extrema ratio* a fronte di una situazione di blocco del sistema e quindi come unico mezzo utilizzabile per riattivarne l'operatività [...] come passaggio da compiere in assenza di alternative»⁸⁰. Non senza ricordare la lucida posizione espressa tanto dal Presidente Napolitano, caratterizzata da una valutazione molto negativa degli scioglimenti anticipati, definiti «un'improvvida prassi tutta italiana

⁷⁹ Sul permanente interesse dell'Unione ad influire a vantaggio della costituzione di Governi convintamente filo-europei e sul ruolo che il Presidente della Repubblica è chiamato a svolgere per favorire questa dinamica cfr. N. LUPO, *Parlamenti e Governi nella Costituzione "composita" dell'Unione europea*, in *Corso di diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. PELLEGRINI, Vicenza, 2016, pp. 159-166.

⁸⁰ In questo senso V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, cit., p. 57 e pp. 59-60.

da cui speravamo esserci liberati e al cui ripetersi sono tenuto a resistere nell'interesse generale»⁸¹, quanto dal Presidente Mattarella, che dopo aver ricordato che lo scioglimento anticipato è «una decisione da non assumere alla leggera», poiché «la Costituzione prevede che gli elettori vengano chiamati al voto per eleggere il Parlamento ogni cinque anni», ha, per parte sua, chiarito che il ricorso agli elettori è necessario solo «qualora il Parlamento non sia in condizione di esprimere una maggioranza di governo», avendo il Presidente della Repubblica «il dovere – ineludibile – di non precludere l'espressione di volontà maggioritaria del Parlamento»⁸². Posizione da quest'ultimo ribadita, in occasione delle dimissioni del Governo Draghi e dello scioglimento delle Camere decretato il 21 luglio 2022, nel breve discorso tenuto per darne pubblica formale comunicazione, nuovamente affermando che «lo scioglimento anticipato del Parlamento è sempre l'ultima scelta da compiere, particolarmente se, come in questo periodo, davanti alle Camere vi sono molti importanti adempimenti da portare a compimento nell'interesse del nostro Paese. Ma la situazione politica che si è determinata ha condotto a questa decisione», perché «la discussione, il voto e le modalità con cui questo voto è stato espresso ieri al Senato hanno reso evidente il venir meno del sostegno parlamentare al Governo e l'assenza di prospettive per dar vita a una nuova maggioranza. Questa condizione ha reso inevitabile lo scioglimento anticipato delle Camere»⁸³.

Rispetto a questa posizione dottrinale (e presidenziale), pur se fondata sui significativi dati che provengono dalla prassi, può tuttavia obiettarsi in primo luogo che il problema dello scioglimento di un Parlamento delegittimato non è in tutto

⁸¹ Per una più completa illustrazione della posizione del Presidente Napolitano cfr. V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, cit., pp. 58-59.

⁸² In proposito si veda la dichiarazione del Presidente Mattarella del 22 agosto 2019, in occasione della crisi del Governo Conte I, reperibile all'indirizzo internet www.quirinale.it.

⁸³ Il testo integrale di questa comunicazione del Presidente è reperibile all'indirizzo internet www.repubblica.it.

coincidente con quello del mutamento della maggioranza uscita dalle elezioni. Infatti, vi possono essere casi in cui il mutamento della maggioranza non implica necessariamente una divaricazione/delegittimazione del corpo rappresentativo. Si pensi al più sopra citato caso del Governo Monti, Governo tecnico, dovuto all'iniziativa del Capo dello Stato, ma sostenuto da quasi tutte le forze politiche, compresa la più importante fra quelle costituenti la precedente maggioranza. Si pensi ancora al caso di un Governo di unità nazionale, sostenuto dalla maggioranza votata dai cittadini e dall'opposizione (un esempio del quale non può, però, ritenersi rappresentato dal Governo Draghi, pur se sostenuto da quasi tutte le forze politiche comprese la Lega e il Movimento 5 Stelle, per il semplice fatto che dalle elezioni politiche del 2018 non era uscita alcuna maggioranza, pur se proprio la Lega e il Movimento 5 Stelle dal punto di vista politico potessero considerarsi i veri 'vincitori' delle elezioni, avendo di molto accresciuto il loro consenso popolare). Ebbene sostenere che, in casi come questi, il solo fatto di una modifica della maggioranza uscita dalle elezioni produca una delegittimazione delle Camere o comunque una divaricazione rispetto alla volontà popolare appare abbastanza problematico. In detti casi, infatti, il formarsi di maggioranze composite diverse da quelle votate dagli elettori non implica un ribaltamento della volontà popolare, piuttosto un adattamento/adequamento della maggioranza (o della componente principale della stessa) a mutate esigenze politiche che possono o essere promosse dalle stesse forze di maggioranza o di cui le forze di maggioranza sono chiamate a prendere atto o, peggio, devono subirle.

Secondariamente che la tesi dello scioglimento delle Camere come *extrema ratio*, pur se seguita dagli stessi Presidenti della Repubblica, non è assolutamente condivisibile perché, come sopra si è cercato di chiarire, è in contrasto con il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, in cui cioè è il popolo a dover essere la fonte dell'indirizzo politico dello Stato ed in cui se le Camere (*rectius* la maggioranza) non rappresentano più il corpo sociale non hanno più alcuna autorità per

governare il Paese, perché l'autorità delle Camere deriva «dal suo essere rappresentativa della volontà della Nazione»⁸⁴.

Precisato ciò, rimane tuttavia da chiedersi se la prassi presidenziale – concretizzatasi nel mancato scioglimento anche quando era evidente, sulla base di elementi obiettivi, che le Camere non rappresentavano o non rappresentavano più la volontà popolare – sia altrimenti giustificabile, pur senza far ricorso alla tesi dello scioglimento come 'ultima spiaggia', ovvero se sia in contrasto con la Costituzione o ancora se, pur non violando la legalità costituzionale, non collida *with the soul of Constitution*, con lo spirito della Costituzione.

7. *Problematica individuazione della titolarità del potere previsto dall'art. 88 Cost. e correlativamente della natura del decreto presidenziale di scioglimento. Suoi riflessi sull'ipotesi di scioglimento anticipato finalizzato a ripristinare la corrispondenza fra la volontà dei rappresentanti e quella degli elettori*

Atteso dunque, come sostenuto da una parte autorevole della dottrina, anche sulla scorta dei lavori dell'Assemblea costituente, che la forma di Governo parlamentare italiana, in forza del principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, è connotata dalla necessità di rendere effettivo l'ideale di una democrazia partecipata in cui non si interrompa mai il filo che deve legare l'indirizzo politico deciso dalla maggioranza parlamentare ai convincimenti del corpo elettorale (non essendo, come detto, per nulla persuasiva quella lettura dell'art. 1, comma 2 Cost. che finisce per farne una formula ellittica che, mentre proclama espressamente l'appartenenza della so-

⁸⁴ Con le parole di A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution* cit., pp. 288-289, «No modern constitutionalist will dispute that the authority of the House of Commons is derived from it representing the will of the nation [...] it affirmed decisively the fundamental principle of our existing constitution that not Parliament but the nation is, politically speaking, the supreme power in the State».

vranità al popolo, riafferma tacitamente la tradizionale concezione della sovranità parlamentare): ricavandosi dal combinato disposto degli artt. 1, comma 2 e 88, comma 1, Cost. un'interpretazione dello scioglimento di una o di ambedue le Camere come un ordinario mezzo di appello al popolo, si pone il problema, anche mettendosi dal punto di vista dei cittadini, di capire se lo scioglimento delle Camere, quando queste non rappresentino più la volontà popolare, possa configurarsi come un imperativo che si impone al Capo dello Stato, quale garante della democraticità del sistema, sicché nel bilanciamento fra conservazione di una maggioranza delegittimata e scioglimento delle Camere dovrebbe sempre propendere per questa seconda ipotesi.

Questione che sposta l'attenzione sulla natura del potere di scioglimento e correlativamente sull'idoneità del congegno attraverso cui si perviene allo scioglimento a sostenere una tesi di tal genere, e che, va avvertito, non può essere liquidata semplicemente osservando che, anche ad ammettere la possibilità di uno scioglimento in caso di dis-rappresentatività-delegittimazione del corpo rappresentativo, il potere riconosciuto al Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 88, comma 2 Cost., che testualmente definisce tale potere come «facoltà», si configurerebbe come un potere latamente discrezionale, rimesso a valutazioni squisitamente politiche.

Infatti, quest'«infelice espressione» tradisce una realtà assai più complessa che esclude che il potere di scioglimento possa considerarsi «liberamente disponibile da parte del suo titolare alla maniera di una facoltà»⁸⁵.

Complessità che dipende da due ordini di ragioni, in primo luogo dal fatto che il congegno previsto dalla Costituzione per lo scioglimento è quello dell'atto presidenziale controfirmato, sì da porre delicati problemi in ordine alla titolarità del potere di scioglimento, secondariamente, come più volte accennato, dal fatto che l'art. 88, comma 1 Cost. non si preoccupa minimamente di stabilire in quali casi lo scioglimento potrebbe venire legittimamente utilizzato. Cosa che, come si è visto,

⁸⁵ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 204.

ha indotto molta parte della dottrina a negare l'ammissibilità dello scioglimento per dis-rappresentatività del corpo elettorale e, più in generale, a negare l'ammissibilità degli scioglimenti extrafunzionali.

A questo proposito non è inutile ricordare, tralasciando i cosiddetti scioglimenti tecnici, diretti ad anticipare lo scioglimento delle Camere per evitare o il voto nel periodo estivo o un possibile 'ingorgo istituzionale' o che importanti impegni internazionali siano affrontati da un Governo ormai prossimo alla scadenza⁸⁶ (o quelli che, prima del 1963, anno in cui la durata del Senato è stata pareggiata a quella della Camera, erano finalizzati a sciogliere anticipatamente il Senato per consentire la simultanea elezione delle due Camere), etc., che la dottrina distingue abbastanza nettamente i cosiddetti scioglimenti funzionali da quelli extrafunzionali.

I primi sarebbero quelli conseguenti ad una crisi di Governo in cui si manifesti una tale disfunzione dei rapporti fra l'Esecutivo ed il legislativo da rendere necessario il ricorso a nuove elezioni per superare il «blocco del sistema», dovendo tra gli stessi ricomprendersi anche il caso «dell'insanabile contrasto fra le due assemblee legislative», poiché tale situazione, «essendo fatalmente destinata a coinvolgere lo stesso raccordo Governo-Parlamento, *finirebbe* col rientrare nello scioglimento funzionale strettamente inteso, piuttosto che in uno scioglimento "patologico", ben differenziato e a sé stante»⁸⁷.

⁸⁶ Si fa riferimento allo scioglimento 'tecnico' del 2001, finalizzato ad avere un Governo nel pieno delle sue funzioni per garantire il corretto svolgimento del G8 del 2001.

⁸⁷ Ancora si veda L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 208. Per l'ipotizzabilità giuridica di questa causa di scioglimento e sulla sua configurabilità come causa a sé stante di scioglimento cfr. G.F. CIAURRO, *Disfunzioni delle Camere e potere di scioglimento*, in *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, II, Milano, 1969, p. 185 ss., il quale ritiene che l'inazione delle Camere potrebbe produrre anche una situazione di «afunzionalità assoluta», come nel caso in cui dovesse paralizzare il funzionamento della Corte costituzionale. Con riguardo a questa ipotesi di scioglimento anche L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica (art. 88-91)*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 88.

Da sottolineare come in relazione a questa varia tipologia di ipotesi lo scioglimento assumerebbe il carattere di una necessità, una sorta di atto dovuto che il Capo dello Stato dovrebbe giocoforza adottare, non avendo altra strada per rimettere in moto il sistema, financo potendosi ipotizzare che, in tali casi, il perdurante ostinato rifiuto presidenziale di scioglimento possa integrare il reato di attentato alla costituzione.

I secondi viceversa si caratterizzerebbero per l'assenza di un blocco funzionale e per il fatto di essere, almeno in apparenza, disposti 'contro la maggioranza' del momento, come, ad esempio, proprio nell'ipotesi qui esaminata di frattura fra maggioranza parlamentare e maggioranza elettorale, ovvero quando si presenti la necessità di chiamare il popolo a decidere su scelte fondamentali non fatte oggetto della campagna elettorale o ancora nell'ipotesi dei cosiddetti 'scioglimenti-sanzione', laddove le Camere si fossero rese responsabili di gravi ripetute violazioni di norme costituzionali⁸⁸ o nell'ipotesi di ripetute crisi di Governo, cagionate da una maggioranza esistente, ma litigiosa, che impediscano di affrontare i fondamentali problemi del Paese.

Casi questi rispetto ai quali, sussistendo una maggioranza ovvero essendo comunque possibile il formarsi di una maggioranza, si è in special modo posto il problema del se e in che limiti siano ammissibili e in ogni caso come debba in tale ipotesi configurarsi il ruolo del Presidente della Repubblica.

Anche a mente del richiamo fatto a questa utile distinzione, si comprende il fondamentale rilievo che assume il problema della reale spettanza del potere di scioglimento. Problema reso quanto mai di difficile soluzione dal congegno a mezzo del quale i Costituenti hanno voluto si attuasse lo scioglimento, vale a dire quello dell'atto presidenziale controfirmato, non essendo stato il decreto di scioglimento escluso dall'obbligo di controfirma previsto per tutti gli atti del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 89 Cost.

⁸⁸ Per quest'ultima ipotesi F. PINTO, *Scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Politica del diritto*, 1980, 2, p. 259 ss.

La qual cosa rende di immediata evidenza che, in ogni caso, il Capo dello Stato non è l'unico giocatore in campo nella partita che decide dello scioglimento anticipato.

Già in Assemblea costituente all'atto dell'approvazione della norma prescrivente l'obbligatoria controfirma di tutti gli atti presidenziali venne fatto osservare come la stessa avrebbe radicalmente cambiato il senso dell'istituto presidenziale, visto che sarebbe andata ad incidere anche sull'attribuzione del potere di scioglimento anticipato delle Camere che sino a quel momento era stata così enfatizzata da farne la chiave di volta della figura e del ruolo del Capo dello Stato⁸⁹.

Infatti, la controfirma dell'atto di scioglimento delle Camere, ove non avesse condotto ad attribuire il correlativo potere al Governo, avrebbe comunque consentito allo stesso di paralizzarne l'esercizio, sottraendolo all'esclusiva volontà del Presidente della Repubblica.

Osservazione che coglieva un aspetto decisivo della questione, rivelando peraltro come in Assemblea costituente la maggioranza fosse in realtà favorevole ad escludere che il potere di scioglimento si atteggiasse come un potere di prerogativa o, comunque, come un potere personale del Presidente, dovendo piuttosto configurarsi come un potere necessariamente limitato dall'intervento ministeriale.

A questo proposito può ricordarsi come nell'originario progetto di Costituzione «il Presidente della Repubblica non potesse sciogliere le camere che su proposta del Presidente del consiglio»⁹⁰. Ancora nella seduta del 13 gennaio 1947, dall'on.

⁸⁹ Così L. PRETI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 23 ottobre 1947, pp. 1495-1496, reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>. Si consideri sul punto che nel pensiero di molti Costituenti l'attribuzione al Presidente del potere di scioglimento delle Camere avrebbe fatto ascrivere la Repubblica italiana fra quelle semiparlamentari. In proposito, si vedano le osservazioni di M. RUINI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 19 settembre 1947, p. 356, ugualmente reperibile all'indirizzo internet <https://legislatureprecedenti.camera.it>, richiamandosi espressamente all'opinione in tal senso già espressa da Mortati.

⁹⁰ Richiama quest'originaria formulazione del «progetto di Costituzione che si sta apprestando» L. EINAUDI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Seconda Sot-*

Nobile venne proposto un emendamento molto limitativo del potere presidenziale di scioglimento che tra l'altro prevedeva che allo stesso si desse corso «con decreto del presidente della Repubblica su proposta del Consiglio dei ministri»⁹¹.

Più in generale appariva molto dibattuto il problema di stabilire a chi competesse l'iniziativa dello scioglimento, da alcuni riconosciuta al Governo⁹², in virtù del fatto che il decreto di scioglimento doveva recare la firma del Primo Ministro, mentre da altri veniva assegnata al Presidente ritenendosi «inammissibile che l'iniziativa debba partire dal Capo del Governo»⁹³.

In ogni caso vi era concordanza sul fatto che lo scioglimento anticipato non fosse «un atto personale del Presidente della Repubblica perché deve recare la controfirma del Primo Ministro»⁹⁴. Opinione estesamente ripresa dall'on. Tosato che, a nome della Commissione per la Costituzione, considerava inammissibile «una possibilità di scioglimento della Camera da parte del Presidente della Repubblica in via di prerogativa cioè [...] senza il concorso di un ministro che assuma la responsabilità dell'atto», dovendosi viceversa tener fermo «il principio fondamentale che nessun atto del Presidente possa aver luogo senza la controfirma di un ministro responsabile»⁹⁵. Affermazioni che rendevano nel complesso evidente la volontà di escludere la natura unilaterale della decisione del Capo dello Stato che nel concorso di un ministro politicamente responsabile avrebbe trovato il suo limite naturale.

Questo perché è palpabile in Assemblea costituente il timore che l'affidare al Presidente in proprio la decisione di sciogliere le Camere avrebbe potuto costituire nelle sue mani un'arma che gli avrebbe permesso di intervenire sulla politica

tocommissione, Prima Sezione, seduta pomeridiana 13 gennaio 1947, cit., p. 111.

⁹¹ Emendamento messo ai voti dal Presidente Terracini, ma respinto. Cfr. U. TERRACINI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, pp. 115-116.

⁹² Così A. PICCIONI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 113.

⁹³ In questo senso O. ZUCCARINI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 111.

⁹⁴ Così, C. MORTATI, *Intervento*, in *op. ult. cit.*, p. 115.

⁹⁵ In proposito E. TOSATO, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria, seduta pomeridiana del 24 ottobre 1947, cit., p. 1542.*

del Governo e sullo stesso Parlamento allo scopo di piegarne o modificarne le scelte, potendo così imporre un indirizzo fuori dal circuito della responsabilità politica, soprattutto nel caso in cui il Presidente fosse stato eletto da una maggioranza diversa da quella successivamente andata al Governo, facendosi rilevare che «il Presidente della Repubblica in linea generale può anche appartenere ad un partito e quindi può essere soggetto alle influenze e alle passioni di questo partito»⁹⁶.

Ab origine, dunque, il meccanismo prescelto per disporre lo scioglimento anticipato di una o di ambedue le Camere presenta un discreto grado di problematicità che non si è certo diradato nonostante gli sforzi della dottrina successiva, ma anzi si è accresciuto di pari passo con il tentativo di sistematizzazione degli atti presidenziali.

Fra le differenti opinioni sostenute la più risalente e attualmente la meno diffusa, è quella che attribuisce al Governo l'effettivo esercizio del potere di scioglimento in forza dell'art. 89 Cost. che nel controfirmante ravvisa il necessario proponente ed iniziatore dell'atto. Opinione che si basa altresì tanto sulla natura partitico-parlamentare della vigente forma di Governo, sì che sarebbe nella volontà dei partiti che dovrebbero individuarsi il decisore ultimo degli scioglimenti anticipati, quanto sull'affermata estraneità del Capo dello Stato con riguardo alla determinazione dell'indirizzo politico⁹⁷.

Un secondo orientamento dottrinale è quello che fa rientrare lo scioglimento nel perimetro dell'iniziativa presidenziale.

⁹⁶ Cfr.: U. TERRACINI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost.*, *Seconda Sottocommissione, Prima Sezione*, seduta pomeridiana 13 gennaio 1947, cit., p. 117.

⁹⁷ Aveva inizialmente sostenuto quest'interpretazione G. GUARINO, *Lo scioglimento del Parlamento nel progetto per la nuova Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947, 3, pp. 166-167; ID., *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 255 ss. Nello stesso senso, tra gli altri, A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, p. 151; S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, pp. 12-35; ID., *Il Presidente della Repubblica: struttura garantista e struttura governante*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-27 ottobre 1984*, a cura di G. SILVESTRI, Milano, 1985; L. CARLASSARE, *Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2001. Il governo*, Padova, 2002.

Orientamento basato su una pluralità di ragioni di ordine sia formale sia sostanziale. Dal punto di vista formale si fa notare «in primo luogo che la disciplina costituzionale dello scioglimento fa parte del complesso di articoli intitolati al «Presidente della Repubblica»; in secondo luogo che è precisamente il Capo dello Stato a sentire in proposito i Presidenti delle Assemblee parlamentari; in terzo luogo che il ‘semestre bianco’ non ritrova alcuna giustificazione se non dal punto di vista di chi riconosca al Presidente un reale margine di scelta nell’esercizio del potere in esame». Mentre dal punto di vista sostanziale si osserva da un lato che è «prassi consolidatasi a partire dallo scioglimento del ’53» che il «decreto statuyente la dissoluzione delle Camere è sempre stato esentato da una formale proposta del controfirmante e non si è mai fondato su una previa deliberazione del Consiglio dei ministri», dall’altro che «l’iniziativa presidenziale o la conclusiva decisione del Capo dello Stato rappresentano l’unica effettiva garanzia che lo scioglimento non venga decretato nell’esclusivo interesse della maggioranza parlamentare in atto»⁹⁸.

⁹⁸ Così L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., pp. 204-205, il quale, però, riconosce alla controfirma ministeriale un ruolo di effettivo contrappeso. In senso analogo, tra gli altri, si vedano: G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 940, p. 956 ss., p. 987, ancora tuttavia sostenendo la necessità di una proposta governativa che il Presidente potrebbe o meno accettare; e soprattutto ID., *Lo scioglimento anticipato del Senato*, in *Il foro italiano*, 1953, coll. 99-100; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 2, p. 332 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, 2, p. 285 ss.; F. PINTO, *Scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 227-241; E. CHELI, *Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1985, 1, pp. 29-45; S. LABRIOLA, *Il Presidente della repubblica*, Padova, 1986, p. 146; G.F. CIAURRO, *Scioglimento delle Assemblee parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Roma, 1991, pp. 4-6 (attribuendosi tuttavia decisivo rilievo al consenso dei partiti); G. FLORIDIA, *L’eccezione e la regola: lo scioglimento del 1994*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 264; M. OLIVETTI, *Le dimissioni rientrate del governo Prodi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 5, p. 3166 ss.; R. VIRGILIO, *L’esercizio del potere di scioglimento del Parlamento negli anni 1994-1999*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 241; G. FERRARA, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Assemblee parlamentari nell’emergenza costituzionale*, 1 marzo

Un terzo indirizzo interpretativo è quello che configura il decreto di scioglimento come un atto complesso uguale o duvirente caratterizzato da un esercizio del potere in regime di contitolarità. Indirizzo il cui più grande merito sta per un verso di escludere che il potere di scioglimento possa configurarsi come un potere di prerogativa e per l'altro di garantire al Capo dello Stato un ruolo determinante, seppur a titolo paritario con quello del Governo, nella deliberazione del contenuto dell'atto⁹⁹. Indirizzo all'interno del quale dovrebbero rientrare anche quelle interpretazioni «che pur condividendo l'impostazione secondo cui un simile istituto sia un potere diviso, configurano l'atto di scioglimento come atto a partecipazione complessa, frutto della collaborazione tra Presidente della Repubblica e altri soggetti od organi costituzionali diversi dal Governo», osservando «che sono state quasi sempre le forze politiche

2011, in *Costituzionalismo.it*, rubrica 'Emergenza costituzionale', p. 3; M. VILLORE, *Lo scioglimento anticipato tra difesa della democrazia e "tradimenti"*, 16 febbraio 2011, in *Costituzionalismo.it*, rubrica 'Emergenza costituzionale'.

⁹⁹ Sostengono quest'indirizzo interpretativo, tra gli altri, L. ELIA, *Lo scioglimento del Senato: poteri presidenziali e governativi ex art. 88 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1958, p. 350 ss.; Id., *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, in L. ELIA, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2000, p. 198; L. CARLASSARE, *Scioglimento delle Camere e responsabilità del Presidente*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, in *Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-27 ottobre 1984*, cit., p. 191; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO, A. BARBERA, Bologna, 1997, p. 245; A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 55; B. CARAVITA, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle Camere*, 29 novembre 2010, in *www.federalismi.it*, p. 15; P. CIARLO, *Dimissioni del governo versus scioglimento anticipato*, 19 febbraio 2011, in *Costituzionalismo.it*, rubrica 'Emergenza costituzionale'; G. AZZARITI, *Il potere di scioglimento delle Camere come atto complesso*, 18 aprile 2011, in *Costituzionalismo.it*, rubrica 'Emergenza costituzionale'; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 185 ss.; Id., *Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni di indirizzo politico*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 2011, p. 345 ss.; C. DE GIROLAMO, *Lo scioglimento anticipato delle Camere: una ricognizione della dottrina e della prassi*, cit., p. 6.

a “optare” per uno scioglimento anticipato, decisione a cui il Capo dello Stato quasi mai si è opposto»¹⁰⁰.

Una quarta linea di pensiero è infine quella avanzata da quegli autori che ritengono trattarsi di una specie di ‘potere misto’ ora governativo, ora presidenziale a seconda delle condizioni politiche e/o della natura dello scioglimento anticipato. Dottrina che da alcuni viene basata sulla tesi che la controfirma avrebbe l’esclusiva funzione di attestare l’intervenuta collaborazione fra Capo dello Stato e Presidente del Consiglio, sì che in concreto sarebbe possibile un’oscillazione del ruolo presidenziale il cui ‘peso’ nella determinazione del contenuto dell’atto potrebbe mutare sulla base di una pluralità di variabili, prima fra tutte quella che concerne l’esistenza di crisi nel funzionamento del sistema, tali che i rimedi «canonizzati nei testi costituzionali non possono trovare attuazione», esaltandosi in tale ipotesi la funzione e i poteri del Capo dello Stato¹⁰¹. Mentre da altri viene ricondotta alla natura dello scioglimen-

¹⁰⁰ In questo senso, C. DE GIROLAMO, *Lo scioglimento anticipato delle Camere: una ricognizione della dottrina e della prassi*, cit., p. 3, a cui si rinvia per la dottrina citata nel senso indicato nel testo tra cui M. VOLPI, *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi politici contemporanei*, Rimini, 1983; P. CALANDRA, *Competenze formali e convenzioni politiche negli scioglimenti anticipati delle Camere*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, I, pp. 7-65; G.F. CIAURRO, *Scioglimento delle assemblee parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Roma, 1992, p. 5; A. BARBERA, *Tendenze nello scioglimento delle assemblee parlamentari*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 7, Torino, 1997, pp. 18-20; L. CARLASSARE, *Il Presidente della Repubblica (art. 88-91)*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 60-70.

¹⁰¹ È la nota tesi di C. ESPOSITO, *Il Capo dello Stato parlamentare*, in *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano, 1960, p. 783, nt. 58; ID., *Capo dello Stato, in Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. NOCILLA, Milano, 1992, p. 39 (lo scritto riproduce ID., *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, pp. 224-246); ID., *Controfirma ministeriale*, in *Diritto costituzionale vivente*, cit., pp. 102-103, nt. 63 (lo scritto riproduce con integrazioni ID., *Controfirma ministeriale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, pp. 285-297), il quale ritiene appunto che nello scioglimento di ordinaria amministrazione e in quello tecnico prevalente risulterebbe «la direttiva dei ministri», mentre assai diversamente accadrebbe nei casi di crisi nel funzionamento del sistema parlamentare in cui «il potere formale del Capo dello Stato» si muterebbe in potere sostantivo (ID., *Capo dello Stato*, cit., pp. 45-46, nt. 105). Si veda inoltre in proposito M. OLIVETTI, *Lo scioglimen-*

to, configurandosi il decreto presidenziale come atto composto in senso stretto, nell'ipotesi degli scioglimenti funzionali – casi questi in cui il potere spetterebbe al Presidente, assumendo la controfirma i connotati di un atto dovuto, non potendo essere rifiutata – laddove nei casi che dipenderebbero da decisioni squisitamente politiche il decreto di scioglimento sarebbe da ascrivere agli atti complessi ineguali in cui il Presidente parteciperebbe alla determinazione del contenuto dell'atto, ma in via subordinata rispetto al Governo¹⁰².

Non è qui necessario esaminare e approfondire le ragioni che militano a favore e contro ciascuno di questi orientamenti, anche se sembrano potersi tralasciare sia l'indirizzo che configura il decreto presidenziale di scioglimento come un atto formalmente presidenziale, ma sostanzialmente governativo, orientamento che non pare accettabile poiché – in contrasto con il tenore letterale dell'art. 88 Cost. e, più ampiamente, con il dettato costituzionale che attribuisce al Capo dello Stato il compito di individuare il percorso di uscita dalla crisi – finisce per svilirne il ruolo, peraltro riducendo lo scioglimento anticipato ad un'arma nelle mani del Governo per limitare l'autonoma iniziativa del Parlamento, sia la teoria espositiva del Presidente della Repubblica come «reggitore dello Stato nei momenti di crisi», visto che, per vero, pur non chiarendo

to delle Camere del 2 febbraio 1992. Una «curiosità costituzionale» o un precedente imbarazzante?, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 599-619.

¹⁰² Così M. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, in *Rivista Trimestrale diritto pubblico*, 1978, 4, pp. 1340-1344. Di atti complessi ineguali parla anche E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1955⁴, pp. 339-340, il quale colloca lo scioglimento fra gli atti governativi, individuando appunto due sole tipologie di atti presidenziali, in cui, a seconda della tipologia a cui ciascun atto può riferirsi, diverso risulta l'apporto della volontà del Presidente della Repubblica e di quella del Presidente del Consiglio; tuttavia è da notare che, in *Id.*, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 105, lo stesso Crosta sembrava propendere per la tesi dell'atto duunvirale, osservando che, poiché nel caso di scioglimento anticipato le possibilità di uno sviamento dell'esercizio di tale potere sono configurabili rispetto a entrambi gli organi coinvolti, è nel condizionare la formazione dell'accordo fra i due che deve vedersi una maggiore salvaguardia contro l'abuso.

approfonditamente il concetto di crisi del sistema, sembra riferirsi o a situazioni di eccezionale gravità (ad esempio nel caso in cui «il Parlamento non sia in grado di approvare alcuna legge») o magari, più limitatamente, a profonde crisi che scuotono la maggioranza (ad esempio quando il Parlamento «neghi stabile fiducia ad ogni possibile Governo») ¹⁰³.

Quel che invece è importante segnalare è che dalla generalità degli interpreti che in via ordinaria attribuiscono al Capo dello Stato una partecipazione determinante (prevalente o paritaria) nell'adozione del decreto di scioglimento vi è la tendenza ad escludere che il potere di dissoluzione delle Camere possa interpretarsi come un potere personale del Capo dello Stato.

Anche se, per vero, alla dottrina che configura il decreto di scioglimento come un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, vale a dire un atto rispetto al quale la controfirma avrebbe il significato e la sostanza di un mero controllo di legittimità ¹⁰⁴, possono ricondursi ipotesi ricostruttive molto diverse fra loro.

Ad una prima corrente interpretativa possono ascrivere quegli studiosi che, mentre ritengono che la controfirma atesti «il rispetto delle norme costituzionali di competenza e procedura», non costituendo, però, «uno strumento di controllo della sussistenza dei presupposti sostanziali dell'esercizio del potere, la cui valutazione sarebbe rimessa in via esclusiva al Capo dello Stato» ¹⁰⁵, nondimeno ammettono scioglimenti

¹⁰³ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Diritto costituzionale vivente*, cit., pp. 46-47, nt. 105.

¹⁰⁴ In proposito si veda, ad esempio, G. GUARINO, *Lo scioglimento anticipato del Senato*, cit., p. 101, secondo cui «la controfirma è obbligatoria, ma consente il solo controllo di legittimità dell'atto»; P. BARILE, *I poteri del presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 333, nt. 111, per il quale il Governo non può «rifiutare la controfirma qualora ritenga l'atto contrario agli interessi del paese», in quanto «se lo scioglimento è atto presidenziale, la controfirma, secondo la regola generale sopra illustrata nel testo, ha un compito limitato al controllo meramente giuridico, non di merito».

¹⁰⁵ Così R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 12 ottobre 2012, p. 3, reperibile all'indirizzo internet www.costituzionalismo.it, secondo il quale questo tratto caratte-

esclusivamente di tipo funzionale (quale, ad esempio, da ultimo quello seguito alle dimissioni del Governo Draghi)¹⁰⁶.

Questa limitazione del potere presidenziale scompare invece in quella linea di pensiero che muovendo anch'essa dall'escludere che la controfirma implichi un controllo della sussistenza dei presupposti sostanziali dell'esercizio del potere, nondimeno ammette scioglimenti anche di tipo extrafunzionale, come quello cagionato da una eventuale distonia tra corpo elettorale e Camere, sebbene poi cerchi di individuare un necessario contrappeso, rispetto ad un esercizio del potere privo della necessaria «oculata ponderazione», nel procedimento di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica¹⁰⁷.

Una terza linea interpretativa è infine quella che, pur concordando sul fatto che al controfirmante non spetta se non un controllo di legittimità, nondimeno per converso ritiene che tale controllo presenti «un significato peculiare e comunque più pregnante di quello che esso riveste in relazione ad altri atti di iniziativa presidenziale quali le nomine dei senatori a vita o di alcuni giudici costituzionali», poiché tale controllo sarebbe «reso quanto mai penetrante dalla circostanza che i presupposti giustificativi non sono individuati dalla Costituzione e che la stessa effettiva ricorrenza dell'uno o dell'altro fattore

rizzerebbe tutta la dottrina che sostiene la natura sostanzialmente presidenziale dell'atto.

¹⁰⁶ Tra gli altri, ad esempio, V. SICA, *L'attività politica nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 846, secondo cui «lo scioglimento disposto dal Presidente non è in alcun modo collegato all'indirizzo politico del Governo; esso è dovuto e vincolato dalle esigenze di funzionalità del sistema. Il Presidente della Repubblica non è un organo di indirizzo politico, è il regolatore del sistema e della sua funzionalità; gli è pertanto attribuito il potere d'intervenire allorché l'organizzazione risulti comunque paralizzata nel suo centro nevralgico e direttivo: il Parlamento»; M. GALIZIA, *Nomina e fiducia. Il Presidente della Repubblica e la formazione del Governo*, in *Nuova Rassegna*, 1954, p. 1075, per il quale lo scioglimento «serve a dirimere i conflitti tra Governo e Parlamento messi in luce attraverso il giuoco della fiducia. Esso non è però un'arma collocata nelle mani del Governo: la titolarità del Presidente della Repubblica è effettiva. Dalla sua posizione distaccata di Capo dello Stato egli può validamente scegliere il momento ed i termini del suo intervento, che rimette al popolo la decisione della controversia».

¹⁰⁷ Così G. CUOMO, *Unità e omogeneità nel Governo parlamentare*, Napoli, 1957, p. 103.

di legittimazione si presta a formare l'oggetto di profonde divergenze di opinioni»: non potendosi peraltro dubitare «che lo scioglimento delle Camere *comperti* pur sempre un dialogo tra Presidente e Governo e che, principalmente, la scelta del Presidente non potrebbe non fondarsi sull'assenso di colui che dirige e impersona la politica governativa». In altre parole, alla controfirma del decreto di scioglimento delle Camere, più che in altri casi, dovrebbe riconoscersi il valore di una attestazione della «corrispondenza dell'atto agli interessi più contingenti [...] di cui è portatore il governo, se non addirittura alla difesa degli interessi nazionali»¹⁰⁸.

Rispetto a queste ipotesi ricostruttive va tuttavia avvertito che né la prima, né la seconda risultano granché convincenti. Non la prima perché, come si è cercato di chiarire in precedenza, nell'ordinamento costituzionale italiano risultano ammissibili anche taluni scioglimenti di tipo extrafunzionale. Non la seconda perché attribuirebbe al potere presidenziale di scioglimento la consistenza di un potere personale, trasformando

¹⁰⁸ In questo senso L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 205. In senso analogo V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi per E. Crosa*, I, Milano, 1960, p. 631, p. 633, pp. 640-644, per il quale il controllo esercitato con la controfirma sarebbe un «controllo, però, interessato (almeno per la parte in cui si rivolge a prevenire indebite interferenze presidenziali nella funzione di indirizzo politico), essendo affidato allo stesso organo che ha in fatto, e si presume avere, in diritto, interesse alla libera esplicazione dell'attività propria e di quella della maggioranza parlamentare»; così ancora F. CUOCOLO, *Il rinvio presidenziale*, Milano, 1955, p. 124, secondo cui il Governo potrebbe «addirittura negare la controfirma qualora l'atto si riveli diretto, anziché a garantire il buon funzionamento del sistema, contro la maggioranza esistente per valutazioni meramente politiche». Per la tesi che sostiene che negli atti d'iniziativa presidenziale la controfirma starebbe a significare la sostanziale corrispondenza dell'atto agli interessi del Governo e/o a quelli generali «che istituzionalmente il Presidente è chiamato a perseguire» N. OCCHIOCUPO, *Il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1972, pp. 52-53; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972¹, p. 201, per il quale la controfirma starebbe ad accertare che l'atto non solo è conforme «a quei più generali, e per ciò stesso anche più astratti interessi, di cui ha particolarmente cura il Capo dello Stato, ma che è anche conforme agli interessi immediati, momentanei e contingenti (e pur tuttavia tutt'altro che trascurabili) di cui si fa portavoce la maggioranza al potere»; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Governo e Parlamento*, I, Milano, 1972, p. 276 ss.

il decreto di scioglimento in un atto sostanzialmente unilaterale che il Governo non potrebbe rifiutarsi di controfirmare in assenza di vizi meramente formali o procedurali, così privando gli organi titolari della funzione di indirizzo politico di far valere il proprio punto di vista.

Ragione per la quale assai più convincente appare la terza linea interpretativa sopra richiamata che tende a riconoscere alla controfirma ministeriale una funzione di effettivo contrappeso della volontà presidenziale, sebbene poi alla stessa possa imputarsi di rendere evanescente il *discrimen* fra controllo di legittimità e controllo di merito.

Più chiaro e lineare appare pertanto quell'orientamento interpretativo che ricostruisce l'atto di scioglimento come un atto duunvirale il cui contenuto è paritariamente determinato dal Capo dello Stato e dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tesi quest'ultima che, in effetti, ad avviso di chi scrive, sembra essere quella che meglio corrisponde alla forma di Governo parlamentare italiana in cui si è inteso negare al Capo dello Stato «un potere decisionale esclusivo»¹⁰⁹ in ordine alla sopravvivenza delle maggioranze parlamentari, non essendosi esentato il decreto di scioglimento dall'obbligo della controfirma. E difatti, come detto, a ritenere che nel dissenso fra Capo dello Stato e Governo la controfirma del decreto di scioglimento non potrebbe essere rifiutata, in quanto atto la cui adozione in ultima istanza competerebbe al Presidente, si finirebbe per attribuire al potere di dissoluzione delle Camere la consistenza di un potere personale (con il rischio di trasformare un organo giuridicamente e politicamente irresponsabile in un organo capace di esprimere un indirizzo politico alternativo a quello degli organi politicamente responsabili, rischio per escludere il quale la controfirma deve avere una funzione di valutazione del merito e non solo di controllo). La qual cosa, a sua volta, risulterebbe incompatibile con il principio di responsabilità politica, poiché invero sembra viziata da una specie di schizofrenia giuridica l'idea che il Governo debba assu-

¹⁰⁹ Cfr. L. PEGORARO, A. REPOSO, A. RINELLA, R. SCARCIGLIA, M. VOLPI, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2005, p. 323 ss.

mersi innanzi al corpo elettorale (oltre che alla propria maggioranza) tutta intera la responsabilità politica per un atto così gravido di conseguenze politiche ed istituzionali, qual'è lo scioglimento anticipato delle Camere, che non ha voluto e al quale, magari, si è anche opposto.

Comunque si risolva il problema della titolarità del potere di scioglimento è in ogni caso evidente che la scelta di un congegno qual'è quello dell'atto presidenziale controfirmato non è idoneo a sostenere una configurazione dello scioglimento diretto a ripristinare la sintonia fra eletti ed elettori, come una specie di potere/dovere, accostabile a quello degli scioglimenti cosiddetti funzionali.

Il decreto di scioglimento, quando esiste una maggioranza, seppur delegittimata, è un atto che necessariamente emerge dal confronto e/o dall'incontro ovvero anche dallo scontro fra Capo dello Stato e maggioranza e rispetto al quale il Capo dello Stato mantiene ampi margini di apprezzamento sia in ordine all'effettiva esistenza degli elementi comprovanti una frattura fra maggioranza parlamentare e maggioranza elettorale, sia in ordine all'innalzamento dell'eventuale livello di confronto/scontro con la maggioranza, sia in ordine all'evoluzione della situazione politica nel suo complesso. Potrebbero esservi, infatti circostanze tali, quali, ad esempio, «la giovinezza delle Camere, l'esigenza di rispettare obblighi internazionali, una grave crisi economica»¹¹⁰, da indurre il Capo dello Stato a ritenere impraticabile l'ipotesi dello scioglimento.

Questo ovviamente non significa affatto sostenere che il Presidente della Repubblica, quando esiste una maggioranza, sia atteggiato dalla Costituzione come uno spettatore passivo

¹¹⁰ Fa riferimento a queste cause R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, cit., p. 24, osservando che «quando le elezioni hanno esito maggioritario, sarebbe opportuno che radicali revirement delle maggioranze traessero una rinnovata legittimazione dal corpo elettorale», salvo che alcune circostanze sconsiglino lo scioglimento anticipato. Il che potrebbe «accadere in presenza di Camere relativamente "giovani" e di circostanze particolari quali una grave crisi economica, l'esigenza di rispettare obblighi internazionali, il convincimento che in virtù delle trasformazioni politiche in atto le elezioni potrebbero non avere esito maggioritario» (*ivi*, p. 21).

di fronte all'ingenerarsi di eventuali fratture determinatesi fra il corpo elettorale e la maggioranza di Governo.

All'opposto il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo dovrebbe costituire la stella polare per l'adozione di prassi presidenziali orientate a favorire lo scioglimento, nei casi in cui il *policy output* riconducibile all'azione della maggioranza di Governo risulti in contrasto con gli orientamenti prevalenti nell'opinione pubblica. Nel bilanciamento fra conservazione di una maggioranza delegittimata e scioglimento delle Camere, il Capo dello Stato, per quanto sta in lui, idealmente e giuridicamente dovrebbe sempre orientarsi nel senso di rendere effettiva la posizione di supremazia del popolo, così come voluto dall'art.1, comma 2 Cost.

Né la tesi che lo scioglimento anticipato, nell'ipotesi in cui l'Assemblea rappresentativa non sia più in sintonia con la volontà del corpo elettorale, debba considerarsi per il Capo dello Stato la prima e principale opzione e non già l'estrema *ratio*, sembra contraddetta dall'assenza di parametri costituzionalmente stabiliti, potendo, come già ampiamente osservato, esservi dei fatti oggettivamente sintomatici dell'assenza di consonanza fra corpo elettorale e corpo rappresentativo quali, ad esempio, i risultati elettorali di importanti elezioni amministrative o regionali, quando coinvolgano un cospicuo numero di Regioni, ovvero i risultati delle elezioni europee o ancora il voto contrario ad un referendum fortemente voluto dal Governo o ancora, all'opposto, il voto favorevole all'abrogazione di una legge che abbia costituito un cavallo di battaglia dell'azione della maggioranza di Governo, per non dire di incessanti manifestazioni popolari di dissenso o di altre forme di mobilitazione del corpo sociale, quando appaiano univocamente dirette a manifestare una netta contrarietà all'indirizzo politico adottato dalla maggioranza.

Certo è ovvio che, per quanto sopra si è osservato, il Presidente non ha un dovere giuridico di sciogliere le Camere, ma è anche evidente che, in forza dell'art. 1, comma 2 Cost., debba farsi carico della disrappresentatività delle Camere laddove questa si manifesti con un ampio grado di oggettività.

In questa prospettiva sembra possibile distinguere due possibili scenari: il primo in cui, pur sussistendo una frattura fra corpo elettorale e Assemblea rappresentativa, la maggioranza sia salda e coesa; il secondo in cui, oltre a esser venuta meno una reale corrispondenza fra l'azione della maggioranza e gli orientamenti politici prevalenti nel corpo sociale, si sia in presenza di una crisi, ovviamente non irreversibile, ma transitoria (non importa se determinata da una mozione di sfiducia oppure no), magari al solo scopo di cambiare la figura del Presidente del Consiglio o di effettuare un rimpasto o per provare ad allargare la maggioranza o per altre ragioni, come quella costituita dalla netta bocciatura di una riforma costituzionale fortemente voluta dal Governo e sostenuta dalla maggioranza.

Nel primo caso deve infatti dubitarsi che il Presidente della Repubblica possa assumere il ruolo di 'facitore della crisi', perché per conseguire il risultato dello scioglimento, non solo dovrebbe dar vita ad uno scontro senza precedenti con la maggioranza, ma, in caso di rifiuto della controfirma, dovrebbe intraprendere la strada del conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, assumendo da un lato di avere l'esclusiva titolarità del potere di scioglimento, dall'altro che conseguentemente solo a lui spetterebbe la valutazione dei presupposti legittimanti lo scioglimento stesso, dovendo pertanto assimilarsi la controfirma del correlativo decreto ad un atto dovuto, salvo non si riscontrassero profili di illegittimità costituzionale diversi da quelli attinenti ai presupposti.

Scenario che, a chi scrive, pare abnorme, essendo ipotizzabile solo se i Costituenti avessero esentato il decreto di scioglimento dalla controfirma e che, in ogni caso, non sembra coerente con la vigente forma di Governo parlamentare in cui il Capo dello Stato non è arbitro, *ad libitum*, dei destini della maggioranza di Governo, oltretutto essendo incompatibile con la qualificata assunzione di responsabilità politica innanzi al corpo elettorale che grava sul Presidente del Consiglio che non può avere altra fonte se non quella che deriva dall'aver codeterminato o comunque consentito il contenuto dell'atto.

Scenario in cui risulta altresì molto problematico ammettere che il Capo dello Stato possa cercare di delegittimare ulteriormente la maggioranza, magari 'picconandola' con continue esternazioni critiche, per costringerla a farsi da parte. Il Capo dello Stato infatti, nel vigente sistema non è un organo di indirizzo politico, anche se è un organo che ha larghi mezzi per influenzare la politica, con poteri di freno, di sollecitazione, di persuasione, di ammonimento, di ripensamento, tanto da assumere un ruolo che è tanto più rilevante quanto più è debole la maggioranza, ma questo ancora non gli consente di trasformare gli orientamenti politici prevalenti fra i cittadini in un indirizzo politico alternativo a quello di maggioranza, facendosene personalmente promotore attraverso la sua comunicazione pubblica. Per quanto, anche in completa buona fede (e non per *filia* nei confronti delle opposizioni), egli abbia la convinzione che la maggioranza al Governo non goda più della fiducia dei cittadini, non può entrare con tale pervasività nell'agone politico. Se la maggioranza c'è ed è salda, pur se delegittimata, il Presidente può solo cercare di convincerla in via riservata, facendo uso della sua *moral suasion*, a mettersi da parte ovvero, nell'ipotesi più benevola, a cercare di richiamarla, anche insistentemente, affinché cambi la propria linea politica per conformarla ai *desiderata* dei cittadini.

Totalmente diverso è invece il secondo scenario prospettato. In questo infatti il Capo dello Stato, in presenza di formali dimissioni, si troverebbe nella condizione di poter forzare la situazione, sì che, invece di andare avanti con una maggioranza delegittimata, pur essendo una soluzione praticabile, potrebbe assumere quel ruolo di garante della volontà popolare che si ricollega direttamente all'art. 1, comma 2 Cost., sciogliendo le Camere e rendendo effettiva una forma di Governo parlamentare in cui è al corpo sociale che va riconosciuta la parola definitiva circa la scelta dell'indirizzo politico che gli organi di Governo saranno chiamati ad attuare.

La compatibilità con la Costituzione delle strade a disposizione del Capo dello Stato per raggiungere questa finalità implica, tuttavia, che si affronti un duplice problema fra i più delicati, vale a dire quello dell'ammissibilità del tentativo di

formazione di un Governo di minoranza e quello dei cosiddetti *gouvernement de combat*¹¹¹.

Infatti, in caso di dimissioni presentate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, pur non volendo le forze di maggioranza andare alle elezioni, innanzi al Capo dello Stato si aprono diverse vie per sciogliere le Camere o rifiutare le dimissioni, contestualmente chiedendo al Presidente del Consiglio rimasto in carica di controfirmare il decreto di scioglimento ovvero, nel caso in cui il Presidente del Consiglio non intenda controfirmare il decreto di scioglimento, accettando le dimissioni e nominando a Presidente del Consiglio il *leader* del partito che, sulla base di elementi politici non equivoci, appaia riscuotere la fiducia del corpo elettorale (ipotesi direttamente ricavata dai casi menzionati da Dicey e ricordati all'inizio del presente lavoro) ovvero ancora accettando le dimissioni e nominando a Presidente del Consiglio una personalità a lui vicina che accetti, qualunque sia l'esito del voto parlamentare di fiducia, di controfirmare il decreto di scioglimento e gestire la fase elettorale.

È quest'ultimo il noto caso del *gouvernement de combat* (espressione che nel suo senso più ristretto designerebbe quei Governi nominati dal Presidente al solo scopo di ottenere la controfirma dell'atto di scioglimento delle Camere e andare alle elezioni) che, fortemente contestato dalla dottrina, è necessario approfondire e che peraltro non sembra estraneo alla prassi presidenziale¹¹².

Da ultimo può rammentarsi quanto accaduto nel maggio 2018, in occasione della mancata nomina a ministro dell'economia del Prof. Savona, dopo che il Prof. Conte aveva rimesso il mandato, e cioè l'incarico dato al Prof. Cottarelli, personalità vicina all'impostazione preferita dal Presidente Mattarella in ordine ai rapporti con l'Unione europea ed ai relativi vincoli di bilancio, pur in presenza di una maggioranza parlamentare, ed essenzialmente allo scopo, come fatto palese dalle di-

¹¹¹ Sul potere presidenziale di nomina del Governo, tra gli altri, B. CARAVITA, *Letture di diritto costituzionale*, cit., p. 118 ss.

¹¹² Sui 'Governi di lotta' ancora B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.

chiarazioni rese dallo stesso Prof. Cottarelli, di portare il Paese a nuove elezioni alla fine di luglio o agli inizi dell'autunno.

Prima, però, sembra doveroso spendere qualche parola sulla seconda strada che il Capo dello Stato potrebbe decidere di percorrere. In via di principio nell'ordinamento italiano non vi è nessuna preclusione alla formazione di Governi di minoranza, visto che la Costituzione per l'approvazione della mozione di fiducia non richiede la maggioranza assoluta, ma più limitatamente la maggioranza dei votanti, sicché se un certo numero di deputati e senatori, a seconda di come vengono computati i voti dei presenti, o si astengono o abbandonano l'aula o non intervengono alla seduta, il Governo può ottenere la fiducia, pur senza godere dell'appoggio della maggioranza assoluta dei componenti in una o in ambedue le Camere. Tuttavia, tutti i Governi di minoranza che si sono formati nell'esperienza parlamentare italiana hanno goduto del preventivo accordo fra le forze politiche¹¹³. Nell'ipotesi qui prospettata invece

¹¹³ Senza alcuna pretesa di esaustività si possono, ad esempio, indicare nell'ordine: Fanfani IV. È stato in carica per un anno e mezzo (485 giorni) tra il febbraio 1962 e il giugno 1963. Era composto da democristiani, socialdemocratici e repubblicani, e si reggeva sull'astensione dei socialisti. Politicamente anticipò il centrosinistra che avrebbe governato negli anni successivi; Leone I. È stato il primo Governo definito balneare, in quanto costituito a ridosso dell'estate e durato dal giugno al dicembre del 1963 (166 giorni). Era composto solo da esponenti della Democrazia Cristiana. Fu una soluzione di transizione subito dopo le elezioni del '63, per preparare il primo Esecutivo con ministri socialisti; Leone II. Altro Governo balneare. È rimasto in carica 171 giorni tra il giugno e il dicembre del 1968. Si reggeva sulle astensioni dei socialisti e dei repubblicani; Moro V. Costituito subito prima delle elezioni del 1976. Era un monocolore D.C. che si basava sull'astensione di P.S.I., P.R.I. e P.L.I. Rimase in carica 168 giorni; Andreotti III. Formato dopo le elezioni del 1976. Anche in questo caso un monocolore D.C., ma con una maggioranza parlamentare del tutto diversa dalle precedenti esperienze. Si reggeva sull'astensione dell'intero arco parlamentare e fu quindi il primo esecutivo a cui il Partito Comunista non votò la sfiducia dopo quelli dell'immediato dopoguerra. Durò 590 giorni, e terminò con il rapimento di Moro; Cossiga I. Nominato subito dopo le elezioni del 1979, rimase in carica fino all'aprile del 1980 (244 giorni). Archiviò la collaborazione D.C.-P.C.I. degli anni precedenti, spostando verso destra il baricentro della politica italiana. Oltre ai democristiani, alla compagine ministeriale partecipavano anche liberali e socialdemocratici. Si reggeva sull'astensione di repubblicani e socialisti, di fatto anticipando il pentapartito che avrebbe guidato il Paese fino al 1992; Dini. Ri-

la nomina del *leader* del partito presumibilmente maggioritario nel Paese sarebbe fatta nella prospettiva o di imporre alla maggioranza un Governo di minoranza, ma corrispondente alla volontà popolare, ovvero, più probabilmente, di andare alle elezioni. Con la conseguenza che una nomina di tal genere, essendo fatta al buio, in conflitto con la maggioranza, assomiglierebbe, sotto taluni profili, a quella di un 'Governo di lotta', incorrendo in alcune delle obiezioni che possono muoversi alla praticabilità costituzionale di quest'ultimo, anche se non si può fare a meno di sottolineare come la stessa non differirebbe di molto da quanto avvenuto nel 1994 in cui lo scioglimento venne disposto nonostante una maggioranza ci fosse.

Da segnalare peraltro come quest'ipotesi non sia paragonabile o assimilabile a quella dei Governi cosiddetti elettorali, vale a dire quei Governi, ben noti all'esperienza italiana, quali il Governo Andreotti I, Andreotti V e Fanfani VI, nominati e inviati alle Camere nella consapevolezza che non avrebbero ottenuto la fiducia. Nei secondi, infatti, ci si trovava nella condizione di non poter formare una maggioranza, mentre nell'ipotesi qui sopra accennata la maggioranza ci sarebbe, benché delegittimata.

Tornando ai 'Governi di lotta' plurime sono le ragioni, a cui chi scrive tendenzialmente aderisce, che inducono a dubitare della conformità a Costituzione di questa tipologia di Governi. In primo luogo perché il Presidente, in sede di formazione del Governo, deve avere come «stella polare» la verifica della possibilità che «l'esecutivo abbia la fiducia delle Camere», vale a dire che, tenendo conto «dell'orientamento della maggioranza parlamentare», deve operare nel senso di inviare alle Camere l'Esecutivo che potrà ottenerne la fiducia¹¹⁴, condividendo-

masto in carica dal 17 gennaio 1995 al 18 maggio 1996, per un totale di 487 giorni, ovvero 1 anno, 4 mesi e 1 giorno, quasi interamente composto da personalità scelte al di fuori della politica attiva (cosiddetto Governo 'tecnico'). Non disponendo della maggioranza assoluta alla Camera dei deputati, potendo contare in totale su 304 voti, è entrato ed è rimasto in carica solo mercé l'astensione alternativamente o del Polo della libertà o del Partito della Rifondazione Comunista.

¹¹⁴ Si veda L. CARLASSARE, *Mattarella non poteva mettere un veto su Savona*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 maggio 2018, p. 10.

si quella dottrina che ritiene esista una regola inespressa che, salvo i casi in cui non sarebbe possibile formare una maggioranza, imporrebbe al Capo dello Stato di costituire Governi a vocazione maggioritaria¹¹⁵ (ma ovviamente, per quanto poco sopra osservato sui Governi di minoranza, non necessariamente maggioritari)¹¹⁶.

In secondo luogo, perché nel caso della nomina di un 'Governo di lotta' la controfirma apposta sul decreto di scioglimento appare sostanzialmente inautonoma e ha in concreto il solo valore di attestare che l'atto proviene dal Presidente. Atto che davvero verrebbe a configurarsi come unilateralmente deciso dal Capo dello Stato¹¹⁷.

¹¹⁵ In proposito F. BASSANINI, *Lo scioglimento delle Camere e la formazione del Governo Andreotti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 2, p. 961.

¹¹⁶ In questo senso si veda ancora, tra gli altri, R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, cit., p. 23, il quale, muovendo dalla natura monista della vigente forma di Governo parlamentare, osserva che la formazione di un *government de combat* «pur non incontrando un divieto costituzionale espresso [...] rimane un atto eccezionale, subordinato all'interruzione del rapporto fiduciario, e il conflitto tra gli organi non può essere creato ad arte: i Governi devono avere sempre una vocazione maggioritaria, o essere quanto meno formati – come accaduto nel 1976 con la formazione del Governo Andreotti III – con l'aspettativa che la fiducia parlamentare sia concessa».

¹¹⁷ In questo senso, muovendo dalla natura duunvirale del decreto di scioglimento, già L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, cit., p. 198 ss.: «il Presidente della Repubblica non può liberamente e da solo procedere allo scioglimento di una o di entrambe le Camere. Anche se tale opinione risulta minoritaria nella dottrina più recente, noi riteniamo (appoggiandoci tra l'altro alla esperienza "sostanziale" di questo primo decennio di applicazione della Carta) che il regime dello scioglimento abbia nel nostro sistema un carattere tipicamente duunvirale. Posto che il Presidente della Repubblica non può revocare il Governo in carica, ne deriva che gli spostamenti di opinione politica nel paese intanto sono rilevanti, in quanto riescano a incidere sul rapporto tra Camere o, *rectius*, maggioranza di esse e gabinetto: se tale incidenza non si produce e il blocco maggioritario (Ministero-Parlamento) non ritiene di prenderne atto, stimando ad esempio che gli spostamenti siano di natura effimera o per altri motivi, il Capo dello Stato non può liberamente disporre la consultazione del corpo elettorale. Lo scioglimento è dunque, in tali casi, sottoposto ad una triplice condizione, in senso atecnico: una presumibilmente ampia e stabile modificazione negli orientamenti politici del Paese, il riconoscimento di questa mutata situazione o da parte delle Came-

In terzo luogo perché nel ‘Governo di lotta’ (nel senso più ristretto), non essendo in genere il Presidente del Consiglio un personaggio organico al sistema dei partiti, ma una personalità vicina al Presidente, in realtà non c’è nessuno che risponda politicamente innanzi al corpo elettorale del decreto di scioglimento: non il Presidente perché è irresponsabile, non il Presidente del Consiglio (e neppure i membri del Governo), perché in realtà esterni rispetto ai protagonisti della futura competizione elettorale.

Da notare, però, che queste ultime due argomentazioni non si attagliano al caso di nomina del *leader* politico che alle successive elezioni potrebbe divenire *leader* della nuova maggioranza parlamentare.

In quarto luogo perché, non si può escludere che il Capo dello Stato si serva della formazione di un ‘Governo di lotta’ «non per fare appello al popolo dopo un insolubile conflitto tra Assemblee ed esecutivo, ma per “sbarazzarsi” di una maggioranza a sé non gradita» con il rischio (politico), nel caso in cui «le elezioni premiassero la parte politica che si opponeva allo scioglimento [...] che nei suoi confronti sia avanzata una richiesta di assumere la responsabilità politica del voto, rassegnando le dimissioni»¹¹⁸.

E tuttavia, nonostante queste condivisibili critiche, sembrano esserci due ipotesi in cui il *gouvernement de combat* sembra rispondere a valori costituzionali. La prima è quella di ripetute crisi di Governo che rendano frammentaria e inef-

re che rovesciano il Governo o spontaneamente da parte dello stesso Gabinetto (sicché si arrivi, nel primo e nel secondo caso, a un Ministero che concorda sulla necessità di sciogliere) e, infine, la volontà presidenziale di fare appello agli elettori [...]. Del resto questa situazione è tutt’altro che nuova nella storia costituzionale e corrisponde ad una fase storicamente bene delimitata dell’800 inglese, quando il potere di scioglimento della Camera dei Comuni era esercitato congiuntamente dal Sovrano e dal Primo Ministro. Sennonché, quello che era un residuo di potere regio in un particolare stadio dell’evoluzione britannica, è divenuto nel nostro ordinamento un mezzo di garanzia contro i possibili arbitrii del Gabinetto e del partito o della coalizione dei partiti di cui esso è espressione».

¹¹⁸ Così R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, cit., p. 23.

ficace l'azione di Governo, essendosi la maggioranza, a causa di ciò, dimostrata incapace di risolvere i problemi e le sfide che il Paese ha davanti a sé. Maggioranza che, nonostante ciò, non intenderebbe farsi da parte. Ebbene, in occasione di una di queste crisi, *salus rei publicae*, per tentare di restituire efficienza al sistema, ben potrebbe il Presidente nominare un Governo solo per andare alle elezioni. La seconda è proprio quella di un Parlamento delegittimato che non rappresenti più gli orientamenti prevalenti nel corpo elettorale. Anche in questo caso, lo scioglimento risponderebbe all'esigenza di dare effettività alla forma di Governo parlamentare voluta dai Costituenti con la proclamazione solenne dell'appartenenza della sovranità al popolo, vale a dire una forma di governo in cui l'indirizzo politico attuato da Governo e Parlamento deve essere di regola conforme alla volontà popolare in quanto fonte prima dell'indirizzo politico dello Stato.

Prospettiva questa in cui il 'Governo di lotta' potrebbe dirsi ammissibile quale *extrema ratio* o a salvaguardia del buon funzionamento del sistema ovvero dell'effettività democratica del sistema stesso.

Ovviamente quanto appena detto non sminuisce la rilevanza delle obiezioni sopra segnalate. Eppure, per contro, nelle ipotesi appena indicate, si fa fatica a ritenere che il 'Governo di lotta' sia fuori del quadro costituzionale, perché anzi una maggioranza instabile e litigiosa, soltanto capace di una politica di corto respiro, così come una maggioranza delegittimata che acuisca il distacco e l'insofferenza dei cittadini verso le istituzioni, sono situazioni patologiche il cui superamento rientra nella logica del sistema.

Certo è che, nonostante si possa seriamente dubitare della compatibilità dei *gouvernement de combat* con l'assetto costituzionale vigente, la prassi presidenziale sembra essersi orientata diversamente¹¹⁹. Tanto che, come detto, un 'Governo di lotta' è stato ritenuto ammissibile in un caso, come quel-

¹¹⁹ Non si vede, infatti, come oltre i casi limite indicati nel testo, che pure non vanno esenti da perplessità, possa ritenersi ammissibile la nomina di un 'Governo di lotta', accolto invece dalla prassi presidenziale in termini assai più ampi, come rammentato nel testo.

lo sopra segnalato dell'incarico al Prof. Cottarelli, in cui le elezioni erano da poco state celebrate e si era nel frattempo formata una chiara maggioranza. Con la conseguenza che, a seguire l'attuale prassi presidenziale, non avrebbe nulla di eccezionale il ricorso ad un *gouvernement de combat*, pur in presenza della possibilità di uscire dalla crisi riconfermando la maggioranza esistente, allo scopo di ripristinare la conformità dell'indirizzo politico alla volontà popolare, così evitando l'ampliarsi e l'approfondirsi della frattura fra il corpo sociale e l'Assemblea rappresentativa.

Certo, in contrario, si potrebbe ulteriormente osservare, come sostenuto da autorevole dottrina, che, così facendo, il Capo dello Stato finirebbe per schierarsi, impedendo alla maggioranza del momento di risalire la china, magari attraverso una ridefinizione della propria linea politica, per di più forzando i poteri conferitigli dalla Costituzione, al solo scopo di favorire i partiti di opposizione¹²⁰, ma si tratta di critiche che non convincono perché se è del tutto evidente che uno scioglimento diretto a ricreare la necessaria sintonia fra maggioranza elettorale e maggioranza parlamentare sia uno scioglimento che, in concreto, è diretto 'contro la maggioranza', è altrettanto evidente che tale scioglimento invero ed è giustificato da un principio più alto qual'è quello sancito dall'art. 1, comma 2 Cost. In altre parole, è vero che il Capo dello Stato si farebbe arbitro del conflitto politico, in concreto favorendo l'opposizione, ma la sua decisione andrebbe inquadrata in un contesto di «parzialità dovuta» o di «imparzialità impossibile»¹²¹.

D'altronde, dopo il precedente del 1994, non può assolutamente escludersi uno scioglimento, pur in costanza di maggioranza parlamentare.

In definitiva, se è esatto affermare che lo scioglimento per distonia fra corpo rappresentativo e corpo sociale non è configurabile come un potere/dovere del Capo dello Stato, è altrettanto vero che, in un ordinamento in cui è stabilito che la pa-

¹²⁰ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 209.

¹²¹ Le espressioni sono liberamente prese in prestito da A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, cit., p. 59.

rola ultima in ordine alla determinazione dell'indirizzo politico dello Stato appartiene al popolo (la cui sovranità diversamente sarebbe un puro *flatus vocis*), la prassi presidenziale in materia dovrebbe essere orientata a favorire l'appello al sovrano quando esistano obiettivi segnali che il corpo sociale non abbia più fiducia nella maggioranza del momento.

Non sembrano viceversa costituzionalmente orientate prassi presidenziali, quali quelle ad ora prevalenti, che prescindano completamente da una seria valutazione circa la sussistenza della perdurante legittimazione popolare della maggioranza di Governo, indirizzate esclusivamente a verificare la possibilità che in Parlamento sussista o si formi una qualunque maggioranza, anche se lontanissima dalla volontà dei cittadini.

Quel che stupisce nei diversi casi di mancato scioglimento sopra segnalati non è tanto la prosecuzione della legislatura, quanto il fatto che l'evidente distonia fra la volontà popolare e l'orientamento politico della maggioranza di Governo sia stata condannata all'irrelevanza costituzionale, quasi che tale distonia sia un male ineliminabile della forma di Governo parlamentare.

Certo qualcuno potrebbe ribattere che i predetti casi di mancato scioglimento non hanno nulla di particolare e facilmente si spiegano a mente della tesi che configura lo scioglimento anticipato delle Camere come una *extrema ratio*, la soluzione a cui il Capo dello Stato è costretto quando qualunque altra strada si è dimostrata impraticabile.

Senonché questa spiegazione, che è certamente in grado di dare una solida base alla prassi seguita in tutte le predette occasioni, non è, tuttavia, come si è cercato di dimostrare, per nulla convincente, perché dimentica che nell'ordinamento italiano è il popolo ad essere e rimanere il sovrano e che le elezioni sono la voce del sovrano, elezioni che infatti in un ordinamento democratico non sono né un male né una sventura, ma una risorsa da cui i cittadini non dovrebbero essere allontanati, inducendoli a credere che le alchimie dei giuochi di palazzo siano la regola della vigente democrazia italiana.

Peraltro non essendo inutile nuovamente rammentare quanto sostenuto da autorevole dottrina e cioè che il regime democratico che si è voluto instaurare con la Carta fondamentale non è di quelli ascrivibili «alle forme meramente rappresentative, o rappresentative in senso stretto», «in cui al popolo è affidata una funzione di pura e semplice preposizione alla carica dei titolari degli organi costituzionali elettivi», ma è di quelli «in cui il popolo designa anche, in modo più o meno esplicito e diretto, gli indirizzi politici, e quindi appare come organo di espressione di una concreta volontà politica»¹²².

8. Conclusioni

Il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo ha come sua necessaria implicazione, per non essere una formula vuota e puramente retorica, il riconoscimento al popolo di una posizione di supremazia, non solo nel momento delle elezioni, ma anche fra una elezione e l'altra, dando così forma giuridica all'idea che «nel popolo [...] risiede la sostanza del potere politico»¹²³.

Come si è visto i Costituenti ritennero di collegare questa supremazia all'art. 88 Cost., osservando che doveva essere necessariamente «prevista la possibilità dell'accertamento in ogni momento della corrispondenza tra la volontà del popolo e quella degli organi rappresentativi» e dunque «l'adeguazione tra le due volontà per mezzo della riduzione della durata normale di vita degli organi elettivi o di alcuni di essi»¹²⁴.

¹²² Il riferimento è ancora alle lucide osservazioni di C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, cit., p. 183.

¹²³ È la già ricordata felice espressione di R. LACONI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 05 marzo 1947, cit., p. 1789.

¹²⁴ Sono le già rammentate considerazioni esposte da Mortati in *Assemblea costituente all'atto di esporre «i vari tipi concettualmente possibili di ordinamenti democratici moderni, di ordinamenti cioè che hanno come elemento comune il collegamento, diretto o indiretto, di tutti gli organi costituzionali con il popolo considerato quale fonte di tutti i poteri»*. Così C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, cit., p. 183.

Ragione per la quale l'art. 88, comma 1 Cost. è stato fraseggiato in termini assai ampi, adoperandosi una formula onnicomprensiva, evitando di enumerare tassativamente i singoli casi in cui lo scioglimento stesso si sarebbe reso necessario, allo scopo di garantire lo scioglimento in una pluralità non predeterminata di ipotesi, in special modo quella, appena richiamata, di una frattura tra Parlamento e Paese (ovvero anche quella derivante, così come si ricava dai dibattiti svoltisi in Assemblea costituente, dalla necessità di sottomettere al popolo questioni fondamentali rispetto alle quali i cittadini non avevano avuto occasione di pronunciarsi non essendo state oggetto della campagna elettorale ovvero essendo sorte successivamente alla stessa).

E tuttavia il meccanismo attraverso cui i Costituenti intesero venisse attuato lo scioglimento anticipato, vale a dire l'atto presidenziale controfirmato, anche *ictu oculi* si capiva che non sarebbe stato in grado di garantire l'effettività del principio democratico.

All'epoca prevalse, però, il timore che, se il decreto di scioglimento fosse stato esentato dall'obbligo di controfirma, si sarebbe attribuito al Capo dello Stato un potere così rilevante da consentirgli di incidere pesantemente sull'indirizzo politico della maggioranza, dando vita ad un regime che in realtà non sarebbe stato parlamentare, bensì semiparlamentare¹²⁵.

La successiva adozione di un sistema elettorale di tipo proporzionale puro (in vigore fino al 1993) ha finito per marginalizzare le ipotesi di scioglimento anticipato in caso di evidente frattura fra maggioranza parlamentare e maggioranza elettorale, considerato che tale sistema difficilmente consente di far emergere una maggioranza al momento del voto. Nel presente lavoro si è tuttavia cercato di evidenziare come il problema della difformità fra l'indirizzo politico dello Stato e la volontà del corpo sociale si possa manifestare a prescindere dal sistema elettorale accolto, come anche dimostra lo scioglimento del

¹²⁵ Formula usata da M. RUINI, *Intervento*, in *Atti Ass. Cost., Assemblea plenaria*, seduta pomeridiana del 19 settembre 1947, cit., p. 356, richiamandosi espressamente all'opinione in tal senso già espressa da Mortati.

1994, e nondimeno è evidente che in presenza di sistemi elettorali misti, finalizzati a incentivare il formarsi di un sistema bipolare, il problema di una distonia fra corpo rappresentativo ed elettori si presenta in termini più significativi.

Cosa di cui sono prova taluni degli episodi sopra esaminati relativamente ai quali è agevole, per qualsiasi osservatore imparziale, registrare una profonda divaricazione fra la maggioranza parlamentare e l'indirizzo politico dalla stessa seguito e i *desiderata*, anche in termini di *policy output*, dei cittadini.

Fatto peraltro immediatamente colto da tutti gli interpreti, ponendosi il problema, da quelli più attenti, di una revisione critica della dottrina sul potere presidenziale di scioglimento.

Per quanto il principio di cui all'art. 1, comma 2 Cost. orienti il sistema verso il rispetto della volontà popolare, quale fonte dell'indirizzo politico dello Stato, la natura del decreto presidenziale di scioglimento – anche a dare alla volontà presidenziale la massima estensione possibile, non potendosi tuttavia mai ridurre la controfirma ad un controllo di pura legittimità, perché con essa il Presidente del Consiglio è chiamato a rappresentare al Capo dello Stato gli interessi più immediati di cui è portatore il Governo, se non addirittura quelli che si sostanziano nella difesa degli interessi nazionali, assumendosi la responsabilità politica dell'atto innanzi sia alla sua stessa maggioranza sia al corpo elettorale – rimette al confronto politico fra Presidente della Repubblica e Governo e maggioranza che lo sostiene la praticabilità di una dissoluzione anticipata delle Camere.

La qual cosa impedisce, nei casi di delegittimazione del corpo rappresentativo, di ricostruire il potere di scioglimento come un potere/dovere del Capo dello Stato nei confronti del popolo sovrano.

Questo, tuttavia, non giustifica prassi presidenziali che – quando è palpabile la frattura fra il corpo rappresentativo e quello elettorale ovvero quando si sia in presenza di maggioranze parlamentari nate da operazioni di trasformismo politico che, se potevano giustificarsi in sistemi parlamentari in cui le Camere si configuravano come un'Assemblea di nota-

bili, chiamata a rispondere del proprio operato solo al termine della legislatura, sono difficilmente compatibili con un sistema che afferma che la sovranità appartiene al popolo e che pertanto richiede che tali nuove maggioranze ottengano una diretta legittimazione popolare – considerino le elezioni come ‘l’ultima spiaggia’, anziché come la ‘via maestra’ per dare effettività al sistema democratico.

Se c’è una cosa che sorprende nella gestione delle crisi in precedenza menzionate è che in nessun caso il Capo dello Stato abbia mai seriamente preso in considerazione l’ipotesi di elezioni anticipate, come se l’appello al popolo costituisse un evento anomalo e non il normale mezzo attraverso cui nei regimi democratici si legittimano le maggioranze di Governo, determinando direttamente o indirettamente l’indirizzo politico dello Stato. In tutti questi casi infatti, verificata la possibilità di formare una nuova maggioranza (primo Governo D’Alema e secondo Governo Conte) ovvero la tenuta della maggioranza esistente (secondo Governo Amato, secondo Governo Berlusconi, mentre per il Governo Gentiloni, come detto, deve ritenersi sussistente un obiettivo impedimento allo scioglimento), il Capo dello Stato ha proceduto senza esitazioni nella formazione del nuovo Governo, del tutto trascurando lo scollamento, manifestato da taluni fatti oggettivi (elezioni amministrative o europee, transfugismo parlamentare con nascita di partiti parlamentari privi di una qualsiasi legittimazione elettorale, maggioranze parlamentari palesemente difformi da quelle legittimate dal voto popolare), fra la volontà politica degli elettori e la maggioranza di Governo e del suo programma politico.

Si tratta dunque di una prassi che non può dirsi costituzionalmente orientata, perché il Presidente della Repubblica, quale Capo di uno Stato in cui è il popolo ad essere il sovrano, è anche il garante della volontà popolare, facendo quanto è in suo potere affinché sia proprio il popolo ad essere la fonte ultima dell’indirizzo politico dello Stato.

Questo non vuol dire che tali prassi violino la legalità costituzionale, sebbene appaiano piuttosto lontane dallo spirito democratico della Costituzione.

Si è perfettamente consci che il Capo dello Stato non abbia un compito facile quando è chiamato a sciogliere le Camere esistendo una maggioranza, anzi se questa è coesa non può davvero essere lui a provocare una crisi, ma se la crisi si verifica, per qualsiasi ragione, è allora che il Capo dello Stato dovrebbe assumere quella veste di garante della volontà popolare che gli artt. 1, comma 2 Cost. e 88, comma 1 Cost. sembrano assegnargli.

In precedenza si sono evidenziate talune strade che il Presidente della Repubblica potrebbe percorrere per forzare la situazione e addivenire ad uno scioglimento anticipato e anche a ritenere impraticabile la nomina di una personalità a lui vicina per formare un 'Governo di lotta' (nel senso più ristretto del termine), al solo scopo di ottenere la controfirma del decreto di scioglimento, rimarrebbe la possibilità della nomina di un Governo affidato al *leader* delle forze politiche che presumibilmente sono maggioranza nel corpo sociale, allo scopo di formare un Governo di minoranza ovvero di andare alle elezioni, affinché la maggioranza di Governo e il suo programma corrispondano effettivamente agli orientamenti prevalenti nel corpo sociale.

In dottrina si è osservato che ciò esporrebbe il Capo dello Stato ad un grave rischio politico e istituzionale, legittimando un'accusa di parzialità a vantaggio delle opposizioni, valutazione a cui sembra potersi rispondere con le parole di Dicey che nei regimi democratici le regole sullo scioglimento del Parlamento sono «intese ad assicurare la supremazia ultima dell'elettorato quale vero sovrano politico dello Stato; in breve, la validità delle massime costituzionali è subordinata e asservita al principio fondamentale della sovranità popolare»¹²⁶, sicché nel caso di uno scioglimento finalizzato a ripristinare l'*idem sentire* fra corpo sociale e maggioranza parlamentare la pretesa parzialità del Presidente della Repubblica verrebbe a configurarsi come una 'parzialità dovuta' o, se si vuole una 'imparzialità impossibile'.

¹²⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, cit., pp. 288-289.

GIANCARLO CAPORALI, Quale democrazia? Scioglimento delle Camere, Presidente della Repubblica e sovranità popolare

Il presente lavoro si propone di indagare se nel caso in cui il Parlamento non si trovi più a rappresentare l'orientamento politico prevalente dei cittadini, tale fatto possa determinare o meno lo scioglimento anticipato del Parlamento. Ciò in virtù del duplice principio della sovranità popolare e di effettività del regime democratico, in forza del quale l'autorità del Parlamento dipende dalla volontà della Nazione. In proposito si sono esaminate tutte le teorie sul punto avanzate dalla dottrina e la prassi presidenziale in materia, fermando l'attenzione sulla natura del potere stabilito dall'art. 88 della Costituzione. Da tale disamina emerge che, se non è possibile, nei casi di delegittimazione del corpo rappresentativo, ricostruire il potere di scioglimento come un potere/dovere del Capo dello Stato nei confronti del popolo sovrano, è tuttavia da escludere che nell'ordinamento italiano il potere di scioglimento possa configurarsi come *extrema ratio*, idonea a legittimare la prassi presidenziale prevalentemente seguita. Prassi che appare invece assai lontana dallo spirito democratico della Costituzione.

Parole chiave: Presidente della Repubblica, scioglimento del Parlamento, sovranità popolare, Governi di lotta, delegittimazione del Parlamento.

GIANCARLO CAPORALI, What democracy? Dissolution of the Parliament, President of the Republic and popular sovereignty

The present work aims to investigate whether, in the event that the Parliament no longer represents the prevailing political orientation of the citizens, this fact can determine or not the early dissolution of the Parliament. That by virtue of the dual principle of popular sovereignty and effectiveness of the democratic regime, by virtue of which the authority of Parliament depends on the will of the Nation. In this regard, all the theories on the point advanced by the doctrine and the presidential practice on the matter were examined, focusing the attention on the nature of the power established by the art. 88 of the Constitution. From this examination it emerges that, if it is not possible, in cases of de-legitimization of the representative body, to reconstruct the power of dissolution as a power/duty of the Head of State *vis-à-vis* the sovereign people, it is nevertheless

Abstract

to be excluded that in the Italian legal system the power of dissolution can be configured as an *extrema ratio*, suitable for legitimizing the predominantly followed presidential practice. A practice which, on the other hand, appears very distant from the democratic soul of the Constitution.

Key words: President of the Republic, dissolution of the Parliament, popular sovereignty, Governments of struggle, de-legitimization of the Parliament.

Giuseppina De Giudici

LA LEGGE ACCOMODATA. IL CODICE CIVILE ALBERTINO E LE «SPECIALI CONDIZIONI» DELLA SARDEGNA *

«Gli Stati non diventano fiorenti senza buone leggi, senza retta amministrazione. Dove sono i nostri Codici?»

(P. MARTINI, *Sull'unione civile della Sardegna colla Liguria, col Piemonte e colla Savoia. Discorso popolare*, Cagliari, 1847, p. 17)

SOMMARIO: 1. L'unificazione normativa e la valorizzazione della matrice storica. Federico Sclopis alla Camera. – 2. Tra *naturale* accomodamento e *naturale* unificazione. La posizione della commissione parlamentare. – 3. Tra febbraio e marzo 1848: l'estensione della codificazione albertina e i nuovi programmi. – 4. Lo Statuto, i codici e la *fusione perfetta*. – 5. La «definitiva e totale fusione»: i lavori delle commissioni cagliaritano e torinese.

1. *L'uniformazione normativa e la valorizzazione della matrice storica. Federico Sclopis alla Camera*

Il 27 maggio 1848 Federigo Sclopis, guardasigilli del primo ministero costituzionale sabaudo, illustrava alla Camera il progetto di legge che avrebbe portato all'estensione del codice civile albertino alla Sardegna¹. Ammiratore non pedissequo

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Su Sclopis cfr. L. MOSCATI, *Federico Paolo Sclopis*, in *Enciclopedia italiana. Appendice VIII. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 286-289; G.S. PENE VIDARI, *Sclopis di Salerano Federigo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (d'ora in poi *DBGI*), diretto da I. BIRROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, II, Bologna, 2013, pp. 1839-

di Savigny, l'illustre giurista aveva preso parte alla commissione per la redazione del codice del 1837, riuscendo a vincere – anche grazie alla predisposizione di una sorta di piattaforma ideologica² – le resistenze di chi aveva cercato di scansarne l'ingresso. Così, nel *Primo discorso sulla legislazione civile*, tenuto il 31 dicembre 1833 alla presenza del re e degli accademici delle scienze di Torino, egli aveva spiegato che dotarsi di *corpus* normativi convenientemente organizzati significava preparare il terreno per una migliore regolamentazione degli «umani negozi»³. Tutt'altro che frutto della moda, i codici soddisfacevano indispensabili esigenze di certezza, tanto da poter essere considerati come portati di un bisogno universale. Ciò a patto che le norme in essi racchiuse corrispondessero alle «condizioni speciali dei sudditi» e tenessero conto delle «diversità tra un popolo e l'altro», espressione dell'individualità e della «esistenza morale» delle nazioni⁴. Da qui il rifiuto per l'assunzione di un «prototipo di legislazione» valido per «tutti i tempi, tutti i popoli, tutti i luoghi»⁵.

In linea con tali principi, Sclopis spiegava ai deputati della Camera che il codice civile – come vedremo ciò valeva, però, anche per il codice penale che ne accompagnò l'ingresso – era stato adattato alla «condizione particolare dell'Isola e dei suoi abitanti» attraverso la previsione di «eccezioni», «[ag]giunte» e «modificazioni», necessarie a dare conto delle «varietà subordinate, richieste dalle circostanze, desiderate dai cittadini»⁶. Con ciò egli faceva intendere la delicatezza e la complessità

1842 e Id., *Sclopis Federigo, conte di Salerano*, in *Dizionario biografico degli italiani* (d'ora in poi *DBI*), vol. 91, Roma, 2018, pp. 575-578.

² L. MOSCATI, *Federico Paolo Sclopis*, cit., p. 287.

³ F. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, a cura e con una premessa di G.S. PENE VIDARI, Torino, 1996, *Discorso I*, p. 3.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Estensione all'isola di Sardegna del Codice Civile e del Codice Penale vigenti negli Stati di Terraferma. Progetti di legge presentati alla Camera il 17 maggio 1848 dal Ministro di grazia e giustizia (Sclopis). Relazione del Ministro per il Codice Civile*, in *Atti del Parlamento subalpino, sessione del 1848 dall'8 maggio al 30 dicembre 1848*, raccolti e corredati di note e di documenti inediti a cura di A. PINELLI, P. TROMPEO, Torino, 1855, p. 38.

dell'operazione predisposta da una commissione insediata a Cagliari, a cui poi se n'era aggiunta un'altra che aveva lavorato a Torino. Entrambe avevano dovuto soddisfare a un tempo due esigenze differenti e per certi versi contrapposte: l'uniformazione normativa, da compiersi attraverso l'importazione nell'isola di un codice forgiato per una realtà diversa, e l'accomodamento delle nuove norme alla dimensione locale. Nel caso in questione, poi, l'introduzione del codice civile costituiva anche il «primo e principalissimo passo»⁷ di un programma di assimilazione legislativa che accompagnava – e attuava – la cd. *fusione perfetta* della Sardegna agli Stati di terraferma⁸. Domandata il 29 novembre 1847 dai delegati di alcune città sarde e accettata dal sovrano con carta reale del 30 novembre dello stesso anno⁹, essa avrebbe portato alla cessazione della storica autonomia normativa e politico-istituzionale dell'isola.

Episodio cruciale per la storia della Sardegna, la fusione andò probabilmente ben oltre le richieste di riforma avanzate dei sardi dopo l'entusiastica notizia delle concessioni del

⁷ *Ibidem.*

⁸ Sulla fusione disponiamo di un'ampia bibliografia. In questa sede è sufficiente rinviare a F. LODDO CANEPA, *Note sulla fusione della Sardegna col Piemonte (1847-48)*, in *Studi Sardi*, 14-15, 1955-57, parte II, pp. 245-283; G. SORGIA, *Premessa*, in *La Sardegna nel 1848. La polemica sulla "fusione"*, a cura di G. SORGIA, Cagliari, 1968, pp. 1-27; G. SOTGIU, *Storia della Sardegna dopo l'Unità*, Roma-Bari, 1986, pp. 3-42; I. BIROCCHI, *Il Regnum Sardiniae dalla cessione dell'isola ai Savoia alla "fusione perfetta"*, in *Storia dei Sardi e della Sardegna. 4. L'età contemporanea. Dal governo piemontese agli anni Sessanta del nostro secolo*, a cura di M. GUIDETTI, Milano, 1990, in part. pp. 208-211; ID., *La questione autonomistica dalla "fusione perfetta" al primo dopoguerra*, in *La Sardegna. Storia d'Italia. Le regioni dall'Unità ad oggi*, a cura di L. BERLINGUER, A. MATTONE, Torino, 1998, pp. 143-162; N. GABRIELE, *L'imperfetta fusione*, in *Studi sardi*, 33, 2000, pp. 499-520 e A. ACCARDO, N. GABRIELE, *Scegliere la patria. Classi dirigenti e Risorgimento in Sardegna*, Roma, 2011, pp. 167-204.

⁹ Archivio di Stato di Cagliari (d'ora in poi ASC), Atti governativi e amministrativi, busta n. 23, n. 1680 (il provvedimento può essere letto, assieme al regio biglietto del 20 dicembre dello stesso anno con cui veniva ribadito l'impegno alla fusione, anche nel volume *La Sardegna nel 1848. La polemica sulla "fusione"*, cit., pp. 31-35). I documenti contenenti le petizioni presentate al re sono stati pubblicati da M. VINCIS, *La fine del Regnum Sardiniae: la fusione perfetta*, in *Bollettino bibliografico e rassegna archivistica e di studi storici della Sardegna*, nuova serie, 10, 1993, fasc. 17, pp. 119-121.

29 ottobre e dell'imminente stipulazione di una lega doganale tra la Casa sabauda, lo Stato pontificio e il Granducato di Toscana che riguardavano i soli Stati di terraferma. La stretta contiguità che venne a istituirsi tra uniformazione legislativa, amministrativa e giudiziaria suggerisce di indagare sulle modalità con cui la prima fu attuata per comprendere se e come la realizzazione della fusione abbia influito sulla scelta del punto di caduta tra due possibili soluzioni: la piena assimilazione normativa e l'estensione dei codici da compiersi nel rispetto dei principali istituti dell'ordinamento normativo sardo.

2. *Tra naturale accomodamento e naturale unificazione. La posizione della commissione parlamentare*

Si potrebbe astrattamente pensare che quando nella primavera del 1848 si stava realizzando una parte importante del programma di fusione, Sclopis rappresentasse la persona adatta a garantire l'aderenza del codice albertino alle peculiarità dell'ordinamento giuridico isolano. Tuttavia, se esaminiamo le proposte presentate, è difficile non percepire il divario tra le parole del guardasigilli e il concreto disegno di legge in discussione. Gli interventi che egli illustrava, infatti, benché non irrilevanti – se non altro perché provano che l'estensione del codice non era concepita come atto puramente meccanico¹⁰ – mostrano una scarsa forza *nazionalizzatrice*. Ciò sempre che l'intento nazionalizzatore fosse riferito al territorio isolano e non all'intero Regno di Sardegna.

A parte gli interventi necessari all'introduzione del codice nell'isola, come quelli atti a regolare la tenuta dei registri dello stato civile¹¹, le modifiche portate all'attenzione della Ca-

¹⁰ Così anche E. MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, 1999, p. 471, quanto al regime del subingresso nelle successioni intestate, alla mancata estensione dei vincoli fedecommissari e all'affrancamento dalla patria potestà col matrimonio.

¹¹ *Ivi*, p. 39.

mera interessavano un ridotto numero di articoli. Inoltre, se si esclude il temporaneo mantenimento della locazione a soccida secondo la regolamentazione ricevuta dagli artt. 266-270 e 273 delle *Leggi civili e criminali del Regno di Sardegna* del 1827 (il cd. codice feliciano)¹² – intervento di sicuro impatto sulla vita pastorale e rurale dell'isola¹³ – le proposte di revisione avevano una portata decisamente circoscritta. Così, gli artt. 596 e 645 in tema di servitù prediali erano ripensati essenzialmente per modellare il dettato normativo alle consuetudini locali, tramite una sorta di «interpretazione della parola»¹⁴. Ciò valeva nel caso in cui vi fossero «aie pubbliche» o «comuni a vari privati»¹⁵ destinate alla battitura delle biade o vi fosse la necessità di regolare il diritto passaggio per l'approvvigionamento dell'acqua. A tale ultimo scopo sembrava sufficiente rivedere la locuzione «acque estive e acque ie-

¹² Sul codice feliciano, raccolta normativa di vecchio stampo pensata per avvicinare l'isola agli Stati di terraferma, cfr. A. MATTONE, *Assolutismo e tradizione statutaria. Il governo sabauda e il diritto consuetudinario del Regno di Sardegna (1720-1827)*, in *Rivista storica italiana*, 116, 2004, fasc. III, in part. pp. 1002-1007, e Id., «*Leggi patrie*» e consolidazione del diritto nella Sardegna sabauda, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. BIROCCHI, A. MATTONE, Roma, 2006, p. 532. Sui vari problemi di natura interpretativa e applicativa determinati dalle norme del codice feliciano cfr. il corposo *Parere del Supremo Consiglio del 5 maggio 1830 su vari articoli delle Leggi del Regno*, in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 1742.

¹³ Si può considerare incidentalmente il contratto di soccida era stato oggetto nel 1844 di attenzione da parte del legislatore per evitare – specie dopo il contenzioso nato in conseguenza del riscatto dei feudi – l'indebito sfruttamento delle terre ademprivili da parte dei soci maggiori residenti in altro Comune (per il provvedimento cfr. ASC, Atti governativi e amministrativi, busta n. 21, n. 1545). Sulle forme assunte dal contratto di soccida nella Sardegna dell'età moderna cfr. G.G. ORTU, *Ricerche sui contratti agrari e pastorali nella Sardegna moderna*, in *Studi sardi*, 24, 1975-77, in part. pp. 411-460. Per una rappresentazione del mondo rurale negli anni '40 dell'Ottocento cfr. F. SERPI, *Sulle condizioni del contadino sardo. Riflessioni*, Cagliari, 1847 (il testo è pubblicato anche nel volume *La Sardegna nel 1848. La polemica sulla "fusione"*, cit., pp. 383-392).

¹⁴ *Estensione all'isola di Sardegna del Codice Civile e del Codice Penale vigenti negli Stati di Terraferma. Progetti di legge presentati alla Camera il 17 maggio 1848 dal Ministro di grazia e giustizia (Sclopis). Relazione del Ministro per il Codice Civile*, cit., p. 38.

¹⁵ *Ibidem*.

mali», in maniera da tener conto che, in un territorio «molto più australe»¹⁶ rispetto ai domini di terraferma, l'inizio della stagione delle piogge non coincideva con l'equinozio d'autunno. Di altro tenore erano, infine, le proposte che riguardavano gli artt. 879 e 942-948. Per quanto apparentemente destinate a preservare la Sardegna dall'applicazione di norme estranee alla tradizione giuridica locale, esse erano tese a scongiurare l'introduzione nell'isola di istituti ritenuti obsoleti e destinati a essere ripensati anche per gli Stati di terraferma. Fedecomessi, maggioraschi e primogeniture erano, difatti, stati «condannati dal più degli economisti» e «riprovati più d'un secolo addietro» da Giambattista De Luca, «uno dei maggiori luminari del foro italiano». Il *favor* agnatizio, invece, era contrario ai principi di «equità naturale» e di pubblica economia, per cui conveniva non allontanarsi dall'osservanza del diritto romano che in Sardegna aveva portato a una «non interrotta abitudine» e a un «unanime assenso di popolo»¹⁷.

Il 13 giugno il disegno di legge era nuovamente in discussione alla Camera. La parola spettava ora a Carlo Corsi di Bosnasco¹⁸, relatore della commissione parlamentare di cui erano parte anche Urbano Rattazzi¹⁹, Giovanni Rusca e tre deputati sardi: l'ufficiale dell'esercito Giovanni Maria Sussarel-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, p. 41. Sull'origine e sul contenuto delle norme del codice albertino in tema di successioni *ab intestato* e *favor* agnatizio cfr. E. MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, cit., *passim*. Il provvedimento con cui il 5 agosto 1848 si estese la vigenza del codice civile all'isola fornì lo spunto per un ampio e serrato dibattito parlamentare in materia successoria che vide protagonisti nell'autunno di quell'anno i savoardi Brunier e Chenal (*ivi*, pp. 471-488).

¹⁸ Su Corsi di Bosnasco cfr. il *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia liberale. Il Senato subalpino. A-L*, a cura di F. GRASSI ORSINI, E. CAMPOCHIARO, Napoli, 2005, pp. 335-336. Sui risultati delle prime elezioni parlamentari, tenutesi il 17 e 18 aprile 1848, nonché sui deputati sardi (17 su 180) cfr. A. ACCARDO, N. GABRIELE, *Scegliere la patria*, cit., pp. 209-212.

¹⁹ Su Rattazzi cfr. C. MALANDRINO, *Rattazzi Urbano*, in *DBI*, vol. 86, 2016, pp. 558-562.

lo²⁰ e i magistrati Domenico Fois²¹ e Giovanni Siotto Pintor²². Lasciando da parte le proposte formulate dalla commissione parlamentare, largamente coincidenti con quelle illustrate da Sclopis²³, conviene soffermarsi sulla particolare enfasi con cui Corsi metteva in relazione l'autonomia di cui la vecchia *Ichnusa* aveva goduto sino ad allora e l'incapacità di munirsi dei codici. L'urgenza di dare all'isola leggi certe e riunite in «un solo e distinto corpo» confermava la necessità di procedere all'unione con gli Stati di terraferma in tempi celeri²⁴. La fusione costituiva, allora, l'occasione per accantonare la raccolta feliciana – mera «collezione di 2369 articoli», lacunosa e tutt'altro che ben organizzata, dato che era mancata una «ferma e risolutrice mano» – e permettere all'isola di assicurarsi un «potente e sicuro mezzo» per rifiorire e magari per trasformarsi in un'«oasi infra il Mediterraneo»²⁵.

Il destino luminoso della Sardegna pareva, dunque, legato al superamento di un sistema normativo antiquato e all'af-

²⁰ Giovanni Maria Sussarello era stato eletto nel collegio di Ozieri.

²¹ Su Domenico Fois, autore nel 1817 del trattato *Dei delitti delle pene*, cfr. I. BIROCCHI, *Fois Domenico*, in *DBGI*, I, pp. 882-883. Sul suo trattato cfr. *Id.*, *Considerazioni sulla legislazione e la dottrina criminale in Sardegna nel periodo precedente all'introduzione del codice feliciano: il trattato Dei delitti delle pene di Domenico Fois*, in *Illuminismo e dottrine penali. La Leopoldina. 10*, a cura di L. BERLINGUER, F. COLAO, Milano, 1990, pp. 305-371.

²² G. DE GIUDICI, *Siotto Pintor Giovanni*, in *DBGI*, II, pp. 1875-1876 e A. ACCARDO, *Siotto Pintor Giovanni*, in *DBI*, vol. 92, 2018, pp. 811-813. Cfr., inoltre, T. ORRÙ, *Giovanni Siotto Pintor scrittore e uomo politico. Bibliografia ragionata e notizie sugli inediti*, Sassari, 1966.

²³ La principale differenza riguardava la discussione avutasi in seno alla commissione parlamentare in merito all'esclusione dell'obbligo di dotare le figlie in conseguenza dell'equiparazione in materia successoria tra maschi e femmine. Nonostante le differenze di opinione, la commissione parlamentare aveva poi optato per il mantenimento di tale obbligo, allo scopo di favorire i matrimoni in un territorio come quello della Sardegna, segnato da un endemico basso tasso di popolazione. Sulle proposte della commissione parlamentare cfr. *l'Estensione all'isola di Sardegna del Codice Civile e Penale vigenti negli Stati Continentali. Relazione fatta alla Camera il 13 giugno 1848 dalla Commissione composta da Rattazzi, Orrù, Rusca, Fois, Sussarello, Siotto Pintor e Corsi relatore*, cit., pp. 41-46.

²⁴ *Ivi*, p. 41.

²⁵ *Ibidem*.

francamento dalla soggezione a «Re lontani»²⁶ e ai loro rappresentanti, ritenuti responsabili di un generale malgoverno e di reiterate prepotenze²⁷.

Colpisce che l'uniformazione legislativa fosse descritta da Corsi essenzialmente come esito scontato e quasi naturale di un obiettivo («il pensiero»²⁸) concepito da tempo da Carlo Alberto, come dimostravano gli sforzi fatti per attenuare le distanze con i territori della terraferma attraverso l'abolizione della giurisdizione feudale (1836), la riforma dell'ordine giudiziario (1838), il riscatto dei feudi e l'emanazione della legge organica della proprietà prediale in Sardegna (1839)²⁹, l'estensione del codice di commercio (1846), la soppressione della Segreteria per gli affari di Sardegna e del Supremo Consiglio di Sardegna, nonché l'equiparazione della Reale Udienza ai magistrati della terraferma (1847)³⁰.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Un feroce giudizio sui viceré dell'isola era espresso in quegli anni da G. SOTTO PINTOR, *Dell'autorità viceregia in Sardegna. Riflessioni*, Torino, 1848 (esiste anche un'edizione cagliaritana, sempre del 1848). Sostanzialmente lo stesso giudizio si ritrova in Id., *Storia civile dei popoli sardi dal 1798 al 1848*, Sala Bolognese, 1978 [= Torino, 1877], pp. 449-450.

²⁸ *Estensione all'isola di Sardegna del Codice Civile e Penale vigenti negli Stati Continentali. Relazione fatta alla Camera il 13 giugno 1848 dalla Commissione composta da Rattazzi, Orrù, Rusca, Fois, Sussarellu, Siotto Pintor e Corsi relatore*, cit., p. 41.

²⁹ A tale proposito Corsi faceva riferimento alla «costituzione [...] della proprietà» (*ibidem*). Sul provvedimento del 1839 cfr. I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna. Provvedimenti normativi, orientamenti di governo e ruolo delle forze sociali dal 1839 al 1851*, Milano, 1982, pp. 61-120.

³⁰ Sulla cessazione del Supremo Consiglio di Sardegna cfr. E. MURA, «L'autorità suprema della legge, sola regola dei tribunali»: dalla soppressione del Supremo Consiglio di Sardegna alla nascita del Magistrato di Cassazione di Torino, in *La Sardegna nel Risorgimento*, dir. F. ATZENI, A. MATTONE, Roma, 2014, pp. 635-640. Per quanto riguarda le trasformazioni subite dalla Reale Udienza tra il 1847 e il 1854 cfr., invece, A. NIEDDU, *Mutamenti e riforme nelle istituzioni giudiziarie del Regno di Sardegna: dalla Reale Udienza alla Corte d'Appello*, *ivi*, pp. 653-669. Sul funzionamento del supremo tribunale dell'isola cfr. – oltre all'invecchiato, ma ancora utile testo di L. LA VACCARA, *La Reale Udienza. Contributo alla storia delle istituzioni sarde durante il periodo spagnolo e sabaudo*, Cagliari, 1928 – A. NIEDDU, *La suprema giurisdizione nella Sardegna moderna. I travagli della Real Audiencia (1564-1651)*,

La naturalezza dell'operazione pareva poi confermata dall'assenza degli stravolgimenti e dei «gravi inconvenienti»³¹ previsti da molti. D'altronde, si poteva affermare che il codice albertino trovava la sua «principalissima base» nella legge romana, che costituiva anche in Sardegna il «primo fondamento della legislazione», per quanto «in vari punti abrogat[a] e modificat[a]»³². Così, alla fine dei conti, per scansare il pericolo di un'inopportuna e affrettata introduzione del codice pareva sufficiente tener conto «della condizione pastorale, e [...] di alcune principali disposizioni» che funzionavano poco anche negli Stati di terraferma³³. Le allusioni erano dirette per lo più al mantenimento della soccida secondo lo schema adottato nell'isola, alla parità di trattamento tra uomini e donne nelle successioni *ab intestato* e all'esclusione dei fedecomessi, dei maggioraschi e delle primogeniture.

Interrotto l'*iter* parlamentare in conseguenza della guerra, il codice civile fu promulgato il 5 agosto ed entrò in vigore nell'isola il primo novembre 1848, dopo che erano state recepite le proposte presentate da Sclopis e condivise dalla commissione parlamentare³⁴. Per non inficiare l'apparente integrità del codice – e forse anche per evitare maggiori costi per la sua pubblicazione – esse furono collocate all'interno di un provvedimento a parte, come era stato fatto in occasione dell'estensione all'isola del codice di commercio, avvenuta il 29 gennaio 1846.

in *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 45, 2019, pp. 273-312; A. MATTONE, *Il Regno di Sardegna e il Mediterraneo nell'età di Filippo II. Difesa del territorio e accentramento statale*, in *Studi Storici*, 42, 2001, 2, pp. 319-335 e C. FERRANTE, *Le attribuzioni giudiziarie del governo viceregio: il reggente la Real cancelleria e la Reale Udienza (secoli XVI-XVIII)*, in *Governare un Regno: viceré, apparati burocratici e società nella Sardegna del Settecento*, Atti del Convegno *I viceré e la Sardegna nel Settecento* (Cagliari, 24-26 giugno 2004), Roma, 2005, pp. 442-463.

³¹ *L'Estensione all'isola di Sardegna del Codice Civile e Penale vigenti negli Stati Continentali. Relazione fatta alla Camera il 13 giugno 1848 dalla Commissione composta da Rattazzi, Orrù, Rusca, Fois, Sussarello, Siotto Pintor e Corsi relatore*, cit., p. 41.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. il provvedimento normativo in ASC, Atti governativi e amministrativi, busta n. 23, n. 1763.

3. Tra febbraio e marzo 1848: l'estensione della codificazione albertina e i nuovi programmi

La presentazione alla Camera del disegno di legge per l'entrata in vigore del codice in Sardegna aveva fornito a Sclopis e a Corsi l'occasione per evidenziare alcuni aspetti del processo di uniformazione in atto. Nessun dubbio vi era sul merito dell'operazione, poi però mentre Sclopis denunciava un'intima fedeltà al principio dell'indispensabile conformazione delle leggi alla realtà a cui erano dirette – principio al quale egli sarebbe sostanzialmente rimasto fedele anche all'indomani dell'Unità d'Italia allorché si dovette pensare a un codice nazionale³⁵ – Corsi sottolineava l'indifferibilità dell'estensione del codice e la sua coerenza con i programmi a lungo pianificati. Egli finiva così per tracciare indirettamente una sorta di *fil rouge* che segnava la continuità e in qualche modo la gradualità nell'azione.

Far passare la promulgazione del codice come risultato atteso e magari persino programmato poteva forse servire a superare eventuali resistenze all'interno di un Parlamento che non poteva permettersi rinvii anche a causa della guerra in corso, ma non va preso troppo seriamente, a meno che non si

³⁵ C'è da considerare che il 15 marzo 1865 Sclopis avrebbe denunciato in Senato l'intollerabile «ardimento» della proposta di rifondere ed estendere alla penisola l'intera legislazione nazionale, spiegando che, dei tre possibili sistemi, il peggiore era quello adottato dal governo, poiché «fa[ceva] del nuovo sul vecchio», ritoccando «dappertutto» gli articoli del codice. Gli altri due sistemi prevedevano rispettivamente l'estensione di «una delle legislazioni vigenti in Italia» in materia civile e l'introduzione soltanto di «certe leggi particolari di unificazione [quelle in materia di diritto pubblico], riservando ad altri tempi e a [uno] studio più maturo l'estensione delle leggi meramente civili», come era stato fatto nel caso dell'annessione della Scozia all'Inghilterra (cfr. *Tornata del 15 marzo 1865, Presidenza del Presidente Manno, in Rendiconti del Parlamento italiano. Discussioni del Senato del Regno, VIII legislatura, sessione del 1863-64, 3° periodo dal 24 ottobre 1864 al 29 marzo 1865*, 2ª ed. ufficiale riveduta, vol. III, Roma, 1873, pp. 2555-2557). In direzione di quest'ultimo sistema – che egli qualificava «di riserva» – andavano le sue decise preferenze. Sull'unificazione legislativa all'indomani dell'Unità d'Italia cfr. in breve R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Enciclopedia italiana. Appendice VIII*, cit., pp. 283-284.

pensi a una programmazione di massima, effettuata in termini essenzialmente propositivi, ossia come obiettivo generale verso cui tendere³⁶. In caso contrario si sminuirebbe la portata degli elementi contingenti e difficilmente prevedibili che influenzarono l'attuazione del programma di unificazione legislativa, condizionandone tempi e contenuti e, perciò, incidendo sulla scelta del punto di caduta a cui si accennato altrove. Tutt'altro che scontato, il piano per l'introduzione dei codici subiva, difatti, una rimodulazione tra febbraio e marzo del 1848, necessitata dall'esigenza di abbandonare la cauta politica imposta sulla maggior aderenza alle condizioni dell'isola per preferire un programma ad ampio spettro che avrebbe condotto all'estensione pressoché in blocco dell'intera codificazione albertina. Ciò spiega perché, accanto al codice di commercio introdotto in Sardegna nel 1846, ci si adoperò per l'estensione in tempi brevi del codice civile e del codice penale (5 agosto)³⁷, dei codici di procedura criminale (3 ottobre)³⁸ e penale militare (12 ottobre)³⁹, nonché delle leggi e dei regolamenti per la marina mercantile (10 ottobre)⁴⁰. Si progettava, inoltre, di introdurre il codice di diritto processuale civile, allora in fase di studio, varato però solo nel 1854 e quasi subito revisionato⁴¹.

Quanto alle ragioni del cambiamento di programma, è emblematica la vicenda dell'introduzione del codice penale che, iniziata assieme a quella del codice di commercio, si concluse oltre un biennio dopo assieme a quella del codice civile, con la differenza, però, che a quest'ultimo si era cominciato a lavora-

³⁶ Sulle tesi continuiste in tema di fusione cfr. la sintesi di N. GABRIELE, *L'imperfetta fusione*, cit., in part. pp. 506-507 e nt. 16, il quale propende per la posizione espressa anche da G. SORGIA, *Premessa*, cit., p. 34, secondo il quale la fusione fu prevista, ma «non così presto e in tale forma».

³⁷ ASC, Atti amministrativi e governativi, busta 25, nn. 1763-1764.

³⁸ *Ivi*, n. 1808.

³⁹ *Ivi*, nn. 1814 e 1825.

⁴⁰ *Ivi*, n. 1816.

⁴¹ ASC, Segreteria di Stato, serie II. vol. 1742, *Al Signor Presidente del Senato di Sardegna, Signor Commendatore Dr. Tommaso Geranzani, Reggente la Reale Cancelleria*, 20 febbraio 1848. Sui lavori preparatori del codice di procedura civile sfociati nelle raccolte del 1854 e 1858 cfr. F. AIMERITO, *La codificazione della procedura civile nel Regno di Sardegna*, Milano, 2008, pp. 169-319.

re solo dopo la nomina ufficiale della commissione cagliaritano avvenuta, come si vedrà più avanti, circa due mesi prima dell'intervento di Sclopis alla Camera.

Nell'estate del 1843 ai magistrati del Supremo Consiglio di Sardegna – i quali lavorarono con il supporto dei colleghi di stanza nell'isola – fu chiesto di esprimersi sulla possibilità di rendere immediatamente esecutivi i codici di diritto penale (1839) e di commercio (1842)⁴². Bisognava agire in tempi stretti, poiché le due raccolte normative dovevano servire ad accompagnare lo sviluppo dei commerci interni ed esterni in una fase caratterizzata da forti spinte in ambito economico-finanziario⁴³. Nonostante ciò, non fu facile consentire l'ingresso in Sardegna del codice di commercio, come si desume dagli oltre due anni di lavoro impiegati e dalla quantità di interventi non marginali effettuati soprattutto allo scopo di coordinare le nuove disposizioni con quelle contenute nel codice feliciano, come fu fatto, ad esempio, nel caso delle informazioni da assumersi per l'autorizzazione all'esercizio del commercio dei minori emancipati o abilitati (art. 2), della nullità delle lettere di cambio sottoscritte da minori non commercianti (art. 126), della vendita effettuata senza le modalità stabilite dalla leg-

⁴² Cfr. in particolare i seguenti documenti: *Circa il modo di rendere estensivo al Regno il Codice di Commercio*, 24 luglio 1843, in Archivio di Stato di Torino (d'ora in poi AST), Sezione Corte, Paesi Sardegna, Supremo Consiglio di Sardegna, Pareri del Supremo Consiglio, registro 47 (febbraio 1843-6 novembre 1843), pp. 78r.-79r. e *Codice di commercio*, 7 luglio 1845, *ivi*, registro 50, pp. 257r.-296r. (qui il Supremo Consiglio di Sardegna dava conto della «gravità delle discussioni» e metteva in evidenza i diversi problemi da risolvere «nello estendere alla Sardegna il Codice commerciale»). Interessanti anche i documenti in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 1742.

⁴³ Sulle aspirazioni alla realizzazione di una rete commerciale non solo di carattere nazionale cfr. M.L. DI FELICE, *L'unificazione del mercato tra la Sardegna e gli Stati di Terraferma: dalla "fusione perfetta" al decennio cavouriano*, in *La Sardegna nel Risorgimento*, cit., in part. pp. 239-245. C'è da considerare che la riforma dei sistemi metrico-decimali, avviata nel 1836 e conclusa nel 1844, era stata resa definitivamente obbligatoria nel 1846 e che tra il 1845 e il 1847 furono stipulati trattati di commercio e navigazione con l'imperatore delle Russie (1845), il re di Prussia (1845), il re delle due Sicilie (1846), il re di Francia (1846), il granduca di Oldemburg (1846), il granduca di Toscana (1846) e il Santo Padre (1847). Non è un caso, tra l'altro, che in quegli anni si istituisse la cattedra di diritto commerciale (9 giugno 1846).

ge (art. 210), dello scioglimento del contratto per morte del costruttore (art. 236), del pegno, dell'ipoteca e dell'anticresi sui beni del debitore (art. 480), dell'omologazione del concordato (art. 555), dell'ipoteca sui beni immobili, della frode bancaria (art. 582) e della bancarotta semplice (art. 630).

Quanto al codice penale, sin da subito era stata esclusa la possibilità di estenderlo all'isola senza prevedere interventi sostanziali, utili a scongiurare i prevedibili «gravi inconvenienti» all'ordine pubblico⁴⁴; col che si rigettava l'idea di un unico codice per le due parti del Regno. D'altronde, nonostante il nutrito numero di provvedimenti assunti per avvicinare la Sardegna «agli Stati continentali nelle [...] istituzioni giudiziarie, amministrative e governative», la distanza tra l'isola e gli Stati di Terraferma pareva ancora troppa ampia quanto alla «legislazione civile e commerciale», all'agricoltura, alla pastorizia, all'istruzione, e più in generale all'«incivilimento delle classi popolari»⁴⁵. Per tale ragione si era ritenuto indispensabile procedere a un confronto minuto tra le disposizioni previste dal codice e quelle contenute nella parte delle *Leggi civili e criminali* dedicata al diritto penale.

Quando poi il 18 febbraio 1848 il Supremo Consiglio aveva terminato i lavori, ci si era sostanzialmente trovati davanti a una raccolta intermedia tra il codice albertino e il codice feliciano. Dei 792 articoli da cui essa era composta, difatti, ben 119 riproducevano in tutto o in parte il contenuto di disposizioni tratte dalle *Leggi civili e criminali*. In più «moltissimi articoli» avevano subito «aggiunte, mutazioni e modificazioni sostanziali» allo scopo di eliminare dubbi, stabilire principi o «semplificare la redazione di altri articoli»; «nuove dispo-

⁴⁴ AST, Sezione Corte, Paesi Sardegna, Supremo Consiglio di Sardegna, Pareri del Supremo Consiglio, reg. n. 47 (febbraio 1843-6 novembre 1843), pp. 78r.-79r., parere del 5 settembre 1843 (il documento può essere letto in copia in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 173). Ricostruisce la fase di studio torinese e cagliaritano del codice penale M. DA PASSANO, *Il diritto penale sardo dalla Restaurazione alla fusione*, ora in Id., *Omicidi, rapine, bardane. Diritto penale e politiche criminali nella Sardegna moderna (XVII-XX secolo)*, a cura di A. MATTONE, Roma, 2015, pp. 214-227.

⁴⁵ AST, Sezione Corte, Paesi Sardegna, Supremo Consiglio di Sardegna, Pareri del Supremo Consiglio, reg. n. 47.

sizioni» erano state inserite nei «luoghi convenienti [...] o nel corpo istesso» del nuovo codice e parecchie norme erano state riformulate per far sì che la raccolta potesse divenire «un sol corpo»⁴⁶.

Appena terminata, la nuova redazione fu però accantonata: prevalevano obiettivi sino ad allora ritenuti impensabili e categoricamente esclusi dalla Grande Cancelleria e dai magistrati di Torino e di Cagliari. La cornice entro la quale ci si dovette muovere era allora rappresentata dall'obiettivo dell'uniformazione normativa, mitigato dalla presenza di eventuali emendamenti in linea con la politica di assimilazione non solo normativa dell'isola agli Stati di terraferma. Ciò spiega perché nella primavera del 1848 da Sclopis, dalla commissione parlamentare e prima ancora dalle due commissioni insediate rispettivamente a Cagliari e a Torino fosse provenuta sostanzialmente un'unica proposta per permettere al codice penale di fare ingresso nell'isola. Si tratta del mantenimento in via provvisoria delle *tenture* e delle *machizie*, due istituti tradizionali, ampiamente regolamentati dagli artt. 1988-2032 della raccolta feliciana, finalizzati alla rifusione dei danni prodotti dal bestiame manso introdottosi nei fondi privati, coltivati e recintati⁴⁷. Altre proposte servivano, invece, a mettere in relazione le norme codicistiche con i principi statutari, con le nuove massime del diritto penale e con la legge sulla libertà di stampa⁴⁸.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Sulle *tenture* e sulle *machizie* cfr. A. MATTONE, *La "Carta de Logu" di Arborea tra diritto comune e diritto patrio*, in *La Carta de Logu d'Arborea nella storia del diritto medievale e moderno*, a cura di I. BIROCCHI, A. MATTONE, Roma-Bari, 2004, pp. 429-430.

⁴⁸ Così furono esclusi il laccio previsto dall'art. 11 per l'esecuzione della pena di morte e l'entrata in vigore degli artt. 483-486 e 731 del codice penale. Il provvedimento sulla stampa può essere letto in ASC, Atti governativi e amministrativi, busta n. 23, n. 1715.

4. *Lo Statuto, i codici e la fusione perfetta*

È lecito domandarsi se la delusione per l'operato dei magistrati di Torino e di Cagliari abbia avuto un ruolo nel mutamento di indirizzo da parte del governo. C'è da considerare, tuttavia, che se la delusione vi fu, essa derivò con tutta probabilità dalla percezione dell'inadeguatezza del generale programma iniziale di fusione alle effettive circostanze che si realizzarono tra la fine di novembre del 1747 e il mese di marzo del 1848. In questa fase giocarono un ruolo notevole le posizioni dei ceti isolani a favore o contro l'unione perfetta. D'altronde, sin dall'inizio di dicembre si era diffuso nell'isola il malcontento, al punto che viceré e autorità locali dovettero intervenire per sedare le agitazioni sollevatesi a più riprese sino alla primavera del 1848. A generarle non erano stati soltanto l'impazienza per una fusione che molti ritenevano da tempo cosa già fatta e la circolazione, a partire dai primi mesi del nuovo anno, di notizie relative a pressioni esercitate sul governo per ritardarne la realizzazione, ma anche il crescere preoccupante di una corrente autonomista e antifusionista⁴⁹. A suggerire la modifica del piano di azione contribuì poi certamente anche la trasformazione della monarchia in senso costituzionale.

La concessione dello Statuto del 4 marzo 1848 non rappresentava un puro atto formale⁵⁰. Al contrario, era chiaro sin da

⁴⁹ G. SORGIA, *Premessa*, cit., p. 12. Il malcontento trovava il proprio *humus* negli importanti cambiamenti economico-sociali registratisi tra il 1836 e il 1847, nonché nelle pesanti crisi economiche di quegli anni (cfr. I. BIROCCI, *La questione autonomistica dalla "fusione perfetta" al primo dopoguerra*, cit., p. 144).

⁵⁰ C'è da considerare che Sclopis partecipò alla riunione del 7 febbraio 1848 in qualità di avvocato generale presso il Senato di Piemonte; il 2 marzo poi fu nominato componente alla commissione preposta alla redazione dello Statuto. Sul punto cfr. L. MOSCATI, *Modelli costituzionali nel pensiero di Federico Sclopis*, in *Clio*, 21, 1985, 4, pp. 563-581 e EAD., *Sulla dottrina costituzionalista piemontese tra la Restaurazione e l'Unità*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, tomo II, Milano, 2003, pp. 1597-1600. Sulla riunione del 7 febbraio 1848 cfr., invece, M. ROSBOCH, *Lo Statuto albertino dalla concessione all'applicazione*, in *Bollettino storico vercellese*, 1, 1999, pp. 63-66.

subito che la presenza della carta costituzionale modificava la struttura politica e normativa dalle sue basi: non si era semplicemente introdotta una legge «superiore ad ogni altra», ma si era realizzato un sistema che doveva servire a garantire «maggiori libertà»⁵¹. Così lo Statuto – mentre limitava i poteri del sovrano e prevedeva l'istituzione del Parlamento, al cui interno sedevano anche i deputati sardi – imponeva il ricorso a un sistema normativo chiuso. La non eterointegrabilità dei codici era adesso da ritenersi insuperabile, dal momento che doveva servire a determinare le condizioni per realizzare l'ambita uguaglianza formale tra i cittadini⁵². In questo senso i codici assurgevano a veri strumenti di uguaglianza (giuridica) e di libertà⁵³.

L'emanazione dello Statuto segnava, dunque, un prima e un dopo anche nella progettualità che riguardava l'estensione dei codici, intesa non più come estrinsecazione di una strategia di avvicinamento tra ordinamenti normativi, bensì come l'ossatura di una nuova appartenenza. Ciò spiega perché lo spazio da riservare alla valorizzazione delle peculiarità del diritto locale si riducesse improvvisamente e perché si tollerassero i soli interventi ritenuti coerenti con il programma di «unità nazionale»⁵⁴. L'estensione dei codici doveva servire ora a suggellare l'unità politica; un'unità compatibile con il risveglio culturale promosso in Sardegna da intellettuali del ca-

⁵¹ L'espressione è tratta dal documento dal titolo: *A Sua Eccellenza il viceré della Sardegna* (in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 162). Sottolinea i caratteri di continuità e rottura dello Statuto P. CASANA, *Le Statuto Albertin: un savant mélange de continuité et de rupture, in 1848 dans les États de Savoie. Un pas vers la modernité politique*, contributions réunies par M. ORTOLANI, C. ROUX, O. VERNIER, Nice, 2020, pp. 107-119.

⁵² Cfr. sul tema G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni nazionali*, Torino, 2018², p. 2.

⁵³ Interessanti notazioni in P. CAPPELLINI, *Alle porte d'Italia: uniformazione nazionale e uniformazione giuridica*, in *Enciclopedia italiana, Appendice VIII*, cit., pp. 267-276.

⁵⁴ ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 1742, *Al Signor Presidente del Senato di Sardegna, Signor Commendatore Dr. Tommaso Geranzani, Reggente la Reale Cancelleria*, 20 febbraio 1848.

libro di Giuseppe Manno⁵⁵, Pasquale Tola⁵⁶, Giovanni Siotto Pintor e Pietro Martini⁵⁷, promotori di una cultura identitaria non esclusivamente sarda, proiettata verso la crescita economica, l'ampliamento delle occasioni di impiego nei ranghi dell'amministrazione pubblica e la ricerca di nuovi sbocchi professionali.

D'altronde, che subito dopo la richiesta di riforme fosse necessario rintuzzare la fiducia verso la Casa sabauda e adoperarsi per coagulare il consenso dei sardi verso le delicate scelte che dovevano essere compiute era ben chiaro anche al viceré Gabriele Claudio De Lunay, il quale il 9 dicembre 1847 aveva invitato autorità locali e parroci ad adoperarsi per mettere in circolazione la notizia dell'imminente creazione di «una sola famiglia» che avrebbe finalmente riunito tutti i sudditi del Regno: quelli dell'isola e quelli degli Stati di terraferma⁵⁸. Specialmente poi interessava che si sapesse che la realizzazione della «grande fusione» avrebbe richiesto tempo e molti sforzi, a cominciare da «grandi, e molti lavori preparatorj»⁵⁹.

Tutto era ancora da decidere. Non c'è da stupirsi allora dei tentennamenti e dei cambiamenti di rotta. Emblematico è, ad esempio, l'atteggiamento assunto da Pietro Martini, un intellettuale sardo legato agli ambienti filogovernativi che nell'operetta *Sull'unione civile della Sardegna colla Liguria, col Piemonte, colla Savoia* stesa alla fine del 1847 difendeva l'idea di una fusione «saggia, prudente, ragionata, lenta nei suoi passi, ma costantemente progressiva, infino a che diventi perfetta, perfettissima»⁶⁰. Allora egli censurava i «provvedimenti

⁵⁵ Su Manno e sulla cultura che attecchì in Sardegna nella prima metà dell'Ottocento anche grazie al contributo da lui dato con le sue opere – la *Storia di Sardegna* (1825-27) e la *Storia moderna della Sardegna* (1842) – cfr. in part. A. MATTONE, *Giuseppe Manno magistrato, storico, letterato tra Piemonte della Restaurazione e Italia liberale*, Napoli, 2009.

⁵⁶ A. MATTONE, *Tola Pasquale*, in *DBGI*, vol. II, pp. 1954-1955 e Id., *Tola Pasquale*, in *DBI*, vol. 96, 2019, pp. 3-5.

⁵⁷ A. MATTONE, *Martini Pietro*, *ivi*, vol. 71, 2008, pp. 246-250.

⁵⁸ ASC, Atti amministrativi e governativi, busta 23, n. 1677.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ P. MARTINI, *Sull'unione civile della Sardegna colla Liguria col Piemonte e colla Savoia, discorso popolare*, Cagliari, 1847, pp. 13-14.

non maturi e [...] non consentanei», in quanto causa di «troppo turbamento di cose»⁶¹. Eppure, appena qualche mese dopo, nelle pagine de *L'Indicatore sardo*⁶² – periodico di cui Martini era redattore assieme ai suoi due fratelli – veniva stigmatizzata la fusione lenta e parcellizzata e si gioiva per la recente nomina della commissione incaricata di «affrettar sempre più l'epoca della definitiva e totale fusione» e di dare «completa unità» alle necessarie disposizioni⁶³. Tale novità costituiva per i fratelli Martini il segno palese dell'opportuno dinamismo caratteristico del primo ministero costituzionale recentemente insediatosi, con Cesare Balbo al vertice e Vincenzo Ricci come capo del Ministero degli Interni⁶⁴. Era giunto il momento di affrontare «i grandi affari dello stato» con rinnovato vigore in maniera da «riparare il difetto d'attività e d'energia del caduto ministero», che – quanto ai tanti problemi dell'isola – non aveva dimostrato «alcun segno di vera vita»⁶⁵. In questa fase i «partigiani caldissimi dell'unione la più perfetta cogli stati fratelli» si battevano per una riforma dell'ordinamento da at-

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Nel 1847, l'*Indicatore sardo* si adeguò ai cambiamenti della politica governativa, passata da posizioni filoassolutiste ad aperture liberalconservatrici. Nonostante ciò, nel novembre 1847 gli studenti universitari cagliaritani bruciarono platealmente alcune copie del giornale in segno di contestazione (A. MATTONE, *Martini Pietro*, cit., p. 247).

⁶³ Sulla nomina della commissione cfr. i documenti: *Circolare del viceré de Launay con cui si partecipa che Sua Maestà il re in udienza del 22 ora scorso marzo ha nominato una speciale commissione, da riunirsi in Torino*, in ASC, Atti governativi e amministrativi, busta n. 23, n. 1710 e *Nomina di Commissione per la fusione definitiva delli interessi dell'isola con quelli degli Stati di Terraferma*, 23 marzo 1848, *ivi*, Segreteria di Stato, serie I, vol. 162. A quanto risulta, tale commissione sarebbe stata sciolta nel febbraio 1850 (cfr. i documenti dal titolo: *Alla R. Commissione per gli affari di Sardegna, oggetto: scioglimento della Commissione e ringraziamenti per parte del Governo di Sua Maestà*, *ivi* e *Scioglimento della Commissione e ringraziamenti per parte del Governo di Sua Maestà*, 22 febbraio 1850, in AST, fondo Cibrario, cartella n. 4).

⁶⁴ Sul breve governo ministeriale cfr. N. NADA, *Il Piemonte sabauda dal 1814 al 1861*, in P. NOTARIO, N. NADA, *Il Piemonte sabauda dal periodo napoleonico al Risorgimento*, in *Storia d'Italia*, vol. VIII, tomo II, Torino, 1993, pp. 297-310. Su Ricci cfr. B. MONTALE, *Ricci Vincenzo*, in *DBI*, vol. 87, 2016, pp. 323-325.

⁶⁵ *L'Indicatore sardo*, 8 aprile 1848, *Commissione per la fusione*, pp. 2-3.

tuarsi in un solo «tempo ed in tutte le sue parti principali»⁶⁶ e rigettavano fermamente l'idea di un «restaur[ò] poco per volta [de]l crollante e logoro edificio»⁶⁷. Era ciò che aveva fatto la «cessata amministrazione della Sardegna» allorché aveva voluto «incastrare il nuovo sull'antico», anziché «atterrar[lo] d'un colpo»⁶⁸.

5. *La «definitiva e totale fusione»: i lavori delle commissioni cagliaritana e torinese*

Nominata il 22 marzo 1848, ossia il giorno prima dell'assunzione della decisione di entrare in guerra contro l'Austria⁶⁹, la commissione per la definitiva e totale fusione si era occupata del coordinamento dei provvedimenti atti a realizzare l'unione amministrativa e legislativa. Presieduta da Luigi Cibrario⁷⁰ e composta da Federico Colla⁷¹, Giovanni Antonio Tola⁷², Gaetano Ludovico Cattaneo⁷³, Carlo Baudi di Vesme⁷⁴ e Cristoforo

⁶⁶ *Ivi*, p. 2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ E. CROSA, *La concessione dello statuto. Carlo Alberto e il ministro Borelli "redattore" dello Statuto (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino, 1936, p. 9.

⁷⁰ Su Cibrario cfr. M. FUBINI LEUZZI, *Cibrario Luigi*, in *DBI*, vol. 25, 1981, pp. 278-284; sui suoi legami con l'Accademia delle scienze cfr. in part. G.P. ROMAGNANI, *Prospero Balbo intellettuale uomo di Stato (1762-1837). II. Da Napoleone a Carlo Alberto (1800-1837)*, Torino, 1990, pp. 654-657.

⁷¹ Su Federico Colla, senatore e membro del Consiglio di Stato, cfr. C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, Torino, 1881, *ad indicem*.

⁷² Su Giovanni Antonio Tola, fratello di Pasquale e consigliere di Cassazione, cfr. F. LODDO CANEPA, *I giuristi sardi del secolo XIX*, Cagliari, 1938, p. 73.

⁷³ Egli era allora vice intendente generale dell'Azienda generale delle regie gabelle.

⁷⁴ Su Baudi cfr. – oltre a M. FUBINI LEUZZI, *Baudi di Vesme Carlo*, in *DBI*, vol. 7, 1965, pp. 282-287 – M.L. DI FELICE, *Prefazione. Carlo Baudi di Vesme e le Considerazioni sulla Sardegna*, in C. BAUDI DI VESME, *Considerazioni politiche ed economiche sulla Sardegna*, a cura di M.L. DI FELICE, Nuoro, 2004, in part. pp. 7-43.

ro Mameli⁷⁵, essa passò certamente al vaglio le proposte provenienti dalla commissione cagliaritana istituita il 7 marzo con il compito di provvedere senza temporeggiamenti alla revisione del codice civile e successivamente anche del codice penale⁷⁶. Furono, dunque, Salvatore Floris⁷⁷, Demetrio Murialdo⁷⁸, Giuseppe Pasella⁷⁹, Stanislao Caboni⁸⁰, Giovanni Siotto Pintor, Francesco Maria Serra⁸¹ e Cristoforo Mameli⁸² ad adoperarsi «con permanente sollecitudine» per permettere l'ingresso dei codici in Sardegna in tempi brevi⁸³.

⁷⁵ Su Mameli cfr. C. BERSANI, *Mameli Cristoforo*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. MELIS, tomo I, Milano, 2006, pp. 32-40; P. BERNASCONI, *Mameli (dei Manneli) Cristoforo*, in *DBI*, vol. 68, 2007, pp. 371-373 e E. MURA, *Mameli Cristoforo*, in *DBGI*, II, p. 1238.

⁷⁶ Così si legge nel documento dal titolo: *Lavoro della commissione per l'estensione delle leggi di Terraferma alla Sardegna*, 8 aprile 1848 (in ASC, Segreteria di Stato e guerra, serie II, vol. 1742), che accompagnava la trasmissione al guardasigilli Sclopis della relazione che la commissione cagliaritana aveva consegnato il giorno prima. Il suggerimento proveniente da questa commissione di ripensare al contenuto dell'art. 436 in materia manomorta ecclesiastica non fu accolto nel progetto definitivo, probabilmente per evitare di intavolare una trattativa con la S. Sede. Non era arrivata, invece, dalla commissione sarda la raccomandazione di pensare al sostentamento economico degli istituti per l'infanzia, sulla scorta di quanto stabilito per gli Stati di Terraferma dalle regie patenti del 16 aprile 1839 (AST, fondo Cibrario, cartella n. 4, documento senza titolo e data).

⁷⁷ Avrebbe parlato dello «zotico Salvatore Floris, leguleio di quattro cote, tutto fisco e demanio, cui non poterono dirozzare gli studi durati con ingegno poco più che mediocre» G. SIOTTO PINTOR, *Storia civile dei popoli sardi*, cit., p. 492.

⁷⁸ C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, vol. II, cit., p. 440.

⁷⁹ Su Pasella, intellettuale ascrivibile al gruppo dell'*Indicatore sardo*, cfr. I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta*, cit., in part. pp. 485-491.

⁸⁰ Su Caboni cfr. V. LAI, *Caboni Stanislao*, in *DBI*, vol. 15, 1972, pp. 701-702.

⁸¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta*, cit., pp. 499-505.

⁸² La nomina di Mameli era stata proposta dal viceré (cfr. il documento senza titolo del 24 febbraio 1848, in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 1742).

⁸³ Cfr. il documento dal titolo: *Al Signor Presidente del Senato di Sardegna, Signor Commendatore Dr. Tommaso Geranzani, Reggente la Reale Cancelleria*, 20 febbraio 1848, in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 1742.

Non è possibile soffermarsi compiutamente sulle figure dei componenti delle due commissioni. Si può però considerare che essi certamente aderirono al nuovo programma sulla fusione e lo fecero per motivi non necessariamente sovrapponibili anche in ragione delle personali aspettative e del naturale scontro/incontro tra gli interessi di chi viveva nelle diverse parti del Regno: l'isola e gli Stati di terraferma. Senz'altro Giovanni Siotto Pintor, magistrato e storico dalla marcata *verve* polemica, il quale vestiva allora i duplici panni di componente della commissione cagliaritano e di quella parlamentare, si era schierato a favore della fusione, salvo pentirsene amaramente⁸⁴. A suo avviso unione politico-istituzionale ed estensione della codificazione albertina dovevano procedere di pari passo. Anzi, non solo bisognava mettere in un cantuccio la raccolta feliciana, a cui egli avrebbe continuato a lanciare strali anche nella *Storia civile dei popoli sardi dal 1798 al 1848* (1877)⁸⁵, ma bisognava superare gli indugi, le «contraddizioni» e i «dimenamenti continui», che erano stati causa delle tante disillusioni per chi si batteva per l'affermazione del «grande principio della libertà»⁸⁶. A favore della pressoché totale unificazione legislativa era anche Cristoforo Mameli, impegnato nelle commissioni di Cagliari e di Torino, delegato nel novembre 1847, nonché autore della petizione con cui si era esplicitamente domandata anche l'unificazione normativa⁸⁷.

Luigi Cibrario – autore nel 1847 delle *Riflessioni sulle riforme del re Carlo Alberto* e uomo della «cerchia degli amici di

⁸⁴ Sulle posizioni assunte da Giovanni Siotto Pintor dopo la fusione cfr. I. BIROCCHI, *La questione autonomistica dalla "fusione perfetta" al primo dopoguerra*, cit., pp. 146-147.

⁸⁵ G. SIOTTO PINTOR, *Storia civile dei popoli sardi*, cit., pp. 160-162.

⁸⁶ *Ivi*, p. 451.

⁸⁷ Il documento è stato pubblicato da M. VINCIS, *La fine del Regnum Sardiniae*, cit., pp. 120-121. L'anonimo autore, mentre informava Luigi Cibrario dell'avvenuta nomina nella commissione torinese e dello stato dei lavori condotti a Cagliari, chiariva che Cristoforo Mameli non era propenso ad «alterare con troppa facilità il testo del codice civile» (*Commissione per gli affari di Sardegna*, 28 marzo 1848, in AST, Fondo Cibrario, cartella n. 4).

Cesare Balbo»⁸⁸ di cui facevano parte anche Sclopis e Baudi di Vesme – garantiva, come presidente della commissione torinese, l'ampiezza di vedute indispensabile per interventi non settoriali, coinvolto com'era anche nelle commissioni per la nuova legge sulla stampa, per la riforma della corte dei conti, per le ispezioni di ponti e strade, per la revisione delle tariffe commerciali e per la riorganizzazione del Consiglio di Stato. Accanto a lui lavorava Carlo Baudi di Vesme, chiamato a far parte dell'organico del Ministero dell'Interno dall'«amico suo il Marchese Vincenzo Ricci»⁸⁹. Profondo conoscitore della Sardegna, Baudi di Vesme su invito del re aveva steso tra la fine di ottobre e l'inizio di novembre 1847 le *Considerazioni politiche ed economiche sulla Sardegna*, a cui aveva aggiunto l'*Appendice* del 22 gennaio 1848⁹⁰. Per liberare la Sardegna, prostrata «dalle prepotenze e dagli arbitri»⁹¹ e ridotta «in una condizione da destare pietà»⁹², bisognava sopprimere le storiche istituzioni del costituzionalismo sardo-iberico e procedere all'unificazione legislativa con riforme che non fossero né frammentarie né dilazionate nel tempo⁹³. Egli riteneva, inoltre, che si dovessero abbandonare i «minuti orgogli» e le «gare municipali» per pensare ai grandi e complessivi vantaggi che sarebbero provenuti dall'unione perfetta⁹⁴. Era fondamentale superare le differenze normative, fonte di disuguaglianza e di disordine. Ciò valeva anche per ciò che concerneva la parità di trattamento tra uomini e donne nelle successioni *ab intestato*. L'unione con gli Stati di terraferma avrebbe senz'altro favorito la nascita di vincoli di parentela e generato «promiscuità dei patrimonii»: in tale contesto la presenza di «metodi diversi

⁸⁸ G.P. ROMAGNANI, *“Fortemente moderati”. Intellettuali subalpini fra Sette e Ottocento*, Alessandria, 1999, p. 138.

⁸⁹ F. SCLOPIS, *Notizie della vita e degli studi del Conte Carlo Baudi di Vesme*, estr. da *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino, Adunanza del 18 marzo 1877*, vol. XII, disp. 2°, s.l. [ma Torino], 1877, pp. 374-395.

⁹⁰ C. BAUDI DI VESME, *Considerazioni politiche ed economiche*, cit., p. 57 (per l'*Appendice* v. pp. 161-252).

⁹¹ *Ivi*, p. 226.

⁹² *Ivi*, p. 59.

⁹³ *Ivi*, p. 227.

⁹⁴ *Ivi*, p. 225.

di successione per due parti di uno stesso Stato»⁹⁵ avrebbe costituito un'inutile complicazione.

La fretta, funzionale al raggiungimento dei nuovi obiettivi, era giustificata inoltre dall'adesione alla fusione anche di una parte degli intellettuali sardi – tra cui Francesco Sulis e Raimondo Orrù⁹⁶ – estranei alle commissioni che avevano operato per l'introduzione dei codici. Non necessariamente convinti che la fusione perfetta costituisse la migliore soluzione sotto il profilo politico, essi auspicavano comunque l'estensione dei codici albertini, il che conferiva un fondamento di legittimità alla complessiva estensione dell'intera codificazione e suggeriva di procedere tempestivamente.

Ciò non significa naturalmente che il bilancio sull'introduzione dei codici albertini sarebbe stato per forza positivo. Poco dopo l'Unità d'Italia l'avvocato genovese Jacopo Virgilio – studiati a fondo i problemi dell'isola – affidava all'operetta *Delle supreme necessità della Sardegna* (1857) amare considera-

⁹⁵ *Ivi*, p. 229.

⁹⁶ F. SULIS, *Delle riforme del re e dell'isola di Sardegna. Pensieri*, Torino, 1847, ora in *La Sardegna nel 1848. La polemica sulla "fusione"*, cit., pp. 295-296, era dell'idea che con «poche modificazioni» si sarebbe potuto dare «un Codice medesimo» a «sudditi tutti del re»; R. ORRÙ, *Sulle attuali condizioni e sulle sorti sperabili della Sardegna*, 1847, *ivi*, pp. 339-340, sottolineava, invece, in particolare «i difetti del sistema legislativo» dell'isola e riteneva che la fusione rappresentasse un mezzo per conseguire le riforme amministrative e legislative auspiccate. Naturalmente non erano mancate le posizioni di chi metteva in evidenza i pericoli di una rinuncia totale all'autonomia: è quanto avevano fatto Giuseppe Musio e Federico Fenu (i testi dei loro scritti sono riportati in G. SORGIA, *La Sardegna nel 1848. La polemica sulla "fusione"*, cit., pp. 395-445; per il loro commento cfr. I. BIROCCHI, *La questione autonomistica dalla "fusione perfetta" al primo dopoguerra*, cit., pp. 148-152 e M. CARDIA, *Unione o unificazione?*, in *La Sardegna nel Risorgimento*, cit., pp. 471-480). A. MATTONE, *Storia della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari (secoli XVI-XX)*, Bologna, 2016, pp. 177-180, tiene conto anche delle posizioni di Salvatore Manca Leoni e di Salvator Angelo De Castro. Quest'ultimo, ripensando nel 1849 alla richiesta di fusione, osservava che «non si sarebbe dovuta confondere la grata e civile idea di parità di trattamento con la metallica e pesante idea della fusione. Quella lascia[va] distinti vari Stati ossia le varie parti della monarchia, ma le vuole [= voleva] trattare tutte egualmente bene; questa le mesce[va], le confonde[va], ne forma[va] una massa, un tutto informe indigesto, in cui non si ravvisa[va] più la distinzione di parti» (citazione riportata *ivi*, p. 178).

zioni che investivano anche i modi e i risultati dell'introduzione nell'isola «di tutti i codici componenti il sistema legislativo del Piemonte»⁹⁷. Ne veniva fuori che quelle raccolte normative erano state rese vigenti nella vecchia *Ichnusa* quando gran parte della popolazione era impreparata a ricevere il nuovo sistema politico e il «corpo di leggi regolatrici delle transazioni di una Società progredita ad alto grado di incivilimento»⁹⁸. Per tale ragione esse – specialmente nell'ambito del diritto civile – si erano rivelate o «superflue, per mancanza dei casi di loro applicabilità, o mal rispondenti ai veri bisogni»⁹⁹. Secondo Virgilio era stato il «sentimento di eguaglianza, principale attributo dalla libertà» a soffocare «nel 1848 ogni prudentiale ritegno» e a indurre a estendere le leggi della terraferma

⁹⁷ J. VIRGILIO, *Delle supreme necessità della Sardegna*, Torino, 1857, p. 91.

⁹⁸ *Ivi*, p. 92.

⁹⁹ *Ivi*, pp. 91-92. Qui si legge: «La Sardegna non aveva, come non ha ancora, nel sociale suo sviluppo quella successività di gradazione fra la superiore e l'infima classe della sua popolazione, che altrove accoglie quel medio ceto che ne forma la massa principale; ma colà una profonda linea di demarcazione separa l'una dall'altra per modo, che mentre la prima va fornita di tutti gli acquisti della moderna civiltà, la seconda, che vi costituisce un'imponente maggioranza, non è che plebe avvolta tuttora in molti pregiudizi e nella più folta ignoranza. Quindi evidentemente quella gran parte dell'insulare popolazione non era predisposta e matura al nuovo politico reggimento, e neanche a quel corpo di leggi regolatrici delle transazioni di una Società progredita ad alto grado di incivilimento; e per conseguenza queste leggi riuscendo o superflue per mancanza dei casi di loro applicabilità, o mal rispondenti ai veri bisogni di quelle popolazioni, esercitarono finora un'assai lieve influenza sul progressivo sviluppo dei germi di civilizzazione nelle medesime abbondevolmente riposti. Egli è vero che non può lo stesso asserirsi per riguardo all'opportunità ed applicazione delle leggi penali; ma è vero altresì che l'azione delle medesime, comunque non sussidiata da altri mezzi civilizzatori, avrebbe, nel decorso di quasi due lustri, dovuto in proposito produrre un qualche favorevole risultato. Che se ciò non è, come pur troppo può di leggeri riconoscersi da chiunque ponga mente alla quantità e natura dei reati perpetrati, da cui sorge non dubbio argomento della perduranza delle cause, dalle quali fatalmente derivano, ad un sentito, ad un lamentato inconveniente deve principalmente attribuirsi la permanente insistenza di cosiffatte cagioni e dei loro perniciosissimi effetti. La legge è lettera morta senza la sua applicazione, e l'applicazione della legge non è effettiva se non quando si concretizza nel fatto della reale esecuzione a cui primo e necessario elemento è la forza».

nel «complesso e di butto alla Sardegna»¹⁰⁰, senza preoccuparsi dei pericoli più volte annunciati.

Non meno duro sarebbe stato il giudizio espresso *a posteriori* da Siotto Pintor.

Ripensando a quel clima di pazzia collettiva che aveva preso avvio nel novembre del 1847, egli dichiarava che, tranne «poche eccezioni»¹⁰¹, tutti avevano sbagliato, poiché avevano creduto di potersi misurare, «adolescenti ancora, [...] co' popoli di civiltà compiuta», senza comprendere che «se il regno di Carlo Alberto» aveva permesso di «muovere passi lesti e sicuri, non si poteva «in pochi lustri avere appresa l'arte di volare»¹⁰².

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 91.

¹⁰¹ G. SIOTTO PINTOR, *Storia civile dei popoli sardi*, cit., pp. 476-477.

¹⁰² *Ibidem*.

GIUSEPPINA DE GIUDICI, La legge accomodata. Il codice civile albertino e le «speciali condizioni» della Sardegna

Il 27 maggio 1848 Federigo Sclopis, guardasigilli del primo ministero costituzionale sabauda, presentava alla Camera una proposta di legge per l'estensione del codice civile albertino (1837) alla Sardegna. In quell'occasione egli spiegava che la raccolta normativa emanata per gli Stati di terraferma era stata adattata alla «condizione particolare dell'Isola e dei suoi abitanti» mediante l'introduzione di «eccezioni», «[ag]giunte» e «modificazioni». Si potrebbe pensare che Sclopis rappresentasse la persona adatta a garantire l'aderenza del codice alle peculiarità dell'ordinamento normativo dell'isola nella delicata fase di realizzazione della cd. fusione perfetta. Eppure, se esaminiamo le proposte presentate, è difficile non percepire il divario tra le parole del guardasigilli e il concreto disegno di legge in discussione. Resta da capire come l'obiettivo della fusione perfetta abbia influito sulla scelta di adattare il codice alla realtà locale.

Parole chiave: Codice civile albertino e Sardegna, adattamento dei codici albertini alla Sardegna, *fusione perfetta* e codici albertini.

GIUSEPPINA DE GIUDICI, The law accommodated. The Albertine civil code and the «special conditions» of Sardinia

On 27 May 1848, in the Chamber of Deputies, the Minister of Justice in the first Savoy constitutional ministry, Federigo Sclopis, introduced a bill to extend the Albertine civil code (1837) to Sardinia. On that occasion, he explained that the charter issued for the mainland states had been adapted to the «particular condition of the Island and its inhabitants» through the introduction of «exceptions», «additions» and «modifications». Sclopis could be expected to have been the right person to guarantee the code's consonance to the peculiarities of the island's legal system in the delicate phase of the so-called perfect fusion. Yet, on close examination, it is difficult not to perceive a discrepancy between the words of the Minister and the actual bill under discussion. Further scrutiny is necessary to establish the ways in which the goal of perfect fusion influenced the decision to adapt the code to local reality.

Key words: Albertine Civil Code and Sardinia, adaptation of the Albertine codes to Sardinia, *perfect fusion* and Albertine codes.

Maurilio Felici

APPUNTI SUL VOCABOLARIO DEI GIURISTI ROMANI: L'USO DI *SALUBRITAS* TRA CONTESTI URBANI E RURALI*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Percorsi della consapevolezza attuale. – 3. 'Ambiente' e Roma antica. – 4. Tra 'moralismo' e 'ambientalismo'. – 5. La *salubritas* nel Digesto. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni preliminari*

L'opportunità di un contributo allo studio del rapporto tra 'diritto' ed 'ecologia', in quanto mediato dalla specialità e dalla proprietà del linguaggio dei giuristi romani non ha forse bisogno, al tempo d'oggi¹, di una giustificazione, come sarebbe stato conveniente (o almeno d'uso) fino a pochi anni or sono, ma è stato in effetti propiziato dalla partecipazione ad un recente seminario interdisciplinare tenutosi nel dipartimento giuridico dell'Università di Salerno². Occasioni molteplici e contemporanee a tale iniziativa, come la pubblicazione da parte di Legambiente del rapporto 2022 sui mutamenti climatici e l'impatto sui centri abitati in Italia³, la presentazione di un volume del CNR sui pericoli derivanti da disastri ambienta-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Mi paiono significative, sotto questo profilo, le indicazioni, applicate ad un contesto generale, di A. TRISCIUOGGIO, *La protezione dell'ambiente: concetti e modelli di difesa del diritto romano e il loro uso nell'attualità*, in *Questões socioambientais na América Latina*, Rio de Janeiro, 2016, pp. 199-219.

² *L'Ambiente: dogmi moderni e prassi antica*, 6.12.2022, di cui si attende la pubblicazione degli Atti a cura di L. DI CINTIO, F. FASOLINO, A. ORIOLO.

³ *Il clima è già cambiato. Gli impatti di siccità e caldo estremo sulle città, i territori e le persone* (Rapporto 2022 dell'osservatorio di Legambiente Cittàclima, 22 novembre 2022), documento consultabile all'indirizzo www.legambiente.it.

li⁴ o la discussione sulle tecniche assicurative di adeguamento per il contrasto agli episodi meteorologici estremi⁵, intercettano piani solo in apparenza tra loro distanti di uno stesso macro-problema⁶, e, lungi da potersi ipotizzare come mere coincidenze, disegnano bene – mi pare – preoccupazioni che toccano, in effetti, il futuro prossimo del genere umano⁷.

2. Percorsi della consapevolezza attuale

È, del resto, molto recente l’emanazione della legge costituzionale⁸ che, riformando l’art. 9 della Carta, ha inserito la previsione di un terzo comma che espressamente indica come compito della Repubblica la difesa dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, «anche nell’interesse delle future generazioni»⁹. Si tratta, evidentemente, di temi di vasta portata, con ampie implicazioni culturali, frutto di un cammino generale della società contemporanea (e ovviamente specifico,

⁴ *I rischi catastrofali. Azioni di mitigazione e gestione del rischio*, a cura di A. COVIELLO, R. SOMMA, Roma, 2021 (presentazione presso la sede del CNR di Roma, 3 dicembre 2022).

⁵ *Gli effetti dei cambiamenti climatici in Italia: strategie di adattamento e ruolo delle imprese assicurative*, 28 Ottobre 2022 – Palazzo Dolfin Manin – Banca d’Italia Venezia.

⁶ Per tutti, v. J.R. MCNEILL, *Qualcosa di nuovo sotto il sole. Storia dell’ambiente nel XX secolo*, tr. it., Torino, 2002.

⁷ Basti qui il rinvio, a titolo puramente esemplare, a quanto ora afferma da I. VISCO, *Una politica economica a misura dei giovani*, in *Nuova Antologia*, 629, 2022, p. 53, relativamente ai problemi ambientali a quelli energetici. Per un resoconto relativo al seminario svolto, F. CALCARA, *L’Ambiente: dogmi moderni e prassi antica. Cronaca dell’Incontro di studio*, in *Civiltà romana*, 9, 2022, pp. 93-96.

⁸ L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, che ha lievemente modificato anche l’art. 41 Cost. Sulle questioni sollevate, E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, pp. 1-22; con un quindicennio d’anticipo, B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2005, p. 15 ss.

⁹ R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos*, 3, 2022, pp. 1-20; M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2022, pp. 1-7.

quanto all'*iter* parlamentare italiano)¹⁰ relativo alla presa di coscienza dei danni provocati dall'uomo nel nostro tempo. Una tale presa di coscienza si fa comunemente risalire al XIX secolo¹¹, ma già nelle posizioni filosofiche di Jean-Jacques Rousseau, ed in particolare quelle relative ai contesti metodologici della scienza dell'educazione, è possibile rintracciare, come è stato sottolineato in modo forte¹², un'anticipazione di carattere scientifico a temi che saranno, come noto, oggetto di ricerca diffusa solo molto più tardi.

3. 'Ambiente' e Roma antica

In seguito, infatti, alla concezione e alla proposizione del c.d. antropocene¹³, ossia del periodo caratterizzato dall'incidenza sensibile sull'ambiente determinata dalle attività dell'uomo, nell'ambito inizialmente ristretto delle scienze della Terra, non è sfuggito all'indagine di molti settori del sapere umano il compito di tener conto dell'impatto antropico segnato, in origine¹⁴, dalla selezione e coltivazione protratta delle specie vegetali e dal consolidarsi dell'addomesticamento animale¹⁵: le relazioni di tali 'fattori cruciali' con gli altri che, con lo sviluppo delle possibilità sempre crescenti di sfruttamento delle risorse naturali, hanno impresso un'alterazione via via più intensa all'ambiente (inquinamento idrico e atmosferico,

¹⁰ Su cui, A. FRICANO, *Genesi e sviluppi di un diritto costituzionale all'ambiente*, in *Nomos*, 2, 2021, pp. 1-18.

¹¹ J.R. MCNEILL, *Qualcosa di nuovo sotto il sole*, cit., pp. 2-8.

¹² F. CAMBI, *Tre pedagogie di Rousseau. Per la riconquista dell'uomo-dinatura*, Genova, 2011, p. 8: con il riconoscimento dell'«annuncio di categorie attuali, come quella di ecologia».

¹³ S. LEWIS, M. MASLIN, *Il pianeta umano. Come abbiamo creato l'Antropocene*, ed. it., Torino, 2020.

¹⁴ S. PREUNKERT, J. R. MCCONNELL, H. HOFFMANN, M. LEGRAND, A. WILSON ET AL., *Lead and Antimony in Basal Ice From Col du Dome (French Alps) Dated With Radiocarbon: A Record of Pollution During Antiquity*, in *Geophysical Research Letters*, 46, 2019, 9, pp. 4953-4961.

¹⁵ P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Milano, 2005, pp. 16-28.

depauperamento dei suoli, deforestazione e deturpazione del paesaggio, ecc.)¹⁶, sono un punto fermo della ricerca¹⁷.

Quanto alla storia romana, il vero ‘momento di svolta’¹⁸, sotto questo profilo, andrebbe verosimilmente collocato a partire dall’età mediorepubblicana¹⁹. Fu il tempo della grande trasformazione della società romana, dovuta chiaramente all’avvio di una egemonia sul Mediterraneo destinata a durare nei secoli²⁰, e che avrebbe ovviamente causato cambiamenti nell’economia che si sarebbero poi riverberati sul diritto,

¹⁶ Secondo le indicazioni che emergono dal confronto dei contributi editi in *Pollution and the Environment in Ancient Life and Thought*, a cura di O.D. CORDOVANA, G.F. CHIAI, Stuttgart, 2017; importanti spunti, sotto il risvolto dell’approccio metodologico, in L. DI CINTIO, *Ordine ambientale come ordine sociale: dal diritto ellenistico a quello germanico*, in *Il Maurolico*, 15, 2023, pp. 23-39.

¹⁷ Sul tema, in generale, la nuova edizione di J.D. HUGHES, *Environmental Problems of the Greeks and Romans. Ecology in the Ancient Mediterranean*, Baltimore, 2014², pionieristico quanto all’impostazione; cfr. ora le indicazioni di A. STAUD, *Essere natura. Uno sguardo antropologico per cambiare il nostro rapporto con l’ambiente*, Torino, 2022, p. 23 ss. Segnalo inoltre il Réseau italo-francese ERA: Ecologia Roma Antica / ÉRA Écologie Rome Ancienne: «promosso e condotto da Ida Gilda Mastroiosa (Università di Firenze – Dipartimento SAGAS) ed Elisabeth Gavaille (Université de Tours): istituito nel 2019 nella cornice di un accordo bilaterale Unifi SAGAS - UniTours Laboratoire ICD, rinnovato per gli anni 2022-2027, allo scopo di promuovere ricerche e iniziative scientifiche sul tema della nascita della sensibilità ecologica in età romana e sulla sua evoluzione nei secoli successivi» [indicazioni dal sito istituzionale].

¹⁸ Come prospettato da F. FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas fra III e I secolo a.C.*, in *TSDP*, 3, 2010, pp. 1-15.

¹⁹ N. RAMPAZZO, ‘Salubritas’ e ‘utilitas publica’ in diritto romano, in *Ambiente, diritti ed identità culturale*, a cura di G. CATALDI, A. PAPA, Napoli, 2006, pp. 117-144; A. DI PORTO, L. GAGLIARDI, *Prohibitions concerning polluting discharges in Roman law*, in *Contributions to the History of Occupational and Environmental Prevention*, a cura di A. GRIECO, S. IAVICOLI, G. BERLINGUER, Amsterdam, 1999, pp. 121-134; cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica. L’esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, pp. 16-24.

²⁰ Magistrale resta l’analisi di A.J. TOYNBEE, *L’eredità di Annibale*, I-II, ed. ital., Torino, 1981-1982, sullo sconvolgimento del tradizionale ordine economico e sociale in Italia a seguito delle prime due guerre puniche, e sulla miopia della classe dirigente di allora, responsabile del peggioramento dei rapporti politici di Roma con i *socii*, a causa di un’avidità di un grado nuovo, e fino a quel momento sconosciuta per le ricchezze rese disponibili dalle nuo-

attraverso la elaborazione da parte della giurisprudenza (in rapporto stretto con gli interventi di *ius honorarium*) di un sistema di categorie adeguato al rinnovamento delle esigenze della *res publica*²¹. Ed è su questi aspetti che sarà forse conveniente concentrare l'attenzione.

4. Tra 'moralismo' e 'ambientalismo'

Com'è stato sostenuto, il problema ambientale nell'antica Roma (*rectius*: la riflessione su di esso) celerebbe, in profondità, il rapporto esistente tra 'natura' e 'cultura'²²: e non è evidentemente immaginabile, nella sede presente, affrontare un simile nodo (men che mai con l'intenzione di giungere alla sua soluzione) in modo adeguato. Valga, comunque (e in via di approssimazione), qualche accenno ed una premessa. Non sarà infatti possibile ripercorrere le tappe di un 'percorso ecologico' dell'antichità romana, come pure è stato egregiamente fatto²³, né tantomeno riferirsi al problema degli 'ecosistemi' dell'epoca, se non per rinvii, e per manifesti limiti di competenze²⁴.

Certo, più di uno squarcio di opere passate alla storia potrebbe lasciare l'impressione che i loro autori, come nel caso dei pressoché contemporanei Seneca e Plinio il Vecchio, possa-

ve possibilità di sfruttamento della penisola e della parte del Mediterraneo ormai sotto controllo.

²¹ Seminali, sul tema, le indagini di E. NARDI, *Inquinamento e diritto romano*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, III, Milano, 1984, pp. 755-768 (ora in *Id.*, *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, pp. 584-596); e di A. DI PORTO, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*. I. *Acque*, in *BIDR*, 91, 1988, pp. 459-570, *Id.*, *La tutela della salubritas tra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*. II. *Cloache e salubrità dell'aria*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, pp. 271-309.

²² A. WACKE, *Protection of the Environment in Roman Law?*, in *Roman Legal Tradition*, 1, 2002, pp. 1-14; M. FIORENTINI, *Natura e diritto nell'esperienza romana. Le cose, gli ambienti, i paesaggi*, Lecce, 2022, part. pp. 60-64.

²³ A partire dagli studi, al tempo davvero all'avanguardia di J.D. HUGHES, *Ecology in Ancient Civilizations*, Albuquerque, 1975.

²⁴ Sul tema, C. BEARZOT, *Uomo e ambiente nel mondo antico*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 8-9, 2004, pp. 9-18.

no essere ritenuti degli ecologisti *ante litteram*²⁵. Colpiscono, ad esempio, il lettore moderno le sensibilità da entrambi mostrate nel rapporto con gli animali²⁶: come per la scelta (momentaneamente) vegetariana di Seneca²⁷ o per le dichiarazioni relative alla candida innocenza delle *ferae* allo stato selvatico²⁸. Diversi appaiono, invece, gli atteggiamenti a proposito del tema della deforestazione selvaggia e dei rischi, implicati, di completa erosione del suolo e di frane²⁹. È singolare, infatti, che riferiscano uno stesso caso specifico e vale forse la pena leggerne i testi in parallelo:

Sen. *Quaest. nat.* 3.11.[2] *Apud nos solet euenire, ut amisso canali suo flumina primum refundantur, deinde quia perdidissent uiam faciant. Hoc ait accidisse Theophrastus in Coryco monte, in quo post terrarum tremorem noua uis fontium emerit. [3] Sicut alias quoque causas interuenire opinatur, quae aliter euocent aquas aut cursu suo deiciant et auertant; fuit aliquando aquarum inops Haemus, sed cum Gallorum gens a Cassandro obsessa in illum se contulisset et suas cecidisset, ingens aquarum copia apparuit, quas uidelicet in alimentum suum nemora ducebant; quibus euersis umor, qui desiit in arbusta consumi, superfusus est. [4] Idem ait et circa Magnesium accidisse. Sed pace Theophrasti dixisse liceat: non est hoc si-*

²⁵ Cfr., in generale, le posizioni di J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el Derecho Ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid, 2003.

²⁶ Sulla considerazione da parte della giurisprudenza romana degli animali e, in particolare, sul rapporto tra la rappresentazione gaiana ed ulpiana della *libertas* ad essi attinente, R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, pp. 97-117.

²⁷ Sen. *Ep. ad Luc.* 108. 21 (con il famoso passaggio: *Si vera sunt ista, abstinuisse animalibus innocentia est; si falsa, frugalitas est*). Ragioni di opportunità politica (e il consiglio del padre) spinsero, poco dopo, il giovane letterato a ritornare sui suoi passi.

²⁸ Plin. *Nat. Hist.* 18.1-5: ove il significativo parallelo sull'uso 'consapevole' dei veleni e i relativi effetti (oltre alla serrata critica per le devastazioni idrogeologiche: *nos et flumina inficimus et rerum naturae elementa, ipsumque quo vivitur in perniciem vertimus*).

²⁹ A. GIARDINA, *Allevamento ed economia della selva in Italia meridionale. Trasformazioni e continuità*, in *Società romana e produzione schiavistica. I. L'Italia: insediamenti e forme economiche*, Roma-Bari, 1981, pp. 87-113.

mile ueri, quia fere aquosissima sunt quaecumque umbrosissima; quod non eueniret, si aquas arbusta siccarent, quibus alimentum ex proximo est (fluminum uero uis ex intimo manat ultraque concipitur quam radicibus euagari licet). Deinde succisae arbores plus umoris desiderant: non enim tantum id, quo uiuant, sed quo crescant trahunt. [5] Idem ait circa Arcadium, quae urbs in Creta insula fuit, fontes et rivos substitisse, quia desierit coli terra diruta urbe, postea uero quam cultores receperit, aquas quoque recepisse.

Plin. Nat. Hist. 31.53 Nascuntur fontes decisis plerumque silvis, quos arborum alimenta consumebant, sicut in Haemo obidente Gallos Cassandro, cum valli gratia silvas cecidissent plerumque uero damnosi torrentes conriuantur detracta collibus silua continere nimbos ac digerere consueta et coli mouerique terram callumque summae cutis solui aquarum interest proditur certe in Creta expugnato oppido, quod vocabatur Arcadia, cessasse fontes amnesque, qui in eo situ multi erant, rursus condito post sex annos emersisse, ut quaeque coepissent partes coli.

Si tratta, come si può vedere, della tradizione distinta dei medesimi avvenimenti (molto noti e studiati)³⁰. In particolare, si riportano le vicende successive all'abbattimento sfrenato degli alberi sul monte Emo, durante l'assedio di Cassandro contro una tribù celtica, e del fenomeno di tipo alluvionale che ne era seguito: evidentemente dovuto all'azione erosiva esercitata dalle acque che potevano scorrere in disordine, sui pendii della vetta più alta dei Balcani, non più trattenute dalla vegeta-

³⁰ Sul debito nei confronti di Teofrasto, L. GALLO, *Le normative ambientali nel mondo greco: il caso di Atene*, in *ἄρμος*, 10, 2018, pp. 407-418, ove bibliografia. Sulla rilevanza caratteristica di questa peculiare sezione dell'opera senecana, F.R. BERNO, *Non solo acqua. Elementi per un diluvio universale nel terzo libro delle Naturales Quaestiones*, in *Seneca e le scienze naturali*, a cura di M. BERETTA, F. CITTI, L. PASETTI, Firenze, 2012, pp. 49-68. Quanto all'attenzione di Plinio il Vecchio sullo sfruttamento abnorme delle risorse e sulle sue conseguenze perniciose, I. FARGNOLI, *Ruina naturae et diritto romano*, in *TSDP*, 8, 2015, pp. 1-34, part. 4-9 (e già EAD., *Spectant victores ruinam naturae (Plin. nat. hist. 33.73). Reazioni all'inquinamento in diritto romano*, in *European Legal Roots*, 2, 2013, pp. 227-245).

zione ad alto fusto. Risulta però chiaro che Seneca, rispetto a Plinio, nutra dubbi sulle dirette conseguenze del disboscamento in termini di dissesti idrogeologici³¹: ma, in fondo, si tratta di declinazioni solo lievemente divergenti di un moralismo che, alla dottrina, è sembrato poter accomunare lo sfondo ‘ecologico’ dei due intellettuali romani del primo principato, tenendo conto delle finalità delle opere e, inoltre, della sentita e condivisa subordinazione della sapienza *de natura* rispetto all’etica³². Nella partecipata deprecazione dei *vitia* umani che hanno determinato effetti altamente ‘sgraditi’ (e in particolare l’avidità, l’ambizione senza freni e lo sfoggio del lusso) si intravede una prospettiva sicuramente più moralista che ambientalista, cui non sono mancati i riferimenti³³.

5. *La salubritas nel Digesto*

La ricerca giusromanistica su questi temi, si potrà convenire, procede dalla gloriosa stagione di studi che vide tra i suoi

³¹ Sull’eccessivo sfruttamento delle risorse lignee e sui pericoli avverso i quali mettevano in guardia i giuristi, M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? II. La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, pp. 325-355.

³² S. CITRONI MARCHETTI, *Plinio il Vecchio e la tradizione del moralismo romano*, Pisa, 1991, part. pp. 122-142; C. CASSANMAGNAGO, *Due scienziati romani: Seneca e Plinio*, in *Ζήτησις*, 1997, 1, pp. 1-14; B. DEL GIOVANE, *Seneca, la diatriba e la ricerca di una morale austera. Caratteristiche, influenze, mediazioni di un rapporto complesso*, Firenze, 2015, part. pp. 260-275, ove bibliografia. Non è possibile, invece, addentrarmi, sul ruolo svolto dal *de rerum natura* lucreziano nel *milieu* culturale d’età imperiale, limitandomi, per ora, a rinviare a quella «vera e propria congiura del silenzio» che, a tutta prima, sembra aleggiare intorno al capolavoro della filosofia epicurea a Roma, e di cui parla, a ragione, A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, p. 208. Molto interessanti le interpretazioni di M. BERETTA, *La rivoluzione culturale di Lucrezio: filosofia e scienza nell’antica Roma*, Roma, 2015; da segnalare, inoltre, LUCREZIO, *Le Leggi dell’Universo*, a cura di L. PIAZZI, Venezia, 2011 (con rec. di O. PORTUESE, in *Res publica litterarum*, 36, 2013, pp. 202-205).

³³ M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l’Impero*, in *Index*, 24, 1996, pp. 143-198.

protagonisti R. Orestano e quell'invito alle indagini 'per problemi'³⁴, che molti frutti avrebbe recato³⁵, e che, in certo modo, ebbe, tra gli apporti inizialmente propulsivi, lo studio sui *Topica* di Th. Viewheg³⁶.

Un punto che potrà allora essere degno di valutazione riguarda la presenza davvero peculiare, perché rara, del termine *salubritas* nel vocabolario dei giuristi romani, del suo contesto d'uso e dell'impiego, da tempo corrente, negli scritti di diritto romano dedicati all'ambiente³⁷.

Il primo dei due soli passi in tutto il Digesto in cui ricorre il termine è sicuramente il più conosciuto e studiato (a):

Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.23.1.2. *Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet: nam et caelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur.*

³⁴ Tra i molti contributi dell'autore, mi pare possa ben riassumere il senso di una impostazione metodologica quanto sostenuto in R. ORESTANO, *Verso l'unità della 'conoscenza giuridica'*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 1984, p. 643: «la 'metodologia' non si esaurisce nei suoi aspetti strumentali [...] Essa consta essenzialmente nel modo in cui i giuristi di ogni età e di ogni esperienza – nel costruire il proprio 'oggetto' – si pongono di fronte ad esso, onde i problemi sono già impostati e risolti nella visione che si abbia dell'oggetto stesso» (spaziature mie).

³⁵ Allude ad essi R. CARDILLI, *Lo studio del diritto romano e i Fondamenti del diritto europeo*, in *Fondamenti del diritto europeo: esperienze e prospettive. Atti del Convegno – Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. SANTUCCI, P. FERRETTI, S. DI MARIA, Trieste, 2019, p. 68.

³⁶ TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, ed. ital. a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1962 (ed. or., München, 1953). Cfr. G. CRIFÒ, *Per una lettura giuridica dei topica di Cicerone*, in *Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici*, I, 1967, pp. 113-145.

³⁷ Resta ovviamente distinto, dagli interessi che qui rilevano, l'impiego spesso figurato (o metaforico) del termine (o dei suoi segni collegati), per il cui approfondimento, E. ALBERTARIO, *L'uso traslato di 'salubris', 'salubritas', 'salubriter' nelle fonti giuridiche romane*, in *Rivista di filologia e di istruzione classica*, LVII, 1929, p. 86 ss. (ora in Id., *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 181 ss.).

Il secondo (ed ultimo) brano è inserito, invece, nel *de verborum significatione* giustiniano (b):

Celsus 5 dig. D.50.16.86 *Quid aliud sunt 'iura praediorum' quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?*

(a) Si tratta di un breve commento all'interdetto *de cloacis privatis*, il cui testo è conservato e tramandato sempre a cura del giurista di Tiro³⁸, ove sono chiarite le ragioni di fondo ed i termini della salvaguardia del sistema fognario, tramite gli interventi di *ius honorarium*³⁹. Che la progettazione e la costruzione della rete fognaria, il buono stato e la manutenzione di essa fossero di importanza capitale nella vita regolare dei centri urbani si può desumere anche dalle indicazioni lasciate da Vitruvio⁴⁰.

La salute dei cittadini – si era capito – avrebbe corso gravi rischi in caso di malfunzionamento o, addirittura, di un perdurante cattivo stato degli impianti: le cloache erano ritenute senza dubbio un potenziale e gravissimo «fattore inquinante»⁴¹; di qui la necessità di sovente, ed in maniera opportuna, provvedere alla *purgatio* ed eventualmente alla *re-*

³⁸ D. 43.23.1 pr.: O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³, § 254.

³⁹ Sul punto, cfr. DI PORTO, *La tutela della salubritas* II, cit., pp. 271-309; M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana nello specchio del diritto*, in *Index*, 46, 2018, pp. 320-344; M. GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari nell'esperienza giuridica romana*, Bari, 2020, part. pp. 72-124.

⁴⁰ E di non poco momento, per le indicazioni contenute, proprio in apertura del *de architectura*; Vitr. 1.1: *...iura quoque nota habeat oportet, ea quae neccessaria sunt aedificiis <locis> communibus parietum ad ambitum, stillicidiorum et cloacarum, luminum, item aquarum ductiones et cetera, quae eiusmodi sunt.* (altri riferimenti in Vitr. 5. 9.7; per una completa rassegna delle fonti, F. DE A. ESCUDERO ESCUDERO, M.P. GALVE IZQUIERDO, *Las Cloacas de Caesaraugusta y Elementos de Urbanismo y Topografía de la Ciudad Antigua*, Zaragoza, 2013, pp. 25-31).

⁴¹ A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2015, p. 67 s., ne riconosce i rischi anche sulla base dell'estensione dell'interdetto, sostenuta da Labeone, *ex urbano aedificio in proximum agrum* (D. 43.23.1.8).

fectio delle condotte per lo scarico delle acque reflue, che il pretore tutelava: verosimile chiusino d'accesso – uno fra i molti – per le ordinarie ispezioni, oltreché per il deflusso idrico, dovette essere peraltro il manufatto in marmo universalmente noto con il nome di 'Bocca della Verità' e collocato, da circa quattro secoli, non troppo lontano dal luogo ove sorgeva il piccolo tempio dedicato a Venus Cloacina: in perfetta coincidenza con l'ingresso della Cloaca Massima nel Foro⁴².

L'incanalamento delle acque per lo smaltimento fu, in effetti, pianificato e realizzato già in epoca regia: l'incertezza su alcuni dati, collegati alla costruzione del *Sacellum Cloacinae* e alla messa in funzione della Cloaca, ha aperto un dibattito lontano dall'essere sopito⁴³.

L'introduzione nell'editto del pretore di specifiche previsioni di *interdicta* relativi alle cloache ebbe però, come traspare dai commenti di Labeone, Ulpiano e Venuleio, vicissitudini peculiari⁴⁴, e si pone, dal punto di vista temporale, almeno nel

⁴² Sul culto di Venere Cloacina, presso il cui tempio si sarebbe consumato il delitto di Virginia per mano del padre (Liv. 3.48), R. SCHILLING, *La religion romaine de Vénus*, Paris, 1954, pp. 210-215; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, p. 186.

⁴³ Il santuario sarebbe stato dedicato a Cloacina (in seguito identificata con Venere) già da Tito Tazio (Plin. *Nat. Hist.* 15.19-20), in occasione della pace con i Romani, dopo la vicenda del ratto delle Sabine, ed il legame (etimologico, per il tramite del verbo *cluere*, e topografico) con la Cloaca Maxima è sempre stato sostenuto, fino al limite di patenti fraintendimenti (Lact. *Inst.* 20.11). È difficile immaginare che la prima forma di impianto avesse già natura sotterranea: le evidenze archeologiche sono, da questo punto di vista, in contrasto con quanto affermato da Liv. 1.56.2 (che attribuisce la paternità degli scavi a Tarquinio Prisco): F. COARELLI, *Guida archeologica di Roma*, Milano, 1974, p. 52. Indicazioni essenziali in H. BAUER, s.v. *Cloaca maxima*, in *Lexicon Topographicum Urbis Romae*, I, a cura di E.M. STEINBY, Roma, 1993, p. 288 ss.; J.N.N. HOPKINS, *The Cloaca Maxima and the Monumental Manipulation of Water in Archaic Rome*, in *The Waters of Rome*, 4, 2007, pp. 1-15; D. PALOMBI, *Receptaculum omnium purgamentorum urbis (Liv. 1, 56, 2). Cloaca massima e storia urbana*, in *Archeologia Classica*, 64, 2013, pp. 133-168; GIAGNORIO, *Cittadini e sistemi fognari*, cit., pp. 21-32, per una sintesi della vicenda e riferimenti bibliografici molto aggiornati.

⁴⁴ Si pensi solo alla coesistenza delle forme, proibitorio e restitutorio, come indicato in Ulp. 71 ad ed. D. 43.23.1.1, al ruolo giocato dall'*interpretatio* labeoniana in più di un punto e, soprattutto, ai problemi di cd. *ius controvers-*

primo quarto del I sec. a.C., come si può dedurre dai dati presupposti dall'orazione ciceroniana *Pro Caecina*⁴⁵.

Con tutto ciò, e soffermando l'attenzione sul sintagma *salubritas civitatum* testé richiamato, la sanità dei luoghi urbani è perseguita dal *praetor* consentendo, in ogni modo, la manutenzione (e la riparazione) dei condotti fognari (fossero a cielo aperto, o *tubuli* d'argilla o, ancora, *fistulae* in metallo). Solo garantendo tali attività da parte dei richiedenti si sarebbero scongiurate pericolose fuoriuscite di liquidi che avrebbero potuto minare l'integrità dei fabbricati urbani e, di conseguenza, uno standard accettabile di igiene pubblica⁴⁶.

(b) Il testo celsino fu invece concepito in altro ambito e per altre finalità. Esso costituisce l'esordio del V libro dei *Digesta* di Celso, così come ricostruito dal Lenel⁴⁷, nella sezione di commento all'*edictum praetoris* dedicata alla *vindicatio servitutis*⁴⁸. È sotto forma di domanda, evidentemente retorica, e accomuna tra loro fecondità, ampiezza e, per l'appunto, *salubritas*, nel parallelo istituito tra *iura praediorum* e (altre) qualità dei fondi rustici. Le espressioni utilizzate appaiono al riguardo assai indicative: la descrizione sembra riferirsi a tali caratteristiche in forma che direi antonomastica.

6. Considerazioni conclusive

Varrà allora la pena di segnalare qualche spunto interpretativo in funzione dei confronti testuali appena eseguiti.

sum tra le posizioni di Ulpiano e di Venuleio: in tema, A. DI PORTO, *La tutela della salubritas* II, cit., part. pp. 280-296.

⁴⁵ A. DI PORTO, *Salubritas e forme*, cit. pp. 54-58.

⁴⁶ Come chiarito da M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana* cit., p. 322: «L'intento generale perseguito dal pretore consisteva dunque nella tutela dell'incolumità degli edifici urbani, ma soprattutto delle condizioni igieniche e sanitarie urbane. Attraverso la corretta e continua manutenzione delle fogne, infatti, si assicurava non solo la stabilità degli edifici, altrimenti minacciata dalle infiltrazioni d'umidità provocate dal ristagno delle acque luride, ma soprattutto l'igiene urbana, la *salubritas civitatum*».

⁴⁷ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, *Celsus* 30.

⁴⁸ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., § 73.

Quella del rapporto tra l'uomo romano e la natura resta, ovviamente, «questione complessa»⁴⁹. Un esame, seppure minimo, al livello di terminologia dei giuristi, «prima dogmatica giuridica»⁵⁰, sembra però dare un'indicazione.

L'inquinamento fu, in modo del tutto chiaro, una parte degli effetti delle 'nuove' attività manifatturiere dell'economia romana: o, meglio, delle rinnovate forme di certi tipi di produzione e del loro intensificarsi⁵¹. Pagine celebri della letteratura latina possono essere lette, in effetti, come altrettante cartine di tornasole per la nostra conoscenza di aspetti magari differenti dagli scopi per le quali furono concepite; sono esemplari, sotto questo risvolto, molti versi di Giovenale⁵² o di Marziale⁵³, che ben certificano *incidenter tantum*, oltre che l'affollamento frequente e la calca insopportabile nelle anguste vie di Roma⁵⁴, la febbrile, assordante (e ammorbante) operosità dei cento mestieri che si svolgevano in città⁵⁵, senza dare possibilità di requie ai suoi abitanti.

E fu, non a caso, il contesto cittadino quello in cui, gioco-forza, ebbe a svilupparsi un sistema di rimedi ai nascenti (e, in molti casi, presto acuitisi) problemi che minacciavano l'igie-

⁴⁹ F. D'IPPOLITO, *Introduzione ai lavori*, in *Uomo, acqua, paesaggio. Atti dell'incontro di studio*, a cura di S. QUILICI Gigli, Roma, 1997, p. 9.

⁵⁰ B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dogmatica giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1953, p. 73 ss. Cfr. G. CRIFÒ, *Il compito del romanista*, in *Revista internacional de derecho romano*, 2008, p. 31, n. 100.

⁵¹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2003, part. pp. 112-118.

⁵² La terza satira può essere considerata un modello, ai fini qui segnalati, come rilevato da S. GRAZZINI, *Poetica e ideologia nella terza satira di Giovenale*, in *Giovenale tra storia, poesia e ideologia*, a cura di A. STRAMAGLIA, S. GRAZZINI, G. DIMATTEO, Berlin-Boston, 2016, pp. 149-168.

⁵³ Gli epigrammi sono densi di questi esempi R. LAURENCE, *Literature and the spatial turn: movement and space in Martial's Epigrams*, in *Rome, Ostia, Pompeii: movement and space*, a cura di R. LAURENCE, D.J. NEWSOME, Oxford, 2011, pp. 81-99.

⁵⁴ Cfr. Iuv. 3.31; 3.198 s.; 3.239.

⁵⁵ Cfr. Mart. 1.92; 5.30; 12.57; 12.82 per l'allusione alla normale e continua produzione di fumi da parte delle cucine o di opifici sparsi nell'urbe. Molti gli esempi illustrati da E. RODRIGUEZ ALMEIDA, *Terrarum Dea Gentiumque. Marziale e Roma: un poeta e la sua città*, Roma, 2003, pp. 36-39, anche per i problemi di topografia cittadina.

ne e salute pubblica⁵⁶, dovuti all'*exploit* demografico (e conseguentemente edilizio)⁵⁷ della Roma dello scorcio finale dell'età repubblicana⁵⁸.

Tutto si può infatti (come è stato proposto)⁵⁹ ricondurre a quei profondi mutamenti del tempo della 'crisi'⁶⁰ e che avrebbero, per altra via, condotto all'avvento del principato, ma che non ebbero ad incidere esclusivamente sotto il risvolto costituzionale⁶¹.

La possibilità, anche tecnica, della moltiplicazione dei piani nella edificazione delle *insulae* rispondeva all'esigenza, cresciuta enormemente, di un numero più elevato di spazi abitativi: e l'infittirsi della concentrazione umana nell'urbe non poteva non riflettersi sul livello della produzione materiale di rifiuti e della contestuale necessità di smaltimento degli stessi⁶². L'esigenza dello spurgo e della riparazione delle tubazioni fognarie è assicurata dagli *interdicta de cloacis*, accordati a tutela della *salubritas civitatum*. Che avessero natura di divieto o restitutoria, essi non furono mai catalogati organicamente con altri rimedi a contenuto latamente 'ecologico': a riprova che «l'esigenza di tutelare il bene ambiente contro le aggressioni delle opere umane i Romani non l'hanno mai avvertita»⁶³.

⁵⁶ M. FIORENTINI, *Natura e diritto*, cit., pp. 72-76.

⁵⁷ A. DI PORTO, *Salubritas e forme*, cit., pp. 64-68.

⁵⁸ M. D'ORTA, 'Amoenitas', 'Salubritas', 'Utilitas'. *L'acqua risorsa di vita. L'esperienza antica*, in *Terre Acque Diritto. Forme delle società antiche*, Napoli, 2021, p. 96: «Si intende che il delicato gioco di coerenze dell'uomo con la natura non avrebbe corrisposto, per i giuristi dell'ultima repubblica, a un libro di assiomi irrealizzabili, piuttosto, al disegno di perpetrare un rigenerato antropocentrismo a cui anettere il *fluere* dei processi» e della loro traduzione tecnica.

⁵⁹ G. CRIFÒ, *Precisioni sulla crisi della repubblica e la genesi del principato di Emilio Betti*, in *Costituzione romana e crisi della repubblica. Atti del convegno su Emilio Betti*, Napoli, 1986, pp. 127-136.

⁶⁰ E. BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, a cura di G. CRIFÒ, Roma, 1982, pp. 166-188.

⁶¹ V. *supra*, n. 20.

⁶² A. DI PORTO, *Salubritas e forme*, cit., pp. 85-111.

⁶³ M. FIORENTINI, *L'impatto delle attività umane sull'ambiente. Una riflessione storico-giuridica*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, IX, 2019, p. 75.

Ad Ulpiano va riconosciuta la paternità dell'espressione evidenziata, ma è notevole che fra i 'simboli' di questo epocale snodo all'interno del percorso di affinamento delle tecniche del diritto possa considerarsi un giurista come Labeone⁶⁴.

Il suo ruolo, tra elaborazione scientifica e presumibile supporto alla costruzione edittale⁶⁵, è stato ritenuto una testimonianza altamente qualificata dei vertici raggiunti dalla giurisprudenza romana e, più in generale, della centralità da essa rivestita nella società del tempo⁶⁶: ed il vocabolario utilizzato, lungi da intenzioni di tipo 'ideologico', coniuga, in più punti, le esigenze propriamente cittadine con quelle degli *agri*⁶⁷.

Celso, del resto, circa un secolo dopo, poteva tranquillamente collocare la *salubritas* fra le qualità dei fondi, così come in senso intimamente strutturale, erano ad essi legati gli *iura praediorum*.

A quella contrapposizione tra 'campagna' e 'città', che ad alcuni è parsa irriducibile⁶⁸, sembra sottrarsi la concezione della *salubritas* come qualità essenziale degli spazi urbani e fondiari.

Seppur applicata in un nuovo contesto urbanistico e costituzionale, la terminologia dei giuristi romani rimase fedele al proprio *milieu* culturale: intorno al concetto di *salubritas*, parola in effetti 'rara' nel lessico a noi noto della *iurisprudencia*, si è potuto così costituire, in modo proficuo, il polo semantico d'aggregazione per tutta una serie di studi dedicati al confronto e all'analisi dell'ambiente e del diritto in Roma antica⁶⁹.

⁶⁴ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, pp. 127-166.

⁶⁵ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 183 s.

⁶⁶ Come nel delizioso quadro delineato da A. GUARINO, *Labeone giurista meridionale* (1955), in ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, pp. 109-124.

⁶⁷ Il riferimento è D. 43.23.1.8 (v. *supra* n. 41).

⁶⁸ Non certo per una contrapposizione dei due concetti, quanto per una integrazione, è P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in ANRW, II, 16, 1, 1978, p. 489: «Va rilevato il nesso strettissimo esistente fra *urbs* e *ager*, che si manifesta nel significato dell'espressione *urbs et agri*, equivalente a *pomerium*».

⁶⁹ A. DI PORTO, *La tutela della salubritas* I, cit., pp. 459-570; ID., *La tutela della salubritas* II, cit., pp. 271-309; M.N. LÓPEZ GÁLVEZ, *La defensa jurídica*

MAURILIO FELICI, Appunti sul vocabolario dei giuristi romani: l'uso di *salubritas* tra contesti urbani e rurali

Il contributo si concentra sul termine *salubritas* e sul suo impiego da parte dei giuristi romani nel Digesto giustiniano: all'interno della dimensione urbana e rurale, ove il ruolo dei *praetores* si caratterizza per l'emanazione di *interdicta* a tutela dell'igiene civica.

Parole chiave: ambiente, *interdicta*, *salubritas*.

MAURILIO FELICI, Notes on the Roman lawyers' vocabulary: the use of *salubritas* between urban and rural contexts

The paper focuses on word *salubritas* and its use by Roman lawyers in the Justinian Digest, within the urban and rural dimension, where the role of *praetores* is characterized by issuing *interdicta* to protect civic hygiene.

Key words: environment, *interdicta*, *salubritas*.

ca de la "salubritas" en derecho romano, Madrid, 2000 (Th.); *Acque per l'utilitas, per la salubritas, per l'amenitas*, a cura di M. ANTICO GALLINA, Milano, 2004; N. RAMPAZZO, 'Salubritas' e 'utilitas publica', cit., pp. 117-144; F. FASOLINO, *Prime considerazioni in tema di tutela della salubritas*, cit., pp. 1-15; S. RUIZ PINO, *La protección de los recursos naturales y de la "salubritas" en Roma: posibles precedentes históricos del derecho administrativo medioambiental*, in *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, II, a cura di G.M. GEREZ KRAEMER, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Madrid, 2013, pp. 413-440; A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana. Il ruolo del civis*, Torino, 2015; J-L. CAÑIZAR PALACIOS, "Salubritas e insalubritas". *El espacio de los humedales en el imaginario romano*, in *Lacus autem idem et stagnus, ubi inmensa aqua convenit: estudios históricos sobre humedales en la Bética*, II, a cura di L.G. LAGÓSTENA BARRIOS, Cadiz, 2016, pp. 1-14: solo per limitare la rassegna ai contributi, disposti in ordine cronologico, che recano nel titolo il segno 'salubritas'.

Sara Galeotti

PERDITA DEL CARICO E DIRITTO AL NOLO: CONSIDERAZIONI IN TEMA DI ‘LOCATIO MERCIUM VEHENDARUM’*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Perimento della ‘res vecta’ ed esigibilità della ‘vectura’: Lab. D. 14.2.10 pr. – 3. Ulp. D. 19.2.15.6. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

In diritto romano, il trasporto per via d’acqua non integra un contratto tipico a sé stante. I *prudentes* individuano piuttosto lo schema causale corrispondente all’assetto d’interessi pattuito dalle parti accostando di volta in volta l’espletamento di questa specifica attività al modello negoziale del deposito, o – più di frequente – a quello della *locatio conductio*¹, oppure qualificandolo come *conventio* atipica (secondo lo schema ‘*do ut facias*’)².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Il testo di riferimento è Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1, sul quale v. da ultimo a S. GALEOTTI, ‘Mare monstrum’. ‘Mare nostrum’. Note in tema di ‘pericula maris’ e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I secolo a.C.- III secolo d.C.), Napoli, 2020, pp. 88 ss. e 142 ss. Oltre alla testimonianza tradita dalle fonti giuridiche, l’uso di questo schema negoziale nel trasporto marittimo è documentato da Plaut. *Rud.* 57-59 (sul quale L.-R. MÉNAGER, ‘Naulum’ et ‘receptum rem salvam fore’. Contribution à l’étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, in *RHD*, 37, 1960, p. 186 s. e N. CHARBONNEL, *Aux sources du droit maritime à Rome. Le ‘Rudens’ de Plaute et le droit d’épaves*, in *RHD*, 73, 1995, p. 311 s.), Asin. 432 s., *Mostell.* 823 (su cui J.A.C. THOMAS, *Juridical Aspects of Carriage by Sea and Warehousing in Roman Law*, in *Recueils de la société J. Bodin pour l’histoire comparative des Institutions*, XXXII. *Les grandes escales. Première partie: antiquité et moyen age*, 1974, p. 122, nt. 31); Ter. *Ad.* 225 s.

² Contro questa ipotesi, difesa, tra gli altri, da J. ARIAS RAMOS, *El transporte marítimo en el mundo romano (discurso de apertura): curso 1948-1949*,

Non è tuttavia la dogmatica degli istituti, quanto l'individuazione della misura rimediale più adatta a tutelare gli interessi del contraente insoddisfatto a orientare la riflessione dei giureconsulti romani, il cui approccio alle questioni poste dalla prassi è sempre processualistico. I problemi di inadempimento, responsabilità e *periculum* non sono infatti concettualizzati, nei *responsa prudentium*, in chiave negoziale-sostanziale, piuttosto valutati alla luce dell'esperibilità di una o più azioni tra quelle *ex locato*, *ex conducto*, *ex recepto*, *praescriptis verbis* o *depositi*, secondo il contenuto della *conventio* all'origine del rapporto. Solo guardando all'*id quod actum est*, ricostruito dal giurista attraverso l'esame delle clausole contrattuali, sarà pertanto possibile valutare gli interessi in gioco e la loro tutelabilità, nonché la rilevanza, al momento della esecuzione del contratto, della interdipendenza delle obbligazioni reciproche, ove mai gli accordi fra le parti fossero riconducibili a una *conventio* sinallagmatica.

Valladolid, 1948, p. XLV s.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, p. 102; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in *Iura*, 36, 1985, p. 19 s.; Id., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, in *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, I, coordinado por J. ROSET ESTEVE, Madrid, 1988, pp. 127 ss., 133; Id., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, p. 37 e, più recentemente, da J.L. ZAMORA MANZANO, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, pp. 39-42, v. però, *ex multis*, C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, 57, 2008-2009, p. 9 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA, III, Torino, 2014, p. 28 s. (in futuro l'opera sarà citata in questa sua ultima edizione); Id., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, 58, 2010, p. 33 ss., ora in *Scritti*, III, cit., p. 58 (in futuro l'opera sarà citata in questa sua ultima edizione) e, più recentemente, M.F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*, 105, 2011, p. 147; R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in *'Carmina Iuris'. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, édités par E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE-LACROIX, Paris, 2012, p. 322, nt. 41 (con discussione della letteratura); E. SCIANDRELLO, *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. L'agere praescriptis verbis' labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *D@S*, 12, 2014, p. 7 (del file a stampa) che leggo online al link: www.dirittoestoria.it/12/memorie/Sciandrello-Nomen-contractus-nuovi-contratti-agere-praescriptis-verbis-Labeone.htm.

Nella cornice dei trasporti per via d'acqua, del resto, le fonti attestano una netta prevalenza della *locatio conductio* sugli altri modelli negoziali: unitaria e 'tipica' sotto il profilo dell'azione, eppure caratterizzata dall'estrema diversificazione funzionale degli schemi identificabili al suo interno, la locazione presenta, invero, un'eccellente adattabilità alle mutevoli esigenze della realtà dei traffici mediterranei, accogliendo i più vari assetti d'interessi, dal noleggio della nave alla messa a disposizione dei suoi comparti, dal trasporto delle merci a quello dei passeggeri³.

L'ampiezza della gamma delle situazioni concretamente tipizzabili in base al differente contenuto della prestazione dedotta in obbligazione si riverbera nella terminologia adottata dalle fonti, che ben evidenzia come all'unità nominale del contratto non corrisponda un'unità dei fini perseguibili per il suo tramite. Ai verbi *locare* e *conducere* segue sovente, infatti, un gerundivo specificante la funzione: *vehenda mancipia* (D. 14.2.10 pr.), *devehendas merces* (D. 14.2.10.1), *onus vehendum* (D. 19.2.13.1), *mulierem vehendam* (D. 19.2.19.7), *merces vehendas* (D. 14.2.2 pr. e 19.5.1), per limitarci solo ad alcuni dei frammenti che interessano la locazione marittima⁴.

La variabilità dell'oggetto non intacca però – lo si è detto –, la sostanziale unità concettuale del contratto, il cui risultato, nelle molteplici applicazioni attestate, coincide sempre con

³ V. per tutti le conclusioni cui perviene Roberto FIORI nei suoi studi in materia di locazione (*La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, *passim*; *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, in *RDN*, 49, 2010, 1, p. 149 ss. e, più recentemente, *L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di E. LO CASCIO, D. MANTOVANI, Pavia, 2018, p. 507 s.). Sostanzialmente adesivo P.J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE*, Leiden-Boston, 2012, pp. 12-14.

⁴ Al di fuori del contesto 'nautico', nel solo frammento 13 di D. 19.2, leggiamo: *servum docendum* (§ 3), *gemma includenda aut insculpenda* (§ 5), *vestimenta polienda* (§ 6). Potremmo inoltre sintetizzare con la formula *navem utendam*, il più comune *navem conducere/locare* (v., per esempio, il già citato D. 4.9.3.1 o D. 19.2.61.1). In argomento v. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 62, 1959, p. 48 s.

uti frui di chi, in ragione del vantaggio conseguito godendo di una *res* (sia essa un bene, un'*opera* oppure un *opus*), è tenuto a corrispondere una mercede⁵. A differenza di quanto si osserva nel contratto di *emptio venditio*, ove l'obbligazione di pagare un *pretium*, correlata a quella di consegnare la *res*, ricade sempre sull'*emptor*, il corrispettivo dovuto per quanto locato non individua perciò in modo univoco una delle due parti contraenti⁶: esso peserà sul *conductor*, quando l'accordo delle parti sia indirizzato al fine di mettere una *res* nella sua disponibilità temporanea; oppure sul *locator*, qualora questi si rivolga al conduttore per un *opus facere*.

Date queste premesse, non stupisce pertanto che, nella sua declinazione 'nautica', la *locatio conductio* si articoli in più 'tipi', quali la *locatio conductio navis* o *locorum in nave*, riconducibile allo schema generale della *locatio conductio rei*, oppure la *locatio conductio ad onus vehendum* (o *mercium vehendarum*), qualificabile come una *locatio conductio operis faciendi*.

Il *mercator* romano, che volesse vendere i propri prodotti ad Alessandria, avrebbe cioè potuto o dedurre direttamente in contratto l'esecuzione del trasporto, così da conseguire il risultato voluto (*ad merces vehendas*), assumendo quale oggetto della *locatio conductio (operis)* l'attività stessa del *nauta*; oppure noleggiare la nave (o un comparto della stiva)⁷, per collocarvi le merci da consegnare altrove. Nella prassi, tuttavia, queste ipotesi dovevano rivelarsi sovente difficili da distinguere, soprattutto quando gli accordi presi dalle parti fossero tali da rendere problematica sia l'interpretazione dell'assetto d'in-

⁵ V. R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 285 ss., in particolare pp. 289-297. La scelta del sintagma '*uti frui*' per indicare la controprestazione della *merces* non convince, però, C.A. CANNATA, *La nozione romana di 'locatio conductio'*, in *Scritti*, III, cit., pp. 379-381, che gli preferisce '*res locata*'.

⁶ L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., pp. 103 s., 112, sulla cui ricostruzione v. i rilievi di R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 296 s.

⁷ V., da ultimo, P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., p. 87 s. e nt. 121. Per le evidenze archeologiche di questa pratica, rinvio per tutti a A. HESNARD, P.A. GIANFROTTA, *Les bouchons d'amphore en pouzzolane*, in *Anfore romane e storia economica: un decennio di ricerche. Atti del colloquio (Siena, 22-24 maggio 1986)*, Roma, 1989, pp. 401-405.

teressi dedotto *in obligatione*⁸, sia l'individuazione di chi, tra i contraenti, dovesse subire l'incidenza economica dei rischi legati alla navigazione.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, giova ricordare la centralità che la problematica del *periculum* contrattuale (*recitius*: della sua ripartizione) assume nei frammenti di Ulpiano⁹, Alfeno (epitomato da Paolo)¹⁰ e Scevola¹¹, in tema di locazione marittima (D. 19.2). Con ogni evidenza, infatti, i giuristi romani appaiono ben consapevoli di quanto l'insidiosità dell'elemento, nel quale si svolge l'attività armatoriale, incida sulla possibilità di verificare in concreto l'imputabilità al *nauta* dell'eventuale inadempimento, e, di conseguenza, possa pesare sulla determinazione della *aestimatio litis*, qualora la controparte insoddisfatta esperisca l'azione contrattuale: spazio anomico per definizione¹², il mare, più delle pur malsicure vie terrestri, espone il trasportatore a *pericula* che né l'esperienza, né la diligenza professionale potrebbero in molte circostanze arginare.

⁸ Sintesi di consuetudini consolidate, gli schemi negoziali, che regolano i traffici mediterranei, originano spesso regole del tutto originali: cfr. J.C. VAN OVEN, 'Actio de recepto' et 'actio locati', in *TR*, 24, 1956, p. 142 e L.-R. MÉNAGER, 'Naulum', cit., p. 184. V., però, le considerazioni di F. DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo. 'Lex Rhodia' (I)*, in *RDN*, 3, 1937, 1, pp. 336 ss. e 338 s., nt. 4, ora in *Diritto privato e società romana*, a cura di A. DELL'AGLI, T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma, 1982, pp. 73-75 e nt. 9 (in futuro l'opera sarà citata facendo riferimento a questa sua ultima edizione) sulla 'romanizzazione' di regole e rapporti di derivazione greca. In argomento v. anche R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor'. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios'*, Torino, 2002, p. 174 s.; Id., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, p. 70 s. (con specifico riguardo alla responsabilità del *nauta*).

⁹ D. 19.2.13.1-2 (*Pal.* 948), D. 19.2.15.6 (*Pal.* 949) e D. 19.2.19.7 (*Pal.* 951), tratti dal libro 32 *ad edictum*.

¹⁰ D. 19.2.31, tratto dal libro 5 *epitomarum Alfeni digestorum* (*Pal.* Alfeni 71).

¹¹ D. 19.2.61.1, tratto dal libro 7 *digestorum* (*Pal.* 32).

¹² Cfr. S. GALEOTTI, 'Exitio est avidum mare nautis': la 'miserrima naufragorum fortuna' nell'antico Mediterraneo, in *JusOnline*, 6, 2020, 4, p. 87 ss.; EAD., 'Mare', cit., pp. 53 ss., 245 ss.

Sulla scorta delle riflessioni formulate da Letizia Vacca nel suo saggio *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto*¹³, questo studio si propone, dunque, di ricostruire il regime di allocazione del rischio nei contratti di *locatio conductio mercium vehendarum* alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale classica dei criteri per la determinazione dell'ambito – e dei limiti – di responsabilità del vettore, che non abbia ottemperato alla obbligazione di consegnare le merci affidategli.

La circoscrizione dell'indagine a uno solo dei 'tipi' della locazione marittima rende forse necessaria un'ulteriore precisazione, affinché non sia equivocato il fine di queste pagine: più che dalla necessità di contenere l'analisi entro il numero massimo di caratteri a mia disposizione, la scelta di limitare l'oggetto dello studio deriva dal fatto che i *prudentes* – come ben documentano i *Digesta* – guardino soprattutto alla locazione *ad merces vehendas*, quando discutono dei problemi relativi all'aspetto oggettivo della mancata realizzazione della causa sinallagmatica.

2. *Perimento della 'res vecta' ed esigibilità della 'vectura': Lab. D. 14.2.10 pr.*

Nei rapporti riconducibili allo schema negoziale della *locatio conductio ad onus vehendum*, il locatario-trasportatore ottiene una *vectura*¹⁴ dal locatore-caricatore per il servizio che

¹³ L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio', in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 247-296, ora in *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, a cura di B. CORTESE, Torino, 2017, pp. 177-219. Questo breve saggio, nato come omaggio alla Maestra, sarà pubblicato anche nella raccolta di scritti in onore di Letizia Vacca, curata da Luigi Garofalo.

¹⁴ Sebbene nella trattazione utilizzi i termini *naulum/nolo* e *vectura* come sinonimi, il primo termine designa in modo specifico (anche se atecnico) il compenso corrisposto a chi faccia servizio di trasporto per mare, mentre il secondo indica genericamente il prezzo del trasporto, comunque esso sia effettuato: v. L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 107 s.; L.-R. MÉNAGER, '*Naulum*', cit., p. 183; J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Médi-*

s'impegna a svolgere, cioè prendere in carico alcune *res* per trasferirle altrove. Rispondendo il vettore dell'effettivo risultato della propria attività, ossia del buon esito della navigazione e dell'arrivo a destinazione delle merci che gli sono state affidate, in caso di perdita delle *res vehendas*, rischierebbe dunque di dover restituire il *naulum*, se già ottenuto¹⁵, e risarcire il danno subito dal *dominus mercium*, laddove il perimento gli fosse imputabile, oppure, in assenza di *culpa*, di perdere comunque il diritto a essere remunerato.

Ai fini dell'analisi della questione della esigibilità del nolo, in caso di perdita di una delle *res* prese in carico, si presenta fondamentale un noto *pithanon* labeoniano:

Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14.2.10 pr.: *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non poterit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.*

Secondo Labeone, in una *locatio mercium vehendarum* che abbia ad oggetto il trasporto di schiavi¹⁶, al *conductor* non sarà dovuta la *vectura* per il *servus* che sia morto durante il viaggio.

È indubbio che il vincolo casistico sia qui quanto mai larvato, se non del tutto assente¹⁷, giacché l'accentuata astrazione della *regula* rende quasi impossibile individuare gli elementi che qualificano la *quaestio iuris* sottostante. Ignoriamo, infatti, se la morte dello schiavo sia imputabile a una *culpa* del *nauta*, oppure a cause che questi non poteva controllare. A di-

terranée sous l'empire romain, Paris, 1966, p. 361 ss.; L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I 'corpora naviculariorum'*, Messina, 1992, p. 113, nt. 225, pp. 321 ss., 346; J.L. ZAMORA MANZANO, *Averias*, cit., p. 47 s.; D. GAURIER, *Le droit maritime romain*, Rennes, 2004, p. 61.

¹⁵ V. oltre, § 3.

¹⁶ 'Mancipium' nell'accezione di schiavo risulta, *ex multis*, da Plaut. *Epid.* 686; *Truc.* 274; *Capt.* 954; *Cic. Par.* 5.1.35; *Att.* 8.11.4; *Hor. epist.* 1.6.39.

¹⁷ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982², p. 148.

spetto di quanto sostenuto da pur autorevole dottrina¹⁸, non ritengo esistano però chiari indizi che il perimento del *servus* sia dovuto a una *vis maior*. L'esempio offerto dal caso del *navicularius* Saufeius¹⁹, dal quale mi pare si possa ricavare che, qualora il conduttore avesse dovuto restituire al locatore l'*idem* – e tale sembrerebbe l'ipotesi in questione – in assenza di un apposito patto²⁰, il rischio della perdita sarebbe intera-

¹⁸ Così M. KASER, 'Periculum locatoris', in *ZSS*, 74, 1957, p. 189 e, più di recente, C. PELLOSO, 'Custodia', 'receptum' e responsabilità contrattuale, in *Sem. Compl.*, 29, 2016, pp. 285-287, nt. 34 (e già, ma con riguardo all'appalto di costruzioni, J. MIQUEL, 'Periculum locatoris'. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale, in *ZSS*, 81, 1964, p. 187). Più prudente R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 133 s. e nt. 23.

¹⁹ Alf. 5 dig. a Paulo epit. D. 19.2.31. Sul passo, cfr., *ex multis*, E. DE SANTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19.2 (Alfenus libro V digestorum a Paulo epitomatorum)*, in *SDHI*, 11, 1945, p. 86 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *SDHI*, 31, 1965, p. 92 ss. (= *RDN*, 26, 1965, 1, p. 42 ss.); B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, 32, 1971, pp. 88-102; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in *ZSS*, 104, 1987, p. 156 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec. a.C-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, pp. 269-276; R. FIORI, *La definizione*, cit., pp. 65-80; N. DE MARCO, *L'actio oneris aversei*. *Appunti su un equivoco ricostruttivo*, in *Labeo*, 49, 2003, pp. 140-159; B. FORSCHNER, *Das Schiff des Saufeius. Anmerkungen zu D.19.2.31*, in *FHI*, 11, 2011, p. 1 ss.; P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., p. 87 s. e nt. 121, p. 90 s.; É. JAKAB, *Horrea, sûretés et commerce maritime dans les archives des Sulpicii, in 'Inter cives necnon peregrinos'*. *Essays in honour of B. Sirks*, edited by J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT, Göttingen, 2014, p. 340 s.; G. PURPURA, *Il χερρέμβολον' e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano*, in *AUPA*, 57, 2014, p. 139; E. MATAIX FERRÁNDIZ, *Explaining the Commerce of Roman Mediterranean Ports. The Evidence from 'Scripta Commercii' and Law*, Unpublished Ph.D. Thesis, Southampton, 2018, p. 86 s.; S. GALEOTTI, *'Mare'*, cit., pp. 91 ss., 118 ss.

²⁰ Nella cosiddetta 'età commerciale' di Roma, caratterizzata da una straordinaria fioritura delle attività imprenditoriali e del trasporto marittimo, le parti cominciano a regolare in via pattizia l'assunzione del rischio, ponendo a carico del vettore, che si fosse impegnato con un'apposita clausola a *salvum fore recipere*, una responsabilità amplissima, dovendo questi rispondere della mancata *restitutio* (o del danneggiamento) del carico a prescindere dalla condotta tenuta. Poiché il *receptum* non interessa il tema centrale di questo contributo, rinvio per tutti, da ultimo, a S. GALEOTTI, *'Mare'*, cit., p. 136 ss., specialmente alla letteratura ivi citata.

mente gravato sul *dominus mercium*²¹, come il fatto sia proprio Labeone a concepire un'*exceptio* in favore del *nauta* convenuto *ex recepto*, ove mai il perimento del carico fosse dipeso da circostanze irresistibili (naufragio o *vis piratarum*)²², mi portano piuttosto a ritenere che il giurista augusteo ponga a carico del vettore non un *periculum vis maioris*, quanto il *periculum operis*²³.

La soluzione proposta, del tutto coerente, a mio avviso, con un'altra enunciazione dello stesso Labeone (Lab. 1 *Pith.* D. 19.2.62)²⁴, sembrerebbe applicare a un problema di trasporto per via d'acqua la logica diagnostica 'polare' *vis cui resisti non potest/vitia ex ipsa re*, che ispira l'architettura definita da Servio in tema di *periculum locatoris* nelle locazioni agricole²⁵.

²¹ Il *nauta* risponderebbe, cioè, della mancata consegna al porto di destinazione solo qualora la morte dello schiavo gli fosse imputabile: in argomento, v. per tutti le osservazioni di L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 198 e G. PURPURA, *Il χερεμβολον'*, cit., p. 141 e nt. 66, p. 143.

²² Mi pare, dunque, si possa cogliere, nel giurista, una certa sensibilità per le istanze di adeguamento all'effettiva giustizia reclamate dai *nautae*, che assumendo, con la *conductio ad onus vehendum*, un'obbligazione di risultato, rafforzata, per giunta, dal *receptum*, rischierebbero di dover rispondere per l'inadempimento con maggior frequenza di altri professionisti. Non credo, pertanto, si possano imputare a Labeone sentimenti di particolare avversione nei confronti della categoria dei trasportatori per via d'acqua, come leggo invece in C. ALZON, *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, in *Labeo*, 12, 1966, p. 333 s. e ntt. 76-77.

²³ V. F. WUBBE, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *L'Homme dans son environnement- Mensch und Umwelt. Festgabe der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zum Schweizerischen Juristentag (Freiburg, 12-14 September 1980)*, Freiburg, 1980, pp. 131-147, specialmente p. 146; ID., *'Opus' selon la définition de Labéon (D. 50, 16, 1, 5)*, in *TR*, 50, 1982, pp. 241-251; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 229 ss., soprattutto p. 347 ss.; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 208 e nt. 69; E. CHEVREAU, *La 'lex Rhodia de iactu': un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in *TR*, 73, 2005, p. 75, nt. 37.

²⁴ Sul *pithanon*, rinvio per tutti L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 193 ss.

²⁵ L'accostamento, da me azzardato alla luce di quanto leggiamo poco più avanti nel medesimo frammento (§ 6), vale solo con riguardo ai criteri diagnostici richiamati. È evidente, infatti, come l'ampia area grigia tra l'ordinaria amministrazione e la catastrofe, che i giuristi sono chiamati a valutare, presenti una geometria variabile, fortemente condizionata, all'interno di una struttura unitaria quale è la *locatio conductio*, dall'*id quod actum est*. In ar-

Il riferimento è a un noto²⁶ passo ulpiano, che converrà qui riportare per esteso, nel quale si richiama il pensiero del giurista repubblicano:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

Il testo, fra i più frequentati dalla critica anche in ragione della presenza di irregolarità formali e cadute stilistiche, che suggerirebbero tagli o altri possibili interventi postclassici²⁷, pone la questione dell'esperibilità dell'*actio conducti* qua-

gomento v. anche i rilievi di C. ALZON, *Les risques*, cit., p. 335 ss. e R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., pp. 241 ss., 349.

²⁶ Per la discussione dell'amplissima letteratura disponibile sul testo rinvio, per tutti, a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Remissio mercedis'. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005, p. 38 ss. In tema di sopravvenienze contrattuali, v., da ultimo, M. GRASSO, *'Obligaciones contractae' e sopravvenienze nel diritto romano*, in *'Causa contractus': Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens / Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale / À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, herausgegeben von G. ALBERS, F.P. PATTI, D. PERROUIN-VERBE, Tübingen, 2022, p. 531 ss., che non ho, tuttavia, avuto modo di consultare.

²⁷ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le locazioni agrarie: diritto ed economia nell'antica Roma*, in *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 43, 1993, p. 323; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 233 ss. e nt. 8-10, p. 236; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Remissio'*, cit., p. 39 e nt. 4.

lora un evento calamitoso irresistibile, come un fortunale devastante, determini per il colono l'impossibilità di trarre dal fondo l'utilità collegata al *frui*. Ulpiano, sulla scorta di Servio, conclude che il conduttore debba essere liberato dall'obbligo di pagare il canone d'affitto a fronte di eventi catastrofici dalla portata eccezionale, mentre sia tenuto a corrisponderlo *si nihil extra consuetudinem acciderit*, se, cioè, il danno gli derivi da un accidente riconducibile alla naturale alea dell'attività svolta sul fondo (*ex ipsa re*)²⁸.

Applicando questa 'polarizzazione' dalla cartesiana limpidezza all'analisi della questione sottoposta all'attenzione di Labeone, potremmo immaginare ch'egli valuti il caso domandandosi se, note le insidie della navigazione e valutata la loro incidenza sulla realizzazione della finalità causale del contratto, le circostanze che hanno portato alla morte del *mancipium* costituiscano un evento straordinario e irresistibile, o non rientrino, piuttosto, nei danni *ex ipsa re*. Il *prudens* mostrerebbe di propendere per questa seconda lettura, pervenendo a una conclusione sfavorevole al *nauta*: il perimento di uno schiavo nel corso di una traversata parrebbe proprio uno di quegli 'incidenti' che capitano di frequente, anche in assenza di eventi traumatici quali un naufragio o un abbordaggio, sicché il vettore dovrà sopportarne le conseguenze economiche, perdendo il nolo.

Che delle soluzioni ipotizzabili sia questa la più equilibrata sotto il profilo dell'*aequitas*, emerge con particolare evidenza laddove si assuma il punto di vista del *dominus servi*. Si è detto sopra, infatti, come nel trasporto di *res* infungibili il rischio della perdita sia a carico del locatore: ebbene, non sarebbe allora iniquo addossargli, oltre al danno della morte dello schiavo, anche quello derivante dal dover prestare comunque la *vectura*?

Negando in modo netto che il trasportatore mantenga il diritto a percepire un corrispettivo per il *mancipium mortuum*,

²⁸ Cfr. specialmente M. KASER, 'Periculum', cit., p. 164 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le locazioni*, cit., p. 324; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 243 ss.; L. VACCA, *Sul 'rischio del locatore' nella 'locatio conductio rei'*, in *Garanzia*, cit., p. 158 ss.

il *pithanon* mi sembra pertanto valorizzare, nella sua asciutta formulazione, la interdipendenza delle obbligazioni reciproche, facendo dell'allocazione in capo al *conductor* di uno specifico 'rischio professionale' lo strumento per tutelare il sinalagma: poiché il vettore non è stato in grado di conseguire il risultato per il quale il compenso era stato pattuito, nulla potrà pretendere dal *dominus mancipiorum*.

Ho parlato di 'rischio professionale', ma, per come la '*regula*' si presenta, l'assenza di riferimenti a una eventuale *culpa* del *nauta* non testimonierebbe di per sé l'irrilevanza, agli occhi del giurista augusteo, del modello di condotta tenuto dall'armatore, né escluderebbe tout court che quest'ultimo possa aver procurato la morte dello schiavo.

Chiamato a pronunciarsi sull'esigibilità della *vectura* per il tramite dell'*actio ex conducto*, a Labeone non interessa, infatti, formulare giudizi sul comportamento del vettore, piuttosto verificare se questi abbia o meno ottemperato alla propria obbligazione e, ove ciò non sia accaduto, se esistano le condizioni per pretendere comunque il pagamento.

Il lapidario '*vectura tibi non debetur*' mi porta, quindi, a formulare due ipotesi: a) o al *nauta*²⁹ è in qualche modo imputabile la morte dello schiavo³⁰ sicché, proprio valutando i dettagli del contesto fattuale rappresentatogli³¹, il giurista nega ch'egli possa esigere un compenso per la prestazione non effettuata; oppure b) – circostanza che ritengo, per la verità, più probabile – l'evento rientra tra quelli di cui l'*exercitor*, stando agli accordi presi, avrebbe dovuto rispondere.

²⁹ Ipotizza, infatti, che il quesito sia stato posto da un *exercitor* L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in '*Actio in rem*', '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, p. 383.

³⁰ Per esempio, la stiva che ospitava i *mancipia* era insalubre; oppure, se alloggiati sul ponte, i fianchi dello scafo non erano abbastanza alti da evitare che, in caso di tempesta, gli schiavi cadessero in mare. In tutte queste ipotesi, il *nauta* non si è conformato al modello di condotta diligente che il *dominus mancipiorum* avrebbe potuto attendersi da lui: è, cioè, *in culpa*.

³¹ V. in argomento, anche se con specifico riguardo a D. 19.2.62, S. MARTIN, *The Case of the Collapsing Watercourse. Builders' Responsibility for Damage in Classical Roman Law*, in *LHR*, 4, 1986, 2, p. 427 s.

Di segno contrario, forse³², sarebbe stato il tenore del *pi-thanon*, qualora l'esecuzione della prestazione fosse divenuta impossibile per circostanze straordinarie esterne al *nauta*: verificata l'assoluta inevitabilità della morte (perché, per esempio, lo schiavo è rimasto ucciso a seguito di un abbordaggio), il giureconsulto avrebbe potuto concludere che '*vectura tibi debetur*' e consigliare l'azione.

La *regula* avrebbe poi avuto una formulazione ancora diversa, se fosse stato il locatore a richiedere il consulto: escluso – ipotizziamo – l'intervento di una *vis piratica*, Labeone avrebbe verosimilmente suggerito al *dominus mancipiorum* d'esperire un'*actio ex locato* contro il vettore, la cui *culpa*, se accertata, avrebbe rilevato ai fini della determinazione della *litis aestimatio*, con la condanna all'*id quod interest*.

Di non minor rilievo – per la definizione della *lex contractus*, prima ancora che per la formulazione della '*regula*' – dev'essere poi stata la particolare 'tipologia' delle *res vehendae*³³.

Date le condizioni di viaggio nell'antichità, durissime anche per gli *ingenui*³⁴, non era infatti detto che i *mancipia*, il cui stato di salute generale poteva essere precario ancor prima dell'imbarco, arrivassero vivi a destinazione. Mi sembra allora plausibile che, a fronte della difficoltà di accertare, in caso di perimento dello schiavo, l'esistenza o meno di una responsabilità diretta del vettore, le parti si accordassero in via convenzionale per la corresponsione della *vectura*³⁵ limitata-

³² Il livello di astrattezza della 'massima' è tale, del resto, che possiamo fare solo congetture.

³³ Un altro evento che poteva darsi, qualora si trasportassero schiavi, era il parto in nave: Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.7, su cui v. L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 108. Per la verità, a me pare che nel passo si alluda, piuttosto, a una *locatio vectorum vehendorum*: cfr. S. GALEOTTI, '*Mare*', cit., p. 121 ss.

³⁴ In argomento, v. in particolare J.A.C. THOMAS, *Juridical Aspects*, cit., p. 120 s.; A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen, 1978, p. 187 s.; J. ROUGÉ, *Le confort des passagers à bord des navires antiques*, in *Archaeonautica*, 4, 1984, pp. 223-242; S. GALEOTTI, '*Mare*', cit., p. 121 ss.

³⁵ Cfr. L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 208 s. e nt. 69; P.J. DU PLESSIS, *Letting*, cit., p. 89; E. MATAIX FERRÁNDIZ, *Explaining the Commerce*, cit., p. 151.

mente ai capi sopravvissuti e, qualora il pagamento fosse effettuato alla partenza, per la restituzione di quella relativa ai *mancipia periti*³⁶.

La ‘massima’ labeoniana, regolativa, ma non normativa³⁷, si offre, in breve, solo come la soluzione più probabile rispetto a una fattispecie che trova i propri elementi qualificanti nell’articolata protasi del *pithanon* stesso (*si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est*).

Nulla inficia, dunque, che laddove cambi l’*id quod actum est* delle parti, possa modificarsi la *regula* che ne discende. Nella nota paolina, infatti, si aggiunge al modello contrattuale preso in considerazione dal giurista augusteo (*an pro his qui deportati essent, merces daretur*), quello in cui il trasporto dei *mancipia* sia disposto adottando uno schema negoziale alternativo alla *locatio ad onus vehendum*, cioè – a me pare³⁸ – una *locatio locorum navis*: in questo secondo caso, che prevede la corresponsione di una *vectura* calcolata sul numero degli schiavi effettivamente caricati (*pro his qui impositi*), la morte

³⁶ Analoga ricostruzione è proposta da D. GAURIER, *Le droit*, cit., p. 73.

³⁷ In tema, v. specialmente M. TALAMANCA, *I ‘Pithanà’ di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26, 1975, p. 31 ss. e, da ultimo, L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino, 2012², p. 126 ss.

³⁸ Così pure, *ex aliis*, E. BETTI, ‘Periculum’. *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 189; FR. PRINGSHEIM, ‘*Id quod actum est*’, in *ZSS*, 78, 1961, p. 29; J.A.C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in *RIDA*, 8, 1960, p. 496 e nt. 26; E. BETTI, *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitigverpflichtenden Verträgen*, in *ZSS*, 82, 1965, p. 4; W. FORMIGONI, *Pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Giulio Paolo*, Milano, 1996, p. 61; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 137 s.; Id., *Forme*, cit., p. 157; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 211. Nonostante Roberto FIORI, in un suo recente contributo (*L’allocazione*, cit., p. 520 e nt. 54), abbia avanzato l’interessante e suggestiva ipotesi, sostanziata dalle *vaulotikai* greco-egizie, che il *distinguo* di Paolo non alludesse a uno schema negoziale alternativo alla *locatio conductio mercium vehendarum*, ma riconducesse piuttosto a quest’ultima due distinti modelli contrattuali, il ‘contratto di trasporto’ e il ‘contratto di noleggio a viaggio’, la ricostruzione riferita sopra, nel testo, continua a sembrarmi preferibile alle altre proposte formulate dalla dottrina, per la cui puntuale disamina rinvio ancora a R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 135 ss., con letteratura in nota.

del *mancipium* non inciderebbe sul compenso dovuto al *nauta*, la cui obbligazione resterebbe quella di assicurare il godimento della nave o di alcuni suoi compartimenti, non anche il trasporto e la consegna a destinazione dei *mancipia*. Tanto risulta più favorevole al vettore questa soluzione – basterebbe invero dimostrare d'aver caricato gli schiavi, per richiedere la *merces* corrispondente a ciascun capo – che, aggiunge Paolo, qualora non si riesca a provare l'effettivo contenuto dell'accordo, si dovrà presumere che i contraenti abbiano convenuto il nolo *pro his qui impositi*³⁹.

3. Ulp. D. 19.2.15.6

La soluzione negativa di Labeone in ordine all'evenienza che il *conductor*, fallito l'obiettivo per il quale il *naulum* è stato pattuito (*ad merces vehendas*), possa comunque pretendere, è confermata da Ulpiano:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6: *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur*⁴⁰, *rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.*

³⁹ In tema, cfr. J.A.C. THOMAS, *Carriage*, cit., pp. 489-505, in particolare p. 492; A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung*, cit., pp. 172, 197, 218; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 349; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 138; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 210 s.

⁴⁰ La forma verbale non si accorda con l'accusativo *vectorum*. Condivisibili mi paiono, pertanto, sia l'*emendatio* mommseniana della *littera Florentina*, in cui leggo *repereret* (Th. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, 562), sia l'integrazione proposta da Emilio Betti (E. BETTI, *Periculum*, cit., p. 189): <*nauta, ab eo*> *repereret*. Ritiene, invece, sia un grecismo giustiniano E. KALINKA, *Digestenkritik und Philologie. Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode*, in *ZSS*, 47, 1927, p. 324.

Il passo, sulla cui collocazione palinogenetica sono stati avanzati dubbi⁴¹, presenta numerosi profili d'interesse, legati sia ai soggetti coinvolti, sia alle modalità di pagamento della *vectura*.

Con riferimento al primo aspetto, la testimonianza del giurista severiano confermerebbe quanto suggerito dalle fonti (anche epigrafiche)⁴² circa l'esistenza di un sistema di contrattazione diretta fra i *navicularii* e l'*officium annonae*⁴³.

Da un'iscrizione risalente al 166 d.C., dedicata dagli *scapharii Hispalenses* a Sextus Iulius Possessor⁴⁴, ricaviamo, infatti, come all'*adiutor* del prefetto Ulpus Saturninus fosse domandato il triplice compito di verificare la quantità di olio disponibile in Africa e in Spagna, assicurare il trasporto del

⁴¹ V. specialmente TH. MAYER-MALY, 'Locatio conductio'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, p. 146 e G. LONGO, *Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana della 'locatio conductio'*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, p. 295. *Contra*, però, R. FIORI, *L'allocazione*, cit., p. 554 s., nt. 165.

⁴² Per vero, secondo A.J.B. SIRKS, *Food for Rome. The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, 1991, p. 30, l'unica iscrizione che suggerisca l'esistenza di un sistema di contrattazione diretta fra i *navicularii* e l'annona è l'epigrafe dedicata a Sex. Iulius Possessor dagli *scapharii Hispalenses*, con riferimento alla quale v. oltre, nel testo, e nt. 44.

⁴³ In argomento, v. in particolare M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981, pp. 3 ss., 36 ss.; A.J.B. SIRKS, *Food*, cit., p. 30 ss. e L. DE SALVO, *Economia*, cit., p. 210 ss.; E. HÖBENREICH, 'Annona': *Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, p. 83 ss.

⁴⁴ CIL II.1180 = ILS 1403 = AE 1965, 237 = AE 1971, 171 = AE 1991, 993 = CILA II.23: *Sex(to) Iulio Sex(ti) f(ilio) Quir(ina) Possessori / praef(ecto) coh(ortis) III Gallor(um) praeposito nume/ri Syror(um) sagittarior(um) item alae primae Hispa/norum curatori civitatis Romulensium Mal/vensium tribuno mi[l](iti) leg(ionis) XII Fulminat[ae] / curatori coloniae Arcensium adlecto / in decurias ab Optimis Maximisque / Imp(eratoribus) Antonino et Vero Augg(ustis) adiu/tori Ulp(i) Saturnini praef(ecti) Annon(ae) / ad oleum Afrum et Hispanum recen/sendum item solamina transfe/renda item vecturas navicula/r(iis) exsolvendae proc(uratori) Augg(ustorum) ad / ripam Baetis Scapharii Hispalen/ses ob innocentiam iustitiam/que eius singulare. Sull'epigrafe, v. da ultimo G. MIGLIORATI, *Iscrizioni per la ricostruzione storica dell'impero romano: da Marco Aurelio a Commodo*, Milano, 2011, pp. 506-508.*

grano e corrispondere ai *navicularii* il nolo, pagato il quale si concludeva, con ogni probabilità, l'accordo⁴⁵.

Sebbene la *conventio* che legava l'armatore privato all'annona fosse qualificabile come *locatio conductio ad onus vehendum*⁴⁶, ritengo plausibile che il manifesto coinvolgimento d'interessi pubblici incidesse tanto sulla minuta definizione degli accordi, il cui contenuto doveva risultare – così, almeno, le fonti lasciano intendere – da un documento scritto, contenente l'indicazione della tipologia e della quantità delle merci trasportate, le obbligazioni assunte dalle parti, la *vectura* dovuta e le condizioni della sua corresponsione, sia sulla tutela della sinallagmaticità funzionale del rapporto.

Torniamo, dunque, alla testimonianza di Ulpiano: un *navicularius*, che si è impegnato a trasportare alcune merci via mare per conto del *procurator Caesaris*, ricevendo in anticipo la *vectura*, non esegue la prestazione a causa della perdita della nave⁴⁷. Il funzionario pretende, quindi, la restituzione del *naulum* e Caracalla, con un suo rescritto, ne difende le ragioni, *cum munere vehendi functus non sit*.

La posizione del passo potrebbe illuminare, a me pare, la *ratio* della decisione imperiale. Ulpiano tratta, infatti, il ca-

⁴⁵ Su Sex. Iulius Possessor e le sue mansioni, rinvio per tutti a L. DE SALVO, *Economia*, cit., p. 122 ss. e alla letteratura in nota.

⁴⁶ Cfr., *ex aliis*, J. ROUGÉ, *Recherches*, cit., p. 385; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 209; R. FIORI, *L'allocazione*, cit., p. 547 s.; S. GALEOTTI, *Mare*, cit., p. 111, nt. 201. Minoritaria, mi pare, è rimasta la posizione di É. JAKAB, *Vectura pro mutua: Überlegungen zu TP 13 und Ulp. D. 19,2,15,6*, in ZSS, 117, 2000, p. 259 ss., che qualifica il rapporto in esame come una *locatio navis*.

⁴⁷ Dal passo non è dato risalire alle cause che potrebbero aver determinato la perdita della nave; non credo sia da escludere, tuttavia, che i *navicularii qui annonae urbis serviunt* fossero tenuti alla restituzione del nolo anche in caso di naufragio (si veda, infatti, al riguardo quanto osserva A.J.B. SIRKS, *Food*, cit., p. 33). Il preminente interesse pubblico a che il trasporto dei beni annonari avvenisse con successo, insieme alla necessità di arginare il pericolo di frodi e di deviazioni speculative, avrebbe infatti giustificato un 'aggravamento' della posizione dei *nautae* impegnati nella *annonaria praestatio*, sino a rendere odioso il *munus* stesso. Su questi temi, rinvio da ultimo a S. GALEOTTI, *'Etiam in tempore hiberno': stagionalità della navigazione nel Mediterraneo e 'functio navicularia'. Note a margine di C.Th. 13.5.26-27 e 34 e C.Th. 13.9.3*, in LR, 10, 2021, pp. 459-493 ed EAD., *'Pistorii muneris societas': note a margine di CTh. 13.5.2*, in TSDP, 14, 2021, pp. 1-36.

so del *navicularius* dopo aver discusso, movendo dal ragionamento serviano di cui si è detto sopra, problemi di *remissio mercedis* con riguardo alla locazione. Secondo il giurista severiano, la posizione di ‘svantaggio’ in cui il *procurator Caesaris* verrebbe a trovarsi a seguito del pagamento anticipato del nolo per un servizio mai ricevuto⁴⁸, presenterebbe analogie – per esempio – con quella del colono privato da una frana del proprio raccolto. Come, dunque, quest’ultimo non dovrebbe veder accresciuto dall’obbligo di prestare il canone del campo il danno economico della perdita subita, così l’annona trarrebbe dall’inabissamento del carico⁴⁹ un ulteriore pregiudizio, se non le fosse almeno riconosciuta la ripetizione del nolo versato.

Ipotizzo, del resto, che il pagamento anticipato della *vectura* ricorresse con una certa frequenza nei trasporti annonari, poiché tale pratica avrebbe aumentato l’attrattività del *munus* agli occhi degli armatori privati. Ricevere alla partenza quanto dovuto per la consegna delle merci al porto di destinazione avrebbe offerto, invero, al *nauta* risorse per allestire la nave, reclutare il personale di bordo, acquistare merci da rivendere in proprio durante il viaggio⁵⁰. Non solo: proprio perché ottenuto già al momento del caricamento della merce, il guadagno sarebbe stato certo.

Incerti, nondimeno, restavano gli esiti della navigazione. Quali tutele offrire allora al committente, verso il quale il trasportatore aveva pur sempre assunto una obbligazione di risultato?

⁴⁸ Cfr. R. FIORI, *L’allocazione*, cit., p. 554 s., nt. 165.

⁴⁹ Per come è presentata la fattispecie, sembrerebbe, per altro, che le merci viaggiassero a rischio dell’annona, sebbene il trasporto annonario avesse di regola ad oggetto beni fungibili: v., in argomento, S. GALEOTTI, ‘Mare’, cit., p. 92 ss. e nt. 151, p. 118 ss.

⁵⁰ Sul tema, rinvio per tutti, oltre ai già citati studi di Lietta De Salvo e Boudewijn Sirks, alle ricerche condotte da Domenico VERA, in particolare al suo contributo *Fisco, annona e commercio nel Mediterraneo tardoantico: destini incrociati o vite parallele?*, in *LRCW. Late Roman Coarse Wares and Amphorae in the Mediterranean Archaeology. Archaeology and Archaeometry. Comparison between western and eastern Mediterranean*, edited by S. MENCHELLI, S. SANTORO, M. PASQUINUCCI, G. GUIDUCCI, Oxford, 2010, pp. 1-18.

La risposta ci viene, a mio sommosso avviso, proprio dalle parole di Ulpiano, quando precisa che la *vectura* è stata *acceptata* dal *nauta promutuā*⁵¹, cioè acquisita al momento del carico ‘quasi’ (*pro*) fosse un mutuo.

A dispetto della scarsa attenzione che la dottrina⁵² – con alcune importanti eccezioni⁵³ – ha prestato al sintagma, quest’ultimo doveva avere, infatti, un qualche valore tecnico, o il giurista severiano non vi avrebbe fatto accenno: l’uso del verbo *repetere*, solo, sarebbe stato sufficiente a suggerire l’anticipazione del pagamento. Precisando che la mercede è stata acquisita dal vettore *promutuā*, credo, invece, che Ulpiano abbia voluto indicare un preciso assetto d’interessi, nel quale il pagamento all’imbarco, per un servizio non ancora effettuato⁵⁴, risulterebbe ottenuto dal vettore non a titolo di *vectura*, ma ‘come se fosse un mutuo’, salvo ‘trasformarsi’⁵⁵ in nolo una volta approdati al porto di destinazione delle merci⁵⁶. Ne consegue che, ove mai la spedizione non andasse a buon fine,

⁵¹ Cfr. E. QUADRATO, ‘Promutuum’, in *SDHI*, 73, 2007, p. 70 ss.

⁵² Si parla, nei fatti, di un generico anticipo del nolo nelle principali traduzioni del passo: cfr. H. HULOT, J.- F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, A. BÉRENGER, *Corps de droit civil romain en latine et en français*, III, Metz, 1804, p. 51; G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, III, Napoli, 1857, p. 114; O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, III, *Digesten 11-20*, Heidelberg, 1999, p. 565; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 209 (e p. 318, per la traduzione del testo nell’appendice del volume ove il saggio è stato ripubblicato); S. SCHIPANI (et al.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, 12-19, Milano, 2007, p. 436.

⁵³ Mi riferisco, in particolare, a É. JAKAB, ‘Vectura’, cit., p. 259 ss. e R. FIORI, *L’allocazione*, cit., p. 546 ss.

⁵⁴ Nel commento in greco del passo, il termine è, infatti, reso con προρρηία (Bas. 53.1.59 = Scheltema, A VII, 2439-2440), sostantivo che ricorre nei papiri greco-egizi per indicare il denaro anticipato in vista di una prestazione lavorativa futura, non produttivo di interessi: cfr. A. JÖRDENS, *Vertragliche Regelungen von Arbeiten im Späten Griechischsprachigen Ägypten*, Heidelberg, 1990, p. 271 ss.

⁵⁵ Cfr. G. THÜR, *Fictitious loans and ‘novatio’*: *IG VII 3172, UPZ II 190, and C.Pap.Jud. I 24 reconsidered*, in *Proceedings of the 25th International Congress of Papyrology (Ann Arbor, July 29 - August 4, 2007)*. *American Studies in Papyrology. Special Edition*, edited by T. GAGOS, A. HYATT, Ann Arbor, 2010, p. 757 ss.

⁵⁶ La mia ricostruzione è sostanzialmente adesiva a quella di R. FIORI, *L’allocazione*, cit., p. 550 ss., specialmente p. 554.

la somma anticipata non potrebbe più essere scomputata dal *naulum*, piuttosto, acquistata in via definitiva dal *nauta* come mutuo, dovrebbe essere restituita.

Se la mia ricostruzione è corretta, il rescritto di Caracalla ambirebbe a valorizzare in tal modo il legame di sinallagmaticità funzionale delle prestazioni relative alla locazione marittima stipulata dal *procurator Caesaris* per conto dell'annona, stabilendo, a fronte dell'impossibilità sopravvenuta del trasporto, il diritto del funzionario a ottenere, con l'azione contrattuale⁵⁷, la restituzione di quanto versato. Il *navicularius*, infatti, non avrebbe potuto eccepire a propria difesa d'essere stato pagato per l'*impositum* (dunque d'essere tenuto a una obbligazione di mezzi e non di risultato)⁵⁸, qualora dai documenti esibiti dal committente risultasse la destinazione effettiva della merce *accepta promutuā*, cioè la realizzazione della causa contrattuale (trasporto delle merci fino al porto di destinazione indicato)⁵⁹.

4. Osservazioni conclusive

Alla luce di quest'essenziale disamina, mi pare sia evidente come i Romani e i loro giureconsulti non si preoccupassero tanto di conformare l'organizzazione concreta degli obblighi contrattuali in materia di trasporto per via d'acqua alla

⁵⁷ Roberto Fiori (*L'allocazione*, cit., p. 554 s., nt. 166), sulla scorta di sch. 5 *ad Bas.* 20.1.15 (Scheltema, B III, 1182) pensa piuttosto a una *condictio*. La mia preferenza per l'azione contrattuale deriva, per la verità, dalla circostanza la ripetizione del corrispettivo si fondi pur sempre sulla mancata realizzazione della causa contrattuale, che ne giustificava l'adempimento. Stando a quanto leggo in Ulp. 32 *ad ed.* D. 12.7.2 e Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.6, tuttavia, l'individuazione della misura rimediale non doveva essere stata pacifica nemmeno fra i giuristi romani.

⁵⁸ V. sopra, § 2.

⁵⁹ Per Roberto Fiori (*L'allocazione*, cit., 554): «il rescritto mirava a [...] mostrare che la ricostruzione dell'*id quod actum est* può fondarsi non solo su clausole espressamente dedicate alle modalità di calcolo della *vectura*, ma anche su clausole da cui tali modalità risultino indirettamente [...]. Il caso sottoposto all'imperatore costituiva dunque un *leading case*».

possibile esistenza di un modello astratto, ma a rilevare fosse, piuttosto, la concreta portata degli interessi in gioco, nonché la possibile esistenza di prassi⁶⁰ legate al contenuto delle varie tipologie di locazione marittima. Con riguardo allo specifico problema della allocazione del rischio, dunque, solo la ricostruzione dell'*id quod actum est*, fondata in via presuntiva specialmente sulle clausole di calcolo della *vectura*, avrebbe permesso di valutare chi, fra il committente-caricatore e il *nauta*-trasportatore, dovesse sopportare il danno derivante dalla sopravvenuta impossibilità – non imputabile – del conseguimento dell'interesse perseguito dalle parti al momento dell'accordo.

Il regime del '*periculum*' non è, in altre parole, *a priori* a carico del locatore o del conduttore, ma risulta legato tanto alla natura della prestazione divenuta impossibile, quanto alle cause che l'hanno resa tale: se la morte dello schiavo si è avuta in conseguenza delle disagiati condizioni di trasporto dei *mancipia* (evento prevedibile), il conduttore perderà la *vectura*; se invece è seguita a un abbordaggio (evento imprevedibile e irresistibile), è probabile che il locatore resti tenuto al pagamento del nolo, benché la controprestazione sia diminuita di valore⁶¹.

Le considerazioni formulate da Letizia Vacca, nel saggio da cui traggono ispirazione queste pagine, mi paiono ancora, pertanto, la conclusione perfetta per il più modesto contributo con il quale desidero onorare la mia Maestra: «nell'ambito del medesimo contratto di locazione, risulta [...] impossibile indi-

⁶⁰ L'inevitabile rinvio è alle ναυλωτικαὶ greco-egizie. In tema cfr., *ex aliis*, Á. D'ORS, 'Χεῖρῆμβολον', in *Humanitas*, II, 1948, pp. 255 e 259; L.-R. MÉNAGER, 'Naulum', cit., p. 196; J. ROUGÉ, *Recherches*, cit., pp. 384, 394; L. DE SALVO, *Economia*, cit., p. 313; J.L. ZAMORA MANZANO, *Averías*, cit., p. 55; P.J. CARVAJAL, 'El *receptum nautarum*' y el *Papiro Grenf. II 108*, in *REHJ*, 28, 2006, p. 151 s. e nt. 47; R. FIORI, *L'allocazione*, cit., pp. 512 ss., 550. A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung*, cit., p. 225 ss. non crede, invece, a una possibile influenza di pratiche diffuse nel mondo ellenico sul contratto di trasporto per via d'acqua romano. V. anche sopra, nt. 8.

⁶¹ Da un assalto dei pirati (come probabilmente da un naufragio), nei fatti, potevano derivare al trasportatore danni tali che sarebbe parso forse iniquo privarlo anche della *vectura*.

viduare una perfetta simmetria di soluzioni, ove si voglia per esempio collegarle tutte alla tutela del sinallagma funzionale, ovvero a una tutela prevalente del conduttore (*periculum locatoris*), ovvero a una tutela prevalente del locatore (*periculum conductoris*). La specificità del rapporto poteva comportare altresì una diversa valutazione della rilevanza, nel momento della esecuzione del contratto, della interdipendenza delle obbligazioni reciproche [...]. Per ricostruire la logica giuridica che sorregge le soluzioni giurisprudenziali è, quindi, solo possibile raggruppare i casi per problemi trattati, e verificare se nelle soluzioni degli stessi sia individuabile una *ratio decidendi* comune, anche laddove le soluzioni appaiono di per sé differenti: i contrasti fra i testi possono infatti essere riconducibili alla differenza non della *ratio decidendi*, ma degli elementi del caso specifico che vengono ritenuti qualificanti per la decisione»⁶².

⁶² L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 217.

SARA GALEOTTI, Perdita del carico e diritto al nolo: considerazioni in tema di ‘*locatio mercium vehendarum*’

Sulla scorta delle riflessioni formulate da Letizia Vacca nel suo saggio *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto*, questo studio si propone di ricostruire il regime di allocazione del rischio nei contratti di *locatio conductio mercium vehendarum* alla luce dell’elaborazione giurisprudenziale classica dei criteri per la determinazione dell’ambito – e dei limiti – di responsabilità del vettore, che non abbia ottemperato alla obbligazione di consegnare le merci affidategli. L’esame delle fonti (in particolare delle soluzioni prospettate in Lab. D. 14.2.10 pr. e Ulp. D. 19.2.15.6) evidenzia come la giurisprudenza romana affidi alla ricostruzione dell’*id quod actum est*, fondata in via presuntiva specialmente sulle clausole di calcolo della *vectura*, l’individuazione di chi, fra il committente-caricatore e il nauta-transportatore, debba sopportare il danno derivante dalla sopravvenuta impossibilità – non imputabile – del conseguimento dell’interesse perseguito dalle parti al momento dell’accordo.

Parole chiave: trasporto marittimo, rischio, impossibilità sopravvenuta, *locatio conductio, vector, id quod actum est, periculum*.

SARA GALEOTTI, Cargo Loss and Entitlement to Payment of Freight: Reflections on the ‘*Locatio Mercium Vehendarum*’

The paper focuses on how shipping contracts seem to reflect complex agreements behind the apparent simplicity of the use of the *locatio conductio* in maritime businesses. Both the juridical sources and the evidence for the contents of shipping contracts provided by the Greco-Egyptian papyri reveals that there are different ways in which the parties could structure their agreement: the overriding concerns are economic, so that the structure of the arrangements varies according to the extent to which each is willing to take responsibility for the conduct of the enterprise, and by extension the risk (*periculum*) should things go wrong. A close analysis of the Digest fragments offers interesting ideas to argue that the solutions offered by Roman jurists depend on the ‘*id quod actum est*’, which is to say, the common intentions of the individual parties to a contract, as they become apparent from the specific context within which the negotiations had taken place and the declarations had been made.

Key words: risk, maritime trade, shipping contracts, sea trading.

Domenico Bilotti

IL DIRITTO CANONICO TRA ORDINE OGGETTIVO E AUTONOMIA DELLA COSCIENZA. RIFLESSIONI A MARGINE DI UNA RECENTE LETTURA*

SOMMARIO: 1. Questioni preliminari: sulla natura (insospettabilmente?) interdisciplinare della tematica. – 2. Giuridicità e positività dell'ordinamento canonico. – 3. Universalità e storia del diritto canonico: appunti e proposte per una casistica. – 4. Diritto canonico e obbligo politico: ipotesi di risoluzione per conflitti non necessari. – 5. Una conclusione in divenire: ulteriori, possibili ambiti d'analisi.

1. *Questioni preliminari: sulla natura (insospettabilmente?) interdisciplinare della tematica*

Lo studio del diritto canonico, quanto ai lineamenti di fondo di quel sistema giuridico, si è storicamente svolto secondo due distinte direttrici. La prima, maggioritaria, ha cercato la ragione profonda dell'ordinamento ecclesiale¹, adottando, come potrebbe oggi dirsi nel dibattito anglosassone², un punto di vista *interno*. Data l'esistenza di un ordinamento *sui generis*, accettatene le specificità, si cercava, cioè, di coglierne la

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ O. BUCCI, *Utrumque ius. Le ragioni del diritto nella storia della Chiesa*, Roma, 2002, pp. 6-11; G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*, III, *L'uomo, il diritto, la giustizia*, Torino, 2012, pp. 1-4; P. GHERRI, *Elementi di teoria e tecnica statutaria civile e canonica*, Roma, 2021, pp. 13-17.

² La suggestione promana da H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 86. Detta terminologia è ripresa, tra gli altri, in S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, pp. 142-143; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013, pp. 38-39; G. SINISCALCHI, *Barocco giuridico. Osservatori, osservanti, spettatori*, Milano, 2017, pp. 65-66; L. ZAVATTA, *Costituzionalismo e oggettività etica del diritto. Dworkin dopo Hart, una rilettura*, Torino, 2017, pp. 15-16.

scaturigine, ora secondo un criterio storico-evolutivo (descrittivo) ora ricorrendo alle nozioni teologiche che plasmano la scienza canonica (un criterio normativo, assiologico, addirittura escatologico)³. Esiste tuttavia un'altra possibilità d'analisi, che consiste nel valutare l'ordinamento canonico da un punto di vista *esterno*, desumendone cioè la specificità nel confronto con gli altri sistemi del diritto e rimarcandone, in termini teoretici, la specialità anche come modello di studio trasversale e interdisciplinare⁴. Da un lato si valutano, perciò, i fini ultimi del sistema ecclesiale, le sue norme fondamentali, la loro ragione giustificativa. Nell'altro senso, all'opposto, il diritto canonico è riguardato quale ordinamento da comparare agli altri e da portare alla luce senza il ricorso alla prospettiva di fede, ma evidenziandone meriti e caratteristiche secondo moduli logico-formali e istituzionali. Si può cogliere la valenza universale del diritto canonico anche fuori dai precetti religiosi? Può stimolare interesse non adottando lo sguardo del fedele, ma cercando di oggettivare alcuni dati giuridici di base, pur quando si sia effettivamente e convintamente credenti? In altre parole: esiste nel diritto canonico una matrice così tipica e originaria da meritare di essere valorizzata, di là dai convincimenti religiosi dell'interprete?

La prima tipologia di analisi è senz'altro maggioritaria e anch'essa è stata adottata sia in termini confessionali sia in termini laicali. La canonistica si è infatti dedicata alla riflessione sulla fondazione metafisica dell'*ordo Ecclesiae*, sulle gui-

³ L. GEROSA, *Diritto canonico. Fonti e metodo*, Milano, 1996, pp. 10-11. Storicizzando l'importanza di questi approcci, G. PICASSO, *Sacri canones et monastica regula. Disciplina canonica e vita monastica nella società medievale*, Milano, 2006, pp. 366-367.

⁴ Parte di questo lavoro concettuale appartiene, del resto, alla storia della dottrina canonistica, anche in tempi nei quali la terminologia giuridica non esprimeva problematiche affini in modo del tutto coincidente a quello odierno. Può opportunamente vedersi in merito una testimonianza indicativa del dibattito, in un momento, breve quanto significativo, dello iato temporale tra il *Codex* e il Concilio: *Lo studio e l'insegnamento del diritto canonico e del diritto ecclesiastico in Italia ristampa da archivio di Diritto ecclesiastico I-III (1939-1941)*, Padova, 2012.

danti nozioni della *salus animarum* e del diritto naturale⁵. La scienza giuridica tutta ha viepiù, con spirito talora di curiosità talaltra di sfida, voluto misurarsi su quei principi e su quei valori⁶. Non è però meno interessante la seconda possibilità: far risaltare la specificità del diritto canonico non dal punto di vista *interno* (come si è detto: andando all'origine teologica dei suoi istituti), bensì da quello *esterno*. Valutando, cioè a dire, l'applicabilità allo *ius canonicum* delle categorie della dogmatica laica: in che termini, anche quelle, se messe alla prova sul diritto ecclesiale, finiscono per rinunciare alle pretese di esautività, disponendosi al contrario all'apertura, alla finitezza, al riconoscimento della singolarità⁷?

Un volume recente cerca di seguire questo percorso⁸: trattare del fondamento nel diritto canonico, ma non secondo il suo basamento teologico, bensì riconoscendo l'importanza di una filosofia giuridica che ne valorizzi le note tipiche e gli elementi essenziali, nella cooperazione con gli apporti e i contributi della teoria laica del diritto. Ci si permette di valutare non dirimente la personale adesione religiosa del singolo studioso. La teologia protestante ha sovente descritto il diritto canonico ricorrendo a un punto di vista *interno* – analizzando, anche se spesso contestandolo, il basamento scritturale di quel sistema⁹. E, all'opposto, letture critiche filosofico-costi-

⁵ Sui tratti distintivi dei principali orientamenti dottrinali, C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 2003, pp. 235-240.

⁶ J.J. COUGHLIN, *Law, Person and Community. Philosophical, Theological and Comparative Perspectives on Canon Law*, Oxford-New York, 2012, pp. 15-45; K.O' HALLORAN, *State Neutrality. The Sacred, the Secular and Equality Law*, Cambridge-New York, 2021, pp. 45-73.

⁷ Ricerche paradigmatiche su tali indirizzi possono essere considerate: sulla caducità delle categorie normative, in assenza di un serrato confronto con gli accadimenti storici, G. GALASSO, *Studi storici e vita civile*, Bologna, 2019; sulla illusoria natura inclusiva della razionalità codicistica, P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, 2021; F. VIOLA, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino, 2021.

⁸ A. FAVARO, *Autorità aut/et autonomia. Prolegomeni di Filosofia del Diritto Canonico*, Venezia, 2023.

⁹ Sia consentito ritenere espressivi di indirizzi ermeneutici opposti, quanto altamente rappresentativi: sulle differenze e sulle possibili convergenze

tuzionali della legislazione ecclesiale sono state efficacemente condotte da studiosi certamente di fede cattolica¹⁰. Il nostro tentativo di distinguere un approccio *interno* e uno *esterno* al diritto canonico, per quanto sottenda nozioni assai più complesse, significa in sostanza due cose.

Nel primo caso, la tecnica ermeneutica guarda al diritto canonico cercando di immedesimarsi *ex ante* nella sua struttura. Nel secondo, invece, la specificità canonistica emerge sin dalla veste formale dei suoi istituti e dalle chiavi di lettura che ad essi si applicano. Per paradossale che possa sembrare, la prima modalità ha finito per usare prevalentemente un metodo positivistico, in special modo a partire dalla codificazione¹¹. La seconda, al contrario, nel ritenere programmaticamente il diritto codiciale non esaustivo rispetto all'esperienza giuridica della Chiesa, ha finito per allargare lo sguardo a tecniche esegetiche diverse da quelle, pur fondamentali ma non sufficienti, di stretta promanazione letteralistica.

Il diritto ha avuto bisogno di accostarsi alla teologia per meglio comprendere la scienza canonica. Alla teologia è oggi necessario avvicinare le domande di giustizia che si propongono nel secolo, allo scopo di misurare la capacità vivificante della canonistica in un tempo sempre più distante dal lascito metodologico della tradizione ecclesiastica¹². Il giurista laico, al cospetto del diritto canonico e tentando di isolarne le note caratteristiche, cerca perciò con rispetto di utilizzare le proprie nozioni e, attraverso tale procedimento, di irrobustire la

tra la sistematica ecclesiale del protestantesimo e quella del cattolicesimo, K. BARTH, *Dogmatica ecclesiale*, Bologna, 1989; sull'attitudine delle virtù teologiche a prescrivere comportamenti concreti, giuridicamente rilevanti, W. CULBERTSON III, *God's Provision for Holy Living*, Chicago, 1957.

¹⁰ L'interscambio e l'arricchimento reciproco tra punto di vista laico e punto di vista confessionale sembrano venir valutati con grande attenzione in P. BELLINI, *Sugli usati paradigmi della canonistica osservante. Considerazioni dissenzienti di un canonista trasgressivo*, Milano, 2016, pp. 56-57.

¹¹ Sulle ragioni per circoscrivere la pretesa applicabilità indistinta di detto metodo, A. FAVARO, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹² Conferme giungenti persino dal costituzionalismo secolare in J.J. COUGHLIN, *op. cit.*, pp. 28-38; K.O' HALLORAN, *op. cit.*, pp. 9-11.

griglia della dogmatica positivista, che appare oggi sempre più in difficoltà.

Ha senso, insomma, che il diritto internazionale, il costituzionalismo, la politica del diritto, il diritto civile... si occupino del diritto canonico, di investigarne originalità e originarietà? Il presente contributo adotterà, come parametro di lettura, il testo summenzionato per rispondere affermativamente a tale quesito. Si è già riconosciuta l'importanza della teologia per comprendere il diritto¹³; appare ormai il momento di riconoscere la pari importanza del diritto canonico quale oggetto di studio per meglio cogliere tutti gli altri ambiti della scienza giuridica.

Il volume a breve in commento assume la particolare combinazione, nel diritto canonico, di autonomia e autorità quale precipua modalità osservazionale per potere edificare, a partire da essa, una rilettura giusfilosofica dell'ambito canonistico. E invero la apparente contrapposizione invocata nel titolo ne sottende un'altra, più sottile, ma che l'A. esplicita diffusamente nel corso della trattazione: quella tra universalità e volontarietà. Il diritto canonico, espressivo di una religione rivelata che sull'unicità di Dio poggia anche la vincolatività dei suoi comandamenti, è del pari ordinamento nel quale si acquista personalità giuridica attraverso un sacramento iniziatico¹⁴. Nell'uso, il sacramento battesimale ha certo finito per riguardare ormai nella stragrande maggioranza dei casi infanti non soggetti al sufficiente discernimento per decidere da sé di riceverlo. Tale ritualità, che certa critica laicista non manca di stigmatizzare pesantemente¹⁵, nasce invero da un presuppo-

¹³ Si vedano G. GHIRLANDA, *Introduzione al diritto ecclesiale. Lineamenti per una teologia del diritto nella Chiesa*, Roma, 2013, pp. 6-8; F.A. IRACI, *Diritto canonico e teologia morale: evoluzione storica e prospettiva interdisciplinare in relazione con la quaestio fori*, Roma, 2022.

¹⁴ D.L. GELPI, *Committed Worship. A Sacramental Theology for Converting Christians, I, Adult Conversion and Imitation*, Collegeville, 1993, pp. 105-106.

¹⁵ Letture più equilibrate, di problematiche pur esistenti, possono essere ritenute in P. RICCA, *Dal battesimo allo "sbattezzo". La storia tormentata del battesimo cristiano*, Torino, 2015; e A. FUCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2018, pp. 278-279.

sto ragionativo di assoluta buona fede. In epoche in cui la mortalità neonatale era tutto fuorché scongiurata l'aver presto ricevuto il sacramento iniziatico significava far superare all'anima il *vulnus* del peccato originale. Di là dalle ricadute consuetudinarie del battesimo neonatale o, comunque sia, infantile, alla sua genesi il sacramento battesimale è atto per eccellenza che manifesta una intima volizione personale: è l'atto nel quale il convertito accetta la fede, il rito attraverso cui si rinnova l'alleanza tra il Creatore e il suo popolo¹⁶. Nell'uno e nell'altro caso, è in sostanza forzoso togliere all'adesione alla Chiesa carattere almeno teoretico e programmatico di libertà.

Non si può artificiosamente rimuovere dal dibattito canonistico l'altro polo del discorso individuato da Favaro: l'autorità. Essa non solo si esprime costitutivamente sin dal Decalogo (si individua colà, secondo Kelsen, il soggetto legislatore)¹⁷, ma riverbera poi nelle istituzioni di diritto umano che la Chiesa medesima ha forgiato nei secoli.

Il dogma dell'infallibilità papale, di là dall'ancora vivace confronto per l'individuazione puntuale dei suoi contenuti¹⁸, indica senza dubbio la conformazione sistematica volta al riconoscimento dell'obbedienza nella libertà. Mira all'afferma-

¹⁶ Amplissima la letteratura teologica, si preferisce qui dar conto di quella che si proietta al complementare tema delle ricadute ordinamentali. Cfr. C. MARKSCHIES, *In cammino tra due mondi. Strutture del cristianesimo antico*, Milano, 2003; G. BARDY, *La conversione al cristianesimo nei primi secoli*, Milano, 2005.

¹⁷ Su questa operazione esegetica alcuni spunti in P. CHIASSONI, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016, pp. 200-203; M. SAPORITI, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, Torino, 2019, pp. 77-79.

¹⁸ Tema complesso del quale si forniscono solo alcune letture, stante la mole dei contributi in argomento. Vedasi D. SALACHAS, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, Bologna, 1993, p. 122; J.H. NEWMAN, *Lettera al Duca di Norfolk. Coscienza e libertà*, Milano, 1999, pp. 386-388; A. DONATI, *La globalizzazione cattolica. Humanitas sub Pontifice*, Roma, 2015, p. 326; sulle conseguenze di quel dogma nella struttura episcopale, al tempo della sua fissazione giuridico-teologica, cfr. anche A. PIERANTONI, *La Chiesa cattolica nel diritto comune*, Firenze, 1870, pp. 89-91. Quanto a un'interpretazione che delucidi la tematica, pur prendendone in considerazione un aspetto strettamente particolaristico, E. PIACENTINI, *L'infalibilità papale nella canonizzazione dei santi*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1992, p. 91 ss.

zione di un'autorità orientante, se non con l'imperio, certo con l'esempio, la parola e l'insegnamento. Il significato più preciso della pastoralità non è in fondo dissimile dal ragionamento sin qui svolto: non dettato di norme imperative, ma forte carica assiologica e pedagogica. Si tratta ovvero di un modo di ammaestrare e indicare la via della salvezza.

Dietro l'antinomia apparente tra autorità e autonomia, si nota, inoltre, la pari relazione dialettica, ancorché a vista più sfumata, tra universalità e volontarietà. È in fondo un'applicazione di specie del medesimo dualismo, in cui ancora più nettamente tra i due poli del rapporto prevale la complementarietà all'antagonismo. L'universalità è inscritta nel diritto della Chiesa proprio perché è in essa che origina: la Chiesa universale muove, difende e diffonde una proposta di salvezza parimenti universale.

L'universalità non è tuttavia solo il dato etico della concezione di giustizia che mira a realizzare; è, nell'esperienza giuridica contemporanea, anche la non riconducibilità ai confini della sovranità territoriale (statale)¹⁹. È connotazione di un ordinamento giuridico che mantiene i suoi criteri attributivi in ogni altro sistema col quale geograficamente entri a contatto: indifferente agli statuti della cittadinanza e, in larga misura, alle relazioni bilaterali tra gli Stati. Queste ultime, senz'altro significative, possono riverberare sul diverso effetto della disciplina applicabile ai fedeli – se derogatoria o meno rispetto a quella di diritto comune. E si potrà in ultimo verificare l'esistenza di un quadro di accordi per la regolazione

¹⁹ Sull'origine dei rapporti tra sovranità e territorio, incisiva la rilettura giuridico-religiosa, a partire da uno specifico ordinamento *interno*, in L. D'AVACK, *Dal "regno" alla "repubblica": studi sullo sviluppo della coscienza costituzionale in Inghilterra*, Milano, 1984, pp. 52-53. Sui diversi paradigmi classificabili nel dibattito laico-costituzionale, T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997. Sulla lenta erosione e sulle periodiche rivalutazioni, nella dimensione territoriale della sovranità, critica la rassegna di M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009. Quanto all'universalità del diritto canonico, in termini geografici, insospettate conferme in M. NENNA, *Principi di diritto coloniale*, Roma, 2013, pp. 53-54.

delle materie di comune interesse tra Stati e Chiese (le *res mixtae*)²⁰.

Perché vedersi, allora, una possibile discrasia tra universalità e volontarietà? L'universalità è la dimensione spaziale del principio di autorità, pur declinandolo a quei fini di salvezza poc'anzi ricordati. La volontarietà è l'espressione puntuale dell'autonomia, per il tramite a monte del discernimento individuale e, a valle, di una positiva dichiarazione di volontà. Le due nozioni, come ci pare suggerisca Favaro, non sono perciò destinate a contrapporsi, ma in un certo senso, ancor prima di integrarsi, si presuppongono a vicenda. Quella positiva dichiarazione di volontà può avere il medesimo effetto in ogni contesto territoriale; del pari, le garanzie dell'autonomia e della volontarietà operano a prescindere dalla *localizzazione* e irradiano lo statuto, parimenti universale, del fedele.

2. *Giuridicità e positività dell'ordinamento canonico*

Questa considerazione è una almeno indiretta conseguenza dell'impalcatura ecclesiologica del Concilio Vaticano II²¹. È stato efficacemente notato che la sua acquisizione più innovativa sia consistita nella valorizzazione del fedele laico. A lungo, l'ecclesiologia, nel prisma del noto principio *duo sunt genera christianorum*, aveva modellato una riflessione gerarchica sbilanciata sullo statuto dei chierici²². Se l'abilità dei padri conciliari si rivelò primariamente quella di saper leggere i *segni dei tempi*, è verosimile che la maggiore attenzione ai dirit-

²⁰ Quanto a una loro complessiva configurazione, antecedente alla revisione concordataria del 1984, A. PIOLA, *Stato e Chiesa dopo il Concilio. Saggi*, Milano, 1968, pp. 118-119; per connotazioni più recenti, M.C. FOLLIERO, A. VITALE, *Diritto ecclesiastico – Elementi. Principi non scritti, principi scritti, regole*, Torino, 2013, p. 155.

²¹ Utili nel ricostruire questa derivazione progressiva A. CATTANEO, *Fondamenti ecclesiologici del diritto canonico*, Venezia, 2011; P. PALUMBO, *Diritto e persona. Il diritto canonico nell'ecclesiologia conciliare*, Benevento, 2016.

²² A. FAVARO, *op. cit.*, p. 96.

ti del laicato sia stata suggerita anche da un allora meno visibile calo generazionale delle ordinazioni.

Sarebbe, in ogni caso, spiegazione inadeguata: l'attenzione al laicato non è la panacea preventiva rispetto alla montante riduzione dei ministri del culto. È piuttosto, sin dalla sua configurazione teorica, l'indizio più evidente di un cambio di passo. Si palesa la necessità, cioè, di rilanciare la presenza ecclesiale nel secolo intercettandone le transizioni e i moti più vivaci, implementando la riflessione sulla libertà a partire da quelle categorie che ne erano state, se non escluse, fortemente ridimensionate.

Le conseguenze ordinamentali giocano del resto a cascata per tutto lo spettro dell'ambito canonistico. Influenzano i sacramenti (si pensi alla celebrazione matrimoniale), la politica ecclesiastica (in direzione di un'attenzione non transitoria al tema della cooperazione internazionale e dei diritti umani), la necessità viepiù di adeguare lo strumento codicistico alla piattaforma ecclesiologica del Concilio.

Proprio a partire dall'esegesi codiciale e, ancor prima, dalla opportunità che il Concilio trovasse uno sbocco normativo diverso dalla codificazione del 1917²³, Favaro propone tre delle considerazioni più interessanti di tutta la sua analisi.

In primo luogo, riprende la critica della codificazione nel diritto della Chiesa²⁴. La scelta di una regolazione codicistica non era evidentemente neutra, per quanto in essa fossero vei-

²³ Ricostruisce questi passaggi, e invero l'opportunità di sorvegliare criticamente i temi di intervenuta senescenza, P. CAVANA, *Il Codice di diritto canonico del 1983 a quarant'anni dalla sua promulgazione: motivi di continuità ed esigenze di aggiornamento*, in www.centrostudilivativo.it, gennaio 2023, pp. 1-4. Per una pregressa analisi relativa alla metodologia codiciale, come fattore dirompente nel rapporto tra la Chiesa e la modernità del diritto, cfr., per tutti, i due volumi di C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Milano, 2008.

²⁴ Pare che tali questioni continuino a muovere l'interesse critico della dottrina, oltre che nell'applicazione pratica delle norme, respingendo sia la tentazione di ridurre l'ordinamento canonico alla sua codificazione, sia quella di ricondurre il diritto vaticano al solo paradigma della statualità. Si veda, recentemente, l'ampio studio critico di G. BONI, *L'ordinamento canonico come "primo criterio di riferimento interpretativo" del diritto vaticano: una rilevanza crescente*, in *Jus*, 2022, pp. 99-170.

colate anche immediate esigenze pratiche. Il tempo ha tuttavia dato ragione a parte dei timori che si avanzarono allora: il rischio di smarrire l'attenzione alla consolidazione progressiva e stratificata delle fonti, ivi comprese quelle di natura consuetudinaria²⁵. Ciononostante, almeno per questo profilo, la vigente disciplina della consuetudine ha in parte colmato evenienze siffatte e la caratteristica compresenza di fonti importanti, di differente datazione, promulgazione e qualificazione formale, non si è invero smarrita²⁶.

D'altra parte, Favaro può apprezzare la *geometria legale* dell'apparato codicistico²⁷. Quest'ultimo è riuscito in effetti a dimostrare una certa qualità redazionale al punto che, come meglio apparirà in sede di conclusioni, sono forse più le novelle normative a rischiare di incrinare la razionalità d'impianto, allorché esse modificano disposizioni, o interi titoli o libri, in assenza però di adeguato coordinamento rispetto ai rapporti instaurati nel solco della legislazione previgente. Non solo: la riflessione sulla tecnica legislativa è andata di pari passo a un sempre più considerevole scambio con gli ordinamenti statali. Il primo territorio di questo incontro è stato ovviamente il diritto concordatario, del quale il Concilio Vaticano II, col senno di poi, non ha affatto decretato la fine, semmai mutato la conformazione, in senso persino espansivo²⁸. Nondimeno, la Chie-

²⁵ Su questo impianto critico si consideri, quanto al tema insuperata, l'impostazione di F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da M. FALCO, A. C. JEMOLO, E. RUFFINI, Milano, 1936, pp. 87-93.

²⁶ Sicché periodicamente le fonti *extracodicali*, e in particolar modo il diritto consuetudinario, conseguono rinnovata attenzione dottrinale. Si vedano, stando al tema della consuetudine, F. COMOTTI, *La consuetudine nel diritto canonico*, Padova, 1993; P.A. BONNET, *Annotazioni su la consuetudine canonica*, Torino, 2003.

²⁷ A. FAVARO, *op. cit.*, p. 123.

²⁸ In termini teorico-general, indicando la cooperazione come emblema di adattamento e resilienza, G. FILORAMO, *La Chiesa e le sfide della modernità*, Roma-Bari, 2014; segnalando l'innovazione teologica di un diritto concordatario di natura non più privilegiaria, S. DIANICH, *Diritto e teologia. Ecclesiologia e canonistica per una riforma della Chiesa*, Bologna, 2016; su aspetti peculiaramente propri della politica ecclesiastica italiana, G. ZIVIANI, *La Chiesa madre nel Concilio Vaticano II*, Roma, 2001, pp. 281-282.

sa cattolica ha sempre più spesso introiettato modalità di regolazione desumibili dalle codificazioni secolari – ciò è in realtà più evidente nel diritto vaticano (diritto statale a suo modo, certo con tutte le particolarità del caso) che non nel diritto canonico. Quella matura *geometria legale* cui allude Favaro ha oggettivamente avuto due soli, non lievi, punti di caduta.

In un primo senso, ciò è accaduto quando quella insistita ricerca della regolazione formale più efficace ha prodotto un'eccessiva introflessione sulle strutture e sui metodi del positivismo giuridico. La norma può e deve essere specchio dei rapporti tra *salus animarum* e *sensus fidei*, tra salvezza delle anime e apprezzamento soprannaturale del senso della fede: l'espressione, in sostanza, di quell'universale consenso incoercibile e mai imposto. Non può divenire invero lo specchio del legislatore, il codice identificativo dei suoi valori particolari o della sua supremazia regolativa. La costituzione gerarchica della Chiesa è una premessa, non una conseguenza, nella regolazione²⁹. Alla stessa stregua, la regolazione è una garanzia rispetto a quella costituzione, non un'alternativa o un antagonista.

In un secondo senso, il logoramento della tecnica legislativa si è evidenziato nell'assunzione di moduli comunicativi sempre più dipendenti dagli *umori* secolari. La convinzione, cioè, che la norma novellata debba immediatamente essere assunta quale risposta, possibilmente *fragorosa*, all'emergere di nuove problematiche o di più recente allarmismo su problematiche invece remote. La legislazione canonica, come l'apparato giudiziario che da essa dipende, deve costitutivamente rifuggire atteggiamenti siffatti e in primo luogo l'idea che l'assertività del legislatore sia da apprezzare purchessia. Sicuramente non lo è quando si rivela frettolosa, emendabile, adot-

²⁹ Ciò è tradizionalmente valso a distinguere regolamentazione ecclesiale e legislazione regia. Cfr. I. HOF, *L'Europa dell'Illuminismo*, Roma-Bari, 1999, pp. 38-39; J. LE GOFF, *Il Re nell'Occidente medievale*, Roma-Bari, 2006, pp. 40-41.

tata a prescindere da un rapporto *simbiotico* con le avvertenze sollevate nella dottrina e nella prassi³⁰.

Favaro non entra nel merito di queste sempre meno occasionali deviazioni da un paradigma di precisione legale (e di pari precisione nel recepimento applicativo della legislazione). Le sue considerazioni in ogni caso forniscono efficaci antidoti metodologici per resistere all'urto di uno scenario all'interno del quale, prima ancora che le religioni, sono i poteri secolari a dimostrare di non saper fare più buon uso della loro potestà dispositiva.

La prima osservazione è quella relativa alla legge positiva: ancora una volta, prevale, nell'analisi, l'osservazione sulla riconoscibilità esteriore della norma positiva, rispetto all'approccio teologico ai suoi contenuti intrinseci. Sembra un dato da sottolineare, perché, mentre del primo modo di affrontare la tematica è rinvenibile diffusa letteratura, quanto al secondo (la previa indagine su quale sia il posto della legge positiva in un ordinamento) si tende ormai a dare l'interrogativo per scontato. Singolarmente, senza pervenire ad alcuna risposta. La proposta di soluzione dell'*empasse* è netta: la legge positiva è contemporaneamente necessaria e non sufficiente. Non si può pretermetterla dal novero delle fonti, a differenza di quanto sostenuto dall'antigiuridismo³¹, perché il paradigma regolativo, ben esercitato, non è un ostacolo al disegno della salvezza e nemmeno il superamento della componente misterica nella fede. È piuttosto, e ben meglio, l'ausilio fondamentale offer-

³⁰ Per profili metodologici generali piace richiamare G. BONI, *Una proposta di legge, frutto della collaborazione della scienza canonistica, sulla sede romana totalmente impedita e la rinuncia del papa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 14, 2021, pp. 12-16.

³¹ Si tratta di una tendenza di studi che ha avuto un certo seguito anche nel pensiero giuridico laico, segnatamente nell'ambito dell'anarchismo politico (può a questo titolo vedersi E. FERRI, *L'antigiuridismo di Max Stirner*, Milano, 1992). Qui ci si riferisce tuttavia al significato canonistico, sul quale attuali le suggestioni critiche di G. MOLTENI, *Lo studio del diritto canonico dopo il Vaticano II*, in *Apollinaris*, 1967, p. 148; S. LENER, *Il concetto di diritto e il diritto canonico. Norme, istituzioni, carità, carismi*, in *La civiltà cattolica*, 1981, p. 330; accenti per una rivalutazione, comunque sia, in M. ZERLOTIN, *Diritto originario in Erik Wolf*, Milano, 2008, pp. 46-48.

to all'umana coscienza per lo sviluppo ordinato della vita di comunità: canone di affermazione, cioè a dire, della convivenza rispettosa dell'autonomia e della volontarietà nelle scelte.

È tuttavia palesemente insufficiente. Da questo punto di vista, lo spazio di riflessione offerto da un ordinamento di matrice confessionale è decisamente pregevole. Si può ragionevolmente pensare che basti una deliberazione positiva in un sistema giuridico che rimanda a profonde convinzioni etiche, alla tradizione di un'autorità e, alla stessa stregua, alla costante *eterointegrazione* normativa del fedele³²?

L'argomentazione dell'A. è in questo passaggio debitrice del contributo giusnaturalistico tomista. L'insegnamento di San Tommaso, come si vedrà, fornisce prescrizioni e avvertenze fondamentali tanto all'analisi e alla contestazione del diritto secolare e dei suoi non eventuali abusi, quanto a una corretta gnoseologia del diritto divino.

Nella prima ottica, il riferimento obbligato è all'interpretazione che il *Doctor Angelicus* fornisce dell'epistolario paolino e, in particolar modo, della Lettera ai romani³³. La rilevanza politica della questione è nota. La dottrina cristiana si colloca in una posizione di alterità rispetto alle logiche dell'amministrazione profana. L'obbedienza ai comandi regi o imperiali non è acquiescenza o tradimento della maggior carica emotiva del precetto evangelico. Consiste, semmai, in una presa di distanza dalla sedizione in quanto tale, foriera di disordini, turbative e promiscuità. Ciò non vuol dire, viepiù, dover retrocedere davanti alle possibili ingiunzioni anticristiane del tiranno dispotico. Tommaso d'Aquino sembra persino tenere aperta la porta a una destituzione coattiva di questi, a un rivolgimento che possa avvenire con un sovvertimento fisico: questa è l'interpretazione che ne ricava la teologia monarcomaca³⁴, questo

³² A. FAVARO, *op. cit.*, pp. 157-159.

³³ A. FAVARO, *op. cit.*, p. 72.

³⁴ Su questo filone d'analisi, diffusosi nella storia delle dottrine politiche e del diritto pubblico assai più che in ambito teologico-canonistico, si considerino, tra gli altri, S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, pp. 38-39; C. BELLONI, *Obbedienza religiosa e resistenza politica*, in *Rivista di Storia della Filosofia*, 2007, 2, pp. 403-406 (si veda anche, più diffu-

è in fondo il dato testuale arguibile³⁵. L'Aquinate non teorizza per nulla la violenza politica; è più corretto dire che in casi estremi il cristianesimo non esclude il dovere tenere a freno il despota³⁶.

La gnoseologia tomista precede gli elementi della sua teologia politica. Normalmente Tommaso considera il tutto prevalente e preliminare rispetto alla parte: in un processo di separazione fittizia, la singola componente assume in sé le proprietà dell'insieme indiviso cui appartiene. Curiosamente, quando si parla dell'organizzazione politica, è l'uomo a precedere la città: l'amministrazione della sfera collettiva non è una proprietà naturale o una specie animale; è il risultato di una selezione argomentativa orientata secondo giustizia. È l'aggregazione degli individui, nelle sue modalità ed esigenze, a dovere suggerire un certo profilo istituzionale, non il contrario. Similmente alla raccomandazione evangelica, di contenuto non esclusivamente liturgico, è il sabato fatto per l'uomo, non l'uomo per il sabato³⁷. Così il consorzio umano, la cornice di convivenza sociale pur connaturata alla nostra specie secondo l'intuizione aristotelica³⁸, si dà forme giuridiche puntuali in un momento successivo rispetto all'autonomia del singolo.

Favaro osserva che nei processi di giuridificazione agisce la rigidità dei dettami quanto la prudenza occorrente a defi-

samente, J.F. SPITZ, *Locke e i monarcomachi. Problemi storiografici sul diritto di resistenza*, sulla medesima rivista, 1995, 3, pp. 557-574; Q. CAMERLENGO, *Contributo a una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, p. 40. Sul maggior consenso alle tesi monarcomache nelle culture protestanti, cfr. A. CLERICI, *Monarcomachi e giusnaturalisti nella Utrecht del Seicento: Willem Van der Muelen e la legittimazione olandese della glorious revolution*, Milano, 2007.

³⁵ Del resto, cospicuo il consenso in dottrina a tale prospettazione. Cfr., tra i molti, R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1999, pp. 369-370; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano, 2006, p. 78; V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, Roma, 2022, p. 72.

³⁶ Così P. BELLINI, *op. cit.*, pp. 104-105.

³⁷ Pur senza esplicitare il ricordato parallelismo giuridico-liturgico, A. FAVARO, *op. cit.*, p. 76.

³⁸ A. FAVARO, *op. cit.*, p. 77.

nirli. La *prudentia*, contestualmente esercizio soggettivo della libertà e imputazione oggettiva della responsabilità, è il marcatore che deve assistere la *ratio legis* allo stesso livello della decisione giudiziaria. L'A. in ciò richiama un pensatore cui aveva dedicato un precedente lavoro monografico (Giovanni Pontano)³⁹: la prudenza di questi veniva esaltata come virtù dell'uomo temperante, in parte in contrapposizione alle successive suggestioni machiavelliche sugli attributi del principato. La prudenza, allora, è fonte del controllo giurisdizionale (la necessità che vi sia un modo per potere sindacare le decisioni al fine di paralizzarne gli eventuali effetti lesivi), ma anche un potente e mai rinnegato indicatore di fiducia. Far uso della prudenza, insomma, non può che rimandare alle capacità autoregolatrici della specie umana.

3. Universalità e storia del diritto canonico: appunti e proposte per una casistica

Il crinale individuato da Favaro – tra il dualismo e la complementarietà – è caratteristico di tutta la storia del diritto canonico, nonché delle dottrine teologiche, giuridiche e politiche che nel solco della riflessione canonistica sono sorte. Proprio per tali ragioni, la tematica può agevolmente innalzarsi a questione metodologica fondamentale, di là dalle sue concrete declinazioni pratiche, o attraverso esse, ma rivendicando un carattere ben più ampio (universale?). Il rapporto tra autonomia e disciplina, tra forza cogente onnicomprensiva e libertà individuali, è talmente connaturato alla scienza canonistica da potersi riscontrare in occasioni nelle quali, apparentemente collaterale, è invece decisivo. In un certo senso, esso prepara alla definitiva affermazione del bigiurisdizionalismo – la distinzione e contemporaneamente la connessione tra due giurisdizioni: una del *secolo*, mondana, particolare, legata alla

³⁹ Il riferimento è ad A. FAVARO, *Giovanni Pontano. Obedientia cum prudentia. Radici filosofiche dello Stato moderno*, Roma, 2020.

dimensione territoriale della sovranità; l'altra relativa all'*Eccllesia*, spirituale, universale.

La tensione tra autorità ed autonomia, tra capacità obbligante e iussiva e valorizzazione ed esercizio della libertà, in una serie di circostanze storiche, si pone nella contestuale dinamica di riforma dell'ordinamento ecclesiastico e di relazione coi poteri secolari. Quando prevale un aspetto sull'altro, o i contemporanei non si pongono il problema di mettere in discussione la sinergia tra l'autonomia della persona e l'autorità dell'istituzione, quella tensione continua a essere preziosa cartina di tornasole per rileggere l'operatività e i limiti del fenomeno giuridico. Anzi: più essa appare latente, obliata o scongiurata, più in realtà opera in profondità sulle norme, sul loro mutamento e sulla loro interpretazione.

Chiarita, perciò, la griglia argomentativa nella quale, con dinamicità e cura, si muove il testo, si può ora tentare di metterla *sotto stress* tramite alcune direttrici che costituiscono applicazioni di specie del rapporto generico tra l'autonomia e l'autorità nel diritto canonico. Si tratta di un mero campione d'indagine, non di una esaustiva rilettura delle vicende e delle norme che, *prima facie* distanti, rivelano poi insospettabile prossimità al *core sense* dell'impostazione di Favaro. Si cercherà di testare, in particolar modo, l'accezione dell'universalità come contrarietà allo *strepitum iudicii* e a una *vox populi* qualitativamente diversa dal *sensus fidei*, in quanto limite alle pretese arbitrarie, nonché quale punto di caduta dell'autonomia nei rapporti tra obbligo e stato d'eccezione.

In ordine al primo aspetto, un riferimento forse non sufficientemente dissodato in dottrina, soprattutto nelle sue successive proiezioni⁴⁰, può ritenersi la bolla di Clemente VI *Quamvis perfidiam Iudaeorum*. All'incirca alla metà del XIV secolo, le pestilenze avevano conosciuto una nuova e all'epoca

⁴⁰ Eccettuati taluni intenti apologetici, G. BALMES, *Il protestantismo comparato al cattolicesimo nelle sue relazioni colla civiltà europea*, Parma, 1846, pp. 330-331; la protezione offerta dal pontefice alla minoranza ebraica costituì per alcuni secoli il sicuro modello di un intervento di garanzia (tra gli altri, A. CALMET, *Storia universale sacra e profana dal principio del mondo fino ai nostri giorni*, Venezia, 1761, pp. 329-330).

sorprendente recrudescenza. La parabola stessa del pontificato lo dimostra: nel 1343, con l'altra bolla *In supremae dignitatis*, era stato istituito lo *studium* generale di Pisa⁴¹. Il sapere, giuridico e non solo, forgiatosi nel secolo precedente, con una rara vivacità culturale e ricchezza di posizioni, diveniva nella nascente società europea un tema di importanza capitale⁴². L'istituzione universitaria, cui per altro verso Favaro ha dedicato assennate considerazioni⁴³, era il polo di relazioni politico-economiche ben più ampie della sua stessa, strategica, significatività nella trasmissione delle conoscenze. Appena sette anni dopo, lo stesso pontefice si sforzerà di tipizzare l'occorrenza cinquantennale dell'anno giubilare – assecondando una qualche consonanza simbolica di tale scansione temporale, per come desumibile, ad esempio, nella letteratura veterotestamentaria⁴⁴.

Di là dal processo giuridico-teologico di significazione, nel 1350 il sentimento prevalente a Roma e non solo era quello di una profondissima gratitudine devozionale, visto che negli anni precedenti la peste aveva avuto la già menzionata e, per più versi, drammatica risalita nei contagi. Clemente VI, con enormi perplessità personali, aveva materialmente assistito a un'exasperazione del pregiudizio antiebraico, anche negli strati sociali più bassi, quelli per varie ragioni materialmente più esposti al contatto con le appartenenze minoritarie. Il soglio di Pietro non poteva guardare con indifferenza a questo troppo diffuso sentimento d'odio, che nasceva in modo

⁴¹ Classicamente sul punto F.C. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, II, Firenze, 1844, p. 189.

⁴² Alcune conferme sull'accresciuto ruolo delle acquisizioni giurisprudenziali, nella docenza e nella prassi, in V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014, pp. 113-114; L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, pp. 287-288.

⁴³ A. FAVARO, *op.cit.*, p. 173.

⁴⁴ Molte fonti certificano la valenza idealtipica del giubileo ebraico e la sua carica simbolica nel forgiare la corrispettiva accezione cristiana dell'anno giubilare. N. PASCO, *Storica origine del giubileo e dell'anno santo con una cronologica descrizione di tutti i giubilei*, Milano, 1825, p. 5; D. CASTELLI, *La legge del popolo ebreo nel suo svolgimento storico*, Firenze, 1884, pp. 381-382; L. ROCCA, *Di alcuni commenti della Divina Commedia*, Firenze, 1891, p. 351.

artatamente spontaneo. Non si tratta di un ossimoro: spontaneo certamente era lo spavento; spontanea persino l'insistente ricerca di un capro espiatorio. Artificiosa, invece, la convinzione di poterlo trovare con pretesa di credibilità assoluta. Da questo punto di vista, Clemente VI sembra, a distanza di secoli, dismettere i panni del legislatore, nonostante in quegli anni la regolamentazione pontificia fosse ricca, duttile, di interesse anche per il diritto civile⁴⁵, consideratine la portata e l'impatto. Assume piuttosto le vesti del pastore che deve far rinsavire il suo gregge: proprio nell'atto di tornar savio, infatti, questo può riconquistare vera autonomia di giudizio e propensione all'andamento pacifico della vita di comunità. Al tempo stesso, per secondare questi processi, è a volte necessario che il loro abbrivio sia dettato da disposizioni imperative, che dettano gli opportuni meccanismi, quantomeno, di ritorno al buonsenso.

Il pontefice si limitò a dare veste normativa a una considerazione di palese veridicità: anche gli ebrei stavano morendo di peste (a migliaia) e del resto la pestilenza era arrivata pure in zone dove non v'era alcuna comunità ebraica. Come poter ritenere untori dell'epidemia gli stessi che si ammalano o che non abitano in territori funestati dal morbo? Se, perciò, il diritto sempre raccomanda che persino l'attività giudiziaria propriamente detta abbia discrezione più che discrezionalità, rimuovendo così la carica conflittuale dello scandalo e della contrapposizione, a maggior ragione la giustizia sommaria è bandita⁴⁶. In primo luogo, sembra chiarire il contenuto della bolla, quando a reclamarla è un senso comune estraneo alla

⁴⁵ Un interesse non transitorio, come può notarsi in un lungo periodo, che va probabilmente dall'inizio del IX secolo (v. J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 14) fino almeno alla conclusione del XVII (I. HOF, *op. cit.*, pp. 179-184).

⁴⁶ Sulla potenzialità correttiva del retaggio canonistico, rispetto alle legislazioni secolari, cfr. M. PIFFERI, *Generalia Delictorum. Il Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, 2006, pp. 2-6; nel tentativo di avvicinare istanze di garanzia e di mitezza esecutiva, tra ordinamenti religiosi e ordinamenti profani, M. RIONDINO, *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico*, Roma, 2011; N. DI PONZIO, *Per una riforma del processo penale canonico: la prospettiva del promotore di giustizia*, Assisi, 2019; L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Brescia, 2022.

mitenza e alla cooperazione, ma in modo allarmante fomentato dalla tragicità degli eventi e dall'incapacità del potere di rispondere ad essi.

La duplice configurazione dell'universalità – forma di garanzia per la pariteticità delle istanze individuali ed espressione del principio d'autorità nei rapporti disciplinari – giunge a ulteriore livello di maturazione nel pontificato di Paolo III. All'inizio del XVI secolo il dibattito che anima le posizioni più estreme riguarda la soggettività e lo statuto delle popolazioni autoctone nei territori coloniali⁴⁷. In ambito canonistico e teologico, non sono poche le impostazioni che vorrebbero riconoscere agli indigeni, se non la pienezza dei diritti, almeno la sicura appartenenza al genere umano⁴⁸. Le prassi coloniali, amministrative e militari e, anche stavolta, un sentire diffuso probabilmente maggioritario, vanno in direzione opposta. È visibile una campagna di grande espansione economica nei Paesi di recente scoperta, essa non teme di travolgere popolazioni millenarie e risorse naturali, ne giungono echi nel pieno dell'Europa. Si intuisce che la strategia per affrontare il problema e scardinare le ipotesi abusive possa avere davanti a sé almeno due alternative. La prima consiste nel sostenere la posizione degli amerindi che si convertono spontaneamente: un popolo che lavora, che accoglie i sacramenti e che sa seguire le leggi non può essere soggiogato brutalmente, come se si trattasse di una specie animale. Né può essere assimilato, nonostante le indicazioni che forniva Aristotele sulla schiavitù⁴⁹, a

⁴⁷ Sulla specifica figura del pontefice, tuttavia, prevale, come riconosciuto in dottrina, una maggiore attenzione al quadro delle alleanze papali, che rischia di ridimensionare la vitalità d'indagine per gli aspetti relativi alla colonizzazione e alla schiavitù. Alcuni elementi in M. PELLEGRINI, *Il papato nel Rinascimento*, Bologna, 2010, pp. 52-53; 148-149.

⁴⁸ L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione degli incolae*, Milano, 2006, pp. 39-41; A. PARRINO, *I diritti umani nel processo della loro determinazione storico-politica*, Roma, 2007, p. 61; G. BAUDOT, *La vita quotidiana nell'America Latina ai tempi di Filippo II*, Milano, 2022, pp. 50-53.

⁴⁹ Il riferimento è, come noto, a *Politica* I, 2, 5 1253b. Tra i contributi critici che partano espressamente da un'analisi sulla soggettività giuridica nel pensiero aristotelico, ci si permette di suggerire, senza alcuna pretesa di esaustività, P. GARNSEY, *Idea of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cam-

una serie di macchine utilizzabili per i mestieri e la produzione. L'altra strategia argomentativa, quella di Paolo III, è decisamente più radicale: gli amerindi hanno soggettività umana originaria. Non devono dimostrare la loro appartenenza all'umanità, né occorrono provvedimenti regi o pontifici a stabilirlo. Se accettiamo questo presupposto – il pontefice ne assume la più piena rilevanza dogmatica nella bolla *Veritas ipsa* – il commercio degli indigeni è in radice illegittimo⁵⁰. Non si può alienare come un bene chi nasce uomo, finanche non abbia ancora ricevuto i sacramenti o aderisca a culti contrari all'ortoprassi cristiana. L'universalità del diritto canonico ha una previdente funzione di garanzia nei confronti di queste popolazioni. Sul piano tecnico, emergono una serie di norme e consuetudini specificamente riguardanti i soggetti non ancora convertiti: come si accostino alla fede evangelica, cosa sia loro impossibile comminare (come pena o come statuto giuridico), perché mantengano questa primigenia libertà anche qualora persistano nelle fedi pagane. Sul piano sostanziale, la comune, inalienabile e irrevocabile, appartenenza al genere umano certifica la natura tuzioristica dell'universalismo canonico: proposta di salvezza indifferente alle condizioni sociali, alle pregresse convinzioni religiose, all'etnia o alla provenienza.

Questa accezione della garanzia universalistica è messa nuovamente in opera da Paolo III, per questioni molto diverse, pochi anni dopo *Veritas ipsa*, quando nel 1543 la bolla *Divina summaque* istituisce la Compagnia di Santa Maria della Grazia⁵¹. Essa dovrà occuparsi di convertite e prostitute. Si

bridge-New York, 1996; D. B. NAGLE, *Household and City in the Writings of Aristotle*, Cambridge-New York, 2006; T. BURNS, *Aristotle and Natural Law*, London-New York, 2011.

⁵⁰ Decisamente interdisciplinare l'apporto che riconosce l'importanza di tale statuizione. Ci si limita qui a: F. CORALLI, *Domenico Zipoli e la sua musica. Un religioso e musicista di fronte ad una cultura "altra" nel contesto delle riduzioni gesuitiche in America sul principio del XVIII secolo*, in *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, a cura di A. NESTI, Firenze, 2006, pp. 199-200; A. SCAFFIDI, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli. La dimensione interna*, Milano, 2018, pp. 21-22.

⁵¹ Non va comunque sia dimenticato come tale disegno non fosse soltanto espressivo di istanze umanitarie, ma anche di una riorganizzazione fun-

tratta di categorie sociali verso le quali, sul piano giuridico, la legislazione umana aveva conservato un approccio escludente e repressivo. Anche nel diritto canonico alto-medievale, che era di minore raffinatezza dogmatica rispetto allo sviluppo *post-gregoriano* e del quale abbiamo tracce comprensibilmente minori, di alcuni gruppi (i girovaghi, gli artisti di strada, i giocolieri e i giocatori, le prostitute) si dava per scontata l'esistenza, ma nei contesti pratici la loro ammissione ai sacramenti era controversa. E, anche in caso di somministrazione degli stessi, il senso di idiosincrasia sociale e di affittiva marginalizzazione economico-civile non era lieve⁵². Paolo III adotta un'impostazione molto diversa: la possibilità della cura e della redenzione. Nei termini della critica al diritto, nella modernità, qualcuno potrà lecitamente obiettare che si tratta una volta di più di una mentalità essenzialmente paternalistica, che confina la rea e la penitente alla soggezione: un'obbedienza che non coincide pienamente con un ripristinato esercizio di libertà⁵³. E, per quanto questa critica possa avere una opportuna valenza di stimolo per avanzare processi di inclusione mano a mano più aperti e propositivi, ciò non vale a rimuovere la assoluta rilevanza del mutamento di paradigma: dalla ghettizzazione di alcune categorie alla loro partecipazione alla vita della Chiesa, dopo un percorso espiativo e disciplinare. Coerentemente ai dati esposti in premessa, è in fondo un caso in cui la riacquisizione dell'autonomia passa per l'accettazione del principio di autorità.

Una delle situazioni più critiche nelle quali realizzare questo tipo di dispositivo istituzionale certamente consiste nell'attuazione di norme imperative generali in condizioni di eccezionalità⁵⁴. La tematica sembra essere un'acquisizione tipica del-

zionale delle compagnie e dell'assistenza. Giusti gli spunti di G. PANI, *Paolo, Agostino, Lutero: alle origini del mondo moderno*, Soveria Mannelli, 2005, pp. 196-197.

⁵² Si veda, per tutti, B. GEREMEK, *L'emarginato*, Roma-Bari, 2013.

⁵³ In questi termini, appropriata la nota di O. GRECO, *Poor, Sinful and Dangerous Women: Illegal Prostitution and the Mezzogiorno Before and After Unification*, in *Modern Italy*, 2023, 2, pp. 144-161.

⁵⁴ Anche stavolta potrebbe forse soccorrere il canone ermeneutico della *prudentia*. Così A. FAVARO, *op. ult. cit.*, p. 140.

la modernità, non solo perché gli strumenti di governo si sono affinati, utilizzando una serie di istituti volta per volta giuridicamente più complessi da ricondurre a sistema. Circostanze di eccezionalità grave appartengono alla storia del diritto e, in realtà, bisogna ammettere come esse appartengano alla natura stessa del fenomeno giuridico in ogni spazio e in ogni tempo. Si tratta della evidente previsione per cui, in determinati contesti, la regola generale già deliberata debba essere *sospesa*, in favore di un regime diverso che conduca alla conclusione dell'eccezionalità. È stato notato in dottrina che, al limite, le circostanze odierne spingono a credere che l'emergenza e l'eccezionalità non siano più parentesi circoscritte nell'esercizio dei poteri, ma loro fondamentale vettore esplicativo⁵⁵. Una *costituzionalizzazione* della crisi determina accrescimento dei poteri coercitivi. È perciò opportunisticamente utile, dal punto di vista delle sanzioni irrogabili o degli atti che possano essere adottati in violazione di regole sostanziali o procedurali, che quella crisi, normativamente descritta come atipica ed eccezionale, sia invero sempre più introiettata nella gestione ordinaria delle cose⁵⁶.

Non è questa la sede per potere dire né se la tesi testé evocata sia convincente, né quali conseguenze essa abbia innanzitutto prodotto sui regimi giuridici secolari. Preme piuttosto rimarcare che questa riflessione sull'eccezione e sull'eccezionalità è tipica della modernità proprio perché è a partire da essa che si sviluppa un più diffuso sentire critico sulla legittimazione del potere. Fino a che esso non venga questionato nei suoi fondamenti ultimi, si determina arbitrariamente, anche a prescindere dal meccanismo autorizzatorio simbolico di uno stato di crisi. È, ancora, tipico della modernità che quello sta-

⁵⁵ Per una considerazione manualistica sui termini dell'eccezione opportuno considerare: C. SCHMITT, *Teologia politica. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, 1992; G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione. Homo Sacer II, 1*, Torino, 2003; S. ROMANO, *Law, Necessity and the Crisis of the State: the Early Writing of Santi Romano*, Milton Park, 2023.

⁵⁶ B. MURPHY, *Regulating Undercover Law Enforcement: the Australian Experience*, Singapore, 2021, pp. 335-337; J.R. DI LEO, *Contemporary Literature and Cultural Theory. An Overview*, London-New York-Dublin, 2023, pp. 269-271.

to di fatto sia considerato fondamentale per valutare i rapporti tra i precetti religiosi e gli obblighi di natura politico-civile.

Una volta di più, l'esegesi della legislazione ecclesiastica permette di sottolineare la delicatezza di questo passaggio, approcciando una questione di rara attualità nel dibattito corrente. Nella prima metà del XIX secolo, e in modo parzialmente inesatto sino ai giorni nostri, quella del papa Leone XII venne, ad esempio, considerata una delle voci più critiche contro gli obblighi vaccinali e i vaccini in quanto ritrovato medico-sanitario⁵⁷. Soprattutto sotto questo secondo aspetto, in realtà, non è Leone XII a divenire il promotore di un sentimento di ripulsa alla vaccinazione contro il vaiolo, semmai il contrario: il pontefice agisce in un tempo in cui perplessità, ostilità e boicottaggi diffusi sono all'ordine del giorno. Il vaiolo non appare peraltro più una malattia flagellante⁵⁸: la stessa *plebe* romana, che le cronache riportano molto contraria all'obbligo vaccinale, ne conosce da tempo gli effetti, l'occorrenza, le condizioni di malessere. Davanti a un morbo perciò ben noto a sembrare ignoto e pericoloso è essenzialmente il dispositivo medico in quanto tale. Né a Leone XII può essere addebitata una propaganda apocalittica, sull'insorgenza della malattia come castigo divino. Anche stavolta si tratta di un'idea erronea, ma diffusamente circolante. Le piaghe come castigo divino rappresentano, sino alla più stretta attualità⁵⁹, uno degli orizzon-

⁵⁷ A lungo l'attendismo leoniano venne, difatti, preso alla lettera come interdetto assoluto contro le nuove cure e la nuova profilassi. Si veda A. ISAIA, *Storia ed esame della Enciclica e del Sillabo dell'8 dicembre 1864*, Torino, 1865, pp. 127-128; più temperato l'avviso di A. BIANCHI-GIOVINI, *Storia dei Papi da San Pietro a Pio IX*, X, Milano, 1877, pp. 434-437.

⁵⁸ L'analisi delle cronache tuttavia segnala ancora una certa mortalità in quella che è definita, dando alla terminologia economico-urbanistica una connotazione in qualche misura dispregiativa, *bassa plebe*. Cfr. A. BIANCHI-GIOVINI, *op. cit.*, p. 436.

⁵⁹ La problematica ha davvero portata interconfessionale in, *The Covid Pandemic and the World's Religions*, a cura di G.D. CHRYSIDES, D. COHN SHERBOCK, London-New York-Dublin, 2023, dal momento che nel volume si considerano, tra le altre, Chiese cristiane, comunità induiste, culti mediorientali e forme della nuova religiosità. Si veda, per primi inquadramenti, il lavoro introduttivo di C. LEWIS, *Covid and Religion*, nel medesimo testo, pp. 2-7.

ti simbolici più battuti da un certo tipo di pratica e falsa credenza religiosa.

È perciò vera una diversa situazione di fatto: che sia personalmente scettico il pontefice sulle vaccinazioni o che le ritenga espressive di una affermazione irreversibile del pensiero moderno, deve contemperarne i profili di possibile utilità medica con una avversione popolare non più rubricabile a mera eventualità. Dimostrando, allora, di sapere tenere in equilibrio i poteri del governo temporale, non ancora perduto dalla Chiesa, e le esigenze pastorali che impongono la cura dei fedeli, oltre che la cura delle anime, si limita a sollevare dall'obbligo vaccinale. Viepiù, raccomanda ai medici e ai chirurghi non solo di rispettare le previgenti disposizioni profilattiche, ma anche di continuare a somministrare gratuitamente il vaccino⁶⁰. L'autonomia del fedele cattolico e suddito pontificio è formalmente preservata, non meno che il perseguimento supremo del bene comune, attraverso l'uso del principio di autorità. Oggi, la scelta leoniana può apparire fundamentalmente anodina o meramente compromissoria, al punto da potersi considerare quasi ostile alla proliferazione di ritrovati medici di nuova generazione. Appena ieri, in realtà, vista la situazione in Roma e le troppe problematiche connessevi, fu piuttosto un tentativo, finanche riuscito, di mantenere condizioni di accettabilità tanto sotto il profilo teologico-canonistico, quanto in ottica di ottemperanza all'obbligo pubblicistico.

4. *Diritto canonico e obbligo politico: ipotesi di risoluzione per conflitti non necessari*

Alla luce di quanto sinora osservato, si è complessivamente incerti quando si tratta di valutare i rapporti tra le convinzioni religiose, che trovano specifica sanzione anche formale ne-

⁶⁰ Ne emergono una limitata strategia profilattica e un complessivo senso di giustificazione teologica per le epidemie e le carestie, ma non il disdoro assoluto del racconto convenzionale. Così R. ALIBRANDI, *In salute e in malattia. Le leggi sanitarie borboniche fra Settecento e Ottocento*, Milano, 2012, pp. 23-24.

gli ordinamenti confessionali, e le norme poste a presidio della convivenza nelle comunità politiche.

La teologia cristiana è stata a turno considerata o il sistema teoretico preferibile per giungere a un bigiurisdizionalismo dicotomico (pubblico e privato, temporale e spirituale, foro esterno e foro interno)⁶¹ o un sistema in progressione continuativa, dall'originaria unitarietà tra fede e politica fino alla separazione dei poteri e alla distinzione degli ordini⁶². Prendere partito per una delle due ipotesi principali non è qui richiesto e forse neanche possibile in termini ultimativi. È caratteristico di ogni esperienza della religiosità non potere escludere aprioristicamente uno scollamento tra gli obblighi della fede e le esigenze contingenti, in un qualsivoglia consorzio umano specifico e puntuale.

Il cristianesimo ha rappresentato un *ambiente* favorevole alla progressiva distinzione delle giurisdizioni, ma non ha smarrito la capacità che l'una (quella religiosa) potesse tuttavia influenzare l'altra (quella civile). E il costituzionalismo occidentale, pur professandosi secolare, non ha affatto smesso di considerare l'argomentazione religiosa nel discorso pubblico. Le istanze della coscienza, rappresentata dalla sfera spirituale, sono destinate a una persistente relazione necessaria con sistemi normativi oggettivi, esteriormente cogenti e apprezzabili. È la qualità di quella relazione a dare volta per volta forma alle accezioni concrete della libertà religiosa – ad esempio, se essa debba essere declinata come una *libertas Ecclesiae*, relativa all'insindacabile autorganizzazione delle Chiese⁶³, o co-

⁶¹ Una classica esposizione storico-teoretica della tesi del bigiurisdizionalismo in P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, ove, *passim*, si sottolinea l'artificiosità di un rigido separatismo. Detto meccanismo è all'opposto difeso, non escludendo tuttavia la natura politica del conflitto intergiurisdizionale, in G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010.

⁶² Una precisa rilettura tuzioristica del principio della distinzione degli ordini in N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Bari, 2017.

⁶³ Pur riconoscendo con chiarezza e profondità argomentativa la «non omologabilità dell'ordine disciplinare ecclesiastico alla disciplinari[e]tà degli

me *libertas fidelium*, davanti alle istituzioni dello Stato o nei confronti della propria gerarchia⁶⁴.

Il significato etimologico più corretto e più risalente della secolarizzazione è anche per questo probabilmente tra quelli più appropriati o, almeno, empiricamente estrinsecabili e verificabili. Se per secolarizzazione si intende, infatti, il passaggio di competenze giurisdizionali dall'ambito religioso a quello mondano⁶⁵, non solo è corretta l'idea che la secolarizzazione sia sempre relativa e in evoluzione, di contenuti mutevoli. Si coglie ancor più decisamente che, nei momenti di maggiore tensione tra i sistemi, le rivendicazioni dell'uno cercano di influenzare direttamente l'assetto dell'altro. Uno Stato che vietasse il matrimonio religioso ai propri cittadini inevitabilmente si porrebbe in contrasto con le appartenenze religiose al suo interno. Una Chiesa che proibisse ai propri fedeli l'esecuzione di certi obblighi (elettorali o amministrativi, ad esempio) costringerebbe l'ordinamento statale a dovere prevedere dei meccanismi alternativi. Questi, per parte propria, potrebbero essere alle volte di coercizione e alle altre di ricomposizione, rispetto al conflitto sollevato: sanzione della disobbedienza o riconoscimento del diritto all'obiezione.

Questa ricaduta eminentemente giurisdizionale del focus teoretico tratteggiato da Favaro ha non pochi antecedenti storici e arriva senz'altro fino all'oggi. Rispetto al passato, le esperienze della religiosità collettiva reclamano, contro il *moloch* della legislazione statale⁶⁶, la prosecuzione del pro-

ordini giuridici civili», è critica la considerazione su questa fase in P. BELLINI, *op. cit.*, pp. 195-197.

⁶⁴ Significativa la rilettura di S. BERLINGÒ, *Pluralismo religioso e democrazia transculturale. Prove di transizione dal privilegio al diritto*, Napoli, 2022, pp. 63-64: «va, inoltre, rilevato che la funzione proattiva appena evidenziata è svolta soprattutto dai contributi ascrivibili alle credenze fideistiche minoritarie di nuovo conio e allocazione, che implementano, *magis ut valeant*, le potenzialità liberali virtualmente presenti in tutte le visioni religiose del mondo».

⁶⁵ Sui contenuti essenziali di questo significato *minimo*, cfr. T. ROWLAND, *From Extrinsicism to a World that Denies Both Nature and Grace: a Polyphonic Analysis of Secularism*, in *Communio*, 2022, pp. 647-665.

⁶⁶ Il principale esponente odierno di questo tipo di convincimenti può essere ritenuto H.-H. HOPPE, *Democrazia: il Dio che ha fallito*, Macerata, 2006.

prio culto. L'accordo compromissorio poteva spesso consistere nell'indifferenza dell'adesione religiosa per l'esercizio dei diritti civili, politici e sociali⁶⁷. Succede oggi più probabilmente il contrario: è il cittadino (e fedele) a essere scoraggiato dalla dottrina della sua Chiesa a rivestire certi ruoli o ad esercitare determinate situazioni giuridiche. Ciò avviene in un quadro progressivamente meno definito di ambiti e materie: che si tratti di scelte procreative, politiche, di famiglia o, addirittura, di contenuto penale. E normalmente si ritiene che pure tali problematiche siano state incentivate, moltiplicate o perlomeno modificate dalla modernità giuridica. In realtà, e proprio il lavoro di Favaro concorre a dimostrarlo, gli esempi procedono da tempi sovente più remoti.

Sin troppo agevole richiamare il lascito del Sillabo⁶⁸: la Chiesa spogliata ormai del temporalismo non rinuncia a condannare i *perniciosi* errori che vede in agguato nel secolo. Non è una strategia esclusivamente orientata a un proselitismo di facciata o a una rivendicazione antistatale. Piuttosto, è la comprensione che non si possa fare a meno di sindacare quegli orientamenti che sono la causa, e non la conseguenza, della marginalizzazione del religioso dalla sfera pubblica e dalla trama dei suoi poteri. La mentalità liberal-secolare precede la fine del temporalismo, precede l'allentamento dell'ortoprassi confessionale: questa è l'impostazione di Pio IX⁶⁹. La si può evidentemente ribaltare, perché è chiaro che la crisi dell'i-

⁶⁷ Il dato si apprezza in più generazioni di studiosi. Per tempo, nella dottrina italiana e continentale, C. CALISSE, *Diritto ecclesiastico*, Firenze, 1893, pp. 33-34; E. FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Torino, 1893, p. 151; D. SCHIAPPOLI, *Manuale del diritto ecclesiastico*, Milano-Roma-Napoli, 1902, p. 54 (con possibili antecedenti storici, pp. 250-251).

⁶⁸ Anche perché la mentalità ostile al relativismo modernista era, negli studi, ben più larga della stretta afferenza curiale (ne dà conto, tra gli altri, F. FINOCCHIARO, *Saggi (1973-1978)*, a cura di A. ALBISETTI, Milano, 2008, p. 341). Su effetti e disposizioni del Sillabo contenente i principali errori del nostro tempo, G. PEPE, *Il Sillabo e la politica dei cattolici*, Bari, 1995, nonché, in comparazione con gli eventi dell'attualità giuridica nazionale, M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2017, pp. 113-117.

⁶⁹ Di qui, l'alta valenza dogmatica che volle imprimere, in reazione, al Concilio ecumenico tra il 1869 e il 1870. In tali termini, C. FANTAPPIÈ, *op. cit.*, pp. 207-212.

stituzione gerarchica non possa essere pensata in assenza di una riflessione sulle colpe storiche della regolazione pontificia. Quel che conta è che, a dispetto di quanto di solito si affermi, né Pio IX né il Concilio Vaticano I costituiscono esclusivamente il muro contro muro di una Chiesa abbarbicata al proprio antico lignaggio e priva di ogni altro possibile addentellato concreto nell'avvenire. I due fattori semmai interagiscono. Esiste una mentalità secolare ormai molto distante dalla polemica antimoderna. Non manca tuttavia una Chiesa che sa interrogarsi sui limiti e sul fallimento della propria posizione giurisdizionale, se per gli Stati è risultato alla fine possibile sconfiggerla sul piano simbolico quanto su quello giuridico. E di fattori in campo ne sussiste almeno un terzo: il disagio di una quota importante dell'opinione pubblica cattolica in Italia, che vorrebbe dal magistero un'interlocuzione meno acrimoniosa e distante⁷⁰.

Non è però l'unico caso nel quale la dialettica tra autonomia e libertà porta a un cortocircuito (qui, l'autonomia della coscienza civile ormai in una società trasformata; lì, una Santa Sede alle prese con la *ristrutturazione* della cassetta degli attrezzi nella scienza canonistica). E uno molto simile scaturì ben prima della modernità, integrando in modo insospettabilmente attuale le stesse problematiche lumeggiate da Favaro nella prospettiva giusfilosofica: la promulgazione della bolla di Gregorio XIII *In coena Domini*. Col senno di poi, una lucida previsione di quanto sarebbe sopravvissuto del *premoderno* e di quanto si sarebbe, almeno a danno della Chiesa (ma non solo), prodotto nella modernità. Non si tratta più di errori *della* o *nella* fede, raffinatamente o approfonditamente confutati. Spesso le condotte censurate nella bolla sino alla scomunica sono comportamenti assolutamente quotidiani, terre di confi-

⁷⁰ Una parte, invero particolarmente esigua, di quello scontento darà vita a un piccolo scisma (cfr. C. MILANESCHI, *Il vecchio cattolicesimo in Italia*, Co-senza, 2014); sui prodromi culturali di processi simili, L. MALUSA, *Antonio Rosmini per l'unità d'Italia. Tra aspirazione nazionale e fede cristiana*, Milano, 2011, pp. 27-30; E. ZANONI, *Scienza Patria Religione. Antonio Stoppani e la cultura italiana dell'Ottocento*, Milano, 2014, pp. 183-257.

ne tra lecito e illecito, giuridicità e antiggiuridicità, ma anche tra sacro e profano, reato e peccato⁷¹.

Si riscontra inoltre una sollecitudine pastorale intimamente intrecciata alle questioni storiche al tempo aperte, concorrendo a riplasmare nelle forme, senza alterare nelle coordinate ontologiche di fondo, il rapporto tra autonomia e libertà.

È punita la falsificazione delle lettere apostoliche, perché ci si è ben resi conto che ne circolano, per interesse o compiacenza, in versioni alterate, inesatte, consapevolmente manomesse: un *vulnus* grave nel sistema delle fonti non meno che nelle esigenze pratiche della comunità.

Anche la rapina a danno dei naufraghi, apparentemente sfornita di un sostrato giustificativo teologico, incorre nello stesso trattamento, in parte necessitato da un aumento dei fenomeni di pirateria, anche per ragioni religiose⁷², che si espanderà nei due secoli successivi.

Il commercio di armi, visto sempre in modo problematico nella dimensione teologica cattolica⁷³, finanche in epoche che non erano giunte a *codificare* razionalmente il rifiuto della guerra, fa incorrere nella scomunica se rivolto agli *infedeli*. La *ratio* è cristallina sul piano teoretico come su quello pratico. Se i grandi monoteismi hanno spesso comminato specifiche incapacità negoziali nella contrattazione con i soggetti d'altra religione, a maggior ragione la vendita o l'acquisto di armi da essi, in tempi di ancora elevatissimo conflitto religioso, merita comminatoria appropriata.

⁷¹ Sulla prolungata influenza della bolla, nel plasmare idee orientanti dell'agire sociale e delle connesse prescrizioni giuridiche, in ordine cronologico: G. FONTANINI, *Il dominio temporale della Sede Apostolica sopra la città di Comacchio*, Roma, 1709, pp. 295-296; T.A. CONTIN, *Riflessioni sopra la bolla In coena Domini*, Venezia, 1769, pp. 222-224; G. ROSSI, *Sulla condizione economica e sociale dello Stato pontificio*, Bologna, 1848, pp. 449-450.

⁷² M. GREENE, *Catholic Pirates and Greek Merchants. A Maritime History of the Mediterranean*, Princeton-Oxford, 2010, p. 13; M. KLARER, *Piracy and Captivity in the Mediterranean 1550-1810*, London-New York, 2018.

⁷³ Si considerino i seguenti volumi monografici: O.O' DONOVAN, *The Just War Revisited*, Cambridge-New York, 2003; L.G. DUGGAN, *Armsbearing and the Clergy. In the History and Canon Law of Western Christianity*, Woodbridge, 2013 (in particolar modo, pp. 102-179).

Uno stigma simile riguarda l'assassinio o la rapina di pellegrini diretti a Roma e, in questo caso, le implicazioni sociali assumono una veste e un significato ancor più rilevanti. Soprattutto in occasione delle celebrazioni giubilari⁷⁴, che dal XIV secolo in poi sono divenute veri e propri momenti di massa nella società del tempo, i pellegrinaggi verso Roma sono frequenti e da ogni parte del mondo conosciuto. Il pellegrino si muove con risorse proprie, che usa per le occorrenze di viaggio o per le offerte di carità. Integra a tutti gli effetti, per i rapinatori già al tempo organizzati in bande, una categoria facilmente aggredibile e, nell'aggressione, verosimilmente lucrativa. Può però un battezzato che delinque rivolgere il proprio intento predatorio contro i *christifideles* che raggiungono la città eterna a suffragio della salvezza delle anime?

Tra i più interessanti comportamenti censurati nell'*In coena Domini* va qui considerata l'ipotesi di appello contro la sentenza del papa, presso un concilio futuro o dinnanzi alla giurisdizione dell'autorità civile: una volta di più, il *continuum* tra principio d'autorità e libertà nell'universalità è messo sotto stress dalla dinamica giudiziale.

La natura apicale del papato, nonostante una crescente attenzione alla collegialità e alla sinodalità nel governo della Chiesa, non è messa in parentesi nemmeno nell'attuale conformazione costituzionale dell'ordinamento canonico. Sul piano tecnico, che non si possa parlare *in iure proprio* di separazione dei poteri implica che un vertice provveda al governo della base, secondo categorie che non possono essere demandate alle dinamiche elettive del costituzionalismo⁷⁵. Ed è per questa via che è sorta una critica alla limitata democraticiz-

⁷⁴ Per una più ampia panoramica può vedersi A. MELLONI, *Il giubileo. Una storia*, Roma-Bari, 2016. Per una documentata storiografia dei comportamenti collettivi, A. VAUCHEZ, *Esperienze religiose nel Medioevo*, Roma, 2003, pp. 265-303.

⁷⁵ La non riconducibilità del paradigma istituzionale ecclesiastico al costituzionalismo statale non implica l'incompatibilità di un loro confronto. V., ad esempio, A. GRIMALDI, *Disegno storico del costituzionalismo moderno*, Roma, 2007, pp. 8-10. Se l'elettività non è per altro verso garanzia sufficiente alla democraticità sostanziale, va, comunque sia, notato come la distinzione funzionale dei diversi organi e poteri appartenga ormai nella pratica al go-

zazione dell'ordinamento ecclesiale. Non mette qui conto analizzarla approfonditamente: ci si fermerà invece a dire che, in ottica giuridica, se tutt'oggi appare non controverso lo specifico livello apicale pontificio, certo sarebbe apparso finanche più grave metterlo in questione al tempo di Gregorio XIII.

L'inappellabilità della sentenza papale può leggersi come meramente espressiva di un'autorità indivisa e fondamentalmente olistica, ma è bene vedere in essa anche la norma di chiusura che esprime una funzione di garanzia: la soglia oltre la quale l'umano giudizio *de veritate* non può assolutamente procedere. Le controversie instaurate presso la giurisdizione ecclesiastica non possono essere conosciute anche dall'autorità imperiale o secolare, comunque denominata. È un corollario evidente della volontarietà nell'adesione di fede, che assegna la cognizione della *res litigiosa* radicandola una volta per tutte nell'ordinamento cui il fedele stesso si è rivolto.

Si rivela identicamente molto interessante che la posizione della bolla parifichi al tentativo di proporre appello presso una giurisdizione diversa da quella ecclesiale il solo in parte sovrapponibile tentato rinvio a un concilio futuro. Si può vedere in questo caso la conseguenza di una fase storica nel governo della Chiesa. La convocazione dei concili è frequente; spesso i loro lavori lasciano trasparire una conflittualità episcopale che rimanda a propria volta a tensioni politiche, tentativi di ingerenza nel secolo o, all'opposto, istanze di riaffermazione del papato sul governo civile⁷⁶. Nella prospettiva teologico-giuridica, si tratta con ogni evidenza del peggior scadimento possibile dell'assise conciliare: altri i fini ordinamentali che vi sono attribuiti; ben più nobili, per quanto gravosi, i compiti spettanti. Tradizionalmente i pontefici avevano cerca-

verno della Chiesa (cfr., su quest'ultimo aspetto, G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Torino, 2018⁵, pp. 121-123).

⁷⁶ Numerose fonti confermano rischi e limiti di questo andamento generale. Tra gli altri, V. MORERO, *Laicità al plurale*, Milano, 2002, pp. 201-202; B. SCHIMMELPFENNIG, *Il Papato. Antichità – Medioevo – Rinascimento*, Roma, 2006; E. BELLIGNI, *Voci di riforma. Renovatio e Concilio prima e dopo il Tridentino*, Milano, 2018; J.M. LABOA, *Storia dei Papi. Tra il regno di Dio e le passioni terrene*, Milano, 2021.

to di schermare i concili dall'eccessiva permeabilità a istanze terrene elaborando in anticipo le fonti da deliberare, che così in essi avrebbero trovato un puntello applicativo e non uno stravolgimento contenutistico.

Stavolta il ragionamento di Gregorio XIII è più sottile: l'*illiceità* dell'appellare la sentenza papale in un concilio ad essa successivo trova un duplice fondamento giuridico. C'è, innanzitutto, quello immediatamente pratico: la determinazione è stata raggiunta. Coi lemmi della processualistica secolare, ha ormai *status* di irrevocabilità. Non giova la perenne incertezza sulla cosa giudicata. E c'è un aspetto ulteriore: il pontefice si è accorto dell'inizio di un fenomeno che avrà un effetto prorompente nei secoli XVII e XVIII⁷⁷.

Dietro la giusta leva di aumentare la partecipazione diffusa e di esprimere maggiore continuità con la ramificazione diocesana territoriale, componenti non marginali dell'episcopato e persino del cardinalato iniziano a perorare una distinzione – e da lì una contrapposizione – tra i concili e il pontefice, i concili particolari e la *gerarchia*. Detti meccanismi, se fuoriescono dai limiti di diritto divino nella *costituzione* della Chiesa, mettono a rischio l'unitarietà e l'universalità dell'*Eccllesia* e il legittimo convincimento del fedele. La supremazia pontificia cerca – ma a volte vanamente – di porsi al servizio di questi due *fini-valori* della legge canonica, la cui salvaguardia e attualizzazione non può assolutamente pensarsi al di fuori del raccordo tra l'autonomia e l'autorità.

5. *Una conclusione in divenire: ulteriori, possibili, ambiti d'analisi*

Il volume di Favaro in conclusione si presta a potere ulteriormente sviluppare il dibattito interdisciplinare tra gli studiosi in una duplice direzione.

Da un lato, ben evidenzia come la stratificazione della dogmatica canonistica investighi senza sosta istituzioni e temi

⁷⁷ Sulla scia di difficoltà omologhe, patite già nella Chiesa del XV secolo, e ormai non più facilmente superabili, C. FANTAPPIÈ, *op. cit.*, pp. 184-192.

che interrogano, con inquietudine affine, il diritto secolare e lo strumentario costituzionale che lo ha traghettato alla modernità giuridica. Si tratta in tutta evidenza di un percorso elaborativo che, per parte propria e da tempo svolto in ambito teologico, necessita oggi dell'apporto civile e di una pari sistemazione espositiva civilistica, affinché quel patrimonio (credenziale, sapienziale, dottrinale) possa risuonare al giurista nella sua più piena universalità.

D'altra parte, spetterà alla dottrina canonistica riflettere criticamente sul diritto ecclesiale, all'interno del quale l'indagine ermeneutica prevalente è ormai complessivamente assunta nell'esegesi codiciale. Per quanto le fonti codicistiche canoniche esulino dal solo e spesso stretto metro positivistico, è innegabile come nell'ultimo decennio sia diventato insufficiente, se mai era stato il contrario, guardare ai codici da un punto di vista esclusivamente positivo e letteralista. Davanti a un divenire della Chiesa che riscopre l'apporto delle fonti bilaterali⁷⁸, la vitalità del diritto particolare⁷⁹, il termine di paragone costituito dall'interpretazione del diritto suppletorio⁸⁰, sembra proprio che quelle pagine interroghino un orizzonte ben più proficuo della sola sistematica codicistica. Essa, per altro verso, non raramente giunge all'operatore rimodula-

⁷⁸ In ciò sembra di potersi riscontrare un pari interesse della rilettura costituzionalistica. Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 83-86; A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione Europea. Lineamenti di comparazione*, Milano, 2012, pp. 3-7; A. RUGGERI, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. *XXI Studi dell'anno 2017*, Torino, 2018, pp. 326-327.

⁷⁹ Con riflessi di certa e rafforzata vigenza, a partire dalla cornice normativa codiciale, come emerge, ad esempio, in E. BAURA, *La posizione del diritto particolare in seguito alla nuova codificazione*, in *Iustitia in caritate. Miscelanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, a cura di J.J. CONN, L. SABBARESE, Città del Vaticano, 2005, pp. 161-177.

⁸⁰ Segni di attenzione a questa peculiare categoria di fonti risultano da tempo avvertiti in dottrina. Si notino, tra gli altri, O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, pp. 24-26; S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, 1991, p. 5 ss.; M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008, pp. 6-8.

ta e riformata, attraverso novelle progressive che non migliorano l'impianto, ma rendono più complessa la corretta ed equa applicazione.

Nel presente scenario a dovere essere aperto non è, perciò, tanto il pericoloso cantiere della riforma curiale, per utilizzare immagine frequente nel magistero bergogliano⁸¹: il vero *work in progress* forse riguarda più da vicino il contributo che il diritto divino può e deve, e per sempre, suggerire al diritto umano, in un faticoso processo di disvelamento collettivo.

⁸¹ Per tempo, sulla necessità di alimentare tale immaginario con esigenze riformatrici più concrete e sostanziali, S. NOCETI, *Quali strutture per una Chiesa in riforma?*, in *Concilium*, 2018 (reperibile in <https://concilium-vatican2.org/it/>).

DOMENICO BILOTTI, Il diritto canonico tra ordine oggettivo e autonomia della coscienza. Riflessioni a margine di una recente lettura

Una delle più ragguardevoli e rilevanti tipicità della sistematica giuridica canonistica consiste nella caratteristica relazione dialettica tra la libertà individuale dell'adesione, del credo e dell'appartenenza medesima alla Chiesa, e la durevole coerenza normativa istituzionale, in un ordinamento fondamentalmente coeso e gerarchico.

Lo scopo di questo contributo, considerando come recente fulcro tematico di interesse una monografia di taglio teorico-dogmatico, è quello di riscoprire tale apparente tensione sottolineando esempi storici e perduranti questioni interpretative. Ciò potrebbe probabilmente dimostrare una volta di più come il diritto canonico sia un paradigma culturale sia per le legislazioni che per le dottrine giuridiche: non un semplice termine di paragone, ma un approccio vigente alle tormentate relazioni tra autorità e autonomia.

Parole chiave: diritto canonico, storia della Chiesa, coscienza individuale, *forum internum/forum externum*.

DOMENICO BILOTTI, The Canon law between objective internal order and autonomy of the conscience. Considerations starting from a recent monograph

One of the most relevant and impressive features of the Canon law system consists in its typical dialectics between the individual freedom of adhesion, belief, and belonging to the Church herself, too, and the enduring normative institutional cogency, into a fundamentally cohesive and hierarchic legal order.

The aim of this essay, considering as a recent, interesting, turning point a theoretical dogmatic monograph, is to renew this apparent tension underlining historical examples and still ongoing hermeneutic questions. It could probably demonstrate once more how the Canon law is a cultural paradigm for both legislations and legal doctrines: not just a useful comparison but an in force approach to the troubled relations between authority and autonomy.

Key words: Canon law, history of the Catholic Church, individual conscience, *forum internum/forum externum*.

Luisa Borgia

I DIRITTI UMANI OLTRE LA MALATTIA: I SOPRAVVISSUTI AL CANCRO E IL DIRITTO ALL'OBLIO ONCOLOGICO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto europeo nella lotta al cancro. – 3. La cultura del *'survivorship care'*. – 4. La tutela dei diritti dei sopravvissuti. – 5. Il diritto all'oblio oncologico. – 6. Il concetto di vulnerabilità. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il principio di giustizia in ambito biomedico si declina anche nella possibilità di un equo accesso alle cure.

Vi è, tuttavia, un'altra accezione ancora poco nota e spesso ignorata dalla stessa bioetica e dal biodiritto: la necessità di ottenere il riconoscimento degli stessi diritti anche dopo la guarigione dalla patologia e di godere di un equo accesso a tutti i settori della società senza subire le conseguenze stigmatizzanti che comporta una malattia grave come quella oncologica.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce il 'sopravvissuto al cancro' colui che, in seguito alle cure, è guarito da ogni evidenza della malattia (completa remissione), ha raggiunto uno stadio di rischio minimo o nullo di recidiva o ricaduta raggiungendo la stessa attesa di vita della popolazione generale ed ha ottenuto il ripristino della salute funzionale (fisica, evolutiva e psicosociale)¹.

È doveroso evidenziare come le tempistiche prese in considerazione per il rischio che la malattia si ripresenti si dif-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Cancer Control: Knowledge into Action - Diagnosis and treatment WHO Guide for Effective Programmes*, World Health Organization, Switzerland, 2008.

ferenziano in relazione alle diverse neoplasie. In particolare, esse variano da 5 anni per il cancro della tiroide a 10 anni per il cancro del colon o il melanoma e si estendono oltre i 15 anni per il cancro della vescica o del rene, per i linfomi non-Hodgkin (ad es. i linfomi a grandi cellule B o follicolari, ai mielomi ed alle leucemie) fino a raggiungere i 20 anni per il cancro della mammella e della prostata².

I progressi nell'individuazione precoce, nell'efficacia delle terapie e nelle cure di sostegno hanno determinato un aumento considerevole e crescente dei tassi di sopravvivenza in Europa, stimato in oltre 12 milioni ogni anno, di cui 300.000 minori.

In Italia, il 27% (circa 1 milione) dei 3,6 milioni di persone che hanno ricevuto una diagnosi di cancro può essere considerato guarito³, pur avendo ancora bisogno di una riabilitazione oncologica tempestiva, personalizzata e olistica per superare le complicanze derivanti dalla malattia o dai trattamenti invasivi (chirurgici, farmacologici, radio/chemio/immunoterapici) subiti. Pertanto, solo il superamento dei deficit funzionali e psicologici che ne conseguono consente il pieno reinserimento di tali ex pazienti nella vita sociale, lavorativa e familiare.

La definizione costituisce un primo passo verso la differenziazione e l'identificazione dell'insieme di soggetti con tali caratteristiche come nuovo gruppo sociale specifico in termini di interessi da tutelare e promuovere, come già avvenuto con le persone con disabilità, che hanno ottenuto la tutela dei propri diritti e la promozione del proprio benessere attraverso strumenti giuridici nazionali e internazionali⁴.

Al contrario, i sopravvissuti al cancro non sono legalmente riconosciuti come un gruppo particolarmente svantaggiato con bisogni speciali in tale ambito, tanto che solo alcuni Paesi

² AIOM FONDAZIONE, *Diritto all'oblio oncologico*, in <https://dirittoallobliotumori.org>.

³ *Ibidem*.

⁴ ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità*, Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale, 24 gennaio 2007, in www.salute.gov.it; UNIONE EUROPEA, *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, 2012, in <https://eur-lex.europa.eu>.

dell'Unione Europea mettono in atto programmi speciali focalizzati sulla loro completa reintegrazione.

A tal proposito, è doveroso effettuare una riflessione specifica per le persone adulte che, inizialmente classificate come pazienti oncologici pediatrici ma da tempo esenti da specifici trattamenti e cure, devono affrontare non solo le già citate sequele a lungo termine della terapia, ma anche le difficoltà legate a condizioni più o meno gravi di invalidità o anche solo ad uno stato di malessere cronico che, purtroppo, è solo raramente certificabile.

Pertanto, il processo di piena riabilitazione e di ripristino della salute funzionale per gli ex malati di cancro è ostacolato da diverse sfide: effetti collaterali tardivi delle cure oncologiche, problemi psicologici, difficoltà a trovare o mantenere un lavoro o ottenere avanzamenti di carriera.

Il cancro devasta non solo il fisico e la psiche dei pazienti, ma pervade la vita anche di quanti, diversamente da quel che accade agli altri cittadini nonostante la guarigione, non possono più accedere ad alcuni servizi.

Per tali ex pazienti, infatti, si prospetta quella che viene definita una 'tossicità finanziaria', ossia la difficoltà di accedere ad alcuni servizi finanziari, bancari, assicurativi e diventa difficile anche avviare le procedure per l'adozione di un bambino.

Si configura, quindi, una categoria di cittadini 'fantasma' in attesa di un *exitus* sancito non dalla scienza, ma dalla società: sono i cosiddetti 'lungo-sopravvivenenti' (*long survivors*) per i quali non viene mai assicurato il 'fine pena' sociale nonostante il progresso scientifico abbia sviluppato nuovi percorsi diagnostici e di cura con percentuali di guarigione sempre più elevate e che al momento si attestano intorno al 35%.

La storia clinica, spesso richiesta per accedere ai servizi citati, stigmatizza tali soggetti come 'clienti a rischio', con conseguente negazione o aggravio del trattamento.

In particolare, i risultati di un'indagine della *Irish Cancer Society* fotografano tale forma di esclusione per il 75% de-

gli irlandesi guariti da una malattia oncologica⁵ e, in Italia, non essendo ancora inserita nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), la riabilitazione oncologica non rientra fra le attività cliniche per le quali è garantito il principio di giustizia ed equità.

L'esclusione dall'accesso gratuito alla riabilitazione costringe, quindi, numerose persone guarite a convivere con forme di disabilità che impediscono loro di riprendere una vita produttiva e il mancato riconoscimento sociale della guarigione e la negazione del diritto all'oblio oncologico le relega a forme di sostegno previdenziale e di altro tipo erogate da enti assistenziali⁶.

Molte società scientifiche italiane e associazioni di pazienti si sono da tempo attivate per sensibilizzare su tali aspetti e migliorare la qualità degli interessati, garantendo al tempo stesso il risparmio connesso alla notevole riduzione degli sprechi legati al sistema attuale⁷.

2. Il contesto europeo nella lotta al cancro

L'Europa ha predisposto un 'Piano Europeo di lotta contro il cancro'⁸, contenente azioni concrete comunitarie per la prevenzione e la cura del cancro, tali da guidare l'intero decorso della malattia.

Un elemento importante emerge dal rapporto introduttivo sulla diffusione delle patologie oncologiche in territorio eu-

⁵ NATIONAL CANCER REGISTRY IRELAND (NCRI), *Cancer in Ireland 1994-2019: Annual Report of the National Cancer Registry*, 2021.

⁶ M. LAWLER, F. MEUNIER, *Don't make cancer survivors pay twice-the right for them to be "forgotten" should be law everywhere*, in *British Medical Journal*, 21 settembre 2022. doi: 10.1136/bmj.o2197. PMID: 36130783.

⁷ AIOM, AIRO, SIMG, CIPOMO, SIURO, SUCO, AIRTUM, SIPO, ANISC, FAVO, *Consensus Conference Dalla pratica del "follow up" alla cultura di "survivorship care"*, Roma, 10-11 settembre 2015, in <http://media.aiom.it>.

⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Europe's Beating Cancer Plan. Communication from the commission to the European Parliament and the Council*, 2021, in <https://health.ec.europa.eu>.

ropeo, che evidenzia come la pandemia di SARS-COV-2 abbia avuto gravi ripercussioni sulla cura del cancro, interrompendo attività di prevenzione, terapia e controllo.

Tale dato era stato paventato dagli specialisti sin dall'insorgenza della pandemia, evidenziando come l'apparente diminuzione iniziale nel numero dei casi oncologici si sarebbe in realtà tramutata in un incremento successivo, impedendo, di fatto, l'attuazione del principio di beneficiabilità/non maleficenza e di giustizia per un numero considerevole di persone.

A seguito di tale esperienza, l'Unione Europea sta predisponendo un piano per garantire l'accesso alle cure anche in situazioni di crisi.

Il piano europeo è strutturato sui seguenti, fondamentali pilastri di intervento: prevenzione, individuazione precoce, diagnosi, trattamento e miglioramento della qualità di vita dei pazienti oncologici e dei sopravvissuti alla malattia, per i quali il 'Programma EU4Health'⁹ fornirà agli Stati membri un significativo sostegno finanziario di 4 miliardi di euro.

Inoltre, a partire dal 2021, il 'Sistema europeo d'informazione sul cancro'¹⁰, che monitora l'incidenza del cancro in Europa, sarà ampliato con nuovi indicatori cruciali con una sezione sui tumori infantili ed elementi più dettagliati a livello subnazionale, strutturati in modo tale da facilitare la valutazione di eventuali correlazioni con i dati ambientali¹¹ e socio-economici.

Tale piano europeo tiene conto dei diritti dei pazienti oncologici, considerando i fondamentali determinanti della salute, tra i quali spiccano lo *status* socioeconomico, il genere, la professione e l'istruzione; inoltre, il piano pone particolare attenzione all'equità di accesso alla prevenzione e alle cure onco-

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *EU4Health programme 2021-2027 – a vision for a healthier European Union*, in <https://health.ec.europa.eu>.

¹⁰ Il sistema europeo d'informazione sul cancro (ECIS) diventerà parte integrante del centro di conoscenze sul cancro: <https://ecis.jrc.ec.europa.eu/>.

¹¹ Ad esempio, con i dati del programma di biomonitoraggio umano per l'Unione Europea (HBM4EU) (www.hbm4eu.eu/) o i dati ambientali disponibili tramite la piattaforma di informazione per il monitoraggio delle sostanze chimiche (<https://ipchem.jrc.ec.europa.eu/>).

giche, per evitare la discriminazione delle persone vulnerabili come gli anziani, le persone con disabilità, le minoranze.

Il diritto fondamentale alla salute nell'alveo del principio di giustizia si declina anche attraverso il potenziamento di nuovi programmi di *screening*, lo sviluppo della medicina personalizzata su base genomica, la realizzazione di *standard* assistenziali di alta qualità uniformi in tutti i Paesi membri attraverso la creazione di una rete tra i centri oncologici nazionali e l'accesso ai farmaci essenziali e all'innovazione.

La 'Strategia farmaceutica europea'¹² comprenderà una riforma della legislazione farmaceutica di base per migliorare l'accesso ai medicinali e attuerà iniziative per garantire le catene di approvvigionamento e per far fronte alle carenze di farmaci e alla accessibilità degli stessi dal punto di vista economico.

Il quadro giuridico per gli studi clinici, completato con l'attuazione del 'Regolamento UE sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano'¹³, introduce un sistema coordinato e semplificato per la valutazione, la conduzione e il monitoraggio degli studi clinici nell'Unione Europea.

¹² COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, *Pharmaceutical Strategy for Europe COM/2020/761 final*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

Nell'ambito dell'equo accesso alle cure in ambito comunitario, si segnala anche la recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri sull'accesso ai prodotti medicinali e alle attrezzature mediche in situazioni di carenza: *Equitable access to medicinal products and medical equipment in a situation of shortage*, Recommendation CM/Rec(2023)1 of the Committee of Ministers to member States Adopted by the Committee of Ministers on 1 February 2023 at the 1455th meeting of the Ministers' Deputies, in <https://rm.coe.int>.

¹³ *Regolamento UE n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

3. *La cultura del 'survivorship care'*

Il 'Piano Europeo di Lotta contro il cancro' mira non solo a garantire la prevenzione, la cura e la sopravvivenza per i malati oncologici, ma anche a migliorare la qualità della vita sia dei pazienti sia dei sopravvissuti, eliminando ogni forma di discriminazione.

Su tali dati incoraggianti, va tuttavia effettuata una riflessione sulle difficoltà cui vanno incontro i pazienti guariti e le loro famiglie in ambito assistenziale, sociale e professionale.

Il dibattito parlamentare che condurrà, si auspica quanto prima, alla realizzazione di una norma a favore dei sopravvissuti dovrà necessariamente tener conto di alcuni aspetti clinici e bioetici affinché, sulla base delle indicazioni e delle esperienze dei medici oncologi e delle associazioni di pazienti, si costruisca concretamente una cultura di *'survivorship care'* che orienti i comportamenti dei clinici rendendo meno invasivi gli interventi medici e chirurgici, migliori così la qualità di vita dei pazienti sotto il profilo psicofisico, favorisca il reinserimento sociale di questi ultimi e, non in ultimo, riduca gli sprechi¹⁴.

Quest'ultima annotazione trova giustificazione nel fatto che i costi del *follow-up* stimati superano di circa dieci volte quelli realmente necessari per una diffusa inappropriata richiesta di esami e di visite.

Del resto, la prescrizione di un eccesso di esami può trovare forse giustificazione nel bisogno da parte del clinico di placare l'ansia del paziente con la rassicurazione attesa, ma non del tutto certa, offerta da risultati negativi di vari test.

È noto, infatti, che la diagnosi di neoplasia genera nel paziente un bisogno di salute superiore e persistente nel tempo rispetto a quello della popolazione generale per gli effetti dei trattamenti (chirurgia, radioterapia e trattamenti farmacologici possono indurre tossicità a lungo termine e perdita o riduzione della fertilità), per il rischio di ricadute, per la presen-

¹⁴ CONSENSUS CONFERENCE *Dalla pratica del "follow up" alla cultura di "survivorship care"*, Roma, 10-11 settembre 2015, in <http://media.aiom.it>.

za di comorbidità e per un peggioramento della qualità di vita. Del resto, per la possibile emergenza di dubbi interpretativi che richiamano a ulteriori indagini o alla ripetizione delle stesse, la bulimia prescrittiva di alcuni oncologi può talora aggravare la condizione di ansietà di cui è preda il paziente per la cenestopatia di fondo e un futuro vissuto come perennemente incerto, in una spirale negativa foriera, a sua volta, di *distress* cronico.

Se è doverosa, quindi, la sorveglianza clinica periodica e, in caso di sintomi o segni sospetti per recidiva di malattia o di nuova patologia oncologica, la fruizione di percorsi di accesso e codici di priorità facilitanti previsti dal Servizio Sanitario tesi ad effettuare approfondimenti mirati, è da scoraggiare l'utilizzo di procedure non suffragate dal supporto scientifico o non suggerite da linee guida e deve essere incentivata e supportata la conduzione di studi clinici e la raccolta di dati come unico approccio scientifico valido ai fini dell'avanzamento delle conoscenze.

Il percorso di monitoraggio e di prevenzione di recidive per una persona guarita dal cancro deve essere incentivato anche attraverso l'estensione dell'esenzione per patologia oncologica (in Italia il codice 048)¹⁵ limitatamente ai controlli necessari (stabiliti in relazione alle differenti neoplasie e sulla base della letteratura scientifica), esenzione che deve essere garantita e che deve essere compatibile con il diritto all'oblio.

La sorveglianza oncologica non riguarda solo le condizioni cliniche, ma, in un contesto di *counselling* specifico e di percorsi educazionali e psicoterapeutici, deve riguardare tutte le condizioni che influiscono sulla qualità della vita, offrendo indicazioni per favorire e mantenere le buone abitudini che agiscono positivamente sulla prognosi.

Durante le visite di *follow-up*, una comunicazione efficace ed empatica del medico centrata sul paziente incide positivamente nel mitigare la condizione di ansiosa incertezza e il *di-*

¹⁵ DPCM 12 gennaio 2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, in G.U., Serie Generale, n. 65 del 18 marzo 2017.

stress legati alla paura di recidive che, tipicamente, si acuisce in corrispondenza delle visite di controllo.

La persona guarita dalla malattia oncologica deve poter ricevere uno specifico, efficace e costante programma di cura e di riabilitazione interdisciplinare, con controlli periodici appropriati concordati tra gli specialisti e il Medico di Medicina Generale, per supportare il percorso di pieno reinserimento nella vita affettiva e sociale.

Tale impostazione culturale costituisce un ribaltamento della concezione abilista, in base alla quale la malattia rappresenta una condizione di svantaggio e le persone sane vengono distinte nettamente da quelle malate, come invece avviene nel Servizio Sanitario Nazionale italiano che assiste il malato in maniera eccellente durante le cure ma lo dimentica dopo la guarigione.

La sfida culturale e normativa risiede, pertanto, nel prevenire il possibile conflitto tra il diritto all'oblio oncologico e la tutela dei diritti dei sopravvissuti in termini di prevenzione delle recidive e di adattamento e di riqualificazione lavorativa e in termini assicurativi.

Tuttavia, se la sorveglianza oncologica post-guarigione rientrasse nel più ampio concetto di prevenzione (concetto accettato ormai per molte altre patologie con *screening* e controlli mirati per età, predisposizione familiare, ecc.), saremmo di fronte ad un conflitto solo apparente, dal momento che non si attiverebbero forme di discriminazione tra patologie e tra persone e il trattamento dei dati sanitari sarebbe protetto dalle norme vigenti, senza distinzione alcuna.

In ambito oncologico, poi, viene spesso sottovalutato un ulteriore danno derivante dalla malattia pregressa che spesso sfocia nella cosiddetta 'sindrome del sopravvissuto', caratterizzata da una sorta di vergogna di 'aver vinto la morte' che perpetra lo stigma al quale è intimamente legato il presente e il futuro di chi ha sconfitto il male. Quest'ultimo, infatti, non solo soffre della sensazione di essere escluso dalla società attiva e produttiva ma vive anche un sentimento di colpa – tanto profondo quanto inespresso per un atavico rispetto umano – per essere diventato un peso per i propri cari.

Perché si traduca in una buona legge, il progetto sull'oblio oncologico deve mirare a creare un profondo cambiamento culturale svolgendo un ruolo educativo per i cittadini in un contesto sociale incongruente che, se da una parte tende a occultare una malattia considerata un tabù, dall'altra tende a condividere in rete ogni dettaglio della vita privata.

La possibilità di pubblicare sui *social media* informazioni personali e sensibili permette di ricostruire la storia clinica di una persona, soprattutto per patologie, in particolare quelle oncologiche pediatriche, che hanno pesanti ricadute sulle famiglie. Se a ciò si affianca l'indicazione di condividere la propria storia come atto terapeutico richiesto dai percorsi di supporto psicologico (indicazione spesso erroneamente interpretata come divulgazione sui *social*), si può ben comprendere come una legge sul diritto all'oblio non sia sufficiente se non contenga un valore educativo e non contempli iniziative per informare la cittadinanza sui rischi di discriminazione derivanti dall'utilizzo improprio di nuove tecnologie e dalla condivisione dei dati relativi alla salute.

4. *La tutela dei diritti dei sopravvissuti*

Se il quadro assistenziale europeo prevede la creazione di un centro digitale europeo dei pazienti oncologici e una *smart card* dalla quale gli operatori sanitari possono risalire alla storia clinica per facilitare e monitorare le cure di *follow-up*, le difficoltà più comuni a cui vanno incontro i sopravvissuti derivano da una gestione insufficiente degli effetti a lungo termine del trattamento, da una mancanza di coordinamento e di comunicazione con il personale sanitario, da problemi relativi ai programmi di riabilitazione, dal disagio emotivo, fino alla recidiva del tumore e alla malattia metastatica.

In ambito sociale, la situazione professionale delle persone cui viene diagnosticato il cancro peggiora sensibilmente per le difficoltà riscontrate nel rientro al lavoro anche anni dopo la diagnosi e anche dopo la guarigione.

Le misure per facilitare l'integrazione sociale e il reinserimento professionale, compresa una valutazione iniziale e l'adattamento delle condizioni di lavoro per i malati di cancro, dovrebbero essere parti integranti del percorso dei pazienti¹⁶.

Inoltre, a causa della loro anamnesi, i sopravvissuti in remissione a lungo termine ricevono spesso un trattamento iniquo per quanto riguarda l'accesso ai servizi finanziari: sebbene guariti da anni, se non addirittura da decenni¹⁷, essi devono subire l'applicazione di premi proibitivi.

La Commissione europea prevede di intensificare il sostegno agli Stati membri affinché promuovano programmi di riqualificazione e di sviluppo delle competenze utili ad aiutare i sopravvissuti al cancro a rientrare nel mercato del lavoro anche ricorrendo al sostegno finanziario del 'Fondo sociale europeo Plus'¹⁸.

È previsto anche uno studio europeo¹⁹ relativo al rientro al lavoro dei sopravvissuti al cancro che, identificando gli ostacoli e i problemi ancora irrisolti, mira a realizzare una mappatura precisa delle politiche nazionali in materia di occupazione e protezione sociale.

Anche le attività assistenziali di riabilitazione e di controllo spesso mal si conciliano con quelle tese a sostenere l'istruzione per i minori e le attività professionali per gli adulti. Questi ultimi, tra l'altro, vanno incontro ad effetti negativi immediati sul reddito corrente a causa della riduzione dell'orario di lavoro ed a lungo termine sulla pensione di vecchiaia, con una forte disuguaglianza tra i generi.

Analoghe difficoltà lavorative sono subite dai *caregivers*, sui quali grava la piena responsabilità dell'assistenza, spes-

¹⁶ Cancer Control Joint Action (CanCon), in <https://cancercontrol.eu>.

¹⁷ Le organizzazioni dei pazienti parlano in proposito di 'diritto all'oblio', che non deve tuttavia essere confuso con la stessa terminologia utilizzata nel contesto del *Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati*, in www.garanteprivacy.it.

¹⁸ Cfr. <https://ec.europa.eu/european-social-fund-plus/it/cose-1fse>.

¹⁹ Tale studio è riportato nel 'Piano Europeo di lotta contro il cancro', indicato in nota 8.

so associata a pesanti conseguenze in termini di salute fisica e mentale.

Pertanto, la Commissione europea dovrà garantire che gli Stati membri recepiscano la ‘Direttiva sull’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza’²⁰, che per questi ultimi introduce il congedo e la possibilità di chiedere l’applicazione di un orario di lavoro flessibile.

Inoltre, è prevista una ‘Strategia sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030’²¹, volta a indurre adattamenti ragionevoli sul luogo di lavoro per le persone con disabilità, categoria che include anche i pazienti oncologici e i sopravvissuti.

Attraverso il ‘Piano Europeo di lotta contro il cancro’, la Commissione esaminerà le pratiche nel settore dei servizi finanziari (comprese le assicurazioni) per garantire il principio di equità nei confronti dei sopravvissuti al cancro in remissione a lungo termine.

Tra gli obiettivi preposti vi è l’elaborazione di un codice di condotta redatto di concerto con le imprese, per garantire che le pratiche commerciali dei fornitori di servizi finanziari tengano conto dei progressi nei trattamenti contro il cancro, affinché, nella valutazione dell’idoneità di quanti richiedano prodotti finanziari (in particolare il credito e l’assicurazione legata ai contratti di credito o di prestito), si utilizzino esclusivamente informazioni proporzionate e necessarie.

Per accedere ad alcuni servizi finanziari e bancari, infatti, le persone devono dichiarare se sono state affette da alcune malattie, tra cui quelle oncologiche e, in tal caso, vengono considerate ‘clienti a rischio’. La questione riguarda le pratiche di valutazione del merito creditizio e i criteri di calcolo del rischio affidati al richiedente²². Banche e assicurazioni, nella

²⁰ Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, in <https://eur-lex.europa.eu>.

²¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia 2021-2030 sui diritti delle persone con disabilità*, in <https://eur-lex.europa.eu>.

²² L’articolo 18 della *Direttiva 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (Diret-*

difficoltà a valutare i rischi associati a una malattia così complessa e alle possibili recidive, per il massimo rispetto della propria attività istituzionale adottano un approccio precauzionale con rifiuto del servizio richiesto o aggravio aggiuntivo di costi. A fronte dei continui progressi raggiunti nella terapia antitumorale, infatti, mancano ancora informazioni aggiornate e le valutazioni del rischio vengono effettuate su dati o modelli spesso obsoleti. La mancanza di criteri specifici applicati uniformemente dagli attori privati, poi, contribuisce a generare una pratica di valutazione frammentata, prevalentemente autoregolamentata dalle stesse società, con mancanza di trasparenza e controllo di monitoraggio.

L'esclusione degli ex malati oncologici dalla possibilità di contrarre assicurazioni sulla vita e altri strumenti finanziari rende difficile o addirittura impossibile la proprietà in alcuni Paesi. Tale situazione sta portando i sopravvissuti al cancro a sperimentare una sensazione di 'raddoppio della pena' che impedisce a molti di loro di ritornare a una vita normale.

Le ricadute economiche della malattia, tra cui le tante spese che paziente e familiari devono affrontare per gli spostamenti e i programmi di cura e riabilitazione, si sommano a una diminuzione delle entrate a causa delle difficoltà sul lavoro e delle lunghe liste d'attesa dei Sistemi Sanitari che spingono i più a rivolgersi a privati, aggravate dall'impossibilità di accedere a un prestito per il rischio d'insolvenza.

In tale prospettiva, oltre al successo del trattamento, la chiave per ripristinare un vero senso di normalità in un sopravvissuto al cancro è il reinserimento sociale e professionale.

Il rischio di una discriminazione, tuttavia, non si verifica solo in ambito finanziario, ma può riguardare settori ancor

tiva sul credito ipotecario o 'MCD'), in <https://eur-lex.europa.eu>, prevede che, prima di concludere un contratto di credito, il creditore effettui una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto degli elementi rilevanti per verificare la prospettiva del consumatore di adempiere alle proprie obbligazioni derivanti dal contratto di credito. Analogamente, l'art. 20, par. 1, prevede che la valutazione del merito di credito sia effettuata sulla base di informazioni sulle entrate e le spese del consumatore e su altre circostanze finanziarie ed economiche necessarie, sufficienti e proporzionate.

più delicati, come quelli che investono la sfera personalissima della genitorialità: essere stato un paziente oncologico può infatti alterare il giudizio di idoneità all'adozione e quindi modificare pesantemente un progetto di vita familiare.

Il malato oncologico, pertanto, è costretto a subire una doppia discriminazione: la prima a seguito della malattia e la seconda per la permanenza dello stigma anche dopo la guarigione.

5. *Il diritto all'oblio oncologico*

Da quanto fin qui esposto, il diritto è chiamato a colmare un vuoto legislativo che tuteli i pazienti oncologici dalle forme di discriminazione e di violazione dei loro diritti attraverso norme che riconoscano un 'diritto all'oblio oncologico' (*right to be forgotten* – RTBF)²³.

Alcuni Paesi europei²⁴ hanno già adottato simili norme che stabiliscono i termini temporali oltre i quali i pazienti guariti dal cancro non sono più costretti a fornire informazioni sulla propria storia clinica pregressa, specie per le pratiche di valutazione del merito creditizio che – autoregolamentate, come già detto – da soggetti privati, prevedono la raccolta e valutazione indiscriminata di informazioni e dati sanitari relativi al richiedente.

In particolare, la legge belga prevede specificamente un 'diritto all'oblio' per richiedere un'assicurazione dei saldi in sospeso e, di conseguenza, ottenere un mutuo ipotecario e diventare proprietari di immobili: le persone che sono state dichiarate guarite dal cancro per almeno dieci anni possono ora stipulare una polizza assicurativa di equilibrio in sospeso senza alcun premio aggiuntivo riferito alla loro storia clinica. Tale

²³ G. SCOCCA, F. MEUNIERB, *A right to be forgotten for cancer survivors: A legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer*, in *Journal of Cancer Policy*, 2020, 100246.

²⁴ Attualmente sono la Francia (2016), il Portogallo, il Belgio (2019), i Paesi Bassi (2020), la Romania e il Lussemburgo (2019). Al momento della redazione di questo articolo, il governo spagnolo ha annunciato di voler varare a breve la legge sull'oblio oncologico.

legge prevede anche una riduzione del periodo di attesa decennale per alcuni tipi di cancro, una riduzione della possibilità di rifiuto e un abbassamento del massimale del premio aggiuntivo per altre malattie (cancerose o croniche).

In Francia e in Olanda, la norma prevede che, in caso di tumori che si verificano prima dei 18 o 21 anni, il termine sia di cinque anni dopo la fine del trattamento. Inoltre, tali disposizioni includono un elenco di eccezioni – regolarmente aggiornato in base agli enormi progressi dell'oncologia – per i tumori con una prognosi eccellente per i quali, ai fini del riconoscimento del diritto all'oblio, è previsto un termine più breve. In Francia, tra l'altro, non è più necessario presentare un questionario medico per prestiti fino a 200.000 Euro a persona da rimborsare entro l'età di 60 anni.

Le legislazioni di tutti questi Paesi stabiliscono che, nell'ambito di assicurazioni o contratti di prestito, il periodo oltre il quale le compagnie di assicurazione non possono raccogliere informazioni corrispondono al periodo di monitoraggio clinico effettuato regolarmente dopo la fine delle cure²⁵. In tale luce, proprio in Francia sono in corso ricerche tese a stabilire una base dati oggettiva a sostegno del problema²⁶.

Anche sulla base di tali esempi virtuosi, il Parlamento europeo ha espressamente chiesto che, entro il 2025, gli Stati membri garantiscano l'introduzione di norme comuni per il diritto all'oblio oncologico al fine di superare la frammentazione delle pratiche nazionali nel campo della valutazione del merito di credito e per garantire la parità di accesso al credito per i sopravvissuti al cancro²⁷.

²⁵ Cfr. <https://ecpc.org/policy/the-right-to-be-forgotten/>.

²⁶ E.L.F. ASSOGBA, A. DUMAS, A.-S. WORONOFF, C. MOLLÉVI, C. COUTANT, S. LADOIRE, I. DESMOULINS, T.S. DABAKUYO-YONLI; FRENCH NETWORK OF CANCER REGISTRIES (FRANCIM), *Cross-sectional nationwide mixed-methods population-based study of living conditions, and identification of sexual and fertility profiles among young women after breast cancer in France: the Candy study protocol*, in *British Medical journal*, 2022, 12: e056834. doi:10.1136/bmjopen-2021-056834.

²⁷ Cfr. art. 125 della *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata*, in www.europarl.europa.eu.

Tale posizione dell'Unione Europea si inserisce nella più ampia cornice della tutela dei dati personali relativi alla salute espressa dal Consiglio d'Europa in due Raccomandazioni del Comitato dei Ministri:

la prima, del 2016²⁸, riguarda specificatamente il trattamento dei dati personali a fini assicurativi e indica le condizioni per giustificare il trattamento di dati personali relativi alla salute da parte degli assicuratori, con esplicito divieto di richiedere dati predittivi derivanti da test genetici, se non espressamente autorizzato dalla legge;

la seconda, del 2019²⁹, indica le condizioni per il trattamento dei dati relativi alla salute, per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, ribadendo il divieto di comunicare tali dati alle compagnie assicurative e ai datori di lavoro.

Attualmente, in Italia non esiste alcuna legislazione in merito al diritto all'oblio oncologico e, pertanto, è ancora possibile discriminare gli ex pazienti oncologici sulla base del loro passato clinico.

Nella scorsa legislatura era stato presentato al Parlamento italiano un disegno di legge per riconoscere il diritto delle persone già affette da patologia oncologica a non subire discriminazioni nell'accesso all'adozione di minori e ai servizi bancari e assicurativi³⁰.

Nell'attuale legislatura, il tema è stato riproposto attraverso una *Mozione concernente iniziative per la prevenzione e la*

²⁸ Recommendation CM/Rec(2016)8 of the Committee of Ministers to the member States on the processing of personal health-related data for insurance purposes, including data resulting from genetic tests (Adopted by the Committee of Ministers on 26 October 2016 at the 1269th meeting of the Ministers' Deputies), in <https://search.coe.int>.

²⁹ Recommendation CM/Rec (2019)2 of the Committee of Ministers to the member States on Protection of Health-Related Data (Adopted by the Committee of Ministers on 27 March 2019 at the 1342nd meeting of the Ministers' Deputies), in <https://search.coe.int>.

³⁰ Disegno di legge recante *Disposizioni in materia di parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche* (comunicato alla Presidenza il 28 febbraio 2022), in www.senato.it.

*cura del cancro*³¹ che, con il programma di medicina personalizzata nell'ambito del programma di ricerca *Horizon Europe*, si inserisce nel solco tracciato dal 'Piano Europeo di lotta contro il cancro' per promuovere azioni di cura mirate per ciascun paziente e volte al miglioramento della qualità di vita dei malati oncologici e dei familiari o parenti degli stessi che svolgono la funzione di *caregiver*. In relazione alle discriminazioni delle persone guarite dal cancro si afferma che, nell'accesso ai servizi bancari, finanziari e assicurativi, non potranno essere richieste informazioni sullo stato di salute relative a malattie oncologiche pregresse quando sia trascorso uno specifico periodo di tempo dalla fine del trattamento attivo in assenza di recidive o ricadute della patologia. Tali informazioni, inoltre, non potranno più essere considerate ai fini della valutazione del rischio o della solvibilità del cliente oltre che per l'accesso alle adozioni. Le soglie temporali superate le quali si ha diritto all'oblio sono così individuate: 5 anni dalla fine del protocollo terapeutico per i tumori insorti prima del ventunesimo anno di età, 10 anni per quelli sviluppati dopo il compimento dei 21 anni di età.

La *Mozione*, oltre a invitare le istituzioni a riconoscere le conseguenze fisiche e mentali della malattia oncologica anche in termini di discriminazione in ambito lavorativo e i relativi oneri finanziari, prevede l'istituzione della Consulta per la parità al trattamento degli ex-malati, che avrà il compito di vigilare sull'osservazione delle norme da parte degli istituti bancari e di credito oltre che promuovere una maggiore consapevolezza.

La *Mozione* intende realizzare uno degli obiettivi del nuovo 'Piano Oncologico Nazionale 2023-2027'³², finalizzato a migliorare il percorso complessivo di lotta alle patologie neopla-

³¹ CAMERA DEI DEPUTATI, *Mozione concernente iniziative per la prevenzione e la cura del cancro* (Testi allegati all'Ordine del Giorno della seduta n. 47 di mercoledì 1° febbraio 2023), in www.camera.it.

³² MINISTERO DELLA SALUTE, *Piano Oncologico Nazionale: documento di pianificazione e indirizzo per la prevenzione e il contrasto del cancro 2023-2027*, approvato in Conferenza Stato-Regioni il 26 gennaio 2023, in www.salute.gov.it.

stiche in termini di efficacia, efficienza, appropriatezza, *empowerment* e gradimento dei pazienti, a contenere i costi sanitari e sociali determinati dalle stesse e a realizzare una maggiore integrazione tra prevenzione, diagnosi precoce e presa in carico, fino all'eliminazione delle disuguaglianze nell'accesso agli interventi di prevenzione e cura.

Nel 'Piano Oncologico Nazionale' si evidenzia la necessità di realizzare il diritto all'oblio oncologico, promuovendo iniziative volte a rimuovere ostacoli culturali, normativi e burocratici che possono causare disuguaglianze e comportamenti discriminatori, con particolare riferimento all'accesso ai servizi finanziari ed assicurativi ai giovani sopravvissuti che a tutt'oggi si vedono negare l'accesso a prodotti finanziari o assicurativi oppure, nel migliore dei casi, fruiscono degli stessi con maggiorazioni tariffarie o clausole di esclusione parziale del rischio assicurato anche decenni dopo aver completato l'iter terapeutico.

Inoltre, anche se in generale non vi sono impedimenti legittimi o etici a che le persone che hanno avuto un tumore possano diventare genitori adottivi, la mancanza di norme o di linee guida nazionali fa sì che non siano uniformi le valutazioni sull'idoneità all'adozione per le persone guarite dal cancro o lungoviventi da parte dei Tribunali per i minorenni.

La *Mozione* della Camera dei deputati impegna il Governo «ad adottare iniziative, anche di carattere normativo, volte a riconoscere e tutelare il diritto all'oblio oncologico, al fine di assicurare la parità di trattamento, l'inclusione sociale e il reinserimento lavorativo delle persone guarite da patologie oncologiche, garantendo anche la parità di accesso al credito bancario e alle procedure per l'adozione».

6. *Il concetto di vulnerabilità*

L'obiettivo importante di varare una legge sull'oblio oncologico deve rappresentare un cambio di paradigma culturale a tutela dei diritti delle persone guarite dal cancro e deve comprendere una serie di iniziative 'pedagogiche' a supporto.

Il punto di partenza è garantire nelle politiche nazionali e comunitarie uno *status* specifico, riferito all'etica della cura in rapporto al concetto di vulnerabilità³³, alle persone guarite dalla malattia, con adeguate prerogative di cui il diritto all'oblio è parte integrante. La vulnerabilità nasce da quanto finora esposto ed ampiamente trattato in letteratura per quanto riguarda gli 'ex-malati' oncologici.

Prima ancora di affrontare il tema del sopravvissuto, in rapporto alla vulnerabilità va esaminata la tendenza ad eseguire *screening* generalizzati. Quelli per il tumore mammario, ad esempio, appaiono per alcuni eticamente discutibili in quanto, minimizzando il rischio legato alle procedure e all'ansia dell'attesa della diagnosi ed impedendo così una vera scelta informata, potrebbero apportare alle pazienti più danno che beneficio. Va considerata in tal caso la vulnerabilità intrinseca legata a caratteristiche biologiche, psicologiche e sociali e quella situazionale legata a fattori specifici del contesto come le circostanze personali, sociali, politiche, economiche o ambientali. La vulnerabilità patogena è un sottotipo di quella situazionale: essa nasce nel contesto di significativi squilibri di potere sociale generati da una varietà di fonti, tra cui relazioni moralmente disfunzionali o abusive e ingiustizie sociopolitiche o azioni che esacerbano le vulnerabilità esistenti o ne creano di nuove. Di fatto, interventi invasivi ed estesi mirano a curare il cancro al seno, ma a volte non sono necessari e 'iper-preventivi' per malignità di basso grado riscontrabi-

³³ Sul rapporto fra vulnerabilità ed etica della cura si vedano, tra gli altri: L. BENAROYO, *Responsibility and vulnerability: The resources of Emmanuel Levinas' thought for the ethics of care. Teoria*, in *Rivista di Filosofia*, 43, 2023, 1, pp. 11-23. <https://doi.org/10.4454/teoria.v43i1.170>; C. BOTRUGNO, *Information and Communication Technologies in Healthcare: A New Geography of Right to Health*, in *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 2021, 1, pp. 163-188. doi: 10.4477/100643; L. CANDIOTTO ET AL., *Essere chiamati dalla sofferenza. Etica della cura appassionata e vocazione vulnerabile*, in *Esperienze filosofiche/Filosofie della medicina e forme della cura*, 2015, 1, pp. 39-51; D. RUGGIU, *Soggetto vulnerabile, innovazione tecnologica ed etica della cura*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2019, 2, pp. 133-154. doi: 10.7382/95815; M.G. BERNARDINI ET AL., *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, Roma, 2018; S. BROTTTO, *Etica della cura. Una introduzione*, Orthotes, Napoli, 2013.

li in donne particolarmente apprensive e quindi finiscono per generare danni avendo originariamente finalità benefiche³⁴.

La vulnerabilità di quanti sono sopravvissuti, però, emerge nei momenti cruciali, e resta come una ‘musica di sottofondo’ dopo che la persona ha sviluppato resilienza. I malati di cancro, infatti, cercano di dare un significato alle loro esperienze, nonostante abbiano vissuto emozioni contrastanti in momenti in cui, in presenza di un rischio imminente di morte, poi fortunatamente superato, hanno dovuto operare scelte personali fondamentali confrontandosi con valori profondamente radicati e obiettivi di vita rielaborati per ottimizzare gli adattamenti alla malattia³⁵.

Altro aspetto meno considerato è l’avvicinarsi, ad oggi sempre più frequente per l’allungamento della sopravvivenza al tumore, di fasi di transizione all’interno del progetto di cura. Queste ultime comportano una vulnerabilità associata ad eventi avversi, ad un improvviso aumento dei costi o alla diminuzione della soddisfazione del paziente. Si tratta di un elemento della cura tanto rilevante sotto il profilo bioetico e psicologico che è in corso uno studio dedicato, teso a progettare, implementare e valutare interventi utili a migliorare in tal senso la qualità delle cure³⁶.

Nei pazienti anziani, poi, il cancro induce un’auto-percezione più negativa dell’invecchiamento e del cancro stesso in grado di influenzare negativamente la salute fisica, tanto da essere stata ipotizzata anche come possibile indicatore di vulnerabilità³⁷.

³⁴ D.A. ROGERS, *Analysing the ethics of breast cancer overdiagnosis: a pathogenic vulnerability*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 22, 2019, pp. 129-140.

³⁵ N. MICHAEL, X. SYMONS, G.L. MENDZ, D. KISSANE, *Vulnerability and Resilience: Phenomenological Analysis of Cancer Patients Value Directives*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, 64, 2022, pp. 438-448.

³⁶ K. SAURO, A. MAINI, M. MACHAN, D. LORENZETTI, S. CHANDARANA, J. DORT, *Are there opportunities to improve care as patients transition through the cancer care continuum? A scoping review protocol*, in *British Medical Journal Open*, 2021, 11: e043374. doi:10.1136/bmjopen-2020-043374.

³⁷ S. SCHROYEN, P. MISSOTTEN, G. JERUSALEM, M. VAN DEN AKKER, F. BUNTINX, F. ADAM, *Association between self-perception of aging, view of cancer and*

Nei ragazzi, invece, insorgono problemi di ordine completamente diverso, anche se in parte anch'essi incentrati sulle difficoltà assicurative a lungo termine³⁸. Il vero grande motivo di sofferenza nei giovani sopravvissuti, in realtà, è il dubbio sulla possibilità di procreare. La conservazione della fertilità rappresenta di fatto un fattore fondamentale per la qualità della vita per molti sopravvissuti al cancro infantile. Per tale motivo, nel tempo sono stati sviluppati protocolli terapeutici il più possibile rispettosi della funzionalità gonadica. Ciononostante, il costo delle tecniche della pressoché invariabilmente necessaria riproduzione assistita, spesso sperimentali e quindi non coperte da assicurazione, può risultare molto elevato e fungere quindi da barriera per i pazienti e le famiglie interessate e non disposte ad affrontare pratiche di adozione già di per sé complesse e tanto più difficili da portare a termine nei sopravvissuti al cancro³⁹.

L'etica della cura è un approccio caratterizzato da presupposti morali e interessi che pongono l'accento sulla relazione di cura fra medico e paziente dando importanza agli aspetti informali dell'assistenza sanitaria e alle reti relazionali messe in opera ai fini del benessere in un quadro più ampio di attenzione, responsabilità, competenza e reattività⁴⁰⁻⁴¹.

In tal senso, appare ora irrinunciabile sviluppare una migliore comprensione delle esperienze di genere nell'assisten-

health of older patients in oncology: a one-year longitudinal study, in *BMC Cancer*, 2017, 17:614. doi 10.1186/s12885-017-3607-8.

³⁸ A. DUMAS, R. ALLODJI, B. FRESNEAU, D. VALTEAU-COUANET, C. EL-FAYECH, H. PACQUEMENT, A. LAPRIE, T.D. NGUYEN, P.-Y. BONDIAU, I. DIALLO, C. GUIBOUT, C. RUBINO, N. HADDY, O. OBERLIN, G. VASSAL, F. DE VATHAIRE, *The right to be forgotten: a change in access to insurance and loans after childhood cancer?*, in *Journal of Cancer Survivorship*, 2017, 11, pp. 431-437.

³⁹ K.C. BURNS, H. HOEFGEN, A. STRINE, R. DASGUPTA, *Fertility preservation options in pediatric and adolescent patients with cancer*, in *Cancer*, 2018, 124, pp. 1867-1876.

⁴⁰ M. DE VRIES, C.J.W. LEGET, *Ethical dilemmas in elderly cancer patients: a perspective from the ethics of care*, in *Journal of Clinical Oncology*, 36, 2018, 21, pp. 2216-2222.

⁴¹ S.T. AUNAN, G.C. WALLGREN, S. HANSEN, *The value of information and support; Experiences among patients with prostate cancer*, in *Journal of Clinical Nursing*, 2021, 30, pp. 1653-1664.

za informale e nelle relazioni di cura all'interno e all'esterno del contesto oncologico per imparare a navigare tra le diverse emozioni associate a malattie gravi che troppo spesso vengono ignorate dai più, diventando di fatto culturalmente silenti⁴².

7. Conclusioni

Tale riconoscimento di uno *status* giuridico di persona vulnerabile costituisce il pilastro su cui costruire l'*empowerment* del gruppo specifico di persone al quale si è fatto riferimento finora e che necessitano di peculiari programmi di assistenza alla sopravvivenza e allo sviluppo di misure sociali in grado di garantire l'inclusività e di proteggere dalla discriminazione.

L'urgenza della regolamentazione del diritto all'oblio oncologico è resa evidente dall'attenzione posta sull'argomento da parte delle istituzioni europee, per garantire che nessuno sul territorio dell'Unione venga discriminato in base al proprio passato clinico⁴³.

La sfida che si prospetta è quella di avere normative simili tra i Paesi europei, riducendo al minimo la discriminazione, promuovendo l'uguaglianza sociale e regolando il mercato per tutti i cittadini dell'Unione Europea in cura per peggiorato cancro.

Tuttavia, l'azione legislativa deve essere affiancata da un costante dialogo con la scienza e con i progressi della ricerca, per tenere conto dei possibili avanzamenti terapeutici, utili a definire termini temporali di guarigione adeguati alle diverse neoplasie.

La norma, pertanto, deve bilanciare l'esigenza di individuare dei criteri generali utili al riconoscimento di un diritto all'oblio oncologico validi a prescindere dal tipo di patolo-

⁴² K. KENNY, A. BROOM, E. KIRBY, J.L. OLIFFE, D. WYLD, Z. LWIN, *Reciprocity, Autonomy, and Vulnerability in Men's Experiences of Informal Cancer Care*, in *Qualitative Health Research*, 30, 2020, 4, pp. 491-503.

⁴³ COMITATO ETICO DI FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, *Parere Dignità e giustizia oltre la malattia*, 2022, in www.fondazioneveronesi.it.

gia considerata, con meccanismi che consentano nel tempo di considerare le specificità e di identificare i rispettivi intervalli temporali⁴⁴.

L'impegno normativo che il nostro Paese sta affrontando, unitamente agli altri Paesi europei, ha il profondo significato di creare una nuova presa di coscienza della malattia, intesa come evento spontaneo, privo di connotazioni morali, per giungere ad una rivalutazione culturale e sociale che ponga il malato al centro di azioni rivolte a garantire i suoi diritti fondamentali e i principi bioetici di beneficenza, autonomia ed equo accesso alle cure.

⁴⁴ L'utilità di prevedere linee di ricerca in questo senso è stata dimostrata da un recente report del *Belgian Health Care Knowledge Centre (KCE)*, in <https://annualreport.kce.bel2021/en/right-to-be-forgotten-programme/>.

LUISA BORGIA, I diritti umani oltre la malattia: i sopravvissuti al cancro e il diritto all'oblio oncologico

Il presente articolo intende sollecitare una riflessione sui diritti delle persone guarite dal cancro e sulle forme di discriminazione che queste ultime sono costrette a subire in ambito sociale, professionale e finanziario. La questione riguarda oltre 12 milioni di sopravvissuti oncologici in Europa ed è al centro delle politiche europee che incentivano gli Stati membri ad adottare norme nazionali in grado di garantire agli stessi il 'diritto all'oblio'.

L'articolo esamina i contenuti delle iniziative comunitarie a tutela dei diritti dei sopravvissuti e compie un'analisi della proposta di legge italiana sul diritto all'oblio. L'intento è quello di collocare le iniziative giuridiche in un contesto più ampio di rivalutazione culturale e sociale del malato, contesto che deve tener conto del progresso della medicina, dei valori bioetici e dei diritti umani dei sopravvissuti al cancro.

Parole chiave: diritto all'oblio, cancro, sopravvissuti, discriminazione, tossicità finanziaria, equità, bioetica.

LUISA BORGIA, Human rights beyond disease: the right to be forgotten for cancer survivors

This article intends to promote a reflection on the rights of persons recovered from cancer and on the forms of discrimination they are forced to suffer in the social, professional, and financial fields. The issue affects over 12 million European cancer survivors and is at the heart of European policies that encourage Member States to adopt national rules that guarantee the 'right to be forgotten' for these persons.

The article examines the contents of the community initiatives to protect survivors' rights and analyzes the Italian law proposal on the right to be forgotten. The purpose is to place the legal initiatives in a broader context of cultural and social revaluation of the patient, a context that must consider the progress of medicine, bioethical values, and the human rights of cancer survivors.

Key words: right to be forgotten, cancer, survivors, discrimination, financial toxicity, equity, bioethics.

Dario Sandonà

DALLA NOTITIA DE DELICTO ALL'INDAGINE PREVIA. NOTE A MARGINE DEL VADEMECUM SU ALCUNI PUNTI DI PROCEDURA NEL TRATTAMENTO DEI CASI DI ABUSO SESSUALE DI MINORI COMMESSI DA CHIERICI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Natura giuridica, destinatari e ambito di applicazione. – 3. La *notitia de delicto*. – 4. L'avvio dell'indagine previa. – 4.1. La prescrizione. – 4.2. Il segreto d'ufficio. – 5. Lo svolgimento dell'indagine previa. – 5.1. L'ascolto del minore. – 5.2. La tutela del presunto colpevole. – 5.3. L'accompagnamento spirituale e materiale delle parti. – 5.4. Le misure cautelari. – 5.5. La chiusura delle indagini. – 6. I rapporti con le autorità civili. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli ultimi decenni del secolo scorso è stata particolarmente avvertita la necessità di riformulare la normativa esistente in materia di *delicta contra sextum*¹ commessi da chierici a danno di minori, sia dal punto di vista sostanziale che

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In dottrina si vedano, in particolare, le istanze sollevate in tal senso da D. ASTIGUETA, *La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali*, in *Periodica de re canonica*, 2004, 4, pp. 623-691; J. P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen sollicitationis: caught red-handend or handed a red herring?*, in *Studia canonica*, 2007, pp. 199-236; D. CITO, *Il diritto canonico di fronte ai reati (in particolare di fronte agli abusi sui minori)*, in *Iustitia*, 2010, 3, pp. 253-263; ID., *Brevi note sulla Circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede con riferimento alle linee guida per i casi di abuso sui minori da parte dei chierici*, in *Iustitia*, 2011, 3, pp. 309-314. Il problema ha destato l'interesse anche degli studiosi del diritto penale, suscitando stimoli e riflessioni da parte della dottrina penalistica italiana più sensibile ed attenta al diritto canonico. Su tutti, ved. L. EUSEBI, *Pena canonica e tutela del minore*, in *disCrimen*, 2020, 1 pp. 1-26.

da quello più specificamente processuale². Anzi, dopo l'emanazione

² Il fenomeno è noto all'interno di diversi Paesi a livello globale. Per quanto riguarda il continente europeo, si pensi alla condizione della Francia. Ivi sono stati pubblicati recentemente i risultati della *Commission indépendante sur les abus sexuels dans l'Église*, commissione fortemente voluta dalla Conferenza Episcopale Francese per far luce sugli episodi avvenuti dal 1950 ad oggi; il *Rapport* è denominato *Les violences sexuelles dans l'Église catholique. France 1950-2020*. Sempre sulla condizione francese si vedano anche CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES DE FRANCE, *Lutter contre la pédophilie*, Paris, 2002, tr. it. *Il Regno documenti*, 2002, pp. 443-456, R. MICOCCHI, «Lutter contre la pédophilie: alcune riflessioni sull'azione della Chiesa di Francia negli ultimi anni», in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. CRTO, Milano, 2005, pp. 577-590.

Sulla condizione irlandese ved. DEPARTMENT OF CHILDREN EQUALITY, DISABILITY, INTEGRATION AND YOUTH, *The report of the Commission to Inquire into Child Abuse (The Ryan Report)*, 20 maggio 2009, *The Stationery Office*, Dublin, 2009, in www.bishopaccountability.org/reports/2009_05_20_Ryan_Report/; BENEDETTO XVI, *Litterae Pastorales ad christifideles catholicos in Hibernia*, 19 marzo 2012, *Acta Apostolicae Sedis*, 2010, pp. 209-220.

In Germania alcuni dati interessanti possono essere tratti da uno studio circa l'Arcidiocesi di Monaco-Frisinga che chiamò in causa lo stesso Ratzinger, ved. *Sexueller Missbrauch Minderjähriger und erwachsener Schutzbefehlener durch Kleriker sowie hauptamtliche Bedienstete in Bereich der Erzdiözese München und Freising von 1945 bis 2019. Verantwortlichkeiten, systemische Ursachen, Konsequenzen und Empfehlungen*, 20 gennaio 2022, a cura di WESTPFAHL SPILKER WASTL RECHTSANWALTE, in <https://westpfahl-spilker.de/wp-content/uploads/2022/01/WSW-Gutachten-Erzdiözese-Muenchen-und-Freising-vom-20.-Januar-2022.pdf>; si veda altresì il rapporto commissionato dalla Conferenza Episcopale Tedesca (tr. inglese): RESEARCH PROJECT (MHG STUDY), *Sexual abuse of minors by catholic priests, deacons and male members of orders in the domain of the German Bishops' Conference*, in <https://tinyurl.com/y6fw4cza>.

Non mancano interessanti spunti di riflessione analizzando il problema anche in altri continenti: si pensi alla condizione dei Paesi nordamericani. Per quanto riguarda il Canada ved. CONFERENZA DEI VESCOVI CATTOLICI DEL CANADA, *From Pain To Hope: Report from the Ad Hoc Committee on child sexual abuse*, Ottawa, 1992; F.J. MORRIS, *The pastoral and juridical Dimensions of Dismissal from the Clerical State and Other Penalties for Acts of Sexual Misconduct*, in *Proceedings of the Fifty-third Annual Convention*, a cura di CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, Catholic University of America Press, Washington DC, 1991, pp. 221-239; Id., *Procedure to be Applied in Cases of Sexual Misconduct by a priest*, in *Studia Canonica*, 1992, pp. 39-74; V.N. MBANDJI, *La repression de la pédopornographie en droit canonique, en droit criminel canadien et dans les instruments juridiques internationaux*, *ivi*, 2021, pp. 477-510. Per quanto riguarda gli Stati Uniti ved. THE INVESTIGATIVE STAFF OF THE BOSTON GLOBE, *Betrayal: the crisis in the Catholic Church*, Little Brown & Co., Bos-

zione del *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*³ è diventata sempre più impellente l'esigenza di uno strumento che potesse illustrare come procedere in caso di sospetto abuso sessuale su minori⁴.

In molti chiedevano un mezzo di agile consultazione, accessibile e comprensibile anche ai non giuristi: tale istanza era sollecitata in particolare da quella gerarchia ecclesiale che, in concreto, doveva occuparsi di segnalazioni di tal sorta nella propria parrocchia o diocesi e che chiedeva di essere adeguatamente formata, ritenendo di non potere, né dovere, contare esclusivamente sull'ausilio e la consulenza di esperti interpellati occasionalmente⁵.

ton, 2002; T.J. GREEN, *Clerical sexual abuse of minors: some canonical reflections*, in *The Jurist*, 2003, pp. 366-425; J.P. KIMES, *Simul et cura et solertia. Le Essential Norms della Conferenza Episcopale statunitense*, in *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede norme, prassi, obiezioni*, a cura di C. PAPAIE, Città del Vaticano, 2015, pp. 25-74; L. NAVARRO, *A General Canonical Background for Interpreting the USCCB Essential Norms in the Context of Evolution of Canonical Penal Law*, in *Towards Future developments in Penal Law: U.S. Theory and practice*, a cura di P.M. DUGAN, Wilson & Lafleur, Montreal, 2010, pp. 197-238.

Per la disamina della normativa principale si rinvia alla nt. 11.

³ Ved. GIOVANNI PAOLO II, *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2001, pp. 737-739. Un elenco completo delle misure adottate può essere reperito presso una apposita sezione del sito web della Santa Sede denominata *Abuso su minori. La risposta della Chiesa*, consultabile presso www.vatican.va. Sull'approccio dell'ultimo Pontefice al fenomeno ved. V.N. MBANDJI, *Le pape François et la crise des abus sexuels. La poursuite de la Réforme du droit penal canonique*, in *Studia Canonica*, 2020, pp. 579-621.

⁴ Si pensi che la questione ha costituito il primo punto all'ordine del giorno di discussione dell'Incontro 'La protezione dei minori nella Chiesa' tenutosi in Vaticano dal 21 al 24 febbraio 2019. Gli atti dell'Incontro sono reperibili presso il sito internet dedicato: [/www.pbc2019.org/it/home](http://www.pbc2019.org/it/home) e sono stati altresì pubblicati in un apposito volume *Consapevolezza e purificazione. Atti dell'incontro per la Tutela dei minori nella Chiesa. (Città del Vaticano 21-24 febbraio 2019)*, Città del Vaticano, 2019.

⁵ Tale linea di pensiero è emersa durante i lavori dell'Incontro 'La protezione dei minori nella Chiesa' sopra citato. Vescovi e parroci, in modo particolare, avevano bisogno di capire come gestire soprattutto la prima fase del procedimento penale, in cui la *notitia criminis* giunge alla loro attenzione, e come interpretare, in modo adeguato, quanto loro esposto all'interno delle segnalazioni.

In risposta a tali esigenze, l'allora Congregazione per la Dottrina della Fede (oggi Dicastero per la Dottrina della Fede)⁶ ha pubblicato⁷, il 16 luglio 2020, un *Vademecum*, congiuntamente ad una Nota introduttiva della Santa Sede⁸, su «alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale

⁶ In data 11 febbraio 2022, Papa Francesco ha riformato la Congregazione per la Dottrina della Fede mediante la lettera apostolica in forma di Motu proprio *Fidem servare*, ved. FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio Fidem Servare*, in *L'Osservatore romano*, 14 febbraio 2022, p. 12. Il Santo Padre ha deciso di modificare la struttura interna dell'ex Sant'Ufficio costituendo due diverse sezioni: la sezione dottrinale e la sezione disciplinare, ciascuna coordinata da un segretario che coadiuva il prefetto nell'ambito delle specifiche competenze, collaborando con sottosegretario e capi ufficio. La sezione disciplinare che si occuperà dei delitti riservati alla Congregazione – tra cui l'abuso sessuale su minori compiuto da chierici – e da questa trattati mediante la giurisdizione del Supremo Tribunale Apostolico ivi istituito. Essa ha il compito «di predisporre ed elaborare le procedure previste dalla normativa canonica perché la Congregazione, nelle sue diverse istanze (prefetto, segretario, promotore di giustizia, Congresso, Sessione ordinaria, Collegio per l'esame dei ricorsi in materia di *delicta graviora*), possa promuovere una retta amministrazione della giustizia».

In data 19 marzo 2022, il Santo Padre ha poi conferito organicità alle riforme della Curia romana susseguitesesi nel corso degli ultimi anni, promulgando la Costituzione apostolica *Praedicate Evangelium* (PE) sulla Curia romana e il suo servizio alla Chiesa e al Mondo, ved. FRANCESCO, *Costituzione Apostolica "Praedicate Evangelium" sulla Curia Romana e il suo servizio alla Chiesa e al Mondo*, in *L'Osservatore romano*, 31 marzo 2022, pp. I-XII, che, entrando in vigore il 5 giugno 2022, solennità di Pentecoste, ha abrogato la Costituzione apostolica *Pastor bonus* (PB) di Giovanni Paolo II, del 28 giugno 1988, ved. GIOVANNI PAOLO II, *Costituzione Apostolica Pastor bonus*, in *Acta Apostolicae sedis*, 1988, pp. 841-912. Per un primo commento ved. G. GHIRLANDA, *La Costituzione apostolica "Praedicate Evangelium" sulla Curia romana*, in *La Civiltà cattolica*, 2022, pp. 41-56.

A seguito della promulgazione della Costituzione apostolica *Praedicate Evangelium* la Congregazione per la Dottrina della Fede ha assunto la denominazione di Dicastero per la Dottrina della Fede.

⁷ Ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, 16 luglio 2020, ver. 1.0, in *L'Osservatore Romano*, 17 luglio 2020, pp. 7-10, consultabile presso www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20200716_vademecum-casi-abuso_it.html.

⁸ Positivo è il fatto che sia stato prontamente sottoposto all'attenzione della stampa e non qualificato come riservato. Tale sorte toccò in primis all'Istruzione *Crimen Sollicitationis* e successivamente, quantomeno inizialmen-

di minori commessi da chierici». Il testo è stato aggiornato in data 5 giugno 2022⁹ ed è volto ad esplicitare le norme contenute nei due codici vigenti (CIC e CCEO) e nelle altre fonti¹⁰ analiti-

te, al *Motu proprio SST*, ved. J. P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen sollicitationis: caught red-handend or handed a red herring?*, cit., p. 199 ss.

⁹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, 5 giugno 2022, ver. 2.0, in *L'Osservatore Romano*, 27 giugno 2022. A meno di due anni dalla sua prima edizione, la quale preludeva già a possibili futuri aggiornamenti, il Vademecum è stato modificato dal Dicastero per la Dottrina della Fede in ragione delle recenti modifiche normative introdotte dal Santo Padre in tema di contrasto alla pedofilia (in merito alle quali ci si sofferma diffusamente *infra* alla nt. n. 13) e in virtù delle segnalazioni pervenute al Dicastero da parte di accademici, operatori e studiosi. A livello redazionale è stata conservata la numerazione originaria in modo da facilitare coloro i quali avessero già assunto dimestichezza con il Vademecum. Nel complesso non vi sono modifiche sostanziali rilevanti, se non qualche indicazione in tema di processo penale extragiudiziale (si vedano i punti 98, 117, 120 e 136). D'ora in poi ogni riferimento, salvo diversa indicazione, correrà alla seconda edizione.

¹⁰ Per un commento della disciplina vigente, onnicomprensivo anche delle risposte magisteriali, ved. D. ASTIGUETA, *La persona e i suoi diritti nelle norme sugli abusi sessuali*, cit., p. 623 ss.; *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, a cura di A. D'AURIA, C. PAPAIE, Roma, 2014; F.R. AZNAR GIL, *Abusos sexuales a menores cometidos por clerigos y religiosos*, in *Revista española de Derecho canónico*, 2010, pp. 827-850; D. CITO, *Appunti sull'evoluzione normativa del diritto penale canonico nell'ultimo decennio*, in *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe dalla Torre*, I, *Diritto Canonico*, a cura di G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI, Torino, 2014, pp. 197-213; P. DAL CORSO, *L'evoluzione del diritto penale canonico nella normativa successiva al codice del 1983*, in *Il diritto penale al servizio della comunione della Chiesa*, a cura di GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Milano, 2021, pp. 109-152; P. FANTELLI, *Il diritto penale canonico: tra potere coercitivo e carità pastorale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2013, 3; T.J. GREEN, *Clerical sexual abuse of minors: some canonical reflections*, cit.; S. LOPPACHER, *Processo penale canonico e abuso sessuale su minori. Un'analisi dei recenti sviluppi normativi intorno al "delictum contra sextum cum minore" alla luce degli elementi essenziali di un giusto processo*, Roma, 2017; N. LUDECKE, *Le violenze di prete su minori nel diritto canonico*, in *Il regno-documenti*, 2010, pp. 470-483; S. POPE, *Accountability and Sexual Abuse in The United States: Lessons for the Universal Church*, in *Irish Theological Quarterly*, 2004, pp. 73-88; W. REES, *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen durch Kleriker: Ammerkungen aus kirchennrechtlicher Sicht*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 2003, II, pp. 392-426.

camente elencate all'interno dell'Introduzione¹¹ del testo.

Nel presente contributo ci si propone di passare in rassegna le indicazioni del citato *Vademecum* in tema di *notitia de delicto* e indagini previa¹², mettendone in evidenza l'adeguatezza e/o l'opportunità, non dimenticando le recenti ed ulteriori modifiche normative intervenute in materia¹³.

¹¹ Il Dicastero per la Dottrina della Fede fa riferimento a tutte le norme dedicate al diritto penale canonico sostanziale e processuale sia nel CIC (Libri VI e VII) sia nel CCEO (titoli XXVII e XXVIII, ai canoni 1401-1487). Le altre fonti indicate nell'introduzione del *Vademecum* sono le 'Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede', emanate con il *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, ved. GIOVANNI PAOLO II, *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, cit. e riformate nel 2010, ved. BENEDETTO XVI, *Normae*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2010, pp. 419-430; nonché il *Motu proprio Vos estis lux mundi*, ved. FRANCESCO, *Motu proprio Vos estis lux mundi*, in *L'Osservatore romano*, 10 maggio 2019, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2019, pp. 823-832.

Si noti che quest'ultimo testo normativo, dopo lo stabilito decorso di un triennio *ad experimentum*, è stato abrogato dal Santo padre con la promulgazione e pubblicazione di una nuova lettera apostolica in forma di *motu proprio* intitolata in modo analogo, ved. FRANCESCO, *Motu proprio Vos estis lux mundi*, in *L'Osservatore romano*, 25 marzo 2023, pp. 8-10, entrata in vigore in data 30 aprile 2023 e non ancora pubblicata negli *Acta Apostolicae Sedis*. Non vi sono modifiche di rilievo che ne hanno snaturato il contenuto, si tratta solo di piccoli accorgimenti dettati dalla prima prassi applicativa: si è ampliato per esempio l'ambito di applicazione estendo le norme ai moderatori delle associazioni internazionali di fedeli riconosciute o erette dalla Sede Apostolica, sono stati modificati alcuni termini in sede di indagine e si è aggiunto un nuovo articolo 10 dedicato alla procedura applicabile nei confronti dei Moderatori Supremi di Istituti di vita consacrata o di Società di vita apostolica. In generale si è poi coordinato il testo con i più recenti interventi di riforma. Ovviamente il *Vademecum*, essendo anteriore, non è aggiornato quanto ai riferimenti. Nel corso dell'esposizione ci si riferirà comunque alla recente versione, avendo cura di evidenziare eventuali dissonanze rispetto al precedente testo cui fa riferimento lo strumento predisposto dal Dicastero per la Dottrina della Fede.

Sullo stato attuale della normativa in tema di delitti contro il sesto precepto del Decalogo ved. C. GENTILE, *Le novità normative nella lotta agli abusi sessuali a un anno dall'incontro in Vaticano del 2019*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 21, 2020, p. 88 ss.; ID., *Le nuove Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede. Prime considerazioni*, *ivi*, n. 5, 2022, p. 33 ss.

¹² Alla denuncia e alle indagini sono dedicati i punti nn. 9-75.

¹³ Sono stati integralmente revisionati il Libro VI del Codice di Diritto Canonico con la Costituzione apostolica *Pascite Gregem Dei*, ved. FRANCESCO, *Costituzione apostolica Pascite gregem dei*, in *L'Osservatore romano*, 4 giugno

2. Natura giuridica, destinatari e ambito di applicazione

Prima di entrare nel vivo della questione che è d'interesse in questa sede, si ritiene opportuno analizzare la natura giuridica del Vademecum. Non è intervenuta alcuna delega previa da parte del legislatore canonico¹⁴, pertanto non è una legge.

2021, pp. 2-4, entrata in vigore l'8 dicembre 2021; nonché le *Normae* contenute nel *Motu proprio Sacramentorum Sanctitatis Tutela con Rescriptum ex Audientia SS.mi*: Rescritto del Santo Padre Francesco con cui approva le Norme sui delitti riservati della Congregazione per la Dottrina della Fede, ved. FRANCESCO, *Rescriptum ex audientia SS.mi: Rescritto del Santo Padre Francesco con cui approva le Norme sui delitti riservati della Congregazione per la Dottrina della Fede*, 11 ottobre 2021, in *L'Osservatore romano*, 7 dicembre 2021, p. 6, entrato in vigore il 7 dicembre 2021, al fine di armonizzare la normativa vigente con la recente riforma. Anche queste nuove normative sono ora menzionate all'interno dell'*incipit* del Vademecum nella sua Ver. 2.0.

Sulla complementarietà delle due modifiche normative ved. F. LOMBARDI, *Diritto e buon governo ecclesiale. Il «vademecum» per i casi di abuso sessuale e la riforma del diritto penale canonico*, in *La Civiltà cattolica*, 2021, 3, pp. 525-535. Per un primo commento della riforma ved. J.I. ARRIETA, *A presentation of the New Penal System of Canon Law*, in *The Jurist*, 2021, pp. 245-267; G. BONI, *Il Libro VI De sanctionibus poenalibus in Ecclesia: novità e qualche spigolatura critica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoecliese.it), n. 11, 2022, p. 1 ss.; EAD., *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Modena, 2021, pp. 117-137; D. CITO, *Le nuove «Norme sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede». Prime riflessioni*, in *Ius Ecclesiae*, 2022, pp. 321-338; nonché il recente convegno *Diritto penale canonico e statale: due ordinamenti a confronto. Alla luce della recente riforma del Libro VI del Codice di Diritto Canonico*, Palazzo Chiaramonte – Steri Sala delle Capriate, 28-29 ottobre 2021; *Atti del Webinar Riforma del Liber VI*, 14 ottobre 2021, consultabile presso www.consociatio.org/webinar-2021/webinar-1.htm.

¹⁴ Si ricordi che i dicasteri romani non sono dotati di potestà legislativa, se non nei limiti di quanto è stato loro delegato dal Romano Pontefice con apposito provvedimento. I decreti da loro emanabili hanno natura esclusivamente esecutiva. Non possono pertanto promulgare di propria spontanea iniziativa nemmeno un decreto generale, atto parificato alla legge. Ved. can. 30 CIC: «Chi gode soltanto della potestà esecutiva non può validamente emanare il decreto generale, di cui al can. 29, a meno che in casi particolari a norma del diritto ciò non gli sia stato espressamente concesso dal legislatore competente, e adempite le condizioni stabilite nell'atto della concessione». Ved. M.J. ARROBA CONDE, M. RIORDINO, *Introduzione al diritto canonico*, 2019³, FI-

Nessuna nuova norma è stata introdotta, nessun nuovo obbligo giuridico passibile di sanzione in capo ai destinatari; «nonostante ciò se ne raccomanda l'osservanza, nella consapevolezza che una prassi omogenea contribuisce a rendere più chiara l'amministrazione della giustizia»¹⁵. Esso rientra, dunque, a pieno titolo, tra gli atti amministrativi emanabili da un dicastero della Curia Romana¹⁶.

Nel testo si legge che «si tratta di una sorta di “manuale”, che dalla *notitia criminis* alla definitiva definizione della causa intende prendere per mano e condurre passo passo chiunque si trovi nella necessità di procedere all'accertamento della verità dei delitti sopra menzionati»¹⁷. Coloro i quali non possiedono approfondite conoscenze giuridiche potranno quindi godere di un supporto dalla natura ibrida: ricognitiva dell'esistente ma al contempo innovativa. Tale è infatti la portata del documento dal punto di vista interpretativo, chiarendo quest'ultimo dubbi e difficoltà nell'applicazione di alcune norme: un invito ad una buona prassi sulla scia dell'esperienza pluriennale del Dicastero per la Dottrina della Fede¹⁸.

renze, p. 16 ss.; A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2006³, p. 15 ss.

¹⁵ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento di casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., introduzione. L'ambito di applicazione del *Vademecum* non è circoscritto al solo *delictum contra sextum*. Il documento è difatti destinato a tutti i *delicta graviora*, secondo le classificazioni proprie dell'ordinamento canonico.

¹⁶ Per un approfondimento sul sistema delle fonti nel diritto canonico ved. M.J. ARROBA CONDE, M. RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, cit., pp. 16-34; P. ERDÓ, *Storia delle fonti del diritto canonico*, Venezia, 2008; L. GEROSA, *Diritto Canonico: fonti e metodo*, Milano, 1996; P. GHERRI, *Introduzione al diritto amministrativo canonico. Metodo*, Milano, 2018, p. 157 ss. Con particolare riferimento al diritto penale canonico ved. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., p. 15 ss.; B.F. PIGHIN, *Il nuovo sistema penale della Chiesa*, Venezia, 2021, p. 139 ss.

¹⁷ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento di casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., introduzione.

¹⁸ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, Canterano (RM), 2018, p. 139 ss. Il supremo Dicastero romano tratta ormai da anni casi di abusi sessuali su minori secondo le norme introdotte nel 2001 con il *Motu proprio Sa-*

Se è vero che il Vademecum non introduce alcun nuovo obbligo giuridico, è altrettanto vero che tale assenza di coercibilità è una questione più teorica che pratica. Le indicazioni sono state formulate dal più importante dicastero romano, fonte pertanto autorevolissima e giudice delle controversie in materia di *delicta*¹⁹ contro il sesto precetto del Decalogo. Il testo inoltre è stato prontamente presentato alla stampa. È realistico pensare che l'Ordinario del luogo (cui principalmente le indicazioni sono rivolte)²⁰, dovendo tra le altre cose confrontarsi con i *media* locali, difficilmente addiverrà ad interpretazioni del dato normativo contrarie alle buone pratiche ivi raccomandate.

Il dicastero romano, nella prima edizione, aveva poi inserito la dicitura²¹ «Ver 1.0», suggerendo trattarsi di un progetto suscettibile di revisione. Nonostante la seconda edizione recentemente pubblicata²², non è escluso che trattandosi di un 'manuale', seppur in senso non tecnico, si giunga nei prossimi anni ad ulteriori correzioni, integrazioni e rivisitazioni di quanto scritto²³.

cramentorum Sanctitatis Tutela e sul tema ha ormai formato una significativa prassi, risolvendo questioni di diritto complesse, sia sostanziali che procedurali. Con riferimento alla recente riforma dell'attuale Dicastero per la Dottrina della Fede ved. nt. 4.

¹⁹ Per un approfondimento ved. C. PAPAIE, *Delicta reservata. 130 casi giuridici*, Città del Vaticano, 2021, p. 1 ss.

²⁰ I destinatari del Vademecum sono «gli Ordinari e gli operatori del diritto che si trovano nella necessità di tradurre in azioni concrete la normativa canonica circa i casi di abuso sessuale di minori compiuti da chierici». I Vescovi sono i primi interessati, essendo chiamati a ricevere le segnalazioni e a gestirle nelle fasi iniziali. È chiaro però che, in subordine, giocano un ruolo fondamentale le autorità ecclesiastiche che si trovano quotidianamente a confrontarsi con la normativa di riferimento dovendola applicare. Ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento di casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., introduzione. I Vescovi, chiaramente, avendo la responsabilità delle Chiese particolari, devono occuparsi anche dei casi di abuso sessuale su minori.

²¹ Ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento di casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., introduzione.

²² Ved. nt. numero 9.

²³ Si ricordi che sino ad ora le decisioni dell'ex Sant'Uffizio in tema di abusi sessuali di minori da parte del clero non sono mai state pubblicate da parte del Dicastero. Con il *Rescriptum ex Audientia SS.mi* del 6 dicembre 2019

3. *La notitia de delicto*

Notitia criminis, è, per il Vademecum, «qualunque informazione su un possibile delitto che giunga in qualunque modo all'Ordinario o al Gerarca»²⁴. Della nozione²⁵ si occupa, in via incidentale, anche il *Motu proprio SST* all'art. 10²⁶, precisando che si tratta della «notizia, almeno verisimile, di un delitto più grave» che giunge all'Ordinario o al Gerarca. La definizione dunque è volutamente generica e non richiede alcuna specificazione, lo stesso art. 29 del *Motu proprio SST*²⁷ rinvia a quanto determinato all'interno del CIC²⁸.

si è eliminato il segreto pontificio sulle predette cause, ciò potrebbe finalmente permettere il formarsi di una giurisprudenza costante correlata dal commento della dottrina.

²⁴ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 9.

²⁵ In generale sull'argomento ved. D. ASTIGUETA, *L'indagine previa: alcune problematiche*, in *Periodica de re canonica*, 2009, p. 202 ss.; M. DE LAS MERCEDES CORTÉS DIÉGUEZ, *La investigación previa al proceso penal canónico y el proceso administrativo penal*, in *Rivista española de derecho canónico*, 2013, pp. 513-536; G. RUGGIERO, *L'Indagine Previa nel Codice di Diritto Canonico*, in *Cammino Diritto*, 2022; J. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, in *Ius Ecclesiae*, 1992, p. 528 ss.

²⁶ «Ogni volta che l'Ordinario o il Gerarca abbia notizia, almeno verisimile, di un delitto più grave, dopo avere svolto l'indagine previa a norma dei cann. 1717 CIC e 1468 CCEO, la renda nota alla Congregazione per la Dottrina della Fede, la quale, se non avoca a sé la causa per circostanze particolari, ordina all'Ordinario o al Gerarca di procedere ulteriormente».

²⁷ «In queste cause, insieme alle prescrizioni di queste Norme, si debbono applicare anche i canoni sui delitti e le pene e sul processo penale dell'uno e dell'altro Codice».

²⁸ Ved. can. 1717 CIC: «§1. Ogniqualevolta l'Ordinario abbia notizia, almeno probabile, di un delitto, indaghi con prudenza, personalmente o tramite persona idonea, sui fatti, le circostanze e sull'imputabilità, a meno che questa investigazione non sembri assolutamente superflua. §2. Si deve provvedere che con questa indagine non sia messa in pericolo la buona fama di alcuno. §3. Chi fa l'indagine ha gli stessi poteri ed obblighi che ha l'uditore nel processo; lo stesso non può, se in seguito sia avviato un procedimento giudiziario, fare da giudice in esso».

Interessanti sono le principali fonti²⁹ da cui possono giungere le segnalazioni, tema da sempre delicato. Il *Vademecum*³⁰ sul punto è abbastanza preciso, fornendo indicazioni accurate. Potrà essere presentata formalmente denuncia³¹ all'Ordinario, oralmente o per iscritto, dalla presunta vittima di abuso sessuale, dai suoi tutori³² o da una qualsiasi altra persona che afferma di aver conoscenza dei fatti. Qualsiasi individuo può spontaneamente prestare informazioni, anche se laico o non appartenente alla Chiesa cattolica. Si precisa che l'Ordinario non deve soffermarsi sulle formalità³³ che non sono ritenute necessarie³⁴. Si avverte anche della possibilità che l'Ordinario apprenda la *notitia* per il tramite dei *mass media* (giornali nazionali, televisioni, stampa locale, espressamente sono ricompresi i *social media*) o che la riceva dalle autorità civili locali venute a conoscenza delle ipotesi delittuose prima di quelle ecclesiastiche³⁵. In via residuale anche le voci raccolte,

²⁹ Il Codice del 1917 richiedeva una formale denuncia (o querela talvolta) da parte dei fedeli o chi per essi, non ritenendo sufficienti forme diverse di conoscenza quali segnalazioni orali o per il tramite dei *mass media*; ad esempio, ved. D. ASTIGUETA, *L'investigazione previa: alcune problematiche*, cit., p. 202. Tale strumento non è più disciplinato dal Codice del 1983, ma la dottrina ritiene sia indiscutibilmente ancora utilizzabile, ved. M. MOSCONI, *I principali doveri del vescovo davanti alla notizia di un «delitto più grave commesso contro la morale o nella celebrazione dei sacramenti*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2012, p. 294; C. PAPALE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VII, Parte IV*, Città del Vaticano, 2012, p. 46.

³⁰ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punti nn. 10-12.

³¹ Questa, di per sé, è la via statisticamente più frequente, ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., p. 121.

³² Si rammenti che il soggetto normalmente è un minore, pertanto se il fatto è denunciato immediatamente, provvederanno i rappresentanti legali dello stesso.

³³ Non vengono forniti schemi prestabiliti per raccogliere la narrazione dei fatti, non è richiesta la formulazione di domande precise al segnalante, non si esige il rispetto di requisiti di forma per redigere la denuncia.

³⁴ Lo stesso *Vademecum* indica positivamente, al punto n. 9, che la denuncia formale non è necessaria.

³⁵ Sul punto ved. paragrafo 6 del presente lavoro, dedicato specificamente ai rapporti con le autorità civili.

al pari di ogni altro mezzo di conoscenza adeguato, possono essere sufficienti per venire a conoscenza della *notitia criminis*.

Problemi si pongono in ordine alle segnalazioni presentate in forma anonima, «ossia da persone non identificate o non identificabili»³⁶. Prima del *Vademecum*, la dottrina³⁷, anche sulla scorta del Codice del 1917³⁸, riteneva inammissibile una notizia di delitto in forma anonima oppure priva di elementi utili per individuare l'autore. Parimenti non reputava accettabile la denuncia in cui il segnalante, invitato a fornire ulteriori informazioni, avesse apertamente rifiutato. Il *Vademecum* offre invece un nuovo criterio. Invita a diffidare dal considerare automaticamente infondate le denunce prive di autore, auspicando tuttavia l'utilizzo di molta cautela nella loro valutazione. L'Ordinario non deve comunque in alcun modo far sì che questa modalità venga incoraggiata³⁹.

«Allo stesso modo» – aggiunge il *Vademecum* – «non è consigliabile scartare aprioristicamente la *notitia de delicto* che perviene da fonti la cui credibilità può sembrare, ad una prima impressione, dubbia»⁴⁰. Tali indicazioni cercano probabilmente di prevenire errori giudiziari, invitando ad operare con

³⁶ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 11.

³⁷ Ved. M. MOSCONI, *I principali doveri del vescovo davanti alla notizia di un delitto "più grave" commesso contro la morale o nella celebrazione dei sacramenti*, cit., p. 295. *Contra*, D. ASTIGUETA, *L'indagine previa: alcune problematiche*, cit., p. 83, il quale, sulla base del can. 1317 CIC per cui «ogniquale volta l'ordinario abbia notizia [...]» si deve procedere, pertanto senza doverli escludere aprioristicamente le denunce anonime. Lo stesso Astigueta riteneva che non dovesse reputarsi anonima la denuncia presentata attraverso un intermediario, a causa del timore di possibili ritorzioni o per altre ragioni. In tal caso l'intermediario si farebbe garante della fondatezza della denuncia stessa.

³⁸ Il vecchio can. 1942 § 2 del CIC del 1917 prevedeva l'assoluta inammissibilità della denuncia anonima: «L'Ordinario decide se è il caso di un'inchiesta; ne valgono le denunce di nemici patenti, di persone vili e indegne o per non seri anonimi; e tutto dovrà farsi segretamente».

³⁹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 11.

⁴⁰ *Ivi*, punto n. 12.

attenzione. Permane sempre la facoltà, similmente a quanto avviene negli ordinamenti civili, di archiviare la denuncia negli appositi registri diocesani⁴¹.

Il medesimo ordine di problemi si manifesta in relazione alle segnalazioni non adeguatamente circostanziate⁴² con riguardo a nominativo del reo, luogo del delitto, tempistiche, mezzo utilizzato, ecc. Si precisa che «anche se vaga e indeterminata [la *notitia de delicto*] deve essere adeguatamente valutata e, nei limiti del possibile, approfondita con la debita attenzione»⁴³. Ivi, come sopra, le previsioni sono volutamente generiche: non si consiglia evidentemente di tralasciare ogni ricerca, ma nemmeno di procedere senza indugio. Si invita pur sempre alla moderazione e alla accorta valutazione dei fatti nel loro insieme⁴⁴.

Nel paragrafo successivo del *Vademecum*, dedicato alle azioni concrete da intraprendere a seguito del ricevimento della *notitia* di un possibile caso di abuso, sono rintracciabi-

⁴¹ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., p. 119 ss. L'autore offre una accurata ricostruzione dello stato dell'arte prima della pubblicazione del *Vademecum* del Dicastero per la Dottrina della Fede.

⁴² Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 13. Ogni denuncia deve normalmente essere fornita di alcune indicazioni elementari, *in primis* il nome del denunciante. Viene richiesto di esporre i fatti sinteticamente e di indicare i nomi dell'ipotetico reo e della presunta vittima. Se possibile, anche le fonti di prova dovrebbero essere precisate. Qualora la segnalazione giunga dalla stessa vittima si devono sempre curare con attenzione l'incontro e l'ascolto di questa, offrendo altresì cure psicologiche. Le stesse indicazioni erano già state fornite dall'ex Sant'Uffizio, ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida nel caso di trattamento di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, 3 maggio 2011, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2011, p. 406.

⁴³ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 13.

⁴⁴ *Ivi*, punto n. 15. Il *Vademecum*, da ultimo, non dimentica di menzionare i doveri di vigilanza propri dell'Ordinario. Il Dicastero per la Dottrina della Fede specifica la superfluità di continui controlli investigativi a carico dei chierici, ma ricorda l'importanza di informarsi periodicamente «soprattutto se sia giunto a conoscenza di sospetti, comportamenti scandalosi, condotte che turbano gravemente l'ordine».

li altri spunti di particolare interesse per la nostra indagine. Il *Vademecum*⁴⁵ richiama l'art. 10 § 1 del *motu proprio SST*⁴⁶, indicando la necessità di svolgere un'indagine previa qualora la *notitia* appaia «*saltem verisimilis*». In genere spetta al Vescovo vagliare l'attendibilità della notizia giunta a sua conoscenza, anche se, logicamente, l'ausilio dei collaboratori potrà sempre essere importante. Si precisa subito che «se tale verisimiglianza risultasse non fondata, si può non dare seguito alla *notitia de delicto*, avendo cura tuttavia di conservare tutta la documentazione insieme a una nota nella quale illustrare le ragioni della decisione»⁴⁷. Sostanzialmente si procede all'archiviazione, emanando un decreto motivato da conservare nell'archivio segreto diocesano⁴⁸.

Il *Vademecum* ha perso l'occasione di indicare, anche solo a titolo esemplificativo, uno o più criteri da utilizzare per valutare la fondatezza di una denuncia e/o segnalazione giunta a conoscenza dell'Ordinario. Ben avrebbe potuto, invece, riferirsi all'insegnamento di quella dottrina⁴⁹ secondo cui la denuncia, per potersi considerare affidabile, deve contenere menzione degli elementi essenziali (autore, vittima, tempo, luogo...) utili per perseguire il crimine. Sarebbe poi importante valutare la possibilità effettiva che, a seguito di un'indagine, si possa predisporre una solida base per lo svolgimento di un processo.

⁴⁵ *Ivi*, punto n. 16.

⁴⁶ «Ogni volta che l'Ordinario o il Gerarca abbia notizia, almeno verosimile, di un delitto più grave, dopo avere svolto l'indagine previa a norma dei cann. 1717 CIC e 1468 CCEO, la renda nota alla Congregazione per la Dottrina della Fede, la quale, se non avoca a sé la causa per circostanze particolari, ordina all'Ordinario o al Gerarca di procedere ulteriormente».

⁴⁷ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 16.

⁴⁸ Ved. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VII, Parte IV*, cit., pp. 48-49; M. MOSCONI, *I principali doveri del vescovo davanti alla notizia di un delitto "più grave" commesso contro la morale o nella celebrazione dei sacramenti*, cit., p. 300.

⁴⁹ Ved. D. ASTIGUETA, *L'indagine previa*, in *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, a cura di A. D'AURIA, C. PAPAIE, Città del Vaticano, 2014, pp. 85-86.

Da ultimo è ovviamente necessario che il fatto denunciato ricada sotto la giurisdizione ecclesiastica.

Il punto n. 18 del *Vademecum* insiste sulla delicatezza della materia. Ricorda, ad esempio, che i peccati contro il sesto precetto del Decalogo raramente avvengono in presenza di testimoni. Insiste sulla necessità di proseguire l'indagine eccetto in «caso di manifesta impossibilità di procedere a norma del Diritto canonico». Non avrà senso procedere infatti qualora risulti che al tempo del delitto la persona accusata non era ancora chierico o se risulta evidente che la presunta vittima non era minorenn⁵⁰, o ancora se «è fatto notorio che la persona segnalata non poteva essere presente sul luogo del delitto nel momento in cui sarebbero avvenuti gli addebiti»⁵¹.

Ulteriormente si invita, in tutte le ipotesi descritte sinora, a presentare la documentazione contenente le indicazioni di massima ricevute, rendendone edotto il Dicastero per la Dottrina della Fede⁵². Quest'ultimo auspica pertanto di porsi al centro di una rete di segnalazioni e di essere in grado di avere contezza di ogni presunto delitto compiuto⁵³.

4. L'avvio dell'indagine previa

Interessanti indicazioni poi, anche se non del tutto soddisfacenti, giungono in merito all'inizio dell'indagine previa. Nel caso in cui la notizia sia *saltem verisimilis*, cioè apparentemente vera in punto di fatto e di diritto, il Vescovo dovrà procedere ad avviare un'indagine emanando un apposito decreto in cui nomina un 'investigatore' di sua fiducia ed un nota-

⁵⁰ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 3. Ivi si indica la nozione di minore rilevante a norma del diritto canonico.

⁵¹ *Ivi*, punto n. 18.

⁵² *Ivi*, punto n. 19.

⁵³ L'enorme mole di segnalazioni, seppur archiviata con oculatezza, potrebbe comunque non essere completa in quanto si tratta solo di una esortazione, non esiste norma che vincoli l'Ordinario.

io⁵⁴. L'onere di sostenere l'investigazione grava espressamente sull'Ordinario, che può, eventualmente, delegare le operazioni ad una persona da lui ritenuta idonea⁵⁵. Opportunamente si consiglia che sia affidata ad un terzo la conduzione delle operazioni affinché il Vescovo mantenga la propria posizione di guida pastorale, padre e organo *super partes* (specie qualora poi si decida di procedere in via amministrativa)⁵⁶. La dottrina⁵⁷ ritiene poi che non siano necessari particolari requisiti per il delegato che potrà essere anche un laico, uomo o donna. Elemento imprescindibile è la competenza nell'ambito in cui si opera, richiesta più in generale per ricoprire qualsiasi ufficio ecclesiastico⁵⁸. Vi è chi ritiene debba esserci apposita nomina di un soggetto ogniqualvolta si inizi un'indagine, altri invece che sia sufficiente una designazione generale valida in ogni caso⁵⁹. Comunque sia, tutti convengono sulla necessità di pronunciare un giuramento con cui si assume l'impegno di adem-

⁵⁴ Ved. D. VAJANI, *La procedura canonica a livello diocesano nel caso dei delicta graviora*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2012, p. 319.

⁵⁵ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 21.

⁵⁶ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., p. 129, analoghe considerazioni possono essere proposte per il promotore di giustizia e per il vicario giudiziario.

⁵⁷ *Ivi*, pp. 129-130.

⁵⁸ Ved. can. 149 § 1 CIC: «Perché uno sia promosso ad un ufficio ecclesiastico, deve essere nella comunione della Chiesa e possedere l'idoneità, cioè essere dotato delle qualità, richieste per l'ufficio stesso dal diritto universale o particolare oppure dalla legge di fondazione». Non è qui applicabile l'art. 13 del *Motu proprio SST* in cui si precisa che «[...] possono adempiere validamente la funzione di: 1° Giudice e Promotore di Giustizia solamente sacerdoti provvisti di dottorato o almeno di licenza in diritto canonico, di buoni costumi, particolarmente distinti per prudenza ed esperienza giuridica». Ciò in ragione del fatto che si è ancora in una fase preprocessuale, non ricompresa nell'ambito di applicazione dell'articolo stesso. Il CIC si occupa di questa fase del procedimento penale, in via generale, al can. 1717. *Ivi* si ricorda come l'investigatore designato ha analoghi poteri rispetto all'uditore nel processo (raccoglie le prove e le trasmette all'Ordinario). Non potrà poi ricoprire l'incarico di giudice nello stesso processo (o assessore in un procedimento amministrativo).

⁵⁹ Ved. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VII, Parte IV*, cit., p. 56.

piere fedelmente e convenientemente l'ufficio affidato e mantenere il segreto sui fatti conosciuti⁶⁰.

È ora d'obbligo soffermarsi sull'obbligatorietà o meno per il Vescovo che viene informato di un presunto caso di abuso sessuale su minore di svolgere (o delegare) un'indagine. Le norme di riferimento citate sinora⁶¹ non configurano un vero e proprio obbligo di procedere ad un'indagine previa. Parte della dottrina⁶² ha ritenuto addirittura che la decisione in merito sia comunque rimessa alla discrezionalità dell'autorità in base alle circostanze concrete. Altri⁶³, invece, più prudentemente ritengono obbligatorio iniziare le indagini, avendo a mente la *ratio* del sistema: il Vescovo non può non essere vincolato giuridicamente a procedere in una materia tanto delicata. Gli stessi avverbi, 'ogni volta' e 'ogniqualevolta', posti in aperture delle disposizioni rilevanti, testimoniano l'esistenza di un obbligo e non permettono la configurazione di una semplice facoltà. Da ultimo, corrobora la tesi il punto n. 21 del *Vademecum* che, pur non prendendo apertamente posizione, afferma l'esistenza di un dovere di svolgimento dell'indagine previa, ai sensi cann. 1717 CIC e 1468 CCEO, che, se non rispettato, può configurare un delitto perseguibile ai sensi del CIC, del CCEO, del *Motu proprio Come una madre amorevole* e dell'art. 1 § 1, lett. b) del *Motu proprio VELM*.

⁶⁰ Ved. can. 1454 CIC: «Tutti coloro che compongono il tribunale o in esso collaborano devono prestare giuramento di adempiere convenientemente e fedelmente l'ufficio».

⁶¹ Tali sono l'art. 10 *Motu proprio SST*, il can. 1717 CIC e il punto n. 16 del *Vademecum*.

⁶² Ved. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro VII, Parte IV*, cit., p. 51.

⁶³ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., p. 131. Chiaramente se nel caso di specie, a seguito della valutazione della fondatezza della *notitia de delicto*, quest'ultima appaia *ictu oculi* infondata, in quanto pretestuosa, diffamatoria o per qualsiasi altra evidenza priva di veridicità in modo manifesto, le autorità canoniche non dovranno procedere. Diversamente si tratterebbe di un inutile spreco di energie processuali.

4.1. *La prescrizione*

Una questione che spesso desta difficoltà, incertezza e dubbi è quella relativa alla prescrizione⁶⁴, istituto più volte riformato. Gli attuali termini prescrizionali sono indicati dall'art. 8 del *Motu proprio SST* in vent'anni, decorrenti, nei casi di violazione del sesto precetto del Decalogo, dal momento del raggiungimento della maggiore età da parte della presunta vittima.

Il Dicastero per la Dottrina della Fede può comunque derogare i termini prescrizionali *una tantum*, date le circostanze del caso concreto⁶⁵. Si pone tipicamente un dubbio: non è chiaro se si debba procedere deferendo la denuncia al supremo dicastero romano affinché decida se concedere la deroga o sia più opportuno svolgere comunque l'indagine previa e renderne conto solo successivamente. Le indicazioni fornite al riguardo avvalorano la seconda ipotesi⁶⁶. Il giudizio sulla dero-

⁶⁴ Ved. C. PAPAIE, *I delitti contro la morale*, in *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, cit., p. 29 ss. L'autore offre una interessantissima disamina, *in primis* storica, sulla prescrizione canonica in tema di *delicta graviora contra mores*, evidenziando come la prassi del Dicastero per la Dottrina della Fede abbia svolto un ruolo fondamentale nella modifica dei termini.

⁶⁵ Tale potere deve essere esercitato con grande ponderazione da parte del Dicastero. Vi è certamente l'esigenza di perseguire comportamenti criminali aberranti, ma deve altresì essere garantita la certezza dei termini prescrizionali. La finalità dell'istituto non coincide con il garantire l'impunità al delinquente, al contrario, come si è giustamente osservato: «in base alla finalità della pena si possono considerare anche e soprattutto fondamenti sostantivi della prescrizione non dell'azione criminale, ma del delitto stesso (intesa la prescrizione, ai sensi del can. 197, come il modo di liberarsi dall'obbligo di subire una pena). Infatti, dopo un certo tempo, oltre alla prescrizione del dovere retributivo, vengono meno la necessità di correggere il delinquente (se si parla di prescrizione è perché non ci sarebbe stata recidività) e di riparare lo scandalo». E. BAURA, *L'attività sanzionatoria della Chiesa: note sull'operatività della finalità della pena*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2019, pp. 609-627; ved. anche in senso conforme F.X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, VI, Romae, apud aedes Universitatis Gregorianae, 1949, p. 329.

⁶⁶ Emerge nitidamente un auspicio verso la maggior ponderazione delle segnalazioni. Chi, ricevuta la denuncia, dubiti in merito alla fondatezza della stessa è invitato a procedere.

ga verrà emesso solo dopo aver accuratamente analizzato gli esiti dell'indagine preliminare, comunicati dalle gerarchie locali. «Nella trasmissione degli atti l'Ordinario o il Gerarca potranno utilmente esperire un proprio parere circa l'eventuale deroga, motivando in ragione delle circostanze attuali (es.: stato di salute o età del chierico, possibilità del medesimo di esercitare il suo diritto di difesa, danno provocato dalla presunta azione criminale, scandalo suscitato)»⁶⁷. Trattasi delle ragioni più frequentemente utilizzate nella prassi dal Dicastero per la Dottrina della Fede per giungere alla concessione della deroga. Si auspica infine⁶⁸ che venga espresso un *votum* da parte di chi ha valutato il caso.

4.2. Il segreto d'ufficio

Il Vademecum, poco oltre, si sofferma sulla segretezza e riservatezza degli atti preliminari. Papa Francesco, il 6 dicembre 2019, ha abolito il segreto pontificio in ogni fase dell'indagine previa⁶⁹ con proprio *rescriptum*. Il Vademecum afferma che «in questi delicatissimi atti preliminari, l'Ordinario può ricorrere al consiglio del DDF (cosa che può avvenire in ogni momento della trattazione di un caso), come anche consultarsi con esperti in materia canonica penale. In quest'ultima eve-

⁶⁷ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 28.

⁶⁸ È opportuno ricordare come non si tratti di norme vincolanti.

⁶⁹ Papa Francesco con il *Rescriptum* citato ha emanato una nuova Istruzione intitolata *Sulla riservatezza delle cause*, ved. Francesco, *Rescriptum ex audientia SS.mi: Rescritto del Santo Padre Francesco con cui si promulga l'Istruzione Sulla riservatezza delle cause*, in *L'Osservatore romano*, 18 dicembre 2019, p. 5. Il documento all'art. 1 abolisce il segreto pontificio su tutte le cause di abuso sessuale su minore (e in altre ipotesi indicate in modo tassativo). L'art. 2 precisa che il segreto pontificio deve considerarsi abolito anche qualora i delitti di cui all'art. 1 vengano commessi in concorso con altri crimini sottoposti invece al segreto pontificio. Permane tuttora però il segreto d'ufficio, connotato all'esigenza, avvertita da qualsiasi ordinamento civile, di mantenere il riserbo sulle informazioni trattate in ragione del proprio ufficio.

nienza, però, si badi di evitare ogni inopportuna o illecita diffusione di informazioni al pubblico che potrebbe pregiudicare la possibile, successiva indagine previa o dare l'impressione di aver già definito con certezza i fatti o la colpevolezza del chierico in questione»⁷⁰. Se il ricorso al consiglio del DDF è cosa ovvia e non desta particolari preoccupazioni, così non è per le consulenze esterne: è opportuno prestare la massima attenzione nel richiederle. In generale, a prescindere dal ruolo svolto da coloro i quali ricevono qualsivoglia informazione, vi è il pericolo di calpestare la presunzione di innocenza o di mettere a repentaglio la serietà ed utilità delle indagini. La diffusione di notizie in modo incontrollato può condurre alle spiacevoli conseguenze di cui sopra, facendo venir meno ogni garanzia procedimentale per l'indagato⁷¹.

Queste 'buone pratiche', ivi descritte, vanno poste in diretta relazione con il segreto d'ufficio che tuttora permane nonostante sia stato abolito il segreto pontificio⁷². La differenza tra i due sta nel fatto che il primo è un dovere, imposto a tutti coloro i quali prendono parte alla causa a qualsiasi titolo, di non comunicare all'esterno notizie o informazioni di cui siano venuti a conoscenza, in qualsiasi momento, nell'esercizio delle loro funzioni; il secondo è un divieto assoluto di rendere noto

⁷⁰ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 29.

⁷¹ Ved. R. ULRICH, *Trasparenza e segreto nel diritto canonico*, in *Periodica de re canonica*, 2018, 3, p. 465 ss.

⁷² Per approfondire il funzionamento del sistema ante-riforma ved. D. ASTIGUETA, *Trasparenza e segreto. Aspetti della prassi penalistica (The Church between Transparency and Protection of Secret. Aspects of penal practice)*, in *Periodica de re canonica*, 2018, 3, pp. 523-535. Per approfondire il sistema post-riforma ved. W. MYRIAM, O. NEVILLE, *Seminario della Pontificia commissione per la tutela dei minori: prospettive. Relazione al Seminario: Promozione e protezione della dignità delle persone nelle accuse di abuso di minori e adulti disabili: bilanciare riservatezza, trasparenza e «accountability»*, Roma 4-6 dicembre 2019, in *Periodica de re canonica*, 2020, 3-4, pp. 667-67; M. VISIOLI, *Confidenzialità e segreto pontificio (Confidentiality and Pontifical Secret). Relazione al Seminario: Promozione e protezione della dignità delle persone nelle accuse di abuso di minori e adulti disabili: bilanciare riservatezza, trasparenza e «accountability»*, Roma 4-6 dicembre 2019, *ivi*, pp. 447-491; R. ULRICH, *Trasparenza e segreto nel diritto canonico*, cit., pp. 465-492.

alcunché in relazione ai fatti di causa, paragonabile al segreto di stato in un ordinamento civile⁷³. Il punto n. 30 del *Vademecum* ribadisce questo concetto, rammentando che «si deve notare che già in questa fase si è tenuti all'osservanza del segreto d'ufficio. Va ricordato tuttavia che a chi effettua la segnalazione, alla persona che afferma di essere stata offesa e ai testimoni non può essere imposto alcun vincolo di silenzio riguardo ai fatti». Le proposizioni combaciano con il contenuto degli articoli dell'Istruzione *Sulla riservatezza delle cause*⁷⁴. Si ammonisce pertanto l'operatore canonico dal richiedere il silenzio alle parti coinvolte nella controversia su quanto conoscono circa i fatti di causa o di quanto hanno discusso all'interno della stessa⁷⁵. Il segreto d'ufficio non riguarda infatti direttamente loro, non essendo funzionari canonici. Costoro possono informare liberamente le autorità civili di qualsiasi elemento in loro possesso, godendo della massima libertà.

5. Lo svolgimento dell'indagine previa

Particolare attenzione, anche in termini di ampiezza, è dedicata dal *Vademecum* allo svolgimento delle indagini preliminari⁷⁶.

⁷³ Ved. B. DEL VECCHIO, *Una svolta storica: l'abrogazione del segreto pontificio per i delitti legati alla pedofilia*, in *Politica.eu*, 2020, 1, pp. 173-186. Per cogliere la distinzione si pensi, ad esempio, alla possibilità di chiedere una rogatoria internazionale per assumere informazioni, ante riforma la Chiesa avrebbe opposto il segreto pontificio.

⁷⁴ Precisamente con gli artt. 4 e 5 della stessa.

⁷⁵ Si ricorderà che questi obblighi venivano imposti, invece, mentre era in vigore l'Istruzione *Crimen Sollicitationis*. Le parti e i testimoni stessi erano tenuti al più assoluto riserbo sui fatti di causa. Le memorie delle parti e i verbali delle testimonianze dovevano rimanere segreti. Comunque, già all'epoca, non esisteva nessun impedimento nel comunicare i fatti di cui si era a conoscenza alle autorità civili, avvolta dalla massima riservatezza era esclusivamente la causa. Ciò ha comunque creato incomprensioni e nella pratica, la segretezza venne fraintesa e considerata quale divieto di denuncia alle autorità civili.

⁷⁶ Il paragrafo viene ripartito in cinque sottosezioni, così intitolate: a) che cos'è l'indagine previa?; b) quali atti giuridici bisogna compiere per avviare

5.1. *L'ascolto del minore*

L'ascolto del minore⁷⁷ è sicuramente uno degli aspetti più delicati dei procedimenti in oggetto⁷⁸. Spesso il fanciullo elabora interiormente per lunghi anni le angherie subite e solo dopo molto tempo trova la determinazione per rivelare i soprusi⁷⁹. Talvolta, poi, accade che la denuncia giunga quando ancora il soggetto non è maggiorenne, ponendosi così il problema della sua tutela già nella fase delle indagini preliminari⁸⁰. All'uopo si consiglia l'utilizzo di un vero e proprio protocollo⁸¹. Il Vademecum rinvia innanzitutto alle norme previste dall'ordinamento civile di riferimento, prevedendo che siano seguite integralmente. Quindi specifica che le modalità di ascolto devono essere adeguate all'età e allo stato della presunta vittima e devono evitare di creare ulteriori traumi al fanciullo. Si forniscono in merito due indicazioni precise: il minore deve essere accompagnato da una persona maggiorenne di sua fidu-

l'indagine previa?; c) quali atti complementari si possono o si debbono compiere durante l'indagine previa?; d) come si impongono le misure cautelari?; e) che cosa fare per concludere l'indagine previa?

⁷⁷ Allo stesso trattamento devono essere sottoposte le persone equiparate. Ved. FRANCESCO, *Lettera apostolica in forma di Motu proprio Vos estis lux mundi*, cit., art. 1 § 2, b: «ogni persona in stato d'infermità, di deficienza fisica o psichica, o di privazione della libertà personale che di fatto, anche occasionalmente, ne limiti la capacità di intendere o di volere o comunque di resistere all'offesa». Ved. anche DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 5.

⁷⁸ Ved. Z. SUCHECKI, *La tutela penale dei minori presso la Congregazione per la Dottrina della Fede riguardo ai delicta graviora*, in *Apollinaris*, 2006, pp. 728-729.

⁷⁹ Si ricordi che, in generale, la prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno d'età della vittima e matura al compiersi del ventesimo anno. Ved. art. 7 *Motu proprio SST* e § 3 del presente lavoro.

⁸⁰ In realtà il problema si pone anche per chi è diventato maggiorenne, questi resta infatti anonimo nel procedimento.

⁸¹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 51.

cia, come un genitore o, in alternativa, il suo tutore legale; si deve evitare qualsiasi contatto diretto con l'accusato⁸².

5.2. La tutela del presunto colpevole

Altro compito di particolare delicatezza⁸³ durante l'indagine previa, che spetta all'Ordinario, «è di decidere se e quando informare di essa l'accusato». In dottrina vi è chi⁸⁴ ritiene che in codesta fase preliminare sia preferibile che il soggetto rimanga all'oscuro delle accuse mosse nei suoi confronti. Potrebbe addirittura darsi il caso in cui la *notitia* risulti infondata e non giunga mai a conoscenza dell'indagato. Altra parte della dottrina⁸⁵ ritiene invece opportuno sentirlo sempre, anche in virtù di quanto stabilito dal can. 1341 CIC, per ottenere la sua versione dei fatti⁸⁶. Il *Vademecum* non fornisce una

⁸² Non vi sono sul punto delle vere e proprie norme di riferimento nell'ordinamento canonico. Parte della dottrina riteneva già, conformemente alle indicazioni del *Vademecum*, che sussistesse in capo ai Vescovi un generale dovere di ascolto, declinato come disponibilità nel ricevere le notizie di delitto, quale agevolazione della comunicazione con le vittime e come percorso di accompagnamento morale e spirituale, ved. M. MOSCONI, *I principali doveri del vescovo davanti alla notizia di un delitto "più grave" commesso contro la morale o nella celebrazione dei sacramenti*, cit., p. 310. Lo stesso *Vademecum* offre poi ulteriori indicazioni con riferimento alla presunta vittima in generale – il minore che ha subito i presunti abusi potrebbe *medio tempore* essere diventato maggiorenne o esserlo sin dall'inizio delle indagini – di queste ci si occupa poco oltre.

⁸³ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 52.

⁸⁴ Ved. L. GRAZIANO, *La previa investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, in *Processo penale canonico e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 503-504. Non è infrequente che le segnalazioni che giungano agli uffici competenti siano prive di fondamento. Devono inoltre essere tutelate la buona fama delle persone coinvolte, nonché dell'indagato. La stessa efficacia delle indagini potrebbe essere messa a rischio potendo l'indagato, una volta consapevole di essere tale, ostacolare la raccolta di elementi indiziari.

⁸⁵ Ved. D. ASTIGUETA, *L'indagine previa*, cit., p. 93.

⁸⁶ Ivi si concepisce la pena quale *extrema ratio*, da utilizzarsi solo qualora non sia possibile agire altrimenti.

soluzione univoca, sottolineando⁸⁷ che non esiste un criterio uniforme da potersi applicare senza incomodo e che non vi sono esplicite previsioni di legge. Si esorta quindi l'autorità ecclesiastica a ponderare con equilibrato giudizio tutti gli interessi in gioco. Tra questi vi sono la protezione della buona fama di tutte le persone interessate⁸⁸, il rischio di inquinamento dell'indagine previa, lo scandalo dei fedeli, l'opportunità di raccogliere prima di tutti gli elementi indiziali che potrebbero essere utili o necessari. La delicatezza di queste scelte conferma ulteriormente l'importanza di delegare la conduzione delle indagini a persone veramente competenti ed indipendenti.

Quanto, poi, all'ascolto della persona segnalata⁸⁹, non essendo ancora stato instaurato un vero e proprio processo, non c'è la necessità di nominarle un avvocato d'ufficio nel caso in cui non ne fosse munita. Non si può però in nessun modo impedirle di farsi assistere da un legale di propria scelta. Si rammentano quindi alcuni precetti basilari sull'interrogatorio in questa fase, rinviando al canone 1728 § 2 CIC. Ivi è previsto, in ossequio al principio di civiltà *nemo tenetur se detegere*, che il presunto reo non possa essere costretto ad autoaccusarsi. Non potranno ovviamente essere utilizzate forme di tortura o violenza, né potrà essere imposto il giuramento.

⁸⁷ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 53.

⁸⁸ *Ivi*, punto n. 44. Si confronti in proposito quanto detto in questo stesso paragrafo. Ved. can. 220 CIC «Non è lecito ad alcuno ledere illegittimamente la buona fama di cui uno gode, o violare il diritto di ogni persona a difendere la propria intimità».

⁸⁹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 54.

5.3. L'accompagnamento spirituale e materiale delle parti

Tema molto dibattuto è l'accompagnamento spirituale e materiale delle parti nel caso di un procedimento penale⁹⁰. Il Vademecum offre delle indicazioni generali da integrarsi con le direttive contenute nelle linee guida delle Conferenze episcopali e dei Sinodi delle Chiese orientali di tutto il mondo⁹¹. Da sempre questo è un aspetto caro alla Chiesa, legato alla sua missione pastorale e caritatevole verso i più deboli, i poveri e le persone in difficoltà. Il Dicastero⁹² chiede agli operatori di trattare le possibili vittime e le loro famiglie con dignità e rispetto, assicurando loro ascolto, accoglienza e accompagnamento, anche tramite servizi specifici. Nondimeno devono essere fornite assistenza medica, spirituale e psicologica a seconda delle esigenze del caso. All'uopo si è discusso⁹³ sull'utilità di appositi organi che si occupino di far fronte ai bisogni delle vittime (o presunte tali). La medesima assistenza può

⁹⁰ Il tema è largamente trattato in tutte le recenti occasioni di confronto tra le gerarchie cattoliche. Da ultimo ved. FRANCESCO, *Punti di riflessione in preparazione all'incontro La protezione dei minori in Vaticano*, 21-24 febbraio 2019, punti nn. 2, 8 e 10, consultabile presso www.vatican.va/resources/resources_puntidiriflessione-protezioneminori_20190221_it.html. Si occupano dell'argomento anche il *Motu proprio Vos estis lux mundi* e le *Linee guida per i casi di trattamento di abuso sessuale di minori da parte di chierici* del 2019 predisposte dalla CEI, ved. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Linee guida per i casi di trattamento di abuso sessuale di minori da parte di chierici*, Milano, 2019.

⁹¹ Con riferimento all'ordinamento italiano ved. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Linee guida per i casi di trattamento di abuso sessuale di minori da parte di chierici*, cit.

⁹² Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 55.

⁹³ Si è discusso il tema durante l'incontro 'La protezione dei minori nella Chiesa', ved. *Consapevolezza e purificazione. Atti dell'incontro per la Tutela dei minori nella Chiesa. (Città del Vaticano 21-24 febbraio 2019)*, Città del Vaticano, 2019; ved. F. D'ALPA, *Gli abusi sessuali su minori nella Chiesa cattolica*, in <https://www.uaar.it/ateismo/controinformazione/abusi-sessuali-chiesa-cattolica/>. I partecipanti all'Incontro hanno convenuto sull'importanza della presenza di stabili strutture sul territorio che possano fungere da strumento di informazione e collegamento a livello locale tra i laici (fra cui le possibili vittime) e le gerarchie ecclesiastiche.

(e deve) essere fornita anche al chierico accusato di abusi, la missione pastorale della Chiesa risulterebbe, infatti, vana se ci si dimenticasse di chi ha sbagliato (o almeno si ipotizza lo abbia fatto date le risultanze investigative). Mai però, e questo dev'essere sempre un monito, si deve pensare di poter anticipare gli esiti processuali. Devono essere adottate dunque tutte le accortezze del caso in comportamenti, dichiarazioni e azioni. Il *Vademecum*⁹⁴ ribadisce inoltre che «è assolutamente necessario che [...] si eviti ogni atto che possa essere interpretato dalle presunte vittime come un ostacolo all'esercizio dei loro diritti civili di fronte alle autorità statali». Anche l'impegno e la collaborazione con gli organi giudiziari secolari passa attraverso questi accorgimenti, evitando di influenzare in qualsiasi modo la possibile vittima⁹⁵.

L'ex Sant'Uffizio prosegue indicando che, là dove esistano «strutture statali od ecclesiastiche di informazione e appoggio alle presunte vittime, o di consulenza per le autorità ecclesiali, è bene fare riferimento anche ad esse»⁹⁶. Della loro importanza si è discusso a lungo⁹⁷. Ora, l'art. 2 *Motu proprio VELM* obbliga alla creazione di un sistema stabile in ogni Chiesa locale per la ricezione delle denunce relative ai casi di abusi sessuali su minori. Il Dicastero per la Dottrina della Fede⁹⁸ ha cura di precisare però che tali strutture hanno in ogni caso scopo di puro consiglio, orientamento e assistenza. Qualora forniscano delle analisi sul caso o comunque sia dei giudizi ineren-

⁹⁴ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 57.

⁹⁵ Sui rapporti tra autorità canoniche e autorità civili si tornerà nel Paragrafo 6 del presente lavoro.

⁹⁶ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 57.

⁹⁷ Ved. FRANCESCO, *Punti di riflessione in preparazione all'incontro La protezione dei minori in Vaticano*, cit. Il tema, ampiamente discusso, ha condotto all'adozione del *Motu proprio Vos estis lux mundi* in data 7 maggio 2019 sopra citato e recentemente aggiornato a marzo 2023.

⁹⁸ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 57.

ti ad esso, non devono essere considerate in alcun modo delle decisioni processuali. Il loro ruolo non è ovviamente quello di giudice. Gli stessi operatori devono adoperarsi affinché esternamente non si percepisca tale immagine.

5.4. *Le misure cautelari*

L'utilizzo di misure cautelari⁹⁹ nei casi di abuso sessuale su minori, nel corso delle indagini previe, è oggi ammesso dall'art. 10 § 2 del *Motu proprio SST*¹⁰⁰, in deroga alle previsioni dei canoni 1722 CIC e 1473 CCEO¹⁰¹. Le finalità di un provvedimento cautelare possono essere molteplici e concorrere in tutto o in parte nel caso specifico¹⁰². Il *Vademecum*¹⁰³ indica inizialmente la tutela della buona fama delle persone coinvolte e del bene pubblico. Prosegue ricordando la necessità di questi strumenti per evitare il ripetersi dei fatti o il verificarsi di nuovi. A titolo esemplificativo cita il diffonder-

⁹⁹ *Ivi*, punti dal 58 al 65. Sull'argomento in generale ved. G.P. MONTINI, *Provvedimenti cautelari urgenti nel caso di accuse odiose nei confronti di ministri sacri. Nota sui cann. 1044 e 1722*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1999, pp. 191-204; C. PAPALE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VII. Parte IV*, cit., p. 123; J. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, cit., pp. 511-550.

¹⁰⁰ Art. 10 § 2 *Motu proprio SST*: «È competenza dell'Ordinario o del Gerarca, fin dall'inizio dell'indagine previa, di imporre quanto è stabilito nel can. 1722 CIC o nel can. 1473 CCEO».

¹⁰¹ Tali canoni consentono l'uso di misure cautelari in ogni stadio del processo penale, non già del procedimento. Can. 1722 CIC: «L'Ordinario per prevenire gli scandali, tutelare la libertà dei testimoni e garantire il corso della giustizia, può in qualunque stadio del processo, udito il promotore di giustizia e citato l'accusato stesso, allontanare l'imputato dal ministero sacro o da un ufficio o compito ecclesiastico, imporgli o proibirgli la dimora in qualche luogo o territorio, o anche vietargli di partecipare pubblicamente alla santissima Eucaristia; tutti questi provvedimenti, venendo meno la causa, devono essere revocati, e cessano per il diritto stesso con il venir meno del processo penale».

¹⁰² Vengono indicate finalità in parte comuni agli ordinamenti secolari e per altra parte legate alle peculiarità del sistema canonico.

¹⁰³ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 58.

si dello scandalo, il rischio di occultamento delle future prove, l'attivazione di minacce o altre condotte volte a distogliere la presunta vittima dall'esercizio dei suoi diritti, la tutela di altre possibili vittime. A queste, il canone citato aggiunge la libertà dei testimoni e la garanzia del giusto corso della giustizia, evitando indebite intromissioni.

È opportuno interrogarsi in merito all'effettiva portata contenutistica di tali misure. Il Vademecum ha cura di precisare che le tipologie elencate al canone 1722 CIC costituiscono un elenco tassativo, non suscettibile in alcun modo di integrazione in via di interpretazione estensiva o di analogia¹⁰⁴. La scelta deve obbligatoriamente ricadere su una o più di esse (predisposte, dunque, simultaneamente). «Ciò non toglie che l'Ordinario o il Gerarca possa imporre altre misure disciplinari, secondo i suoi poteri, che però, a stretto rigore di termini, non potranno essere definite "misure cautelari"»¹⁰⁵. *In primis* si indica la facoltà di allontanare l'imputato dal ministero sacro o da un qualsiasi altro ufficio o compito ecclesiastico. Alternativamente è possibile imporre, o viceversa proibire, la dimora in qualche luogo o territorio. Da ultimo vietare al chierico di partecipare pubblicamente alla Santissima eucaristia.

Le prime due hanno un peso specifico nei casi di *delicta contra sextum cum minore* e trovano ampia e frequente applicazione nella prassi¹⁰⁶. Notoriamente il chierico accusato viene temporaneamente sospeso dai suoi compiti, spesso gli si ordina di non esercitare per un certo periodo le facoltà che derivano dal sacramento dell'Ordine. Sul punto la Congregazione ha rilevato come sia ancora frequentemente in uso l'antica terminologia «di *sospensione a divinis* per indicare il divieto di esercizio del ministero imposto come misura cautelare a un

¹⁰⁴ Così conformemente anche la dottrina ved. A CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., p. 153 ss.

¹⁰⁵ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alc. uni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 60. Fra queste rientreranno, ad esempio, delle penitenze a livello spirituale, un richiamo scritto o altro ancora a seconda delle circostanze.

¹⁰⁶ Ved. C. PAPAIE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VII. Parte IV*, cit., p. 172.

chierico»¹⁰⁷. Invita ad evitare tale denominazione, «come anche quella di *sospensione ad cautelam*»¹⁰⁸, poiché nella legislazione attualmente vigente si tratta di una pena, ed in questa fase non può essere imposta. Spesso è la stampa¹⁰⁹ ad usare queste espressioni, mancando di precisione terminologica, ma la denominazione corretta è quella di «*divieto o proibizione di esercizio del ministero*»¹¹⁰.

La scelta del trasferimento in via cautelare del parroco, molto comune in passato, ha sollevato non poche critiche tra i commentatori¹¹¹. Il presbitero viene destinato in genere ad un nuovo incarico nella stessa o (più frequentemente) in un'altra diocesi. Similmente può essere interpretato il divieto di dimora in luogo determinato, normalmente coincidente con le medesime zone in cui sono avvenuti i fatti. Si avverte però l'operatore pastorale di evitare di «operare semplicemente un trasferimento d'ufficio, di circoscrizione, di casa religiosa del chierico coinvolto, ritenendo che il suo allontanamento dal luogo del presunto delitto o dalle presunte vittime costituisca soddisfacente soluzione del caso»¹¹².

¹⁰⁷ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 62.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Notoriamente il lessico adoperato dalla stampa è giuridicamente improprio e molti istituti sono travisati nel loro stesso contenuto.

¹¹⁰ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 62.

¹¹¹ Ved. J.P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen sollicitationis: caught red-handend or handed a red herring?*, cit. In passato tale misura è stata ampiamente utilizzata. Molto spesso il presbitero veniva spostato in altra parrocchia, all'interno della diocesi di appartenenza o al di fuori della stessa, ma ciò raramente costituiva una soluzione. *In primis* il presbitero così trasferito molto spesso si rendeva colpevole di nuovi casi di abuso, nondimeno non si trattava di una misura sufficiente a punire in modo adeguato il reo.

¹¹² Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 63. L'ufficio non diventerà vacante in questo caso, ma deve essere gestito tramite un amministratore. In passato questo atteggiamento ha condotto a numerose ipotesi di recidiva, il rischio che gli abusi si ripetano è statisticamente elevato, ved. www.pbc2019.org/it.

5.5. *La chiusura delle indagini*

Il Dicastero per la Dottrina della Fede si sofferma poi sul termine entro cui concludere l'indagine previa. Ad oggi non ne esiste uno specifico¹¹³, si forniscono quindi utili direttive. La scelta è presto spiegata osservando come l'ordinamento canonico sia volto alla ricerca della verità per l'emendamento del reo, la riparazione dello scandalo e il ristabilimento della giustizia. Alcuni autori¹¹⁴ ritengono che il limite ultimo possa coincidere con la morte del presunto reo o con la prescrizione dell'azione criminale, stabilita in vent'anni per i *delicta contra mores*. Il Dicastero raccomanda, «ai fini dell'equità e dell'esercizio ragionevole della giustizia, che la durata dell'indagine previa sia adeguata alle finalità della stessa, ossia il raggiungimento della fondata verisimiglianza della *notitia de delicto* e della corrispettiva esistenza del *fumus delicti*»¹¹⁵. Il decorso non deve essere dunque procrastinato senza una fondata ragione¹¹⁶, ma sempre ancorato alle finalità individuate dal legislatore. Il protrarsi ingiustificato delle ricerche può costituire negligente esercizio delle proprie funzioni da parte dell'Ordinario e non è improbabile pensare che possa trovare applicazione la normativa di cui al *Motu proprio VELM*¹¹⁷.

¹¹³ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., pp. 136-137.

¹¹⁴ Ved. L. GRAZIANO, *La praevia investigatio e la tutela dei diritti nell'ordinamento penale canonico*, cit., p. 499.

¹¹⁵ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 66.

¹¹⁶ Anzi è preferibile che tali procedimenti penali vengano trattati con maggior celerità. Volendo offrire una valutazione di stretta economicità processualpenalistica è preferibile giungere a definire prima in tempi brevi casi di questo genere, evitando clamori mediatici e lungaggini.

¹¹⁷ In particolare la normativa del *Motu proprio VELM* risulta essere applicabile, ai sensi dell'art. 1 § 1 lett. b) alle «condotte poste in essere dai soggetti di cui all'articolo 6, [tra i quali rientra a pieno titolo l'Ordinario] consistenti in azioni od omissioni dirette a interferire o ad eludere le indagini civili o le indagini canoniche, amministrative o penali, nei confronti di uno dei soggetti di cui nel precedente § 1 in merito ai delitti di cui alla lettera a) del presente paragrafo».

Normalmente la chiusura delle indagini deve essere decretata formalmente dall'Ordinario o dal Gerarca responsabile delle stesse, così è previsto implicitamente al can. 1719 CIC¹¹⁸. Tale atto, sommato ad ogni altra risultanza delle investigazioni, dev'essere trasmesso direttamente al Dicastero per la Dottrina della Fede¹¹⁹. L'art. 10 § 1 del *Motu proprio SST* impone di inviare copia autentica di qualsiasi documento in tempi celeri, a prescindere dall'esito delle ricerche condotte. Inoltre, dev'essere allegata un'apposita tabella riassuntiva contenente uno schema dei dati essenziali del caso affrontato, utile al Dicastero per orientarsi tra quanto trasmessole (la mole di documenti potrebbe essere piuttosto elevata)¹²⁰.

Per completezza l'Ordinario deve poi inviare anche il proprio *votum*. Trattasi di un parere sul merito della vicenda affrontata, con il quale egli presenta la propria opinione sul caso di specie: «per esempio, se ritiene opportuno attivare una procedura penale, e di quale tipo; se possa ritenersi sufficiente la pena imposta dalle autorità civili; se sia preferibile l'applicazione di misure amministrative da parte dell'Ordinario o del Gerarca; se si debba invocare la prescrizione del delitto o concederne la deroga»¹²¹. L'indicazione non vincolerà in alcun modo il Dicastero, il quale resta libero di adottare le misure che ritiene più opportune per fronteggiare il caso.

¹¹⁸ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 62, analogamente si rammenta al punto n. 68.

¹¹⁹ *Ivi*, punto n. 69.

¹²⁰ La tabella riassuntiva è disponibile in allegato al *Vademecum*. Il suo contenuto è vario. Sono richiesti alcuni dati generali del chierico (indirizzo, età, nome, ecc.) e delle informazioni personali riguardanti la sua vita ecclesiastica (ad esempio, anni di servizio, data di ordinazione, luoghi presso cui ha svolto il proprio servizio). Non mancano apposite caselle in cui inserire un sommario dei dati raccolti durante le indagini ed esprimere il proprio parere (*votum*) su come procedere nel caso di specie.

¹²¹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 69.

6. I rapporti con le autorità civili

Un tema che ha suscitato diatribe ed incomprensioni nel corso degli anni è quello dei rapporti con le autorità civili¹²². Storicamente il problema si è posto¹²³ con delle peculiarità notevoli.

In passato, l'Istruzione *Crimen Sollicitationis*¹²⁴ non vietava in alcun modo la segnalazione di un caso di abuso sessuale

¹²² La questione, con riferimento all'ordinamento interno, è trattata anche dalle più recenti Linee guida per i casi di abuso della CEI, ved. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Linee guida per i casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, cit.

¹²³ Ved. F. D'ALPA, *Gli abusi sessuali su minori nella Chiesa cattolica*, cit.

¹²⁴ Nel 2001, come più volte ricordato, Papa Giovanni Paolo II ha promulgato il *Motu proprio SST* contenente le nuove norme sull'attività dell'ex Congregazione per la Dottrina della Fede, regole sostanziali che hanno ridefinito i suoi ambiti operativi e procedurali. In una lettera accompagnatoria, ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Le norme del motu proprio "Sacramentorum Sanctitatis tutela" (2001). Introduzione storica a cura della Congregazione per la dottrina della fede*, reperibile presso www.vatican.va/resources/resources_introd-storica_it.html, l'ex Congregazione per la Dottrina della Fede ha menzionato un'istruzione, l'Istruzione *Crimen sollicitationis*, datata 16 marzo 1962, indirizzata «a tutti i patriarchi, arcivescovi, vescovi e altri membri del clero di tutto il mondo, anche di rito orientale», ved. SUPREMA SACRA CONGREGAZIONE DEL SANT'UFFIZIO, *Istruzione sul modo di procedere nelle cause di sollecitazione Crimen sollicitationis*, 9 giugno 1922, introduzione, reperibile in lingua inglese presso www.vatican.va/resources/resources_crimen-sollicitationis-1962_en.html.

L'Istruzione era dedicata in via principale ai delitti di sollecitazione del penitente alla commissione di peccati sessuali e al c.d. *crimen pessimum*: disciplinava fattispecie e modalità secondo cui instaurare un eventuale conseguente procedimento penale. L'ambito di applicazione veniva poi esteso al *delictum contra sextum cum minore* con apposita norma contenuta nell'ultimo Titolo, il V.

L'esistenza dell'Istruzione fu resa nota per l'appunto solo nel 2001 mediante la lettera accompagnatoria sopra citata. L'edizione originale risale in realtà al 1922 (quella del 1962 ricalcò la precedente con poche aggiunte, soprattutto in appendice, inerenti procedure di carattere amministrativo).

Sulla Istruzione del 1962 ved. J.P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen Sollicitationis: Caught Red-Handed or a Red Herring?*, cit.; S. TERRANEO, *Il processo di elaborazione dell'istruzione rimen Sollicitationis del 1922, Ius Ecclesiae*, 2022, pp. 67-92; I.O. UHNIK, *De delicto sollicitationis. Evolutio historica, documenta, commentaries*, in The Catholic University of America Press, Whashington D.C., 1954.

su minori alle autorità civili, imponeva esclusivamente il c.d. 'Segreto del Sant'Uffizio'. Un apposito giuramento¹²⁵ era predisposto per tutti i funzionari coinvolti nel procedimento penale, il quale, se non rispettato, importava automaticamente la scomunica *latae sententiae*. Un giuramento era previsto anche per testimoni e accusatori. La stessa richiesta di segretezza veniva presentata all'accusato (ovviamente non in merito al rapporto fiduciario con il suo difensore). Alla vittima non veniva precluso, però, di presentare una segnalazione presso le autorità secolari, la segretezza atteneva esclusivamente al procedimento canonico. Comunque sia, la *forma mentis*¹²⁶ del tempo ed in parte una cattiva interpretazione della normativa canonica, che invitava comunque a risolvere internamente questo tipo di 'problemi', condussero ad un consolidato *modus operandi* per cui i casi di abuso sessuale su minori, di cui giungeva notizia alle gerarchie cattoliche, sistematicamente non venivano denunciati alle autorità civili.

Il primo interrogativo da porsi riguarda l'esistenza, oggi, di obblighi di denuncia o di cooperazione giuridicamente sanzionati¹²⁷. La risposta è negativa¹²⁸. Non sono mai state promulgate disposizioni normative di siffatto genere, la Chiesa non ha mai imposto in nessun modo ai suoi membri di fornire alle autorità civili la *notitia criminis*¹²⁹, corredata da tutta la documentazione in proprio possesso.

¹²⁵ Ved. SUPREMA SACRA CONGREGAZIONE DEL SANT'UFFIZIO, *Istruzione sul modo di procedere nelle cause di sollecitazione Crimen sollicitationis*, 9 giugno 1922, lett. A dell'appendice.

¹²⁶ Ved. J.P. BEAL, *The 1962 Instruction Crimen sollicitationis: caught red-handend or handed a red herring?*, cit. L'autore svolge una accurata disamina delle responsabilità storiche della Chiesa nel trattare le segnalazioni secondo il *modus operandi* indicato.

¹²⁷ Sul tema ved. il contributo di G. BONI, *Sigillo sacramentale, segreto ministeriale e obblighi di denuncia-segnalazione: le ragioni della tutela della riservatezza tra diritto canonico e diritto secolare, in particolare italiano*, *JusOnline*, 2020, 1, pp. 31-223.

¹²⁸ Ved. C. GENTILE, *I delicta graviora contra mores*, cit., p. 175.

¹²⁹ Il fenomeno è ben descritto in svariati documenti pontifici con la metafora del padre obbligato a denunciare il proprio figlio. Nessun genitore lo farebbe a cuor leggero, seppur mosso dai più nobili ideali di giustizia.

Tutti i Vescovi, religiosi, parroci, ecc. sono però cittadini di uno Stato¹³⁰ e, in quanto tali, titolari di diritti, doveri ed obblighi risultanti dal conseguente *status*. Ci si interroga quindi sulla possibilità per gli ordinamenti secolari di predisporre in capo ad un proprio cittadino (in questo caso appartenente ad una confessione religiosa) l'obbligo di fornire informazioni. Ciò è possibile, ma solo a condizioni particolari. L'ordinamento italiano, ad esempio, non impone al cittadino di denunciare ogni reato (o perlomeno da lui presunto tale) di cui viene a conoscenza. Le incriminazioni per omessa denuncia nel sistema penale italiano sono piuttosto scarse, solo i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio sono sanzionati per aver omesso di comunicare i reati conosciuti in ragione del loro ufficio¹³¹.

Pur non esistendo delle norme vere e proprie il *Vademecum* affronta comunque la questione, essendo questa, oltre che di stretta attualità nel dibattito canonistico¹³² contempo-

¹³⁰ A meno che non siano apolidi. In tal caso il problema non si pone, non facendo i soggetti parte di alcun altro ordinamento civile. Potrebbe eventualmente vantare una pretesa punitiva lo stato nel cui territorio si è consumato il crimine o di cui la vittima ha la cittadinanza.

¹³¹ Ved. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Bologna, 2021⁶, pp. 343-358. Si badi che non sono dunque puniti per qualsiasi reato di cui non danno notizia essendone venuti a conoscenza, ma esclusivamente per quelli conosciuti in ragione della loro attività lavorativa. Ved. art. 361, co. 1 c.p.: «Il pubblico ufficiale, il quale omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, è punito con la multa da euro 30 a euro 516»; e art. 363, co. 1 c.p.: «L'incaricato di un pubblico servizio, che omette o ritarda di denunciare all'Autorità indicata nell'articolo precedente un reato del quale abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa del servizio, è punito con la multa fino a euro 103». L'art. 364 del Codice penale italiano punisce anche il cittadino che omette di denunciare un reato ma solo qualora si tratti di un delitto contro la personalità dello stato per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo.

¹³² Ved. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, cit., p. 408. L'ex Congregazione, conscia del problema, nella lettera con cui esortava le Conferenze episcopali di tutto il mondo alla predisposizione di linee guida a livello locale affermava che «sebbene i rapporti con le autorità civili differiscano nei diversi paesi, tuttavia è importante cooperare con esse nell'ambito del-

raneo, fonte di dubbi per chi si deve concretamente confrontare con un caso di abuso sessuale su minori. Il testo in analisi esorta affinché «anche in assenza di un esplicito obbligo normativo¹³³, l'autorità ecclesiastica presenti denuncia alle autorità civili competenti ogniqualevolta ritenga che ciò sia indispensabile per tutelare la persona offesa o altri minori dal pericolo di ulteriori atti delittuosi»¹³⁴.

Si noti sin da subito come le direttive tuttora non prevedono un invito a contattare le autorità civili in ogni ipotesi delittuosa che giunga a conoscenza: ma solo in due circostanze. *In primis* quando ciò sia indispensabile per la tutela della persona offesa. Sorge spontanea però una riflessione: ci si chiede se non sia sempre necessario, per tutelare veramente la vittima, denunciare alle autorità civili quanto accaduto (qualora lo si valuti *prima facie* come non infondato) e ciò indipendentemente dal fatto che ivi ci si riferisca alla tutela fisica o della sfera psicologica/affettiva della vittima.

La seconda ipotesi conduce parimenti a dei rilievi, in particolar modo non è chiaro chi dovrebbe giudicare se sia indispensabile segnalare i fatti per tutelare altri minori dal pericolo di recidiva del delinquente. Probabilmente alle autorità canoniche, ma è evidente che si tratta una valutazione discrezionale, affidata ad intuito e ragionevolezza del Vescovo diocesano. Le statistiche¹³⁵ mostrano come i reati di abusi difficilmente siano responsabili di episodi isolati, normalmente com-

le rispettive competenze. In particolare va sempre dato seguito alle prescrizioni delle leggi civili per quanto riguarda il deferimento dei crimini alle autorità preposte, senza pregiudicare il foro interno sacramentale» specificando poco oltre che le linee guida «devono tener conto della legislazione del paese della Conferenza, in particolare per quanto attiene all'eventuale obbligo di avvisare le autorità civili».

¹³³ Si intende norma dello stato ospitante.

¹³⁴ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 17.

¹³⁵ Ved. sul punto *Chiesa e pedofilia*, <https://www.albanesi.it/psicologia/religione/chiesa-pedofilia.htm> e <https://www.pbc2019.org/it/home> (ultimo accesso 16.6.2022). Stando alla fonte, la quasi totalità dei membri del clero che compiono atti contrari al sesto precetto del Decalogo sono responsabili di più di un singolo episodio delittuoso.

piono più crimini in serie. Si potrebbe quindi dedurre che l'indispensabilità vi sia sempre o quasi, restando esclusi i casi in cui il presbitero sia morto, inabile o sottoposto a delle misure cautelari (o in casi a questi analoghi). La prima direttiva offerta dal *Vademecum* non può quindi essere considerata chiara ed univoca.

Il Dicastero riprende comunque il problema poco dopo, al punto n. 48. Ivi ribadisce che «bisogna accennare alla sussistenza o meno, a carico dell'Ordinario o del Gerarca, dell'obbligo di dare comunicazione alle autorità civili della *notitia de delicto* ricevuta e dell'indagine previa aperta». Indica quindi due principi.

Il primo non è affatto innovativo rispetto a quanto esposto sinora¹³⁶. Si dichiara infatti la necessità di rispettare le regole interne del Paese ospitante, senza possibilità di deroga alcuna¹³⁷. Laddove vi siano concordati, intese o accordi di altro genere, si deve dare a questi assoluta ed integrale applicazione. Secondariamente però si aggiunge: «si deve rispettare la volontà della presunta vittima, sempre che essa non sia in contrasto con la legislazione civile, incoraggiando l'esercizio dei suoi doveri e diritti di fronte alle autorità statali»¹³⁸. Le autorità canoniche, così facendo, danno il giusto peso all'opinione della vittima. Questa infatti potrebbe desiderare di non diffondere i fatti che la riguardano in prima persona¹³⁹. In modo opportuno, quindi, si invita al confronto costante con la parte più debole e bisognosa di accoglienza. Si ammonisce altresì

¹³⁶ Laddove non si desse corso alla previsione si incorrerebbe in responsabilità all'interno dell'ordinamento secolare ospitante. Ved. anche DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, cit., p. 408.

¹³⁷ In proposito si rimanda anche qui all'art. 19 (attuale articolo 20) del *Motu proprio VELM*, implicitamente si possono richiamare anche i punti 17 e 27 del *Vademecum*.

¹³⁸ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 48.

¹³⁹ Potrebbe addirittura scoppiare uno scandalo mediatico, se non a livello nazionale, quantomeno a livello locale: ciò comporterebbe ulteriori sofferenze per la vittima.

di tenere traccia in forma documentale di quanto suggerito al minore (o ai suoi genitori e/o tutore). Tale accortezza potrebbe, poi, tornare utile in sede civile¹⁴⁰ qualora venissero avanzate richieste di risarcimento danni extracontrattuali agli enti ecclesiastici presso cui operava il chierico, fondandole sulla responsabilità per omessa vigilanza.

Qualora un obbligo di denuncia fosse poi previsto positivamente da un ordinamento statale, questo dovrebbe essere espletato senza incertezze. Il punto 49 impone chiaramente di comunicare sempre la *notitia de delicto* alle autorità civili, anche qualora vi fosse la sicurezza che queste non aprirebbero alcun fascicolo per i motivi più disparati (potrebbe essere intervenuta la prescrizione o potrebbe essere prevista una diversa configurazione della fattispecie delittuosa). Se ciò è sicuramente voluto perché si possa collaborare in piena sinergia con le autorità di polizia del luogo, si ricordi che con estrema probabilità il mancato adempimento dell'obbligo sarà normalmente assistito da sanzione penale nell'ordinamento canonico.

Qualora problemi di collaborazione ed interferenza si pongano durante il corso dell'investigazione preliminare si esorta, *in primis*, a che «l'attività di indagine sia svolta nel rispetto delle leggi civili di ogni stato»¹⁴¹. Il termine 'civili' è qui usato

¹⁴⁰ Dal punto di vista probatorio emerge l'importanza di documentazione adeguata al fine di fronteggiare le frequenti ed ingenti richieste di risarcimento danni che spesso vengono avanzate dalle vittime o dai loro familiari. Talvolta si è giunti addirittura al fallimento della diocesi (cioè, ad esempio, è accaduto a Los Angeles negli Stati Uniti), a causa delle quantificazioni multimilionarie dei danni. Per quanto attiene il problema dal punto di vista dell'ordinamento italiano ved. M. CARNÌ, *La responsabilità civile della diocesi per i delitti commessi dai presbiteri. Profili canonistici e di diritto ecclesiastico*, Torino, 2019; P. CONSORTI, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiese.it), n. 17, 2013, p. 1 ss.; A. PEREGO, C. RUSCONI, *La responsabilità verso i piccoli "umiliati e offesi" tra diritto civile e diritto canonico*, *Nota a Trib. Bolzano 21 agosto 2013, n. 679*, in *Jus*, 2014, 2, pp. 407-451.

¹⁴¹ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 27.

in senso lato, riferendosi ovviamente alle norme di diritto privato, ma anche, e soprattutto trattandosi di delitti, alle norme di carattere penale dell'ordinamento secolare. In questo modo si invita, correttamente, alla prudenza e ad evitare di compiere attività di ricerca illecite per lo stato ospitante. Le ipotesi di conflitto potrebbero essere numerose, siano sempre cedevoli le norme ecclesiastiche¹⁴².

Successivamente¹⁴³ si dispone che «l'indagine previa canonica deve essere svolta indipendentemente dall'esistenza di una corrispondente indagine da parte delle autorità civili». L'autonomia del sistema canonico viene quindi ribadita¹⁴⁴, per agire non è necessario nella maniera più assoluta un confronto con le autorità secolari, tantomeno autorizzazioni o permessi. «Qualora però la legislazione statale imponga il divieto di indagini parallele alle proprie, l'autorità ecclesiastica competente si astenga dall'avviare l'indagine previa e dia comunicazione al DDF di quanto è stato segnalato, allegando eventuale materiale utile». Il Vescovo che, per ipotesi, fosse giunto a conoscenza della notizia non dovrebbe pertanto iniziare alcuna ricerca se ciò fosse vietato dalle regole nazionali. Si desidera però che il dicastero romano venga immediatamente informato, affinché possa formarsi un quadro chiaro della situazione.

Poi se apparisse «opportuno attendere la fine delle indagini civili per acquisirne eventualmente le risultanze o per altri tipi di motivazione, è bene che l'Ordinario o il Gerarca si consigli in proposito con il DDF»¹⁴⁵. Il Dicastero lascia una certa discrezionalità, in merito alla sospensione, all'operatore canonico che si deve avvedere delle peculiarità del caso. Le motivazioni possono essere le più svariate. Si pensi ad esempio a fatti tenuti segreti per la buona riuscita delle indagini o a verbali

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ivi*, punto n. 26.

¹⁴⁴ La questione, seppur storicamente discussa da numerosi canonisti, viene qui preferibilmente risolta in modo positivo. Ved. sul punto il manuale istituzionale di A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., p. 1 ss.

¹⁴⁵ Ved. DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici*, cit., punto n. 26.

di interrogatori all'imputato o a testimoni esterni¹⁴⁶. Le risultanze dell'investigazione non sempre sono analoghe, ciò importa, con la dovuta accortezza, che spesso sia utile entrare in contatto con le autorità civili per dar vita ad un proficuo confronto. Le direttive sulle indagini, se rispettate, potrebbero effettivamente condurre a delle ricerche più accurate.

7. Conclusioni

L'adozione del Vademecum, come detto, figurava al primo punto dei 'Punti di riflessione' durante il summit in Vaticano del febbraio 2019¹⁴⁷. Dotare i capi delle Chiese locali di un tale strumento è fondamentale per aiutarli nel far fronte a crimini molto delicati. Costoro spesso possono risultare ampiamente impreparati dal punto di vista giuridico, non per loro demeriti.

In tema di *notitia de delicto*, più in generale di indagine previa, il testo pubblicato dal Dicastero per la Dottrina della Fede risolve diverse questioni dubbie, come si è potuto apprezzare alla luce dei punti affrontati nel presente lavoro. Pone fine a diverse difficoltà riscontrate dai pratici nella gestione di un caso, soprattutto nella prima e forse più delicata fase dell'intero procedimento.

Ragguardevole è stata la scelta di non usare un linguaggio forbito denso di tecnicismi, si è permesso a tutti di poter comprendere ed applicare il piccolo 'manuale' senza eccessive difficoltà. Positiva è anche la scelta di non trattare ogni possibile punto di diritto, ma soffermarsi soprattutto sulle questioni più controverse, come, ad esempio la segnalazione rilevante o i rapporti tra autorità civili e canoniche. Parimenti opportuna

¹⁴⁶ Trattasi in fin dei conti delle stesse esigenze che si manifestano alle autorità di polizia che conducono delle indagini in genere, anche all'interno degli ordinamenti secolari.

¹⁴⁷ Ved. FRANCESCO, *Punti di riflessione in preparazione all'incontro La protezione dei minori in Vaticano*, cit.

sembra la decisione di introdurre molte indicazioni sotto forma di monito o consiglio, non di imposizione.

L'assenza di obblighi in senso stretto e la forte colloquialità dei punti hanno altresì condotto ad una nuova strategia comunicativa. I *mass media* hanno infatti potuto confrontarsi con un testo relativamente semplice e facilmente comprensibile nella maggior parte dei suoi capitoli, immediatamente sottoposto alla loro attenzione. Una volta predisposto, lo si è pubblicato sin da subito nel sito del Vaticano, evitando di cecarlo all'opinione pubblica com'era accaduto in passato per l'Istruzione *Crimen Sollicitationis* e, in un primo tempo, per il *Motu proprio SST*.

La presenza di un lessico non tecnico mette in risalto un altro aspetto, l'assenza di vincolatività delle direttive del *Vademecum*: non si tratta di un documento contenente norme giuridiche in senso stretto. Lo stesso può dirsi in relazione a tutti quei provvedimenti che condividono la medesima natura giuridica del *Vademecum*, ad esempio le *Linee guida* della CEI (2019) per far fronte ai casi di abuso sessuale su minori. È auspicabile comunque che gli operatori pastorali, data l'autorevolezza dei redattori, rispettino e seguano alla lettera il contenuto dei documenti, evitando di discostarsene; si ricordi pur sempre che costoro non sono periti nella materia.

L'analisi delle indicazioni in tema di *notitia de delicto* e indagine previa arricchita da tutte le considerazioni che ne sono scaturite, permette pertanto di offrire una valutazione positiva sul contenuto e sul *modus operandi* del testo adottato dall'ex Sant'Uffizio, non facendo venir meno però la consapevolezza della necessità di un continuo e solerte monitoraggio dei *delicta contra sextum cum minore* e di opportuni aggiornamenti normativi e pastorali.

DARIO SANDONÀ, Dalla *notitia de delicto* all'indagine previa. Note a margine del Vademecum su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici

Il contributo esamina il recente Vademecum del Dicastero per la Dottrina della Fede, pubblicato il 16 luglio 2020 e aggiornato in data 5 giugno 2022, in tema di abusi sessuali su minori commessi da membri del clero cattolico. In particolare, si analizzano le principali linee guida inerenti la ricezione della *notitia de delicto* e lo svolgimento dell'indagine previa, nonché gli inevitabili rapporti tra autorità civili e canoniche in queste delicate fasi del procedimento penale.

Parole chiave: Vademecum, Dicastero per la Dottrina della Fede, clero, abuso sessuale, minori, *notitia de delicto*, indagine previa, autorità civili.

DARIO SANDONÀ, From the *notitia de delicto* to the preliminary investigation. Notes in the margin of the Vademecum on certain points of procedure in treating cases of sexual abuse of minors committed by clerics

From the *notitia de delicto* to the preliminary investigation. Notes in the margin of the Vademecum on certain points of procedure in treating cases of sexual abuse of minors committed by clerics. This contribution explores the Vademecum of the Dicastery for the Doctrine of the Faith published on July 16, 2020 that deals with sexual abuses of minors committed by members of the Catholic clergy, recently updated on June 5, 2022. In particular, attention is focused on the guidelines concerning the receipt of the *notitia de delicto* and the conduct of the preliminary investigation in all its steps. Nevertheless, the focus is on the inevitable relations with the civil authorities in these delicate phases of the criminal proceedings.

Key words: Vademecum, Dicastery for the Doctrine of the Faith, clergy, sexual abuses, minors, *notitia de delicto*, preliminary investigation, civil authorities.

Luca Passarini

IL VINCOLO DI DESTINAZIONE D'USO DEL BENE CULTURALE A TUTELA DI BENI MATERIALI E IMMATERIALI: NOTA ALL'ADUNANZA PLENARIA 5/2023*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda giudiziaria. – 3. La dichiarazione dell'interesse culturale. – 4. Il dibattito giurisprudenziale sulla ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso. – 5. La natura dei vincoli culturali. – 6. Il patrimonio culturale immateriale. – 7. Il patrimonio culturale immateriale nel diritto internazionale e influenze sul diritto nazionale. – 8. Considerazioni conclusive sulla tutela del patrimonio culturale e nuove prospettive.

1. *Introduzione*

Al termine di una complessa vicenda giurisprudenziale, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla base dell'ordinanza di remissione della causa della VI Sezione del Consiglio di Stato¹ è giunta ad affermare i seguenti principi di diritto, qui riportati integralmente:

«- ai sensi degli articoli 7-bis, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il 'vincolo di destinazione d'uso del bene culturale' può essere imposto quando il provvedimento risulti funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione da cui risulti l'esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso incorporato;

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Consiglio di Stato, VI Sez., 28 giugno 2022, n. 5357, Pres. Volpe, Est. De Luca, in *giustizia-amministrativa.it*.

- ai sensi degli articoli 7-bis, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del Codice n. 42 del 2004, il ‘vincolo di destinazione d’uso del bene culturale’ può essere imposto a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporre la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza»².

Attraverso tale pronuncia il più alto consesso della Giustizia amministrativa ha stabilito che in materia di protezione dei beni culturali non occorre operare una contrapposizione netta tra ‘la tutela delle cose’ e la ‘tutela delle attività’, dal momento che il bene culturale materiale va salvaguardato e protetto non solo per la sua intrinseca consistenza (cioè per il valore strutturale ed estetico), ma anche per la sua connessione funzionale con una attività, un costume o una tradizione che le attribuiscono quella peculiare rilevanza artistica, storica e culturale.

L’importanza della sentenza in commento è sottolineata, ulteriormente, dal fatto di offrire una definizione completa e dinamica di bene culturale da intendersi, infatti, in senso ampio sia quale «*res quae tangi possunt*» sia quale «*quid pluris* di carattere immateriale» che impone una protezione ‘elastica’ senza limitarsi alla mera consistenza materiale intrinseca, ma considerando il bene culturale in senso globale e finanche i valori culturali estrinseci che esso esprime.

2. *La vicenda giudiziaria*

Nel caso sotteso al presente giudizio, la parte appellante è la società titolare del ristorante ‘il Vero Alfredo’ di Roma che svolge la propria attività in un locale, condotto in esecuzione

² Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, Pres. Maruotti, Est. Rotondano, in *giustizia-amministrativa.it*, p. 7 della motivazione in diritto. Per un primo commento alla pronuncia v. A. ROCCELLA, *Vincolo culturale e beni immateriali*, in *Foro italiano*, 2023, 2, p. 65 ss.

di un contratto di locazione. Il ristorante si trova inserito in un edificio più grande, in origine di proprietà di un ente pubblico, che nel 2006 è stato dichiarato di interesse storico-artistico. Già in precedenza il Ministero per i beni culturali – Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Lazio, con la nota n. 2594 del 25 marzo 2005, aveva dichiarato l'edificio alienabile solamente con precise previsioni, secondo le quali l'immobile avrebbe dovuto conservare le originali destinazioni d'uso o comunque non avrebbe potuto essere destinato ad usi, anche a carattere temporaneo, non compatibili con l'interesse culturale accertato. Dopo alterne vicende è subentrata nella titolarità del complesso immobiliare una società di diritto privato, la Atlantica Properties s.p.a., che, nel frattempo, ha disdettato il contratto di locazione.

Senonché, nelle more del procedimento di esecuzione per ottenere il rilascio dell'unità immobiliare, il Ministero della Cultura ha comunicato l'avvio del procedimento di dichiarazione di interesse culturale ai sensi dell'art. 14 del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio (per brevità D.lgs. n. 42/2004) relativo al locale-ristorante e agli elementi di arredo conservati al suo interno, in quanto ritenuti di interesse particolarmente importante ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. d), D.lgs. n. 42/2004, anche in considerazione dei principi enunciati dall'art. 7-bis del medesimo decreto in relazione alla tutela delle espressioni di identità culturale collettiva, richiedendo altresì la sospensiva dell'esecuzione per il rilascio dell'immobile che poteva porsi in contrasto con l'intervento di tutela previsto dal Codice Urbani.

A conclusione di detto procedimento, il Ministero della Cultura con decreto ministeriale n. 1088 del 18 giugno 2018 (non impugnato), ha dichiarato di particolare interesse culturale l'archivio e i libri firma presenti nel locale destinato all'attività di ristorazione, mentre con il decreto ministeriale n. 50 del 13 luglio 2018 (impugnato in primo grado), ha riconosciuto «l'immobile (Ristorante) denominato 'Il Vero Alfredo', con

le opere di Gino Mazzini³ e gli elementi di arredo conservati all'interno, di interesse particolarmente importante ai sensi dell'art. 10, co. 3, lett. d) ("Beni culturali") e in considerazione dei principi enunciati dall'art. 7-bis ("Espressioni di identità culturale collettiva") del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e ss.mm.ii.».

Alla base della dichiarazione di importanza culturale il Ministero ha infatti ravvisato molteplici elementi come il collegamento tra la storia del ristorante e il suo allestimento, la continuità ininterrotta dell'unione tra il locale, gli arredi e le opere artistiche contenute al suo interno, la notorietà dell'attività commerciale affermatasi nel corso degli anni, oltre all'elemento più immateriale ed innovativo, rappresentato proprio dal «successo di una formula gastronomica e di ospitalità, perpetuata attraverso immutate prassi di attività che, ancorché ammantata di mondanità e lustro spettacolare, è profondamente nutrita di elementi della tradizione popolare, italiana e specificamente romana»⁴.

La società Atlantica ha tempestivamente impugnato innanzi al T.A.R. del Lazio - Sede di Roma il decreto ministeriale n. 50 del 13 luglio 2018 oltre agli atti connessi, lamentando, sotto molteplici profili, i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere del provvedimento in esame. Tale atto impugnato, a detta della ricorrente, avrebbe di fatto imposto una destinazio-

³ Mazzini Gino (1878-1954), attivo a Roma tra il 1907 e il 1954, scultore i cui bassorilievi si possono ancora ammirare all'interno del Ristorante 'il Vero Alfredo' e le cui opere sono reperibili nel Catalogo generale dei beni culturali del Mic, disponibile su www.catalogo.beniculturali.it.

⁴ Sulla base di tali rilievi fattuali, il Ministero ha evidenziato come il patrimonio immateriale de 'il Vero Alfredo' sia costituito dall'insieme de «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know-how* – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale»: tale patrimonio culturale immateriale è stato trasmesso di generazione in generazione e «costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia», «oltre che degli aspetti architettonici e decorativi, anche della continuità d'uso esplicita negli aspetti legati alla tradizione culturale di convivialità del locale».

ne d'uso esclusivo all'immobile, prescrivendo la continuazione dell'attività imprenditoriale da parte dell'attuale gestore⁵.

Con la sentenza n. 5864 del 2021, il T.A.R. ha accolto il ricorso, annullando i provvedimenti impugnati⁶ e riconoscendo, sulla base della ricostruzione offerta, che l'atto avrebbe imposto un effettivo vincolo di destinazione dei locali in cui si svolgono attività tradizionali espressione di identità culturale collettiva. In questo modo il giudice amministrativo di primo grado è giunto a dare una definizione restrittiva di vincolo a tutela della conservazione del bene culturale, che potrebbe operare solamente per 'la *res*', ma non anche per 'le attività' in essa svolte, così sconfessando la tutela delle più fuggevoli 'espressioni di identità culturale collettiva'.

Secondo la ricostruzione appena proposta, la tutela offerta ai beni culturali immateriali non potrebbe fare ricorso agli strumenti previsti per i beni materiali, ma necessiterebbe di uno strumentario giuridico diverso, per molti aspetti ancora normativamente sconosciuto e la cui individuazione sarebbe rimessa alla totale discrezionalità politica del legislatore, a cui spetta il compito di indirizzare l'attività amministrativa volta ad assicurare la conservazione dei beni culturali⁷. Sulla base di quanto proposto in motivazione dal T.A.R. Lazio, operato un necessario bilanciamento tra la tutela del patrimonio culturale immateriale e il diritto di proprietà, oltre che tra i principi di proporzionalità e ragionevolezza che orientano la scelta in *primis* del legislatore e successivamente delle stesse amministrazioni pubbliche, il risultato del procedimento di

⁵ Le specifiche censure mosse dalla parte ricorrente in primo grado hanno riguardato il vizio dell'eccesso di potere in quanto non sarebbe dato cogliere il «carattere particolarmente importante del bene», nonché la violazione di legge dell'art. 7-bis D.lgs. 42/2004 e dell'art. 2 della Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 17 ottobre 2003.

⁶ T.A.R. Lazio, II quater Sez., 19 maggio 2021, n. 5864, Pres. Scala, Est. Rizzetto, in *giustizia-amministrativa.it*. Per l'impugnazione degli atti conseguenti v. T.A.R. Lazio, II quater Sez., 19 maggio 2021, n. 5865, Pres. Scala, Est. Rizzetto, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷ *Ibidem*, secondo cui un tale vincolo, oltre ad essere privo di base giuridica, sarebbe intrinsecamente irragionevole e sproporzionato, comportando limitazioni *extra legem* alla libertà d'impresa ed alla proprietà privata.

ponderazione giustificerebbe un vincolo solo a tutela della conservazione del bene culturale inteso come ‘cosa’, ma non anche dell’attività in essa svolta.

La società ‘L’Originale Alfredo all’Augusteo s.r.l.’ quale controinteressata in primo grado e il Ministero della cultura hanno, dunque, appellato la sentenza del T.A.R., rispettivamente in via principale e incidentale, deducendo di fronte al Consiglio di Stato l’erroneità della stessa sotto plurimi motivi di impugnazione⁸.

Con l’ordinanza 28 giugno 2022, n. 5357, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha, però, rimesso all’Adunanza Plenaria le sopra indicate questioni di diritto *ex art.* 99 comma 1 c.p.a. al fine di veder pronunciato il principio di diritto da applicare al caso di specie⁹. Trattandosi di questioni giuridiche precise per la tutela del patrimonio culturale, l’Adunanza Plenaria, anche al fine di orientare la futura azione amministrativa, ha infatti avvertito la necessità di intervenire in funzione nomofilattica, rendendo i richiesti principi di diritto. L’occasione è proficua per trattare, oltre all’immediato profilo del vincolo culturale di destinazione d’uso, anche il tema più generale della tutela attuale del patrimonio culturale e delle relative espressioni di identità culturale collettiva.

3. *La dichiarazione dell’interesse culturale*

Preliminarmente occorre affrontare il tema della dichiarazione dell’interesse culturale¹⁰ quale atto assunto dall’autorità competente volto ad accertare la sussistenza, nella cosa che

⁸ La sentenza di primo grado avrebbe errato nel contrapporre la ‘tutela delle cose’ e la ‘tutela delle attività’ di interesse culturale; inoltre avrebbe invaso il merito amministrativo, non attribuendo rilevanza alla motivazione posta a base del provvedimento impugnato, ma svolgendo valutazioni sostitutive sull’idoneità del locale ad essere ammesso alla tutela culturale.

⁹ F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del Processo Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017², p. 542.

¹⁰ D. CARLETTI, G. VECCIA, *Art. 13*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di R. TAMIOZZO, Giuffrè, Milano, 2005, p. 70 ss.

ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'articolo 10, comma 3 del D.lgs. 42/2004 e cioè il fatto di presentare un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante¹¹. Tale procedimento, riprendendo sostanzialmente quanto stabilito dalla disciplina precedente¹², è dettagliatamente regolamentato all'art. 14 del Codice Urbani¹³ che individua nella figura del soprintendente il soggetto legittimato ad avviare l'*iter* per la dichiarazione dell'interesse culturale, anche su motivata richiesta di altri soggetti pubblici o privati, incumbendo sullo stesso il compito di dare comunicazione al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa che ne forma oggetto¹⁴.

In tale procedimento, il proprietario del bene oggetto di dichiarazione di interesse culturale può interloquire con l'amministrazione competente al fine di meglio verificare la *qualitas* del bene, dal momento che il contributo del privato può tradursi in utili elementi conoscitivi, di tipo collaborativo od oppositivo, alle determinazioni adottate¹⁵.

La sola comunicazione comporta già ex art. 14, comma 4 del Codice l'applicazione, in via cautelare, delle disposizioni in materia di vigilanza e ispezione (capo II), misure di protezione (sezione I del capo III) alienazione e altri modi di trasmissione (sezione I del capo IV). È, inoltre, lo stesso articolo citato a chiarire che la dichiarazione di interesse culturale viene adot-

¹¹ *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2020², p. 55.

¹² G. SCIULLO, *La verifica dell'interesse culturale (art. 12)*, in *Aedon*, 2004, 1. Su questi aspetti si rinvia anche a Id., *Commento all'art. 5*, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, a cura di M. CAMMELLI, il Mulino, Bologna, 2000, p. 40 ss. Ulteriormente cfr. N. AICARDI, *Commento all'art. 12*, in *Commentario del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, 5-6, p. 1133 ss.

¹³ C. TUBERTINI, *Art. 14 e Art. 15*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, a cura di M. CAMMELLI, il Mulino, Bologna, 2007, p. 115 ss.

¹⁴ A. ROCCELLA, *Manuale di Legislazione dei beni culturali*, Cacucci editore, Bari, 2022², p. 58.

¹⁵ M. BROCCA, *L'individuazione dei beni culturali e il ruolo della partecipazione procedimentale (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 5 ottobre 2004, n. 6483)*, in *Aedon*, 2005, 1.

tata dal Ministero dei beni culturali, al termine dello specifico procedimento amministrativo. Avverso il provvedimento conclusivo di dichiarazione dell'interesse culturale è ammesso ricorso amministrativo al Ministero dei beni culturali per motivi di legittimità e di merito entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione (art. 16 D.lgs. 42/2004)¹⁶. Quest'ultimo è un aspetto di indubbio rilievo, che non può essere sottovalutato poiché, a differenza di quanto avviene per i ricorsi giurisdizionali, nel caso di specie diventa sindacabile anche il merito del provvedimento impugnato. L'autorità amministrativa adita potrà, infatti, non solo revocare l'atto impugnato se illegittimo, ma anche riformarlo nel merito se inopportuno.

4. *Il dibattito giurisprudenziale sulla ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso*

Chiarita preliminarmente la funzione della dichiarazione dell'interesse culturale, occorre volgere l'attenzione ai numerosi profili analizzati dalla pronuncia in commento. La questione maggiormente controversa è quella inerente all'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso. A composizione di tale annosa questione giurisprudenziale è stata chiamata proprio l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che non ha mancato, nella propria motivazione, di fornire un ampio apparato di fonti legislative e giurisprudenziali a suffragio di ogni tesi discussa, a riprova dell'ampio dibattito che si è venuto a formare nel corso degli anni¹⁷.

¹⁶ M. BROCCA, *Art. 16, in Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, cit., p. 122 ss.

¹⁷ Già negli ultimi anni del secolo scorso il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire, con riferimento ad una ipotesi in cui il vincolo era stato imposto su di una antica trattoria romana, ritenuta di particolare interesse per il suo riferimento alla storia della letteratura, dell'arte e della cultura, che «non è estranea al sistema dei vincoli per la tutela delle cose di interesse storico od artistico la previsione di limiti alla loro destinazione» (Consiglio di Stato, VI Sez., 10 ottobre 1983, n. 723, in *Repertorio*, 1983, n. 38 e Consiglio di Stato, VI Sez., 18 ottobre 1993 n. 741, in *Foro italia-*

Semplificando i profili della discussione che nel tempo si è venuta a creare si possono rinvenire tre principali orientamenti circa la questione di diritto relativa all'ammissibilità di un 'vincolo culturale di destinazione d'uso'. In estrema sintesi, le tre tesi alle volte propendono per l'ammissibilità e altre volte per l'inammissibilità di un tale potere riconosciuto in capo alle amministrazioni pubbliche. Infatti, come ha puntualmente dichiarato il maggior consesso della Giustizia amministrativa, secondo un primo orientamento «il vincolo culturale di destinazione d'uso non si può imporre, in quanto incompatibile con il dato positivo e contrastante con la tutela costituzionale e convenzionale del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica»¹⁸. Tale indirizzo trova un notevole conforto giurisprudenziale¹⁹, rappresentando in passato l'orientamento in assoluto maggioritario, perché direttamente fondato sulla esplicita base legislativa e sul principio di legalità. Secondo questo orientamento, sarebbe da escludere la sussistenza di un simile potere in capo alla pubblica amministrazione in ragione del fatto che la legge non lo prevede espressamente. In aggiunta, non potrebbe dirsi comunque legittima l'imposizione a priori di un vincolo di destinazione sui beni immobili, allorché tale destinazione si connetta solo indirettamente, e non univocamente, alla conservazione dell'integrità fisica e funzionale degli oggetti mobili, appartenenti a un diverso proprietario.

Il primo orientamento citato dal Consiglio di Stato è, dunque, legato a un'interpretazione ancora molto restrittiva, dal momento che verrebbe considerato illegittimo il

no, 1994, III, 3). L'individuazione dell'uso ritenuto compatibile con la conservazione del bene tutelato costituisce, infatti, un modo di prevedere ed indicare i limiti alla destinazione del bene sottoposto a tutela.

¹⁸ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 5, p. 2.1 della motivazione in diritto.

¹⁹ Consiglio di Stato, VI Sez., 16 settembre 1998, n. 1266, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1346 ss.; Consiglio di Stato, VI Sez., 12 luglio 2011, n. 4198, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2011, p. 2511 ss.; Consiglio di Stato, VI Sez., 2 marzo 2015, n. 1003, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, p. 446 ss.; Consiglio di Stato, IV Sez., 29 dicembre 2017, n. 6166, in *Giustamm*, 2017; Consiglio di Stato, V Sez., 25 marzo 2019, n. 1933, in *Ambiente e Diritto*, 2019.

provvedimento impositivo del vincolo che si fonda su un'interpretazione estensiva, attesa la rilevanza costituzionale del diritto di proprietà e la conseguente preclusione, in forza del principio di legalità e della riserva di legge di cui all'art. 42 Cost., del ricorso a criteri di interpretazione estensiva. È certamente un orientamento che non vuole porsi in contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, oltre che di proporzionalità e ragionevolezza²⁰ (specie laddove si riconosca al vincolo culturale di destinazione d'uso una natura attributiva di poteri sostanzialmente espropriativi)²¹, anche se è indubbia una forte compressione della tutela del patrimonio culturale²².

Per maggior completezza espositiva, si deve rammentare come la stessa sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, oggi appellata, giustificasse l'inammissibilità di un vincolo di destinazione d'uso, in ragione della scelta operata dal legislatore che sarebbe stata proprio quella di «prede-terminare espressamente i casi eccezionali e tassativi di esercizio del potere di imporre misure volte a tutelare l'uso del

²⁰ Consiglio di Stato, VI Sez., 2 marzo 2015, n. 1003, Pres. Severini, Est. Vigotti, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, p. 446 ss.

²¹ Tale previsione non si estende fino a ricomprendere la gestione commerciale o l'esercizio artigianale di determinate attività (svolte in detti locali e/o con detti arredi) con una interpretazione analogica fortemente restrittiva del principio di legalità che caratterizza i poteri ablatori della pubblica amministrazione dell'art. 11 della stessa l. n. 1089 del 1939, che vieta che le cose materiali soggette a detta tutela non possano essere adibite ad usi non compatibili con il loro carattere storico ed artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione o integrità, forzando la lettura e la 'ratio' complessiva della legge al punto da trasformare la disposizione permissiva del godimento del proprietario in conformità di limiti di interesse generale, in un precetto impositivo di una servitù pubblica legislativamente innominata, in contrasto con gli artt. 42 e 43 Cost.; così che la norma in parola non necessita per la sua osservanza di pervenire all'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso che investa i locali in cui siano conservate le cose soggette a vincolo. (cfr. Consiglio di Stato, VI Sez., 16 settembre 1998, n. 1266, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1346 ss.).

²² B. GRAZIOSI, *Estinzione o perpetuazione dei vincoli storico - culturali su beni immobili "ante legem" 1 giugno 1939 n. 1089 nell'art. 33 l. 23 dicembre 1998 n. 448*, in *Foro Amm.*, 1999, p. 2330 ss.

bene»²³. Non è un caso che la stessa pronuncia abbia sconfessato un qualsiasi timido ampliamento di tutela del patrimonio immateriale, riconducendo quest'ultimo a quelle «attività tradizionali – che costituiscono espressioni di identità culturale collettiva – e che possono essere tutelate come beni di interesse culturale a condizione che si traducano in un'entità materiale che abbia un valore sotto il profilo dell'interesse storico-artistico-archeologico-etnologico etc o, per lo meno testimoniale, contemplato dall'art. 10 del Codice»²⁴. Come si vedrà meglio nel prosieguo, un simile orientamento sembra oggi in larga parte smentito proprio dal recente arresto dell'Adunanza Plenaria.

Un secondo orientamento giurisprudenziale²⁵, per alcuni aspetti divergente, nega in via generale l'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso, salvo prevedere la singolare facoltà in capo all'amministrazione pubblica di imporre un tale vincolo in caso di circostanze eccezionali ben delimita-

²³ T.A.R. Lazio, II quater Sez., 19 maggio 2021, n. 5864, Pres. Scala, Est. Rizzetto, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Secondo un tale orientamento, sarebbe sempre necessaria la condizione della 'materializzazione' in una cosa che possa essere, proprio a causa della sua reità, considerata come un bene culturale; in pratica occorrerebbe che l'identità culturale collettiva trovi un'espressione materiale e per questo si concretizzi in un oggetto, in una cosa. Tale aspetto è, però, foriero di ampi dibattiti (cfr. paragrafi 6 e 8).

²⁵ Consiglio di Stato, VI Sez., 28 agosto 2006, n. 5004, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2007, p. 66 ss.; Consiglio di Stato, VI Sez., 6 maggio 2008, n. 2009, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2008, p. 1515 ss.; Consiglio di Stato, IV Sez., 12 giugno 2013, n. 3255, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2013, p. 1586 ss. Tra i beni tutelati a norma degli artt. 1 e 2 l. 1 giugno 1939 n. 1089 non sono comprese le gestioni commerciali o l'esercizio di attività artificiali, anche se attinenti ad alcuni dei valori storici, culturali o filosofici presi in considerazione dalla legge di riferimento, non essendo sostenibile un'interpretazione talmente lata della suddetta legge da implicarne l'adattabilità anche alla tutela di attività imprenditoriali che si svolgono in determinati immobili: a meno che il bene locato non abbia subito una particolare trasformazione con una sua specifica destinazione ed un suo stretto collegamento per un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza, per cui il valore oggetto di tutela abbia finito con l'incorporarsi a tal punto con l'immobile che diventa esso oggetto del vincolo e non già l'attività in esso esercitata e senza quindi che sia necessario a tal fine garantire anche la continuazione dell'attività di impresa in esso esercitata.

te e circoscritte (come nel caso in cui il bene abbia subito una particolare trasformazione con una conseguente specifica destinazione, ovvero nel caso in cui sia presente uno stretto collegamento con un'iniziativa storico-culturale di rilevante importanza). Di conseguenza, anche secondo tali pronunce, neppure attraverso un provvedimento puntuale, incidente su un singolo bene e giustificato dalla singolarissima peculiarità di quest'ultimo, potrebbe vincolarsi una *res* ad un determinato utilizzo (salvo sconfinare dal potere conformativo esercitato *singulatim* a quello, sostanzialmente ablativo), qualora lo stesso non presenti, in aggiunta, un collegamento così forte con una manifestazione culturale di eccezionale rilievo.

È solamente con un terzo e più recente orientamento, tra l'altro fatto proprio dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza di rimessione della questione di diritto all'Adunanza Plenaria²⁶, che si afferma per la prima volta l'ammissibilità di un vincolo culturale di destinazione d'uso al fine di «garantire non soltanto la conservazione della *res*, ma pure la continuità del processo di condivisione, riproduzione e trasmissione delle manifestazioni immateriali a cui la cosa sia collegata»²⁷. Ovviamente l'ammissibilità di un tale vincolo è possibile solo previa adeguata esposizione in motivazione delle ragioni che ne sono alla base, così da consentire un corretto giudizio di proporzionalità e bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Secondo tale impostazione giurisprudenziale, le esigenze di tutela, determinate dall'utilizzazione dei beni e dalla loro finalità, consentirebbero l'imposizione di un vincolo limitativo della sfera proprietaria, che trova giustificazione proprio nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere. Diversamente, a detta della stessa Sezione rimettente, si accoglierebbe «un'interpretazione abrogante dell'art. 7-bis D.lgs. n. 42 del 2004», quale disposizione tesa a garantire la tutela delle manifestazioni culturali immateriali, in pre-

²⁶ Consiglio di Stato, VI Sez., 28 giugno 2022 n. 5357, in *giustizia-amministrativa.it*, 2022.

²⁷ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, p. 2.3 della motivazione in diritto.

senza della «duplice condizione che tali manifestazioni siano rappresentate da testimonianze materiali – con la conseguenza che la cosa non rilevarebbe quale oggetto diretto di tutela, ma come mezzo di prova dell'esistenza della manifestazione culturale immateriale tutelata – e che le relative testimonianze soddisfino i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10 del Codice»²⁸.

I talvolta labili confini posti tra questi diversi orientamenti giurisprudenziali hanno portato parte della dottrina a ritenere che la posizione assunta dal Consiglio di Stato non rappresenti un approdo innovativo o divisivo ma, semmai, una posizione da lungo tempo consolidata ed oggi meglio chiarita²⁹.

Allo stesso modo è pur vero che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato afferma di aderire, con la pronuncia in commento, al terzo e ultimo orientamento proposto, valorizzando in misura ancora più ampia l'interesse alla tutela dei beni cul-

²⁸ Consiglio di Stato, VI Sez., 28 giugno 2022 n. 5357, p. 22 della motivazione in fatto e in diritto. Secondo tale ordinanza di rimessione il T.A.R. avrebbe errato nel contrapporre la tutela delle cose e la tutela delle attività, tenuto conto che gli artt. 7 bis e 10 D.lgs. n. 42 del 2004 dimostrerebbero che non vi è nulla da contrapporre, bensì che vi è da accertare in modo integrato se la cosa materiale meriti tutela solo per la sua intrinseca consistenza, o anche per la sua connessione funzionale con una attività o con un costume (con una manifestazione immateriale) aventi valore culturale collettivo, che di quella cosa materiale abbiano fatto la propria sede e il proprio strumento (cfr. p. 8, ricorso in appello incidentale).

²⁹ N. AICARDI, *Vincoli sui locali storici e prescrizioni d'uso: superamento di un (inesistente) contrasto giurisprudenziale e riconferma di principi pacifici anche (innovativamente) alla luce dell'art. 7-bis del Codice dei beni culturali e del paesaggio nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2023*, in *Aedon*, 2023, 1. Già in precedenza Id., *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali (nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741)*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, 3, p. 631 ss. La posizione unitaria individuata dall'Autore potrebbe essere compendiata nel senso di intendere la legittimità del vincolo di tipo relazionale sui locali storici solo in caso di esistenza di un collegamento obiettivo tra l'immobile tutelato e i valori culturali connessi all'uso commerciale, in mancanza del quale tale vincolo deve necessariamente essere considerato illegittimo. Sul punto *ex plurimis* Consiglio di Stato, VI Sez., 10 ottobre 1983, n. 723, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 1012 ss.; Consiglio di Stato, VI Sez., 5 maggio 1986, n. 359, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 235 ss.; Corte costituzionale, 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur. cost.*, 1990, I, p. 660 ss.

turali e rinvenendo una possibile base normativa direttamente nelle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio (e nello specifico nel combinato disposto degli articoli 18 comma 1, 20 comma 1 e 21 comma 4), riguardanti la vigilanza sui beni culturali, gli interventi vietati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico e l'esecuzione di opere di qualunque genere su tali beni. La decisione del Consiglio di Stato si pone, dunque, in un'ottica di maggior tutela dei beni culturali, dal momento che, in assenza di un tale vincolo, un qualsiasi mutamento di destinazione d'uso potrebbe creare un effettivo pregiudizio alla conservazione del bene e al conseguente valore culturale.

5. *La natura dei vincoli culturali*

Aderendo a tale ultimo orientamento, l'Adunanza Plenaria avverte anche la necessità di definire la natura dei vincoli culturali, dal momento che un ampio dibattito si era già prodotto nel corso degli anni in dottrina³⁰ e giurisprudenza³¹, propendendo alle volte per una natura espropriativa e altre per una natura conformativa degli stessi³². Attraverso tale pronuncia viene definitivamente chiarito che i vincoli culturali hanno natura non espropriativa, ma unicamente conformativa, imponendo una serie di limitazioni al diritto di proprietà privata e incidendo sulle modalità di godimento dei beni in questione (infatti non solo i beni *ex* comma 3, lett. d), ma in generale tutti quelli previsti dall'intero art. 10 sono assoggettabili alla mi-

³⁰ F. FIORINI, *La natura dei provvedimenti di vincolo storico-artistico sui beni immobili*, in *Dir. Economia*, 2002, p. 365 ss.

³¹ Cassazione, I Sez. civ., 3 maggio 2000, n. 5513, Pres. Sensale, Est. Benini, in *Lexambiente.it*, 2001.

³² Il punto era già stato chiarito da Corte costituzionale, 20 dicembre 1976, n. 245, Pres. Rossi, Rel. Capalozza, in *giurcost.it*, e da Corte costituzionale, 9 marzo 1990, n. 118, Pres. Saja, Rel. Greco, in *giurcost.it*, dove si afferma puntualmente che: «[l']esigenza di protezione culturale dei beni, determinata dalla loro utilizzazione e dal loro uso progressi, si estrinseca in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà del bene e può trovare giustificazione, per i profili costituzionali, nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere (art. 42 della Costituzione)».

sura in questione)³³, nei casi in cui la specifica misura è volta a salvaguardare l'integrità e la conservazione degli stessi (cfr. Corte costituzionale, 20 dicembre 1976, n. 245).

La riconosciuta ammissibilità del vincolo culturale di destinazione d'uso impone, inoltre, di distinguere il caso in cui il potere amministrativo impieghi tale strumento di tutela nelle ipotesi tassativamente disciplinate dal legislatore (potendo la pubblica amministrazione agire senza dover operare una concreta valutazione circa la necessità del vincolo, dal momento che ogni bilanciamento di interessi è operato a monte, in via generale e astratta dal legislatore), dai casi in cui è invece necessaria l'intermediazione del potere amministrativo (dove, nel caso di specie, la ponderazione degli interessi è necessariamente rimessa alla discrezionalità della stessa pubblica amministrazione che deve operare «una valutazione motivata in relazione alle peculiarità concrete, all'esito di un'adeguata istruttoria»)³⁴.

Passaggio logico conseguente, compiuto dall'Adunanza Plenaria, è stato quello di chiarire se può ancora considerarsi valido l'orientamento giurisprudenziale³⁵ più risalente secondo il quale i vincoli per la tutela dell'interesse storico ed artistico possono essere previsti limitatamente alla destinazione dei beni vincolati, o se gli stessi possono imporre lo svolgimento di una determinata attività economica³⁶. In passato, infatti, si affermava non essere in contrasto con il principio di legalità, con quello di tipicità dei provvedimenti amministrativi e con i principi costituzionali fissati dagli artt. 41 e 42 Cost., il provvedimento di vincolo su un immobile il quale, stabilendo che un determinato bene non potesse essere adibito ad usi non compatibili con il suo carattere storico ed artistico, o tale da recare pregiudizio alla sua conservazione o integrità, potesse

³³ G. SCIULLO, *Sull'utilizzo del vincolo culturale di destinazione d'uso*, in *Aedon*, 2023, 1.

³⁴ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, p. 3.6 della motivazione in diritto.

³⁵ Consiglio di Stato, IV Sez., 10 ottobre 1983, n. 723, in *Cons. Stato*, 1983, I, p. 1074 ss.

³⁶ I. CACCIAVILLANI, *Il vincolo storico artistico sui beni degli enti pubblici e le limitazioni della loro circolazione giuridica*, in *Giur. Merito*, 1997, p. 606 ss.

di fatto le premesse per il mantenimento della sua attuale destinazione economica³⁷. Non si ravvisava un contrasto poiché, si riteneva, che il provvedimento non fosse comunque idoneo ad imporre lo svolgimento di un'attività economica.

Sul punto, la pronuncia in nota è giunta a ritenere ammissibile una serie di vincoli più incisivi che impongono 'in positivo' e non solo 'in negativo' le destinazioni d'uso, allo specifico scopo di preservare e valorizzare un determinato bene culturale. In dottrina non hanno tardato a giungere i primi rilievi di incompatibilità costituzionale tanto con gli artt. 41 e 42 della Costituzione, quanto con l'art. 76 Cost., dal momento che la legge di delegazione n. 137/2002 aveva puntualmente stabilito di non introdurre «ulteriori restrizioni alla proprietà privata», imponendo a qualunque interpretazione successiva dell'art. 7-bis del Codice una lettura alla luce dei principi e criteri direttivi indicati nella delega³⁸.

Attraverso tale decisione viene, comunque, ribadita l'attualità di quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «il vincolo di destinazione non deve imporre alcun obbligo di esercizio o prosecuzione dell'attività commerciale e imprenditoriale, né attribuire una riserva di attività in favore di un determinato gestore, al quale non può essere attribuita una sorta di rendita di posizione»³⁹.

Difatti, vincolare un determinato bene a un unico e specifico utilizzo comporterebbe un eccezionale potere in capo all'amministrazione pubblica e, in conseguenza di ciò, si potrebbe anche configurare una patente lesione dei basilari principi di ragionevolezza, proporzionalità e libera iniziativa economica dei consociati, oltre che di legalità⁴⁰, qualora tale vincolo fosse disposto in assenza di una precisa legge di attribuzione.

³⁷ A. PISCHETOLA, *Profili di criticità nella circolazione dei beni culturali*, in *Immobili e proprietà*, 2006, 7, p. 413 ss.

³⁸ C.P. SANTACROCE, *L'Ad. Plen. n. 5/2023 e le "ulteriori restrizioni alla proprietà privata"*, in *Aedon*, 2023, 1.

³⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, p. 3.7 della motivazione in diritto.

⁴⁰ Il principio di legalità è ormai comunemente inteso in senso sostanziale, quale esigenza che ogni potere amministrativo sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elasti-

In definitiva, il vincolo culturale di destinazione d'uso opera certamente a favore di una miglior conservazione e tutela del bene, oltre che del valore storico-culturale che esso esprime, ostando ad usi incompatibili e finanche imponendo la continuità dell'uso attuale cui la cosa è stata, storicamente destinata⁴¹, senza però mai stabilire alcun obbligo di prosecuzione dell'attività commerciale⁴² o imprenditoriale precedente, come si è visto a conclusione di un complesso dibattito giurisprudenziale⁴³.

È, d'altro canto, doveroso ricordare come il provvedimento che impone un vincolo culturale debba essere sorretto da una congrua motivazione che lasci trasparire le ragioni sostanziali per considerare quel determinato bene di specifico valore culturale. Una motivazione chiara e analitica è funzionale anche a consentire l'eventuale controllo giurisdizionale che, nel caso di specie, si configurerà come un sindacato sulla discrezionalità tecnica⁴⁴. Come è noto, il giudizio sulla discrezionalità tecnica è privo di contenuto volitivo e consiste nella valutazione di fatti complessi, essendo svolto sulla base di particolari competenze specialistiche, sindacabili dal giudice amministrativo⁴⁵ sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità oltre che sulla base degli aspetti più strettamente tecnici⁴⁶.

ca, copertura legislativa dell'azione amministrativa (cfr. Corte costituzionale, 24 luglio 2019, n. 195).

⁴¹ G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Riflessioni in tema di salvaguardia dei "locali storici"*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 99, p. 220 ss.

⁴² N. AICARDI, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, in *La tutela dei centri storici*, a cura di G. CAIA, G. GHETTI, Giappichelli, Torino, 1997, p. 103 ss.

⁴³ A. MUSATTI, *Il vincolo storico-artistico di destinazione d'uso: inammissibilità dello strumento, inadeguatezza della disciplina*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 3, p. 404 ss.

⁴⁴ G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 718 ss.

⁴⁵ A.L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amministrativo - Tar*, 2004, 9, p. 2443 ss.

⁴⁶ Consiglio di Stato, VI Sez., 4 settembre 2020, n. 5357, Pres. De Felice, Est. Simeoli, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale « L'apprez-

6. *Il patrimonio culturale immateriale*

Un ulteriore profilo, oggetto di attenta analisi della pronuncia in questione, riguarda l'ampio tema della tutela del patrimonio culturale immateriale, considerato dall'Adunanza Plenaria attraverso il ricorso alla generica formula 'espressioni di identità culturale collettiva'.

Come noto, con la dizione patrimonio culturale immateriale offerta dall'art. 2 della Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 «si intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale»⁴⁷. Tale ricchezza culturale così ampia, mutevole e alle volte indefinita viene trasmessa di generazione in generazione, ed è costantemente ricreata dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e la storia, dando loro un senso d'identità e di continuità, oltre che garantendo forme di rispetto per la diversità culturale e la creatività umana⁴⁸. Offrono un'idea di cosa si debba intendere oggi per patrimonio culturale immateriale, le manifestazioni culturali che in Italia sono state dichiarate dall'Unesco capolavori del

zamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile».

⁴⁷ L. MARIOTTI, *La Convenzione sul patrimonio intangibile e i suoi criteri tra valorizzazione, tutela e protezione*, in *Voci. Annuale di Scienze Umane*, 10, p. 88 ss.

⁴⁸ T. SCOVAZZI, *La definizione di patrimonio culturale intangibile*, in *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, a cura di G.M. GOLINELLI, Cedam, Padova, 2012, p. 151 ss.

patrimonio orale e immateriale dell'umanità⁴⁹. L'elencazione proposta non deve, però, considerarsi esaustiva, né l'espressione «*cultural heritage*» può dirsi limitata a quelle espressioni della cultura immateriale del mondo che l'Unesco ha inserito in un apposito elenco. Solo per fare un esempio, si segnala come in dottrina più di un autore abbia proposto di considerare quali beni immateriali, alcuni elementi del patrimonio culturale religioso⁵⁰, cioè quelle manifestazioni popolari che incorporano valori religiosi o, diffusamente, spirituali, molto più ampia, come categoria, dell'insieme dei beni culturali di interesse religioso⁵¹, la cui tutela e definizione sono da rintracciare nell'art. 9 del Codice Urbani.

L'art. 7-bis del D.lgs. n. 42/04, introdotto con la novella del 2008⁵², facendo preciso riferimento alle 'espressioni di identità culturale collettiva' richiama indirettamente la più risalente normativa di diritto internazionale⁵³. In questo modo, anche

⁴⁹ Tra queste è possibile rinvenire: il teatro delle marionette siciliane, l'opera dei pupi (2001), il canto a tenore dei pastori del centro della Barbagia (2005), la dieta mediterranea (2010), il saper fare liutario di Cremona (2012), le macchine dei santi, meglio note come le grandi macchine a spalla (2013), la pratica agricola della vite ad alberello di Pantelleria (2014), l'arte del pizzaiolo napoletano (2016), la costruzione di muri a secco (2018), la transumanza (2019), l'arte delle perle di vetro (2020), la cerca e cavatura del tartufo in Italia (2021), il tocati, il festival internazionale dei giochi di strada di Verona (2022). Sul punto v. A. GUALDANI, *Primi passi verso una disciplina di settore dei beni immateriali. Il caso del disegno di legge sulle manifestazioni, rievocazioni e giochi storici*, in *Aedon*, 2017, 3.

⁵⁰ L.M. GUZZO, *Il patrimonio culturale, in particolare quello di rilevanza religiosa, e la Convenzione di Faro*, in *Aedon*, 2022, 1.

⁵¹ Sul punto v. FONDAZIONE ACRÌ, *Beni ecclesiastici di interesse culturale. Orientamento, conservazione, valorizzazione*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 14 ss., che ricomprende nel patrimonio culturale immateriale i riti liturgici, la musica sacra, le forme di pietà popolare, etc.

⁵² A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2008, 7-8, p. 2261 ss.

⁵³ L'art. 7-bis del D.lgs. n. 42/2004 fa un espresso riferimento agli strumenti pattizi di diritto internazionale, laddove afferma che: «Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni

tali manifestazioni culturali vengono assoggettate alla disciplina del Codice Urbani e alle relative forme di tutela⁵⁴, e ciò nello specifico caso in cui sussistano i presupposti e le condizioni per giungere a una corretta individuazione dei beni culturali (come indicati espressamente dall'art. 10 del Codice dei beni culturali).

È vero, comunque, che il tenore letterale dell'art. 7-bis ricollega la tutela del patrimonio immateriale al collegamento (necessario e qualificato) con rappresentazioni di testimonianza materiale, non garantendo ancora una tutela autonoma, immediata e diretta alle manifestazioni culturali intangibili prive di tale requisito di connessione.

Eppure, la formulazione di questa disposizione lasciava già sottintendere, prima di tale pronuncia, che il legislatore «guardando all'esterno del Codice»⁵⁵ riconosceva al patrimonio culturale immateriale (*rectius* alle espressioni di identità culturale collettiva) un valore positivo per l'ordinamento.

In questo modo l'elemento materiale diventa la cartina tornasole dell'esistenza e della particolare importanza della manifestazione culturale immateriale⁵⁶ che, solo in seguito a tale accertamento, sarà oggetto di specifica tutela.

La difficoltà di individuare le manifestazioni culturali che vanno a comporre un non meglio precisato patrimonio culturale immateriale, insieme alla carenza di tutela invocabile, hanno fatto dubitare, negli anni, dell'esistenza stessa dei beni immateriali sollecitando, a più riprese, l'adozione di uno statuto unitario che ne procedimentalizzasse la tutela senza deprimerne la differenziazione⁵⁷.

del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10».

⁵⁴ P. CARPENTIERI, *Il secondo correttivo del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 681 ss.

⁵⁵ G. SEVERINI, *Sul vincolo di destinazione per il bene culturale immobiliare: prime considerazioni su Cons. Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 5*, in *Aedon*, 2023, 1.

⁵⁶ G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali?*, in *Aedon*, 2014, 1.

⁵⁷ C. LAMBERTI, *Ma esistono i beni culturali immateriali? (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali)*, in *Aedon*, 2014, 1.

La conseguenza logica che ne deriva l'Adunanza Plenaria dalla presente pronuncia è proprio quella di valorizzare il vincolo di destinazione d'uso «che ponga la *res* a servizio dell'espressione culturale di cui essa costituisce la testimonianza in relazione al messaggio che il bene culturale, come un vero e proprio documento, è in grado di perpetuare per le generazioni future»⁵⁸. In questo modo la pubblica amministrazione può contare su una nuova forma di tutela a beneficio non solo dei beni culturali materiali, ma anche del patrimonio culturale immateriale, non limitando più il proprio intervento a una mera tutela parziale e sotto alcuni profili inadeguata⁵⁹, ma integrando e rafforzando il sistema già esistente. In questo modo, si completa il sistema ordinamentale nazionale disciplinato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, offrendo una più completa valutazione dell'interesse culturale del bene da tutelare, considerato adesso nella sua globalità.

Lo stesso Consiglio di Stato evidenzia, nella pronuncia in questione, come la tutela di espressioni di identità culturale collettiva non introduca una forma di protezione alternativa, non dovendosi per questo operare una distinzione duale «tra la 'tutela delle cose' ex art. 10 D.lgs. 42/2004 (basata su un procedimento autoritativo di tipo verticale) e la 'tutela delle attività' di cui all'art. 7-bis (che richiederebbe, invece, l'intervento delle comunità interessate e un procedimento di tipo partecipativo)». Ne consegue che, in questo modo, è possibile realizzare una tutela unitaria e allo stesso tempo in costante evoluzione. L'importanza di valorizzare e tutelare questo ulteriore aspetto del patrimonio culturale italiano è ulteriormente testimoniata anche dalla presenza di un florido dibattito europeo⁶⁰ che, in diversa forma e misura, alla tutela delle 'cose' ha aggiunto la tutela delle 'attività culturali'.

⁵⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, p. 4.8 della motivazione in diritto.

⁵⁹ L. CASINI, "Noli me tangere" i beni culturali tra materialità e immaterialità, in *Aedon*, 2014, 1.

⁶⁰ C.A. D'ALESSANDRO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale, Uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2021. Sullo stesso tema già in precedenza F.E. GRISOSTOLO, *La salvaguardia del patrimonio cul-*

Corollario di tali affermazioni è quello che ha indotto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, a considerare tutelabili dall'amministrazione pubblica, anche i beni che sono espressione di una identità culturale collettiva, mediante l'impiego di poteri conformativi e nello specifico ricorrendo all'apposizione di uno specifico vincolo di destinazione d'uso, giustificabile sulla base di una serie di eventi di rilevanza storica e culturale, di personaggi storici e illustri che vi hanno soggiornato, per i quali si riconosca «l'impossibilità di scindere le dimensioni materiali da quelle immateriali, stante la loro immedesimazione»⁶¹. In tal modo, l'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato non ha fatto altro che accrescere il ventaglio di strumenti di tutela dei beni culturali previsti dal Codice Urbani, venendo a ricomprendere tra gli specifici oggetti di protezione anche le «espressioni di identità culturale collettiva», colmando, così, una lacuna già da tempo evidenziata in dottrina⁶². A tutti gli effetti, la pronuncia in commento sembra aver creato una prima breccia nella monolitica concezione rappresentata dal predominio della materialità e della coseità che ha da sempre contraddistinto la legislazione del patrimonio culturale⁶³.

L'apposizione di un tale vincolo può dirsi ragionevole e proporzionata se, al termine della valutazione in cui rileva ancora una volta una lata discrezionalità tecnica dell'amministrazione precedente, gli interessi pubblici e quelli privati sono stati oggetto di una corretta ponderazione, tanto dei profili economici, quanto dei profili sociali e culturali⁶⁴.

turale immateriale: recenti tendenze in area europea, in *Dir. pubbl. com. ed eur.*, 2018, 3, p. 723 ss.

⁶¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 febbraio 2023, n. 5, p. 4.8 della motivazione in diritto.

⁶² L. GASPARINI, *Il patrimonio culturale immateriale. Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali*, Vita e Pensiero, Milano, 2014, p. 122.

⁶³ L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 2018, 3.

⁶⁴ G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 14.

In chiusura occorre, comunque, evidenziare come lo stesso Consiglio di Stato abbia individuato ancora una notevole differenza, sotto il profilo della relativa tutela, tra beni culturali materiali e patrimonio immateriale, dal momento che, nel primo caso, è richiesta l'adozione del provvedimento dichiarativo dell'interesse culturale del bene⁶⁵ (ex art. 10, comma 3, lett. d), mentre nel secondo caso, per quanto concerne le manifestazioni immateriali, si deve riscontrare un'imprescindibile connessione fra beni materiali e beni immateriali, secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 7-bis del Codice dei beni culturali. Tale seconda forma di tutela presenta, dunque, un carattere 'misto' (espressione propriamente usata dalla stessa Adunanza Plenaria insieme a quella di 'bilaterale'), imponendo che alla tutela dell'espressione immateriale si accompagni un necessario carattere materiale che evochi i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10 del Codice. In questo modo si attribuisce una diretta rilevanza storico-artistica ai beni materiali e un conseguente valore storico e sociale all'attività svolta, quale espressione di identità culturale collettiva, ugualmente meritevole di tutela per il solo fatto di essere conseguenza della destinazione del bene materiale.

7. Il patrimonio culturale immateriale nel diritto internazionale e influenze sul diritto nazionale

Come si è già indicato in precedenza, l'importanza della tutela del patrimonio culturale immateriale è riconosciuta anche a livello internazionale, attraverso una serie di strumenti pattizi che hanno trovato dapprima una timida affermazione, per poi assurgere, nel corso degli ultimi anni, a questione di interesse globale. È noto, infatti, come già l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, nell'affermare che «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e

⁶⁵ G. MORBIDELLI, *Art. 10*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2019³, p. 133 ss.

di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici», indichi un interesse personale del singolo individuo alla partecipazione a quella che viene considerata, con formula onnicomprensiva e al tempo stesso cangiante, ‘vita culturale di una comunità’, rappresentando un singolare (ma non per questo banale) inno alla bellezza e al progresso morale attraverso la conoscenza e la cultura. La disposizione è chiara e non si limita a una mera tutela materiale dei beni culturali, ma è aperta a tutti quegli apporti artistici, non meglio definiti, che vanno a costituire una sorta di complessiva vita culturale della società, intesa come forma di produzione artistica in continua evoluzione, dinamica e soggetta alle temperie della storia. Non è un caso se nell’art. 27 è stato rinvenuto lo stesso ‘respiro dell’umanesimo integrale’⁶⁶. Allo stesso modo, anche l’art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966) afferma il chiaro riconoscimento del diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale, quale soggetto capace di contribuire fattivamente alla stessa creazione di una peculiare identità culturale. In questo modo, contribuire alla vita culturale diventa un’«opportunità offerta a tutti – individui e gruppi – di esprimere se stessi liberamente [...] per dare pieno sviluppo alla propria personalità, per condurre una vita armoniosa e per contribuire al progresso culturale della società»⁶⁷, oltre che un diritto ampiamente riconosciuto e dunque tutelabile⁶⁸.

Dal riconoscimento del diritto del singolo alla partecipazione alla vita culturale si desume, agevolmente, il diritto collettivo all’identità e alla tutela dei beni culturali immateriali quali espressioni di vita culturale di una comunità⁶⁹. Lo fa

⁶⁶ A. PAPISCA, *Articolo 27 - Contro l’omologazione. La Dichiarazione Universale dei diritti umani commentata dal Prof. Antonio Papisca*, in *Unipd-Centrodiritiumani.it*, 2009.

⁶⁷ Raccomandazione dell’Unesco sulla partecipazione ed il contributo delle persone alla vita culturale del 1976.

⁶⁸ M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell’ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2013, 2.

⁶⁹ M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 251 ss.

dapprima la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003, in seno alla Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (Unesco) e ratificata in Italia il 30 ottobre 2007. Tale Convenzione, dopo un necessario rinvio agli strumenti internazionali esistenti in materia di diritti umani, riconosce tutta l'importanza del patrimonio culturale immateriale in quanto fattore principale della diversità culturale e garanzia di uno sviluppo duraturo, sottolineando a più riprese come, fino a quel momento, non esistesse alcun istituto volto alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale⁷⁰. A protezione di tale specifica manifestazione culturale, la Convenzione pone allora misure di identificazione, documentazione, ricerca, preservazione, tutela, promozione, valorizzazione, trasmissione, agendo in particolare attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento dei vari aspetti di tale patrimonio culturale. Alla base di questo intervento di salvaguardia, è stato evidenziato come, «lungi dallo scoprire un patrimonio che esisterebbe già di per sé, non si fa altro che fabbricarlo, selezionando alcuni elementi considerati puri e scartandone altri non originali»⁷¹. È la stessa Convenzione Unesco a riconoscere una profonda interdipendenza fra il patrimonio culturale immateriale e il patrimonio culturale materiale e i beni naturali, meritevoli tutti di specifica tutela da parte dei vari ordinamenti firmatari, obbligati in forza dello stesso art. 11 della Convenzione che impone a ciascuno Stato contraente di adottare tutti quei provvedimenti necessari a garantire la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale presente sul proprio territorio.

A distanza di due anni dall'adozione della Convenzione Unesco, anche il Consiglio d'Europa ha avvertito la necessità di dotarsi di uno strumento pattizio a protezione del patri-

⁷⁰ G. GARZIA, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nel sistema dei piani di gestione dei siti Unesco*, in *Aedon*, 2014, 2.

⁷¹ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in *DPCE Online*, 2018, 3, p. 593 ss.

monio culturale immateriale, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, conclusa a Faro e ratificata dall'Italia solamente nell'ottobre 2020⁷². In questo modo, lo stesso Consiglio d'Europa ha riconosciuto la necessità di mettere la persona e i valori umani al centro di un'idea più ampia e interdisciplinare di eredità culturale; rimarcando il valore ed il potenziale di un lascito che può essere saggiamente usato come risorsa per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita, in una società sempre più in costante evoluzione.

A differenza dei precedenti strumenti di protezione internazionale, la Convenzione di Faro aumenta notevolmente l'importanza della posizione dell'essere umano nel contesto dei beni culturali, non rivolgendosi unicamente agli Stati firmatari, ma all'individuo quale diretto depositario e creatore di un'eredità culturale che deve essere preservata. Anche il Consiglio d'Europa, nella stesura del proprio strumento pattizio, ha compiuto ampi richiami a fonti internazionali precedenti, quali la Convenzione culturale europea (1954), la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio architettonico d'Europa (1985), la Convenzione europea sulla protezione del patrimonio archeologico (rivista nel 1992) e la Convenzione europea del paesaggio (2000): convinto dell'importanza di creare un quadro di riferimento pan-europeo per la cooperazione, volto a favorire il processo dinamico di attuazione dei principi e delle forme di tutela del patrimonio culturale immateriale.

Il sicuro appiglio normativo su cui poggia la Convenzione del Consiglio d'Europa è ancora una volta dato dal fatto di riconoscere che il diritto all'eredità culturale inerisce al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 1 della Convenzione di Faro).

⁷² G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *Federalismi.it*, 2021, 8, p. 224 ss. Sul punto anche: M. CAMELLI, *La ratifica della Convenzione di Faro: un cammino da avviare*, in *Aedon*, 2020, 3.

Nonostante le importanti affermazioni di principio contenute in simili strumenti pattizi e la notevole opera di sensibilizzazione svolta, non si può non sottolineare, a detta di chi scrive, come il tenore normativo di simili disposizioni convenzionali rischi troppo spesso di cadere nel vago, difettando proprio dell'elemento della concretezza. Un esempio di quanto appena sostenuto è facilmente ravvisabile dalla semplice lettura dell'art. 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa che, quasi in maniera apodittica, afferma che gli Stati contraenti si impegnano a incoraggiare ciascun individuo a partecipare «alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e sulle sfide che l'eredità culturale rappresenta». Simili generiche affermazioni scontano il fatto di risultare difficilmente realizzabili in assenza di una puntuale disciplina nazionale di attuazione. Non è un caso che in dottrina sia stato efficacemente evidenziato come, nonostante sia chiamata Convenzione, questo strumento si avvicina di più a una raccomandazione⁷³. All'opposto, l'indubbio pregio di una simile impostazione è dato dalla sua grande duttilità e dal sapiente superamento di una visione quasi manichea del patrimonio culturale che tendeva a separare il materiale dall'immateriale, per affermare l'innovativa concezione di un patrimonio il cui valore risiede unicamente nel contributo offerto allo sviluppo umano.

Non bisogna comunque dimenticare quanto evidenziato in apertura del presente contributo, dal momento che, ad oggi, l'ordinamento italiano non si è ancora spinto fino all'adozione di una disciplina organica sulla tutela, valorizzazione e promozione dei beni immateriali, limitandosi semplicemente alla previsione di un più laconico art. 7-bis del Codice Urbani con la sua generica affermazione di «espressioni di identità culturale collettiva». Ciò pare ancor più vero se si considera che, fino a poco tempo fa, si era indotti a credere che fra beni culturali materiali e patrimonio culturale immateriale sussistesse una sorta di estraneità di fondo⁷⁴, tale da giusti-

⁷³ C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 2013, 1.

⁷⁴ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, 1.

ficare una disciplina giuridica differenziata che poneva il patrimonio immateriale quasi nella totale irrilevanza. Da qui, si può comprendere perché il legislatore italiano abbia impiegato quindici lunghi anni per ratificare la Convenzione di Faro, ancorato com'era (o forse come ancora è) a una stretta materialità. Un residuo di tale impostazione è indubbiamente rinvenibile anche nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria che non fa altro che esigere un'imprescindibile connessione fra beni materiali e beni immateriali per la tutela di quest'ultimi, riportandosi a quanto espressamente stabilito dall'art. 7-bis del Codice dei beni culturali.

Nonostante la positiva statuizione del consesso apicale della Giustizia amministrativa, le contraddizioni di fondo non sembrano del tutto superate, giacché i beni culturali immateriali, per la loro natura, non sono utilmente assoggettabili alla disciplina di tutela contenuta nel Codice dei beni culturali⁷⁵, così fortemente ancorata alla realtà dei beni. Da ciò consegue che la sicura portata innovativa del Consiglio di Stato è rappresentata dall'aver orientato la tutela dei del patrimonio culturale verso forme a carattere 'misto' o 'bilaterale', ma pur sempre nel solco di un'espressione immateriale che si accompagni a un necessario carattere materiale per essere oggetto di tutela. E, se in passato, si poteva senza troppa esitazione affermare che il risultato raggiunto dal Codice dei beni culturali era ben poca cosa, di fronte alla prevalenza nel sistema della concezione materiale⁷⁶, oggi è sempre più chiaro come differenti istanze di tutela del patrimonio immateriale siano definitivamente sorte, richiedendo l'introduzione di strumenti e istituti giuridici nuovi e adeguati, che imporrebbero un nuovo cammino di affrancamento dalla tutela della *res* materiale.

⁷⁵ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, 2014, 1.

⁷⁶ A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni*, in *Aedon*, 2014, 1.

8. *Considerazioni conclusive sulla tutela del patrimonio culturale e nuove prospettive*

L'importanza teorica, oltre che pratica, della pronuncia in commento è data dalla particolare connotazione che assume il concetto stesso di patrimonio culturale, elemento in continua evoluzione e oggi comprensivo anche di manifestazioni collettive immateriali che trovano la propria origine nella storia comune di un Paese, come l'Italia, accrescendone il valore evocativo e sociale a favore delle future generazioni⁷⁷.

Nella definizione di patrimonio culturale che si è tentata di proporre si intravede come l'elemento materiale e quello immateriale vengano a coesistere all'interno di un sistema organico⁷⁸ dove la cosa tangibile acquista un proprio valore culturale, anche grazie agli elementi più immateriali che il nostro Codice riconduce all'espressione di identità culturale collettiva. La valorizzazione della tutela offerta dall'art. 7-bis consente non solo la conservazione del valore culturale derivante direttamente dalla qualificazione di una determinata *res* come bene culturale (*ex art.* 10 D.lgs. n. 42/04), ma anche la più ampia e, forse per vari aspetti, intangibile perpetuazione dell'espressione di identità culturale collettiva, divenendo in questo modo difficile, se non impossibile, scindere la componente materiale da quella immateriale (allo stesso modo in cui risulta difficile individuare l'immateriale 'intrinseco' o 'estrinseco' al bene, come ha riconosciuto laconicamente lo stesso Consiglio di Stato)⁷⁹.

⁷⁷ Sul punto si rinvia alla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, sottoscritta a Faro il 27 ottobre 2005 e ratificata con la legge 1° ottobre 2020, n. 133, la quale ha definito il patrimonio culturale come l'insieme delle risorse ereditate dal passato, riflesso di valori e delle credenze, delle conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione, rilevanti per una comunità di persone, rimarcando il valore e il potenziale del patrimonio culturale come risorsa per lo sviluppo sostenibile e per la qualità della vita e individuando il «diritto al patrimonio culturale».

⁷⁸ Già sul punto T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO, *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷⁹ A. BARTOLINI, *Colpa d'Alfredo*, in *Aedon*, 2023, 1.

Nonostante il ricorso a due differenti basi normative per la tutela del patrimonio culturale materiale e immateriale non si deve, però, cadere nel facile errore di operare una contrapposizione netta tra la tutela delle cose tangibili e delle attività intangibili. Tale profilo è stato più volte rimarcato dalla stessa Adunanza Plenaria con la felice formula secondo la quale «la tutela delle cose non può essere contrapposta alla tutela delle attività». E, se in un recente passato, si ammetteva ancora l'impiego di una tutela «statica, vincolistica e fidecommissoria»⁸⁰ per i beni culturali materiali, contrapposta a una «indispensabile tutela dinamica»⁸¹ per i beni immateriali; oggi si deve, piuttosto, aderire a una concezione stessa di bene materiale protetto e tutelato tanto per il suo valore artistico-materiale (oggetto di specifica disciplina vincolistica), quanto per la sua connessione con una attività, una tradizione, un'identità culturale collettiva, sintomatica di un pregnante rilievo artistico-culturale. Di qui, la necessità di operare contemporaneamente su entrambi i fronti, del materiale e dell'immateriale, prestando particolare attenzione ai fenomeni tradizionali, connessi ai beni oggetto di tutela.

La pronuncia del Consiglio di Stato in commento si è mossa dando certamente un chiaro segnale, ma non ha ancora risposto a tutti gli interrogativi derivanti dalla mancanza di una disciplina legislativa organica in materia di patrimonio culturale immateriale⁸².

Prima di cedere il passo alle conclusioni finali, è quindi opportuno svolgere una sintetica trattazione delle principali problematiche di carattere generale, riguardanti i beni culturali immateriali, alimentando quel dibattito che da tempo si è focalizzato sulla necessità di fissare uno «statuto giuridico mi-

⁸⁰ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, 2014, 1.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² La dottrina più recente ha evidenziato come il Consiglio di Stato abbia compiuto «un'operazione sostanziale di vera e propria supplenza nei confronti del legislatore», invitando energicamente lo stesso a intervenire e ad avvicinarsi al tema anche in una prospettiva più partecipata. Sul punto F. CORTESE, *Il movimento del diritto. Sull'Adunanza Plenaria n. 5/2023 del Consiglio di Stato*, in *Aedon*, 2023, 1.

nimo unitario»⁸³ e che oggi si dimostra ancora una volta necessario per garantire la tutela di tutte quelle manifestazioni culturali popolari che non presentano un chiaro e diretto legame con un bene materiale e che per questo non sono oggetto della pronuncia in esame.

A modesto avviso di chi scrive, solo attraverso l'esplicita adozione di una legge volta alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, che si affianchi o integri la tutela dei beni materiali già esistente, si potrebbe risolvere quel *vulnus*, ormai tutto italiano⁸⁴, e che oggi, alla luce della recente pronuncia, crea sempre più una patente discriminazione tra beni immateriali che possono vantare un collegamento qualificato con un bene culturale materiale e forme culturali immateriali prive di tale collegamento. Solamente adottando una legislazione coerente ed integrata, che tuteli unitariamente ogni profilo di manifestazione della cultura, indipendentemente dalle varie forme di estrinsecazione, si potrebbe realizzare un'effettiva cura del patrimonio culturale italiano.

Tale disciplina, *de iure condendo*, oltre ad approntare le basi per un'azione amministrativa deputata alla tutela di siffatti interessi culturali, riconoscendo specifiche attribuzioni e forme di intervento, potrebbe destinare nuove risorse finanziarie e strumentali all'identificazione, al riconoscimento e alla conseguente salvaguardia e valorizzazione del patrimonio culturale immateriale. Allo stesso modo, potrebbe anche favorire l'emersione di una innovata sinergia tra pubblico e privato, che riconosca un ruolo da protagonista alla partecipazione di enti privati e cittadini, operanti in una sempre più stretta collaborazione con le autorità istituzionali, nell'attività di valorizzazione del patrimonio culturale italiano. Quest'ultimo indirizzo legislativo darebbe una nuova dimensione al prin-

⁸³ M. CERQUETTI, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, in *Patrimonio culturale e cittadinanza. Patrimonio cultural y ciudadanía. Italia e Argentina*, a cura di M. CERQUETTI, A. PATAT, A. SALVIONI, in *Il Capitale culturale*, 2015, 2, p. 247 ss.

⁸⁴ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit.

cipio di sussidiarietà⁸⁵ nella sua duplice accezione: verticale ed orizzontale. Infatti, se è vero che spetta al legislatore nazionale il compito di introdurre le norme attributive di poteri nell'ambito della propria funzione di tutela, è a livello territoriale che può meglio individuarsi, tutelarsi e valorizzarsi il patrimonio culturale (inteso nella sua duplice accezione integrata di *res* materiale e manifestazione immateriale), grazie anche all'apporto di associazioni di prossimità, enti del terzo settore e soggetti privati che meglio conoscono le tradizioni culturali popolari nel territorio in cui abitualmente operano.

All'interno della ricostruzione normativa appena offerta, resta comunque da risolvere il nodo della valorizzazione del patrimonio culturale immateriale⁸⁶. Come è stato lucidamente proposto in dottrina, circa un decennio or sono, l'ordinamento giuridico entra profondamente in crisi allorquando sia richiesto di valorizzare i beni culturali immateriali, dal momento che viene meno lo stesso requisito della titolarità e la sua conseguente imputazione formale (per questo motivo tali beni sono anche definiti come *adespoti*). L'unico sistema che sarebbe in grado di regolare la valorizzazione del patrimonio immateriale potrebbe rinvenirsi proprio nella forma degli «accordi spontanei, aperti, dinamici nel tempo e nello spazio»⁸⁷. In questo modo, però, la norma scritta abdicerebbe alla sua funzione di regolazione generale e astratta a favore di una serie più imprecisata di accordi eventuali, la cui durata ed estensione sarebbero, ovviamente, rimesse ad elementi strettamente contingenti. D'altro canto, se attualmente pare possibile ammettere una qualche forma di promozione e valorizzazione

⁸⁵ N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁸⁶ R. TUCCI, *Beni culturali immateriali, patrimonio immateriale: qualche riflessione fra dicotomie, prassi, valorizzazione e sviluppo*, in *Voci. Annuale di scienze umane*, X, 2013, p. 190, il cui quesito di fondo resta ancora fortemente attuale: «come valorizzare, come promuovere patrimoni immateriali radicalmente trasformati, frutto di passaggi, di mediazioni, in cui spesso la forza espressiva dell'alterità che ha interessato ed emozionato chi si è accostato a quei mondi fino a pochi decenni fa, è irrimediabilmente persa?».

⁸⁷ M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 2014, 1.

dei beni culturali immateriali, è altrettanto vero che potrebbe dirsi difficile introdurre forme di controllo degli stessi (intesi quali divieti di modificazione in forza dell'apposizione di specifici vincoli), dal momento che tali limitazioni si scontrerebbero certamente con la libertà di espressione costituzionalmente riconosciuta e, in secondo luogo, con il naturale quanto inesauribile mutamento che può investire le varieguate forme di cultura immateriale⁸⁸. Il rischio che si corre nel tutelare il patrimonio culturale intangibile potrebbe, infatti, essere duplice: da un lato si imporrebbe staticità a una manifestazione dinamica, impedendo o comunque rallentando ulteriori forme di evoluzione⁸⁹, dall'altro il più grave rischio di sottrarre alla tutela importanti tradizioni culturali popolari, condannandole incontrovertibilmente all'oblio.

Da tutto quanto precede, ne deriva una nozione aggiornata e più attuale di bene culturale che al carattere materiale affianca quello immateriale, integrando le forme di tutela già previste dall'ordinamento, riconoscendo una propria importanza anche all'uso pregresso di un determinato bene oggetto di tutela culturale, dal momento che lo stesso ha un valore che gli è proprio anche per il collegamento con una determinata attività svolta. E, se da un lato, pare di immediata comprensione il fatto che un mutamento di uso o di destinazione potrebbe dirsi incompatibile con il valore storico-culturale immanente allo stesso bene, è allo stesso modo evidente la necessità di procedere a una non immediata ponderazione tra gli interessi pubblici che sono alla base del provvedimento di vincolo e gli interessi privati, costituzionalmente garantiti nei limiti della funzione sociale⁹⁰. Ciò che ne deriva è certamen-

⁸⁸ G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, 1.

⁸⁹ Sul punto cfr. P. MARZANO, *Vincolo culturale di destinazione d'uso: il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni della p.a. e il rischio dell'«effetto paradosso»*, in *Aedon*, 2023, 1, laddove introducendo il c.d. «rischio dell'effetto paradosso», arriva inevitabilmente a trattare della 'musealizzazione' dello 'spirito vitale' dei luoghi e dei beni.

⁹⁰ È generalmente noto come la tutela del patrimonio culturale si confronta con altri interessi egualmente primari sanciti direttamente in Costituzione, come la tutela della proprietà, dell'ambiente e degli ecosistemi. Sul punto cfr.

te un riconoscimento importante nell'affermazione del diritto soggettivo degli individui e della collettività al patrimonio culturale, tutelato sia a livello nazionale che internazionale, ma che non va considerato come diritto assoluto, potendo ancora subire tutta una serie di restrizioni, in seguito al bilanciamento con ragioni di interesse pubblico o con il diritto di proprietà individuale⁹¹. Un diverso atteggiamento potrebbe, infatti, presto scadere nel rischio opposto e cioè nel cosiddetto 'panculturalismo', per il quale tutto è cultura e dunque tutto diventa tutelabile indistintamente.

È per questo motivo che, riprendendo quanto puntualmente affermato in precedenza dal Consiglio di Stato⁹², un tale vincolo di destinazione può operare soltanto sull'uso della *res*, senza mai imporre un obbligo di prosecuzione dell'attività svolta, né la riserva di una tale attività ad un determinato soggetto. Queste ultime previsioni si porrebbero, infatti, sicuramente in violazione della libera iniziativa economica⁹³ e del diritto di proprietà dei singoli consociati, realizzando, al contempo, un patente sviamento delle attribuzioni pubbliche.

M. CAMMELLI, *Adunanza plenaria CdS 5/2023: chiusura del cerchio o apertura possibile?*, in *Aedon*, 2023, 1.

⁹¹ Si tratta, dunque, di un limite di proporzionalità interno all'esercizio della discrezionalità tecnica, che si avvia da un giudizio sull'idoneità della misura adottata ad assicurare la finalità perseguita; cfr. G. SCIULLO, *Nuovi paradigmi per la tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2022, 3.

⁹² Consiglio di Stato, V Sez., 25 marzo 2019, n. 1933, Pres. Severini, Est. Fantini, in *giustamm.it*, 2019.

⁹³ In questo senso vanno intese le complessive considerazioni circa l'antieconomicità della continuazione di un'attività di impresa dal momento che lo stesso art. 41 Cost. sarebbe di ostacolo allo svolgimento di attività allorché non sussista più la convenienza economica della stessa. Sul punto più diffusamente G. MORBIDELLI, *Della progressiva estensione della componente immateriale nei beni culturali e dei suoi limiti*, in *Aedon*, 2023, 1.

LUCA PASSARINI, Il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale a tutela di beni materiali e immateriali: nota all'Adunanza Plenaria 5/2023

Il presente contributo si pone a commento della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato importanti principi di diritto in materia di vincolo di destinazione d'uso del bene culturale, funzionale alla conservazione della integrità materiale della cosa e di quei beni espressione di identità culturale collettiva. Oltre al tema dei vincoli culturali, in una più ampia disamina sulla tutela del patrimonio culturale, viene affrontata la questione della tutelabilità del patrimonio culturale immateriale.

Parole chiave: beni culturali, interesse culturale, vincolo culturale, patrimonio culturale immateriale, Adunanza Plenaria, giustizia amministrativa, diritto amministrativo.

LUCA PASSARINI, The cultural constraint of intended use to protect tangible and intangible assets: first considerations on the Adunanza Plenaria nr. 5/2023 of the Italian State Council

This paper is a comment on the recent sentence of the Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato which affirmed important principles of law in the matter of the constraint of intended use of the cultural property. This constraint is functional both for the conservation of the material integrity of the thing, and for goods that are an expression of collective cultural identity. In addition to the theme of cultural constraints, the paper concerns the question of the protectability of intangible cultural heritage, in a broader examination of the protection of cultural heritage.

Key words: cultural heritage, cultural interest, cultural constraint, intangible cultural heritage, Adunanza Plenaria, administrative justice, administrative law.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 2 2023

Sergio ALESSANDRÌ, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Fabio BOTTA, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Cagliari

Filippo VARI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Europea di Roma

Antonio ALBANESE, Professore associato confermato di Diritto privato, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Giancarlo CAPORALI, Professore associato di Diritto pubblico e delle istituzioni territoriali, Università degli Studi di Macerata

Giuseppina DE GIUDICI, Professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Cagliari

Maurilio FELICI, Professore associato di Diritto romano e diritti dell'antichità, Libera Università Maria Santissima Assunta (Lumsa), sede di Palermo

Sara GALEOTTI, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi Roma Tre

Domenico BILOTTI, Ricercatore di Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro

Luisa BORGIA, Docente di Bioetica, Università Politecnica delle Marche, Presidente del Comitato Sammarinese di Bioetica e membro dello *Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health* (CDBIO) nel Consiglio d'Europa

Dario SANDONÀ, Dottorando di ricerca in Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Padova

Luca PASSARINI, Dottore in Giurisprudenza, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Archivio giuridico Filippo Serafini *online*

Elenco Revisori

Anno 2023

Sergio Alessandrì, Antonio Banfi, Francesco Biagi, Germana Carobene, Paolo Cavana, Cristina Ciancio, Giuseppe Contissa, Giovanni Cossa, Antonello De Oto, Sabrina Di Maria, Davide Dimodugno, Daniele Edigati, Costantino-M. Fabris, Sara Galeotti, Claudio Gentile, Paolo Giovarruscio, Vincenzo Salvatore Gonario Satta, Valerio Marotta, Fabiana Mattioli, Maria Federica Merotto, Manlio Miele, Marco Molinari, Francesca Mollo, Sandro Nardi, Leonardo Nepi, Paolo Papanti-Pelletier, Carlo Pelloso, Elena Pezzato, Francesca Polacchini, Francesca Pulitanò, Corrado Roversi, Alessandra Spangaro, Giuseppe Speciale, Francesca Tamburi, Carmelo Elio Tavilla, Paola Todini, Alberto Tomer, Silvia Vida, Filippo Viglione, Andrea Zanotti, Ilaria Zuanazzi.

INDICE DEL FASCICOLO 2 2023

<i>Sergio Alessandrì</i> , Appello e attività normativa del principe. D. 49.8.1, <i>Macer 2 de appellationibus</i>	571
<i>Fabio Botta</i> , Ancora in tema di <i>causae accusationis</i> e <i>calumnia</i> nel processo per <i>quaestiones</i>	595
<i>Filippo Vari</i> , A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia	623
<i>Antonio Albanese</i> , Nullità dell'atto e conservazione del fatto nelle successioni <i>mortis causa</i> e nel diritto di famiglia	643
<i>Giancarlo Caporali</i> , Quale democrazia? Scioglimento delle Camere, Presidente della Repubblica e sovranità popolare	689
<i>Giuseppina De Giudici</i> , La legge accomodata. Il codice civile albertino e le «speciali condizioni» della Sardegna	789
<i>Maurilio Felici</i> , Appunti sul vocabolario dei giuristi romani: l'uso di <i>salubritas</i> tra contesti urbani e rurali	815
<i>Sara Galeotti</i> , Perdita del carico e diritto al nolo: considerazioni in tema di ' <i>locatio mercium vehendarum</i> '	831
<i>Domenico Bilotti</i> , Il diritto canonico tra ordine oggettivo e autonomia della coscienza. Riflessioni a margine di una recente lettura	855
<i>Luisa Borgia</i> , I diritti umani oltre la malattia: i sopravvissuti al cancro e il diritto all'oblio oncologico	891
<i>Dario Sandonà</i> , Dalla <i>notitia de delicto</i> all'indagine previa. Note a margine del <i>Vademecum</i> su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici	915
<i>Luca Passarini</i> , Il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale a tutela di beni materiali e immateriali: nota all'Adunanza Plenaria 5/2023	957

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

Archivio giuridico Filippo Serafini online è numero speciale della Rivista *Archivio giuridico Filippo Serafini* (ISSN: 0391-5646) per la pubblicazione *open access* di contributi. Tale modalità, come noto, risponde agli *standards* internazionali in ordine all'accessibilità e alla diffusione dei risultati della ricerca scientifica.

Dopo avere superato la procedura di revisione *double-blind peer review*, gli articoli accettati sono pubblicati *in progress*. La pubblicazione definitiva avviene con la fascicolazione semestrale della versione telematica.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Le opinioni espresse negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; Scopus.

