

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

VERONIKA BÍLKOVÁ, Full Prof. Charles University in Prague

FRANCESCO BONINI, Rettore Università "Lumsa"

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER 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

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Cat. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ, Cat. Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL RODRIGUEZ BLANCO, Cat. Universidad de Alcalá



STEM Mucchi Editore



ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

VERONIKA BÍLKOVÁ, Full Prof. Charles University in Prague

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER 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

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Cat. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ, Cat. Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL RODRIGUEZ BLANCO, Cat. Universidad de Alcalá



STEM Mucchi Editore



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

www.archiviogiuridiconline.it



Creative Commons Attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0)
Attribuzione della paternità dell'opera all'Autore. Consente la consultazione e la con-
divisione. Vietate la vendita, la modifica e la trasformazione per produrre un'altra opera

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2024
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 2024

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Veronika Bílková – Full Prof. Charles University in Prague; Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier 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; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carmen Otero García-Castrillón – Cat. Universidad Complutense de Madrid; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; María José Roca Fernández – Cat. Universidad Complutense de Madrid; Miguel Rodriguez Blanco – Cat. Universidad de Alcalá

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
Germana Carobene – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Marco Cavina – Università di Bologna
Giuseppe Comotti – Università degli Studi di Verona
María del Rosario Cristóbal Roncero – Universidad Complutense de Madrid
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
María Isabel Garrido Gómez – Universidad de Alcalá
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
Angelo Licastro – Università degli Studi di Messina
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

Avv. Daniela Bianchini; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “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. Michele Spinozzi – Università Politecnica delle Marche; Prof. Alessandro Tira – Università degli Studi di Bergamo; 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).

Roberta Braccia

ARMARE IL DIRITTO: LA MOBILITAZIONE LEGISLATIVA ITALIANA DURANTE LA GRANDE GUERRA*

SOMMARIO: 1. Nella trincea costituzionale: armare il Governo, disarmare il Legislatore. – 2. *Lo ius belli* e il diritto privato: Codice presidiato o assediato? – 3. I «proiettili normativi» nel settore civile e commerciale. – 4. La smobilitazione legislativa: disarmare il diritto con un esercito di giuristi.

«Nessun dubbio che il diritto
non può essere permanentemente un'arma di lotta,
ma il ritenere ch'esso debba suonare armonia e pace,
presuppone una società idilliaca,
che non esiste altro che nel pensiero dei sognatori.
Il diritto dev'essere anche un'arma di difesa,
un mezzo efficace di garanzia [...]
per la sicurezza del nostro territorio»

(F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*,
in *Rivista di diritto commerciale*, XVI, 1918, p. 702)

1. *Nella trincea costituzionale: armare il Governo, disarmare il Legislatore*

Obiettivo di questo intervento è proporre alcune riflessioni su come si armò e si disarmò il diritto del nostro Paese in occasione della Grande Guerra con la mobilitazione legislativa, prima, e con la smobilitazione legislativa, poi, prestando,

* Contributo sottoposto a valutazione.

tuttavia, maggiore attenzione alla fase ‘creativa’ dello *ius belli* con specifico riferimento all’ambito giusprivatistico¹.

¹ Questo contributo è la trasposizione pressoché letterale della relazione presentata al Convegno annuale della Società Italiana di Storia del Diritto su ‘De iure belli. *Offesa e difesa tra storia e diritto*’, tenutosi a Bologna nei giorni 25-26 novembre 2022; l’apparato delle note si limita per lo più – sebbene non esclusivamente – ai riferimenti delle opere citate nel testo. Lo *ius belli* italiano durante il primo conflitto mondiale è un tema che ho affrontato ormai molti anni fa (cfr. R. BRACCIA, *La legislazione della Grande Guerra e il diritto privato*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. SCIUMÈ, Torino, 2012, pp. 187-215), prima che si svolgessero le numerose iniziative scientifiche e culturali commemorative della Grande Guerra, e si tenessero, a seguire, quelle occasionate dalla crisi economica e finanziaria globale, conseguenza del Covid-19, aggravata dalla guerra russa in Ucraina. Si tratta di iniziative che hanno arricchito significativamente la storiografia sul tema, di cui ho accolto le suggestioni, ma di cui non è possibile in questa sede proporre una rassegna esaustiva. Fra gli studi più recenti, successivi al 2011, qui direttamente o indirettamente utilizzati, mi limito a ricordare: G. ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, 5, pp. 73-85; C. LATINI, *The Great War and the Reorientation of Italian Private Law*, in *Comparative Legal History*, 2014, 2, pp. 242-263; L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016, 7, pp. 349-367, nonché EAD., *Nugae civilistiche. Sulla scuola romana nel primo Novecento*, in *Jus Civile*, 2017, 6, pp. 568-607; *Il Mediterraneo e la Grande Guerra. Diritto, politica, istituzioni*, a cura di F. MASTROBERTI, S. VINCI, *Quaderni del Dipartimento Jonico*, 2016, 4; *L’Italia a cento anni dalla Grande Guerra*, a cura di G. CIRILLO, Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo, Roma, 2017; *Le Istituzioni e la Grande Guerra*. Incontro di studio, Trieste, 18 giugno 1918, a cura di D. ROSSI, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, CLXX, 2019, 7-8; A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell’ordine economico nell’esperienza italiana*, in *Historia et ius*, 15, 2019, paper 2; F. ROGGERO, «Uno strumento molto delicato di difesa nazionale». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella Prima guerra mondiale*, *Historia et ius*, Roma, 2020; *Il diritto al fronte. Trasformazioni giuridiche e sociali in Italia nella grande guerra*, a cura di F. ROGGERO, Soveria Mannelli, 2020; A. SCIUMÈ, *Guerra e dopoguerra nella dinamica ordine/eccezione nel Novecento italiano. Primi spunti di riflessione*, in *Nazionalizzazione e amministrazione tra le due Guerre. Il Ministero per le Terre Liberate tra tensioni politiche e crisi istituzionali*, a cura di D. LO PRESTI, D. ROSSI, Milano, 2021, pp. 171-188; A. AGRÌ, «Una grande epoca di transizione si avvicina»: *autonomismo e associazionismo nella Carta del Carnaro e nel Manifesto di Macomer (1920)*, in *Historia et Ius*, 21, 2022, paper 15; R. D’ORAZIO, *Errico Presutti e la legislazione di emergenza durante la Prima guerra mondiale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2022, 1, pp. 1-15. Negli ultimi decenni, una

Se il primo conflitto mondiale ebbe ripercussioni sul piano sociale, demografico e culturale a livello globale, fu soprattutto il nostro Paese, notoriamente arretrato rispetto ad altri, a divenire il teatro di una rivoluzione industriale accelerata e concentrata nel tempo.

Caratteristica comune, invece, a tutti i paesi in guerra fu il massiccio intervento dello stato in qualità di organizzatore e coordinatore dello sforzo bellico, circostanza che determinò praticamente ovunque una progressiva «pervasività dello stato» implicante un articolato processo di burocratizzazione dell'economia, volto a limitare in maniera massiccia sia le libertà degli industriali (ampiamente garantite nell'Italia liberale) sia, più in generale, l'autonomia privata².

La mobilitazione legislativa innescata dalla guerra travolse e sconvolse il nostro ordinamento giuridico sollevando complicate questioni non solo di ordine costituzionale, amministrativo, finanziario, ma anche di ordine civile e commerciale³.

peculiare attenzione allo *ius belli* è stata prestata anche dalla manualistica storico-giuridica, a partire da P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 229-232, poi da G. CAZZETTA, *Codice civile e identità nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011, pp. 68-71 e pp. 156-161, sino ad arrivare, ad esempio, al volume di A. MONTI, *Per una storia del diritto commerciale contemporaneo*, Pisa, 2021, pp. 199-205, e a *Le danze di Clio e Astrea. Fondamenti storici del diritto europeo*, a cura di A.A. CASSI, Torino, 2023, pp. 303-304.

² R. D'ORAZIO, *Errico Presutti e la legislazione di emergenza durante la Prima guerra mondiale*, cit., p. 5. Come scrisse ormai molti anni fa Carlo Ghisalberty, ai fini della mobilitazione industriale «le cornici privatistiche dell'economia» furono sostituite da un «embrionale sistema misto» fondato sul controllo pubblico delle aziende e sull'amministrazione della produzione e dello scambio di molti prodotti agricoli e manifatturieri; contemporaneamente la «militarizzazione della manodopera» sostituì all'«antica conflittualità sindacale una disciplina arbitrale e in un certo senso autoritativa dei rapporti di lavoro imposta dal governo», C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari, 1985, p. 202.

³ Lo stesso accadde in altri paesi coinvolti nel conflitto, come ha notato F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, 2016, pp. 185-187.

Il diritto nazionale fu eccezionalmente ‘armato’ per l’occasione, a scopi difensivi e offensivi⁴: addirittura, può dirsi che per la prima volta si fece «un uso sistematico dello strumento legislativo come arma»⁵.

Quanto agli effetti, l’«immane cataclisma della conflagrazione mondiale» sarebbe «passato sugli spiriti e sulle forme del diritto privato», determinando la peggiore crisi di sempre, o, meglio, come scrisse Filippo Vassalli, «la più grande crisi del diritto privato»⁶.

⁴ Ad ‘armarsi’ furono anche gli accademici e gli intellettuali con la propaganda per la mobilitazione come si evince chiaramente dal titolo del volume *Minerva armata. Le Università e la Grande Guerra*, a cura di G.P. BRIZZI, E. SIGNORI, Bologna, 2017, e, in particolare, dal contributo di S. SALUSTRI, «La nostra guerra». *I docenti universitari e la propaganda per la mobilitazione durante il primo conflitto mondiale*, pp. 97-107.

⁵ F. ROGGERO, *Introduzione*, in *Il diritto al fronte*, cit., p. 8.

⁶ Celebre espressione ricavata dalla prolusione del 1918 di Vassalli al corso genovese di *Istituzioni di diritto civile* dal titolo *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, data alle stampe in varie sedi e riedita, da ultimo, nel secondo dei tre volumi dedicati a *Le prolusioni dei civilisti, I (1873-1899), II (1900-1935), III (1940-1979)*, Premessa di A. CIATTI, *Introduzione* di P. GROSSI, Esi Napoli, 2012. Su questa prolusione, su cui la storiografia si è sistematicamente soffermata in numerose occasioni, cfr. E. MURA, *Filippo Vassalli dagli esordi romanistici alla cattedra civilistica genovese (1907-1918)*, in *Historia et Ius*, 16, 2019, paper 14, pp. 27-31, dove si ricorda come, rispetto ad altri, spettò a Paolo Grossi il merito di aver messo in evidenza l’importanza della prolusione vassalliana, *ivi*, p. 28. Tra i contributi più recenti sulla figura di Filippo Vassalli si veda F. COLAO, *Estrastatualità del diritto. Note sul pensiero di Filippo Vassalli, giurista «europeo», e di Guido Tedeschi, giurista italiano, a Gerusalemme per le leggi razziali*, in *Italian Review of Legal History*, 3, 2017, 8, pp. 1-11. Considerazioni di rilievo anche in I. STOLZI, *La romanità fra storia e paradigma: Filippo Vassalli e la privatezza novecentesca*, in ‘Iuris quidditas’. *Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, 2010, pp. 373-394; G. CHIODI, *Filippo Vassalli*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice: diritto*, a cura di P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI, Roma, 2012, pp. 563-567, nonché dello stesso autore la voce a lui dedicata nel *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. MILETTI, Bologna, 2013 (d’ora in poi *DBGI*); I. BIROCCHI, *La fase attardata in cui è rimasto il codice civile italiano. Una felix culpa per la scienza giuridica degli anni dieci del Novecento. Il giurista come intellettuale*, in *Revista de la facultà de direito Università S. Paulo*, 112, 2017, p. 439 ss.

La Grande Guerra creò un fenomeno mai registrato prima, costituito dalle «miriadi di leggi emanate in un arco temporale di quattro anni e mezzo»: un fenomeno che, parafrasando Vassalli, aveva un nome, cioè «legislazione di guerra», dovuto non tanto alla quantità o alla intensità delle norme, che quasi assomigliava a quella della «fabbricazione di proiettili», quanto alla novità dei principi introdotti «con travolgente audacia nella compagine del nostro ordinamento giuridico»⁷.

La mobilitazione legislativa generò una serie numerosa di decreti-legge e di decreti legislativi, emessi in virtù della legge di «delegazione» del 22 maggio 1915 n. 671, con la quale il Governo di Vittorio Emanuele III ottenne il conferimento dei cosiddetti ‘pieni poteri’⁸; infatti, venne accordata all’Esecutivo, per tutta la durata del conflitto, la facoltà di emanare disposizioni aventi valore di legge per quanto fosse richiesto «dalla difesa dello stato, dalla tutela dell’ordine pubblico e da urgenti o straordinari bisogni dell’economia nazionale»: una formula aspramente criticata da una nutrita schiera di giuristi poiché, pur rappresentando il fondamento costituzionale dei provvedimenti eccezionali, mal interpretata, avrebbe lasciato libero arbitrio al Governo legislatore di normare su tutto.

Se l’esercizio governativo dei ‘pieni poteri’ non rappresentava di fatto una novità nella storia politica e costituzionale

⁷ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Studi giuridici*, II, Roma, 1939, p. 377. L’espressione «proiettili normativi», di indubbia efficacia, è stata mutuata, tra gli altri, da G. MELIS, *Il linguaggio normativo della Grande Guerra*, in *Le istituzioni e la Grande Guerra*, cit., p. 319 ss. (contributo ripreso in *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, a cura di G. MELIS, G. TOSATTI, Bologna, 2021).

⁸ Sull’attività legislativa del Governo e sulla sua legittimità cfr. C. LATINI, *Il governo legislatore. Espansione dei poteri dell’esecutivo e uso della delega legislativa in tempo di guerra*, in *Il governo dell’emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, a cura di F. BENIGNO, L. SCUCCIMARRA, Roma, 2007, pp. 197-219, ma, soprattutto, della stessa autrice la monografia *Governare l’emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005. Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte da M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d’Ancien Régime all’Italia liberale*, Milano, 2009, p. 177 ss., nonché il saggio di G. FRANCISCI, *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 4, pp. 945-976.

del Paese, per contro fu proprio in questo frangente che il necessario rafforzamento dell'esecutivo portò l'opinione pubblica ad accettare l'immagine di un Governo legislatore capace di sostituirsi per necessità ad un Parlamento inesorabilmente spogliato in buona parte delle sue funzioni e, quindi, 'disarmato'⁹: una circostanza che, come ha sottolineato giustamente Guido Alpa, diventerà il «grimaldello usato dal regime fascista per consolidarsi ed esautorare il Parlamento»¹⁰.

2. *Lo ius belli e il diritto privato: Codice presidiato o assediato?*

L'interesse della scienza giuridica italiana per lo *ius belli* si era manifestato sin dal periodo della neutralità, precedente l'entrata del Paese nel conflitto a fianco dell'Intesa, quando i giuristi si sforzarono di valutare l'impatto degli eventi bellici sulla legislazione e sugli ordinamenti delle nazioni già coinvolte, come Francia, Inghilterra e Imperi centrali¹¹. Di tali esperienze si tenne conto anche dopo, con l'entrata in guerra dell'Italia, per valutare positivamente o negativamente so-

⁹ Si ricorda che, dopo soli cinque mesi dalla concessione dello Statuto albertino, un gruppo di deputati aveva presentato un disegno di legge di delegazione e di conferimento di 'pieni poteri' all'Esecutivo per fronteggiare la grave situazione innescata dal conflitto con l'Austria. Lo Statuto pur non contemplando tale possibilità, neppure la vietava; pertanto, nel silenzio della carta costituzionale e stante la 'flessibilità' della stessa, si creò un precedente che divenne poi un principio non scritto di diritto costituzionale o meglio un elemento significativo della costituzione materiale italiana.

¹⁰ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari-Roma, 2000, p. 252. Cfr. anche A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana*, cit., p. 4.

¹¹ La scienza giuridica italiana non esitò a registrare e commentare la «legislazione di guerra»: i contributi si contano dal primo anno di guerra; si tratta di saggi pubblicati su periodici di settore o lavori monografici specificamente dedicati a questo profilo dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico; ogni autore segue propri modelli e propri stilemi, G. ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, cit., p. 73.

luzioni ed effetti apportati dalla fervente attività legislativa del Governo.

Fra i giuristi che si sono occupati di *ius belli*, a titolo esemplificativo e senza pretese di esaustività, debbono essere citati Alfredo Ascoli, Pietro Bonfante, Roberto de Ruggiero, Francesco Ferrara, Vittorio Polacco, Vittorio Scialoja, Gino Segrè, Filippo Vassalli, ma – come ha suggerito Laura Moscati con specifico riferimento alla civilistica romana – è d’obbligo menzionare Giovanni Carrara, Gabriele Faggella, Renato Cerciello¹².

Dalla copiosa letteratura in materia, emerge, in generale, una preoccupazione costante: come coordinare lo *ius belli* col diritto preesistente.

In particolare, ci si domandò fin da subito se quel diritto eccezionale di guerra sorto all’improvviso fosse solo uno *ius necessitatis*, da utilizzare durante l’emergenza e, poi, da relegare «nel museo giuridico» o se, invece, non contenesse i «germi di un diritto nuovo», pronti a maturare in un lontano avvenire¹³.

Se molti, dunque, furono gli esponenti della scienza giuridica italiana che si occuparono di guerra, piace qui ricordare per ragioni di provenienza, ma anche perché ne ho approfondito in più occasioni il profilo biografico e scientifico, un giurista genovese, Pietro Cogliolo, professore di diritto romano nell’ateneo ligure a partire dal 1889, avvocato e membro di

¹² L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, cit., pp. 350-351.

¹³ Si citano tra virgolette alcune note espressioni utilizzate da Francesco Ferrara secondo il quale la legislazione di guerra avrebbe potuto essere raggruppata in quattro categorie: disposizioni eccezionali di guerra; principi di diritto comune sorti in occasione della guerra; germi di diritto nuovo; principi speciali destinati a reggere i rapporti del dopo-guerra o più esattamente a regolare in futuro le situazioni ereditate dal diritto bellico; «certamente la maggior parte delle norme che costituiscono la trama dei nostri decreti luogotenenziali appartengono al diritto eccezionale ed effimero di guerra. Fra breve esse saranno riposte nel museo giuridico», F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVI, 1918, 1, pp. 686-687. Sullo spessore scientifico di Francesco Ferrara (1877-1941) si rinvia alle notizie e alle osservazioni di G. CHIODI, voce *Ferrara Francesco sr.*, in *DBGI*, cit., pp. 839-842.

varie commissioni legislative, compresa la Commissione reale per il dopoguerra, di cui si dirà¹⁴.

Personaggio eclettico, affascinato dal progresso e attratto dalle mode del diritto, egli si contraddistingue sia per la straordinaria quantità di scritti che ci ha lasciato, sia per aver sposato in anticipo e talvolta contro la dottrina maggioritaria tesi e soluzioni destinate a trovare pieno o parziale accoglimento da parte del legislatore e della giurisprudenza: tra le più suggestive, vorrei ricordare che era assolutamente favorevole all'introduzione del divorzio nonché all'accesso delle donne alla professione forense¹⁵.

Dopo aver fondato e diretto l'*Annuario critico di giurisprudenza pratica civile, commerciale, ferroviaria e marittima*, pubblicato dal 1889 al 1900, nel 1910 assunse la direzione con Da-

¹⁴ Su questo giurista e sulla sua produzione scientifica mi permetto di rinviare alla ricostruzione proposta da R. BRACCIA, *Alla ricerca di uno ius commune italiano ed europeo: Pietro Cogliolo (1859-1940) tra codici e diritto romano*, in *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano, 2011, pp. 1-62.

¹⁵ Tra i saggi su temi 'alla moda' si segnalano, a titolo di esempio, P. COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto*, Genova, 1898; ID., *Il progresso del diritto privato nell'ultimo cinquantennio (relazione fatta nella seduta del 13 ottobre 1911 in Roma alla Società per il Progresso delle Scienze)*, in ID., *Scritti varii di diritto privato*, II, Torino, 1913, pp. 10-13; ID., *Le donne avvocate secondo il diritto italiano. Difesa per Teresa Labriola*, ivi, pp. 64-74; ID., *La tendenza democratica nella scienza e nella pratica del diritto civile*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VI, 1914, pp. 417-425. Cogliolo era noto in ambiente romanistico per essersi scontrato in varie circostanze con Vittorio Scialoja, all'epoca considerato un vero e proprio «principe della romanistica, severo e dalla penna tagliente» (G. MECCA, *Manuali di scienze giuridiche, politiche e sociali. Letteratura universitaria e insegnamento del diritto tra Otto e Novecento*, in *Non bramo altr'esca. Studi sulla casa editrice Barbèra*, a cura di G. TORTORELLI, Bologna, 2013, p. 186, nt. 61) di cui subì nel tempo le censure e l'ostilità, tanto che nel 1914 scrisse: «Il nome di VITTORIO SCIALOJA è per noi giuristi, e specie per i professori, un richiamo immediato all'esempio tipico della grandezza e singolarità del genio italico. Il suo pensiero è acuto, forte, veggente; la cultura di lui è vasta, profonda, ma che sa nascondersi pur operando; conosce e si diletta con piacere loico di tutte le finezze concettuali, e nello stesso tempo ha senso pratico, né gli sfugge alcuna delle avvedutezze forensi e professionali. È romanista; è civilista; è procedurista; conosce tutto, sa di tutto, scruta, esamina, vaglia, critica tutto... e qualche volta anche tutto», P. COGLIOLO, *Scuola giuridica italiana*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VI, 1914, p. 777.

vid Supino, della nuova serie de *Il diritto commerciale*, rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza, fondata nel 1883 da Filippo Serafini (di cui fu allievo e anche genero) all'indomani della promulgazione del Codice Mancini¹⁶: una rivista 'minore', se vogliamo, rispetto ad altre di riviste di settore, *in primis* la *Commerciale* di Vivante e Sraffa¹⁷, ma, comunque, connotata da una certa vitalità e attenzione per il «felice progresso» dei commerci italiani e del relativo diritto¹⁸.

Autore senza dubbio assai prolifico, realizzò una delle più note rassegne commentate, con la dottrina e la giurisprudenza, di legislazione bellica: un volume di oltre 600 pagine intitolato *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, edito per la prima volta nel 1916 e riedito nel 1917¹⁹.

¹⁶ Fu stampata a Torino per la Utet fino al 1920 e poi a Genova. Dal 1937 Cogliolo concentrò formalmente la direzione de *Il diritto commerciale* nelle sue mani poiché era deceduto David Supino, condirettore e noto esponente della giuscommercialistica italiana dell'epoca. Di tale rivista conservò la direzione sino al 1940, cioè fino alla sua morte, evento che ne determinò la cessazione, cfr. R. BRACCIA, *Alla ricerca di uno ius commune italiano ed europeo*, cit., p. 36.

¹⁷ Sulla *Commerciale* cfr. A. MONTI, *Angelo Sraffa. Un 'antiteorico' del diritto*, Milano, 2011, pp. 219-231. Come ha sottolineato Fusar Poli, tra i periodici giuridici, furono soprattutto le riviste del settore giuscommercialistico a riservare più spazio agli interventi in tema di ripercussioni del conflitto mondiale sulla sfera del diritto civile e commerciale e, a seguire, di riassetto post-bellico; nelle riviste si alimentava un dibattito che, se appariva legato alle esigenze eccezionali di guerra, in realtà si era radicato e si radicherà su più profondi e duraturi fenomeni sociali ed economici, E. FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica tra liberismo e autarchia*, Milano, 2012, p. 137, nt. Sull'attenzione prestata al diritto bellico da un'altra importante periodico di settore, vale a dire la *Rivista di diritto civile*, cfr. G. FURGIUELE, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931. «Un organo speciale del movimento scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo» e di «indirizzo» dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, pp. 577-593.

¹⁸ Cfr. P. COGLIOLO, D. SUPINO, *Ai lettori, in Il diritto commerciale*, n. s., I, 1910.

¹⁹ P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore. Raccolta completa di tutti i Decreti-Legge in rapporto al diritto privato*, Torino, 1917². Sull'importanza e sulla fortuna di tale volume il giudizio estremamente posi-

Oltre a ciò, nel periodo bellico e postbellico produsse ulteriori saggi ed interventi in materia che contribuiscono ad ampliare il ventaglio delle questioni sollevate e sollevabili dall'emergenza guerra²⁰.

Per comprendere la fortunata 'sistemazione' data dal giurista genovese allo *ius belli* italiano è opportuno citare le sue parole espresse in apertura: «Il pensiero dominante di tutto il presente lavoro è di trovare nel diritto civile e commerciale, della tradizione e dei codici, le norme per regolare i rapporti giuridici in tempo di guerra, facendo l'uso che è appena necessario delle disposizioni speciali: coordinare cioè la legislazione di guerra con il diritto preesistente»²¹.

Emerge, quindi, una viva preoccupazione del giurista che, consapevole del 'pericolo' innescato dallo *ius belli*, ne suggerì

tivo espresso da R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1990², p. 41, è stato condiviso anche dalla storiografia giuridica più recente, F. ROGGERO, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*», cit., p. 2. A differenza della prima edizione, questa rassegna, annotata con la dottrina e la giurisprudenza, è articolata in due parti, precedute da una corposa *premessa bibliografica* relativa agli anni 1913-1917; la prima parte, frutto esclusivo della penna di Cogliolo è così intitolata *La teoria della colpa, della forza maggiore e dei danni nei contratti civili e commerciali*; la seconda, molto più consistente, alla cui redazione collaborò l'avvocato Ugo Ratto, è dedicata al materiale legislativo, annotato con precisi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

²⁰ Si segnalano, in particolare, P. COGLIOLO, *La guerra e i contratti commerciali con speciale riguardo alle vendite di carbone e di cotone*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VI, 1914, pp. 575-589, ripubblicato con qualche variante in Id., *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, 1917², pp. 361-378; Id., *Gli appalti pubblici e la guerra*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VII, 1915, pp. 434-438; Id., *La guerra ed i contratti di appalto di pubbliche opere*, ivi, pp. 569-574; Id., *La donna e la guerra (conferenza)*, Genova, 1916; Id., *Per un codice unico di diritto privato fra le Nazioni amiche ed alleate*, in *Il diritto commerciale*, n.s., XI, 1919, pp. 237-251.

²¹ P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 1. Aggiunge anche: «Una raccolta bibliografica diventa perciò inutile, perché ogni giurista ha il dovere di conoscere i trattati generali e particolari del diritto privato. Mi limito perciò a citare alcuni studi recenti e speciali, l'importanza dei quali, è dal mio punto di vista, non molto grande, perché è nel fondo delle norme giuridiche comuni che io penso si trovino le regole per i rapporti tra la guerra ed i fenomeni di diritto privato».

sce un uso prudente e limitato, a presidio e tutela del diritto preesistente.

Come la maggior parte di civilisti italiani della sua generazione, poi, egli aveva aderito alla Pandettistica tedesca o, meglio, alla rielaborazione nazionale della stessa.

Pur nel rispetto dei codici nazionali di diritto privato (civile e commerciale), con tutti i limiti che essi presentavano – limiti destinati ad aumentare col progresso sociale, scientifico e tecnologico –, il professore genovese affermava l'esistenza di un 'diritto romano attuale', capace di supplire ai difetti ed alle lacune dei testi legislativi, non solo italiani, ma anche europei.

Questa impostazione, basata sulla «moderna importanza del diritto romano» avrebbe permesso di dar vita ad un «sistema di diritto privato a tipo europeo»²²: un sistema che permetteva un confronto con le trasformazioni indotte dal sociale volto a distinguere tra trasformazioni vere del diritto e trasformazioni transitorie, episodiche, destinate a non incidere sulla struttura 'immutabile' degli istituti²³.

La stessa impostazione traspare da un saggio risalente al 1916, intitolato *Alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, dove si auspicava la diffusione tra i giuristi di una *communis opinio* favorevole alla realizzazione di un «diritto comune» fra gli stati alleati, cioè tra Italia, Francia e Inghilterra, e «que-

²² Si tratta di un'idea che non riuscirà mai a rimodulare e che, negli anni Trenta, al termine della sua lunga vita e della sua altrettanto lunga carriera accademica, professionale e politica, lo porterà sostanzialmente a schierarsi tra gli 'attualisti' e non tra gli 'storicisti' del diritto romano, cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., pp. 301-302, e R. BRACCIA, *Alla ricerca di uno ius commune italiano ed europeo*, cit., pp. 61-62, 'schieramento' riproposto dall'attuale romanistica identificabile nel cosiddetto 'neopandettismo', su cui si rinvia alle riflessioni brevi, ma efficaci, proposte da R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino, 2015, pp. 188-189.

²³ Cfr. G. CAZZETTA, *La società del Codice. Cultura giuridica e trasformazioni sociali tra Otto e Novecento*, in *Trasformazioni sociali e trasformazioni giuridiche*, a cura di A. POGGI, O. ROSELLI, Napoli, 2007, pp. 53-54, in cui lo studioso riflette sulla dicotomia vero diritto/norme eccezionali, che tanto preoccupò la scienza giuridica del tempo, specie a fronte della legislazione eccezionale di guerra, a causa della quale «gli argini posti a difesa del vero diritto non furono in grado di resistere».

gli stati neutrali che vorranno aderirvi» sia nelle materie civili che nelle materie commerciali²⁴. Si trattava di un ambizioso e lungimirante progetto destinato a formarsi e a prendere vita grazie ad una sezione della Commissione per il dopoguerra, presieduta da Vittorio Scialoja, che doveva occuparsi specificamente della «unificazione del diritto delle obbligazioni fra gli Stati dell'Intesa»²⁵.

Inoltre, già negli anni immediatamente precedenti l'inizio del conflitto, Cogliolo fu tra i protagonisti e fautori italiani di un altro ambizioso progetto di armonizzazione del diritto, promosso a Parigi nel 1909 su iniziativa di due avvocati francesi che avevano fondato il *Comité juridique international de l'aviation*: pervenire alla realizzazione di un *Code de l'air*, cioè di

²⁴ «Man mano che la guerra continua ed inferocisce e distrugge [...] i rapporti fra gli Stati alleati santificati ora dal comune sforzo e dal comune dolore dovranno essere sempre più amichevoli e frequenti nei commerci ed in tutte le manifestazioni sociali [...] In questa preparazione giornaliera, durante la guerra, di elementi di unione fra gli Stati amici per aversi poi, finita la guerra, una rete di rapporti intimi ed una intesa economica con identità di mezzi e di fini, non deve trascurarsi il diritto [...] Deve dunque ritornarsi [come nel medioevo] ad un "diritto comune" fra gli stati alleati sia nelle materie civili e sia nelle materie commerciali per lo meno in quelle parti che non risentono di una particolare configurazione voluta da bisogni e da usi del luogo [...] Se adunque dopo la guerra vogliamo che tra noi popoli alleati persista una comunanza più grande e più serrata di rapporti economici, bisogna che le relative norme giuridiche siano identiche: l'identità del diritto favorisce e la discrepanza del diritto ostacola lo scambio e le relazioni commerciali», P. COGLIOLO, *Alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VIII, 1916, pp. 177-178.

²⁵ Nel 1927, come noto, venne realizzato un progetto italo-francese in materia di obbligazioni, primo tentativo europeo di «armonizzazione» dell'intero diritto delle obbligazioni, cfr. G. CHIODI, *Un tentativo fallito di armonizzazione: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Atti del convegno (Foggia, 20-21 giugno 2003), a cura di O. TROIANO, G. RIZZELLI, M.N. MILETTI, Milano, 2004, pp. 225-326. Il testo del progetto è stato ristampato nel 2015 (*Projet de Code des obligations franco-italien (1927), avant-propos* G. ALPA, Paris). Su questi temi cfr. anche F. ROGGERO, «Uno strumento molto delicato di difesa nazionale», cit., pp. 52-64.

un Codice aeronautico internazionale (e, quindi, ‘europeo’) da sottoporre a ratifica in ogni singolo stato interessato²⁶.

Il diritto commerciale, il diritto marittimo così come il ‘futuro’ diritto aeronautico richiedevano una disciplina che andasse oltre i confini del territorio nazionale e questa consapevolezza spinse una nutrita schiera di giusprivatisti sia a ritornare su temi e problemi della ‘tradizione’, ben noti alla cultura giuridica e politica d’antico regime, sia a rifiutare taluni assunti frutto della grande stagione codificatoria ottocentesca.

Questa visione sovranazionale del diritto privato, che evoca volutamente l’‘universalità’ conseguita nel corso dei secoli dal diritto romano, traspare in moltissimi contributi dedicati allo *ius belli*, ma non solo, i quali, non a caso, testimoniano largamente un’attenzione e un metodo improntati sulla comparazione.

Sul fronte del diritto interno, intanto circolavano idee che cavalcavano *slogan* politici e ideologici del momento: basti pensare all’uso ricorrente di termini e concetti quali «statizzazione», «protezionismo», «monopolio di stato», «collettivismo», «anarchia legislativa», «socialismo», «comunismo», «democratizzazione»²⁷.

²⁶ R. BRACCIA, *Alla ricerca di uno ius commune italiano ed europeo*, cit., pp. 45-59.

²⁷ Circolavano, tra l’altro, anche espressioni simili, mutuate per specifici contesti, quali «anarchia del diritto giudiziario» e di «socialismo giudiziario», cfr. le dense pagine di G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, t. II, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, pp. 792-793 e *passim*, che ha osservato come «un vero e proprio mito delle leggi sociali attraversa la cultura del periodo, un mito che si scontra con la sostanziale pochezza dei progetti approvati, con la scarsa chiarezza politica delle proposte riformatrici e con la forza di resistenza della disciplina giuridica uguale del diritto comune», Id., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, pp. 158-159. Tale discorso potrebbe allargarsi ad altri contesti e realtà europei; come ha sottolineato Sabbioneti, «solidarité» e «solidarisme» finiscono col diventare «le parole chiave per comprendere la mentalità degli uomini politici e degli intellettuali *engagés* della *Belle Époque*», M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010, pp. XVII-XVIII.

Il processo di democratizzazione, già in atto, venne accelerato dalla compressione dello stesso diritto di proprietà di fronte a nuove priorità sociali che più che mai si manifestarono e furono tangibilmente percepite durante il conflitto; in altre parole, si ritenne giusto ed inevitabile, ad esempio, assegnare alla proprietà privata una 'funzione sociale', così come una 'funzione sociale' venne conferita anche al contratto²⁸.

Si accelerò, inoltre, seppure non si possa parlare di una vera e propria modernizzazione, il lento processo di emancipazione femminile: era innegabile che le donne avevano iniziato a svolgere mansioni lavorative, cui mai si erano dedicate in precedenza (ad esempio, conduttrici di tram), conquistando, talvolta stabilmente, alcuni luoghi del lavoro maschile (ad esempio, gli uffici delle banche) e contribuendo in tal modo alla definizione di nuova immagine non solo del lavoro, ma dell'intera società urbana del nostro Paese²⁹.

²⁸ Sono tutti temi largamente sondati dalla storiografia sui cui esiti, per ragioni di spazio, non si ritiene opportuno dar conto in questa sede. La funzione sociale da assegnarsi alla proprietà è una chiave di lettura della «semplicità perduta» del 'giovane' Novecento giuridico che, per usare le parole di Paolo Grossi, porta «il diritto oltre lo stato e l'individuo», P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, p. 119 ss. Sul processo di socializzazione del contratto si è concentrato G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. MACARIO, M.N. MILETTI, Roma, 2017, pp. 151-168.

²⁹ Si ricorda che il 17 luglio 1919 il Parlamento italiano promulgò la legge Sacchi interamente dedicata alla capacità d'agire della donna con cui vennero abrogate alcune norme (del Codice civile e del Codice di commercio) che avevano imposto come necessaria l'autorizzazione del marito sia per certi atti patrimoniali sia per l'esercizio di una attività commerciale; in sede di discussione di tale legge, come si può leggere nella relazione presentata al Senato da un illustre civilista genovese, Paolo Emilio Bensa, il 6 aprile 1919, si disse che «la donna con mirabili prove di energia e di idoneità date durante la guerra, supplendo in molteplici e svariaticissime guise gli uomini trattenuti al fronte» si era guadagnata «il suo brevetto di capacità», P.E. BENSA, *Per la capacità giuridica e professionale della donna*, in *Donne e diritti. Dalla prima sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. SBANO, Bologna, 2004, p. 221. Sull'abolizione dell'autorizzazione maritale, tema su cui esiste ormai una copiosa storiografia, si veda per tutti il volume *Cittadinanze incompiute la parabola dell'autorizzazione maritale*, a cura di S. BARTOLONI, Roma, 2021.

3. *I «proiettili normativi» nel settore civile e commerciale*

Una analisi, seppur parziale e circoscritta, della legislazione di guerra, attraverso la menzionata rassegna commentata consente sia di intuire alcune delle difficoltà incontrate dall'ordinamento costituzionale italiano di fronte all'emergenza guerra, sia di comprendere la natura e la complessità delle problematiche sollevate dal primo conflitto mondiale nel diritto privato nazionale³⁰.

Il ventaglio delle materie interessate dalla legislazione di guerra in ambito giusprivatistico, che portò ad una significativa compressione dei diritti dei privati, risulta notevolmente ampio: stranieri e cittadinanza; matrimonio; commerciabilità dei beni; diritto successorio; capacità contrattuale; adempimento delle obbligazioni; sospensione e dilazione dei termini; danni di guerra; locazione dei fondi rustici, contratti agrari; locazioni di case ad uso albergo; contratti di lavoro e di impiego; noli; società commerciali; assicurazioni; atti dello stato civile dei militari e successioni dei militari morti in guerra; proprietà industriali straniere; navigazione aerea.

Inoltre, per ragioni di «difesa e tutela dell'ordine pubblico», la guerra obbligò lo stato a comprimere temporaneamente buona parte dei diritti di libertà, garantiti dallo Statuto albertino, quali il diritto di opinione, di stampa, di corrispondenza, di movimento.

Dal punto di vista dei soggetti di diritto, si finì inesorabilmente con l'individuare due soggetti giuridici 'straordinari' nei confronti dei quali riservare un trattamento completa-

³⁰ La raccolta legislativa curata da Cogliolo, in quanto edita nel 1917, non tiene conto della produzione legislativa inerente al 1918. Per tale motivo, nel panorama editoriale dell'epoca, più aggiornata risulta essere quella di A. JAN-
NITTI DI GUYANGA, *Manuale legislativo del periodo di guerra*, Roma, 1919. Pri-
va di corredo giurisprudenziale e dottrinale, ma senza dubbio esaustiva, *La
legislazione italiana durante la guerra nazionale*, pubblicazione trimestrale
del Credito Italiano ad uso dei propri uffici, Varese, voll. I-XVIII, 1915-1919.

mente diverso: da un lato, lo «straniero nemico» o «alleato con stati nemici» e, dall'altro, lo «straniero alleato»³¹.

Lo stesso trattamento discriminatorio venne riservato alle merci: pena la confisca, si vietò l'importazione e l'esportazione di merci con gli stati nemici e con i sudditi di stati alleati con gli stati nemici³².

Il Governo del Regno d'Italia aumentò il numero delle fattispecie per cui potevano essere adottati provvedimenti di rappresaglia, istituto giuridico di origine medievale, rimasto in vigore nell'ordinamento italiano per alcune specifiche ipotesi contemplate dal Codice per la marina mercantile (agli art. 211 e seguenti)³³.

Con regio decreto del 24 giugno 1915 n. 902 si intervenne poi sulla capacità processuale dei nemici che venne sostanzialmente azzerata: «durante il periodo di guerra nessun suddito, ente o società commerciale dell'impero austro-ungarico o ivi avente la sua residenza o sede potrà intentare o proseguire istanze, azioni, atti e procedure in materia civile, commerciale e amministrativa davanti a qualsiasi giurisdizione del regno e

³¹ Cfr. F. ROGGERO, *«Uno strumento molto delicato di difesa nazionale»*, cit., p. 99. Se si ridusse drasticamente la capacità giuridica degli stranieri nemici, per converso si estesero ai cittadini degli stati belligeranti alleati le norme create a favore degli italiani richiamati alle armi durante la guerra a condizione di reciprocità (regio decreto del 25 novembre 1915 n. 1908), P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 132 ss. Al fine di non intralciare i rapporti commerciali tra gli stati amici, furono estese ai loro militari le norme concernenti, ad esempio, la sospensione delle prescrizioni e dei termini perentori, le dilazioni dei pagamenti per cause derivanti dallo stato di guerra, la proroga dei termini processuali.

³² Così recita ad esempio il regio decreto del 24 maggio 1915 n. 697: «ogni traffico di esportazione, d'importazione e di transito è vietato fra il territorio del regno e delle sue colonie e il territorio della monarchia austro-ungarica. Le merci di qualunque genere, pervenute o spedite in trasgressione di questo divieto, saranno confiscate [...]».

³³ Attraverso l'uso di tale antico istituto, che consentiva allo stato di conseguire «prede belliche terrestri» e «marittime», il Governo del Re costituì un fondo gestito dalla cosiddetta «Commissione delle prede», destinato a risarcire i danni cagionati dal nemico «con atti di ostilità» che fossero contrari ai principi del diritto di guerra generalmente ammessi e riconosciuti.

delle colonie, anche in sede non contenziosa e fare trascrizioni o iscrizioni ipotecarie»³⁴.

Naturalmente in periodo di guerra si dovette limitare la possibilità di acquisto della cittadinanza italiana, materia non più regolata *in toto* dal Codice civile, ma dalla recente legge del 13 giugno 1912 n. 555³⁵.

I diffusi atteggiamenti xenofobi, indotti dalla guerra, spiegano come mai fu promossa nel tempo una minuziosa normativa diretta a regolare l'ingresso, il transito ed il soggiorno degli stranieri, nemici o alleati o neutrali che fossero, nel territorio italiano³⁶.

Il clima di timore e di sospetto sempre crescenti nei confronti degli stranieri è chiaramente dimostrato dall'introduzione dell'obbligo loro imposto di presentarsi personalmente all'autorità di pubblica sicurezza del luogo «entro ventiquattro ore dal loro ingresso nel Regno [...] anche se di passaggio»,

³⁴ Con lo stesso provvedimento furono annullate tutte le vendite, le cessioni e qualsiasi altro passaggio di proprietà di beni mobili o di diritti immobiliari appartenenti ai sudditi dell'impero austro-ungarico: in altre parole, per quanto concerne i cosiddetti «diritti immobiliari», furono posti *extra-commercium* i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti all'enfiteusi, il diritto di usufrutto, di uso e di abitazione delle cose immobili.

³⁵ Il primo conflitto mondiale fu poi l'occasione per contestare fortemente il troppo 'altruistico' art. 3 del Codice civile, caldeggiato da Pasquale Stanislao Mancini, che fissava il principio secondo il quale lo straniero era ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini indipendentemente dalla condizione di reciprocità. «Recentemente» – scriveva, infatti, il professore genovese – «qualche scrittore ha sostenuto, prendendo ammaestramento dalla guerra attuale, che la concessione completa ed aprioristica dei diritti civili a qualunque straniero, anche se appartenga a stati che non accordano a noi reciprocamente tale diritto, è dannosa o per lo meno pericolosa per la sicurezza dello stato, e noi non possiamo negare che recenti fatti [...] possono far dubitare della utilità o per lo meno possono far credere alla pericolosità della nostra teoria liberale», P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 102.

³⁶ Così l'art. 17 del decreto luogotenenziale del 23 luglio 1916 n. 805 disponeva quanto segue: «è vietato agli stranieri di entrare nel territorio del regno, anche per il solo transito, se non sono forniti di passaporto rilasciato dalle autorità dello stato a cui appartengono o che ne ha assunto la tutela». Seguiva, quindi, una disciplina estremamente particolareggiata concernente il suddetto passaporto che doveva essere munito di «recente fotografia» e del visto, P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., pp. 109-111.

al fine di rendere una serie di dichiarazioni concernenti la propria identità e, soprattutto, «lo scopo della propria venuta in Italia»: in caso di inadempimento lo straniero poteva addirittura essere colpito da un provvedimento di espulsione³⁷.

La Grande Guerra ebbe implicazioni e ricadute di una certa rilevanza anche nell'ambito del diritto di famiglia³⁸: intanto, senza innovare la disciplina del Codice civile in materia, la prolungata assenza di molti padri dalla famiglia permise di fatto alle madri di esercitare largamente la patria potestà sui figli, potere che ordinariamente spettava ai loro consorti³⁹.

Si rese, invece, indispensabile individuare un mezzo per ammettere il matrimonio senza la presenza personale del nubendo⁴⁰: per agevolare la celebrazione delle nozze e, soprattutto, per legittimare unioni di fatto già esistenti, si concesse la facoltà di contrarre matrimonio per procura ai militari che si trovavano sotto le armi, agli impiegati presso l'esercito o l'armata navale, e a qualunque persona si fosse trovata per ragioni di servizio al seguito dell'esercito o dell'armata navale⁴¹.

³⁷ La procura doveva essere speciale e contenere, sotto pena di nullità, l'esatta indicazione del nome e del cognome del mandante e dei suoi genitori, la sua età, il suo luogo di nascita e le stesse indicazioni relative alla futura sposa, P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 115, con riferimento al decreto-legge del 24 giugno 1915 n. 903, art. 1.

³⁸ Sulla «prima modernizzazione del diritto di famiglia» si rinvia alla messa a punto e alle osservazioni di P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, pp. 329-391.

³⁹ Il primo Codice civile unitario aveva assegnato anche alla madre tale potere, da esercitarsi tuttavia eccezionalmente qualora il padre non ne fosse in grado; su questo tema mi permetto di rinviare a R. BRACCIA, *Verso la parificazione dei coniugi: il codice Pisanelli e l'introduzione della "materna potestà"*, in *MaLeFemmine? Itinerari storico-giuridici di una parità 'incompiuta'*, a cura di F. MASTROBERTI, M. PIGNATA, Napoli, 2023, pp. 1-14.

⁴⁰ L'art. 94 del Codice Pisanelli ai fini della celebrazione del matrimonio richiedeva, infatti, che l'ufficiale dello stato civile alla presenza di due testimoni ricevesse «da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie». Sul matrimonio per procura, introdotto qualche mese prima anche in Francia per gli stessi motivi, cfr. le riflessioni di B. MONTESI, *Il diritto familiare ai tempi della Grande Guerra*, in *Genesis*, XVII, 2018, 1, p. 109 ss.

⁴¹ Tale istituto, disciplinato dal Codice Pisanelli, fino a quel momento, era stato riservato solo ai matrimoni del re e della famiglia reale: «Nei matrimoni del Re e della famiglia reale l'ufficiale dello stato civile è il presidente del Se-

Per gli stessi motivi si intervenne nell'ambito della cosiddetta *legitimatio per subsequens matrimonium* della prole dei militari: in deroga al diritto vigente, con decreto-legge del 14 ottobre 1915 n. 1496, si stabilì quanto segue: «la legittimazione per decreto reale dei figli dei militari deceduti in guerra, in base alla procura per contrarre matrimonio, nel caso in cui il matrimonio non si poté effettuare per la sopravvenuta morte del mandante, produce tutti gli effetti dalla data della procura anche nei riguardi della madre, se pure essa ne abbia chiesta la legittimazione. Nel caso in cui i figli non siano stati riconosciuti occorre che dalla procura risulti la volontà di legittimarli»⁴².

Per quanto concerne il diritto successorio va segnalata, soprattutto, una norma, introdotta con decreto-legge del 16 novembre 1916 n. 1686, che limitava al sesto grado di parentela la successione legittima e che chiamava lo Stato alle successioni vacanti: si trattava di un intervento atteso da tempo, prima ancora che avesse inizio il primo conflitto mondiale; la regola che imponeva l'attribuzione delle successioni a parenti ignoti e lontani fino al decimo grado non corrispondeva allo scopo della successione legittima di redistribuzione del patrimonio fra i membri della famiglia, perché nessun legame d'affetto e di interessi ricollegava al *de cuius* il parente lontano che veniva a beneficiare dell'eredità, mentre era opportuno in tal caso devolvere il patrimonio allo stato, per una destinazione più conforme all'interesse generale⁴³.

nato del Regno. Il Re determina il luogo della celebrazione, la quale può farsi anche per procura» (art. 99).

⁴² P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 116. La repentinità con la quale la morte poteva colpire un militare al fronte aveva fatto sorgere il quesito, sul quale era stata richiamata l'attenzione di molti giuristi, in rapporto alla possibilità di legittimazione dei figli dei militari qualora il militare avesse fatto la procura per contrarre il matrimonio, ma il matrimonio non era stato celebrato né si poteva più celebrare per la sopravvenuta morte del mandante,

⁴³ P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 335. Con tale provvedimento, volto ad escludere dalla successione *ab intestato* i cosiddetti *lachende Erben* (cioè, «gli eredi che ridono della morte del loro lontano parente»), si modificava direttamente il Codice Pisanelli il quale, invece, disponeva che: «morendo alcuno senza lasciare prole, né genitori, né ascendenti, né fratelli o sorelle, né discendenti da essi, la successione si apre

La modifica in senso restrittivo adottata in tempo di guerra, quindi, non solo tradiva la recezione di idee proprie del socialismo giuridico, ma significava, soprattutto, la presa d'atto a livello legislativo del declino della grande famiglia patriarcale e del progressivo prevalere della famiglia mononucleare.

Strettamente collegati al diritto successorio e alla precarietà della vita del militare sono, inoltre, gli interventi legislativi posti in essere (o semplicemente progettati) intorno all'istituto dell'assenza e della morte presunta: a giudizio di molti, la disciplina prevista dal Codice Pisanelli, esemplata sul modello francese, si presentava come una macchina troppo pesante, con disposizioni troppo complicate, con termini troppo lunghi, non più rispondente alle esigenze dei tempi moderni⁴⁴.

Nonostante gli auspici di una riforma più radicale, che evitasse di lasciar pendenti per troppi anni i rapporti successori e quelli di famiglia, il Governo legislatore si limitò a richiamare parzialmente le disposizioni emanate per le guerre precedenti (la guerra d'Africa e la guerra italo-turca) che ammettevano la presunzione di morte dei militari, di cui fosse constatata e dichiarata la irreperibilità «dopo due mesi da un fatto d'armi»⁴⁵. Tuttavia, la dichiarazione di irreperibilità non consentiva di subentrare in tutti gli altri diritti del presunto *de cuius* né permetteva lo scioglimento del matrimonio del militare scomparso; come sottolineava Ferrara, una delle voci più

a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linea paterna o materna. La successione non ha luogo tra congiunti oltre il decimo grado» (art. 742). Su questo intervento si veda A. SANDONÀ, *Della tutela dei diritti. Storia del VI libro del Codice civile italiano*, Torino, 2020, p. 20, volume in cui si fa ampio riferimento alle «ricadute sul diritto privato della legislazione emergenziale bellica», *ivi*, pp. 18-36.

⁴⁴ Il Codice Pisanelli distingueva, infatti, tre periodi in cui man mano si affievolivano i diritti dell'assente a vantaggio di coloro che potevano avere diritti dipendenti dalla sua morte: assenza presunta; dichiarazione di assenza (dopo tre anni o sei se l'assente aveva lasciato un procuratore) con l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente da parte degli aventi diritto; immissione nel possesso definitivo dei beni trascorsi trent'anni dal possesso temporaneo o cento dalla nascita dell'assente (artt. 20-47).

⁴⁵ In base alla dichiarazione di irreperibilità, i congiunti dei presunti morti e i presunti eredi avrebbero così potuto ottenere la liquidazione di pensioni e il diritto di ritirare le somme, valori ed oggetti dello scomparso.

autorevoli in materia di diritto bellico, la situazione di molte famiglie era tale per cui «si hanno delle vedove che legalmente figurano come maritate, e sono quindi condannate in perpetuo alla castità ed al concubinato»⁴⁶.

Ma, la materia che aveva e più avrebbe risentito dell'influenza dello stato di guerra era quella delle obbligazioni e, in particolare, premesso che allora la disciplina in materia era sdoppiata nei due codici e le obbligazioni si suddividevano in civili e commerciali, soprattutto, queste ultime.

Il conflitto mondiale incise notevolmente sui mercati commerciali, determinando, ad esempio, un vertiginoso aumento dei prezzi delle materie prime (motivo per cui vennero calmierati), ed in genere interferì con tutti i fenomeni economici.

In numerosissimi casi e, soprattutto, nel commercio delle materie prime le circostanze della guerra avevano ostacolato o impedito l'adempimento dei contratti, alimentando in maniera esponenziale il contenzioso in materia.

Fondamentale da questo punto di vista, ai fini della disciplina concernente l'adempimento del contratto, era stato equiparare immediatamente *ex lege* la guerra ai casi di forza maggiore, accogliendo una *communis opinio* già ben radicata in dottrina ed in giurisprudenza⁴⁷.

⁴⁶ F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XIII, 1915, pp. 25-47. In effetti la lontananza dei mariti da casa contribuì ad incrementare le relazioni adulterine, da cui erano nati talora dei figli: non a caso ai fini della tutela ed assistenza degli orfani si stabilì che i figli adulterini ed incestuosi fossero parificati ai figli legittimi; su tale questione cfr. C. DANUSSO, *L'emergenza orfani nella Grande Guerra e la magistratura*, in *Italian Review of Legal History*, 2, 2017, 8, p. 4 e *passim*.

⁴⁷ Su questo tema, nella rivista di Cogliolo e Supino, comparvero numerosi saggi, fra cui meritano di essere segnalati quelli di C.M. BRUNETTI, *Alcune considerazioni per una esegesi del concetto di forza maggiore nei contratti*, in *Il diritto commerciale*, n.s., VII, 1915, pp. 439-445; I. MODICA, *L'influenza della guerra sui rapporti di diritto privato*, *ivi*, 1916, pp. 102-112; P. FEDOZZI, *Le compagnie di assicurazione di fronte al decreto luogotenenziale del 14 novembre 1915, n. 1642*, *ivi*, pp. 276-283. Altre strade furono, invece, percorse all'estero. Ad esempio, in Francia il Consiglio di stato elaborò la teoria dell'*imprévision* (imprevisto), che consentiva di risolvere il contratto anche se non si era in presenza di forza maggiore, mentre in Germania fu elaborata la teoria della *Voraussetzung* (presupposizione). In Inghilterra, invece, si usava inse-

L'art. 1 del regio decreto del 27 maggio 1915 n. 739 stabilì che «a tutti gli effetti dell'art. 1226 c.c. la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale»⁴⁸.

Ad integrare tale disciplina, pochi giorni dopo, il 20 giugno 1915, si fece un nuovo decreto con cui si stabilì che «le condizioni create dallo stato di guerra» non consentivano di risolvere legittimamente quei contratti che avessero «rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche»⁴⁹.

La *ratio* di tale intervento normativo è ancor oggi facilmente intuibile: l'interruzione o la sospensione di lavori pubblici, specialmente di quelli attinenti alla difesa dello stato, poteva avere effetti esiziali, tuttavia, sottraendo il settore degli appalti pubblici a tale disciplina, si aveva dato vita ad un'ingiusta ed evidente discriminazione, immediatamente rilevata dalla dottrina; mentre per la generalità dei debitori era ammissibile una domanda di risoluzione di contratto fondata sulle condizioni create dalla guerra, lo stesso non si poteva dire quando tali contratti – e qui la formula era quantomai ambigua – avessero «rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche»: se per i privati, commercianti o meno che fossero, l'eccessiva onerosità si parificava all'impossibilità sopravvenuta e, quindi, il contratto

rire nei contratti la cosiddetta «clausola di guerra», che dava origine ad una condizione risolutiva espressa.

⁴⁸ L'art. 1226 del Codice Pisanelli richiamato così prevedeva: «il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato». Tali considerazioni sul regio decreto del 27 maggio 1915 n. 739, qui sintetizzate, su cui mi sono soffermata in R. BRACCIA, *La legislazione della Grande Guerra e il diritto privato*, cit., pp. 205-210, sono state riprese ed ampliate sia da F. ROGGERO, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*», cit., p. 212 ss., sia da V. DE OTO, *La legislazione di guerra nell'evoluzione del diritto civile italiano*, cit., pp. 200-206. Si veda, inoltre, L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civiltà romana*, cit., pp. 356-357.

⁴⁹ Si tratta del decreto-legge del 20 giugno 1915 n. 890.

poteva essere risolto, nei contratti in cui fosse parte lo stato la domanda di risoluzione non era ugualmente consentita⁵⁰.

Lo sdegno aumentò ulteriormente quando, il 29 luglio, il ministro Ciuffelli fece una «circolare interpretativa» con cui dichiarava che nei contratti di appalto pubblico l'eccessiva onerosità dei prezzi causata dalla guerra non solamente non dava diritto a risolvere il contratto, ma non dava neppure diritto a pretendere prezzi maggiori⁵¹.

Ma, se il diverso trattamento riservato, da un lato, alla generalità dei debitori e, dall'altro, allo stato, provocò tra gli interpreti più o meno le stesse reazioni, a dividere la dottrina, accendendo un intenso dibattito, fu soprattutto l'equiparazione *ex lege* dell'eccessiva onerosità alla impossibilità oggettiva della prestazione. Per alcuni, infatti, tale decreto presentava carattere semplicemente interpretativo della disposizione di cui all'art. 1226 c.c., per altri, invece, assumeva carattere essenzialmente innovativo.

Prima, dunque, di tale decreto, qualunque – anche enorme – aumento dei prezzi non liberava il debitore, finché le cose da prestarsi si fossero trovate in commercio. La difficoltà di adempiere non significava impossibilità oggettiva di adempiere: secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, il contraente doveva fino all'ultimo sopportare il peso delle tristi condizioni del mercato, dunque l'aumento dei prezzi, benché eccessivo, non rendeva impossibile la prestazione⁵².

Per contro, esisteva una dottrina minoritaria, definita da Ferrara, in senso dispregiativo, «futuristica», convinta che

⁵⁰ «Il decreto 20 giugno 1915 è seriamente disputabile e criticabile» – scriveva Cogliolo nella 'sua' rivista all'indomani della pubblicazione di tale provvedimento – «ed i dubbi circa la sua validità possono far pensare lungamente, se si vuole continuare ad essere dei giuristi e non convertirsi in materiali ed impauriti esecutori di ordini ministeriali», P. COGLIOLO, *Gli appalti pubblici e la guerra*, cit., p. 435.

⁵¹ Il testo della circolare si può trovare anche in P. COGLIOLO, *Gli appalti pubblici e la guerra*, cit., pp. 436-437; su questi temi cfr. F. ROGGERO, «Uno strumento molto delicato di difesa nazionale», cit., pp. 18-19 e *passim*.

⁵² Sulla «dottrina classica antica» circa l'onerosità della prestazione cfr. P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., pp. 348-351.

l'intervento legislativo volto ad equiparare l'impossibilità all'eccessiva onerosità della prestazione, lungi dal fissare un «principio eccezionale» (occasionato dalla guerra e destinato a perire al termine di questa), avesse finalmente codificato quale «principio generale» uno *ius receptum*⁵³: esponenti di questa teoria «futuristica» (o «modernistica») sarebbero stati lo stesso Cogliolo e, ad esempio, a Ludovico Barassi, convinti che la forza maggiore non si ha solo quando la prestazione è assolutamente impossibile, ma anche quando è eccessivamente onerosa, cioè quando il contraente per eseguirla deve usare una diligenza superiore alla media diligenza⁵⁴.

Se, quindi, secondo la «dottrina classica antica» il Governo legislatore aveva introdotto un principio tanto innovativo quanto effimero, destinato a perdere efficacia al termine dell'emergenza, per contro, secondo i fautori della teoria futuristica, l'Esecutivo era intervenuto in maniera più che appropriata formalizzando finalmente un principio già esistente.

Ciò nonostante, il decreto del 27 maggio 1915 aveva omesso di chiarire un punto fondamentale, vale a dire concernente le sorti del contratto: limitandosi ad affermare che l'inadempimento non produce obbligo di risarcire i danni e che, pertanto, il debitore è liberato dall'obbligo di adempiere, finiva col tacere relativamente all'eventuale risoluzione o sospensione del contratto.

Nel silenzio della legge e «praticamente parlando» – scriveva il professore genovese – «il non essere obbligati ad adempiere un contratto equivale al non essere più vincolati da questo contratto» di conseguenza il contratto deve essere «troncato, decaduto, risolto»; o meglio, «se è tutto l'oggetto dell'obbligazione che diventa impossibile per causa di forza maggiore, il contratto è risolto; diversamente si deve concludere di fron-

⁵³ Cfr. F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVI, 1918, pp. 695-697.

⁵⁴ Sulla «dottrina più larga e più recente circa l'eccessiva onerosità», cfr. P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., pp. 355-361. Relativamente al pensiero di Barassi si rinvia alle osservazioni e alle fonti citate da F. ROGGERO, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*», cit., p. 39.

te ad un contratto a consegne ripartite»⁵⁵. Ma qui non avrebbe potuto intervenire né il Legislatore né il Governo legislativo: era una *quaestio facti* che, caso per caso, doveva essere decisa dal giudice⁵⁶.

4. *La smobilitazione legislativa: disarmare il diritto con un esercito di giuristi*

Con decreto luogotenenziale del 21 marzo 1918 n. 361 assunse forma definitiva la Commissione reale per il dopoguerra, istituita già nel 1917, quando ancora non si intravedeva la conclusione del conflitto⁵⁷.

Tale Commissione avrebbe dovuto studiare e proporre i provvedimenti occorrenti al passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace predisponendo la ‘smobilitazione legislativa’, vale a dire il ritorno dal regime eccezionale del periodo di guerra a quello ordinario in materia di legislazione.

⁵⁵ P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, cit., p. 365. Due ipotesi erano in questo caso configurabili: a) che una parte del contratto fosse già stata eseguita e la forza maggiore intervenisse per la parte rimanente; b) che la forza maggiore intervenisse subito dopo le prime prestazioni contrattuali, ma venisse meno per le consegne successive, rendendone possibile l'adempimento. Operando la guerra come caso di forza maggiore il debitore era liberato dall'adempimento per la parte della sua prestazione che ne fosse stata colpita. Quindi, si sarebbe dovuto risolvere il contratto nel caso in cui la guerra avesse colpito parti essenziali senza le quali le rimanenti non potessero più «vivere»; viceversa, il contratto si doveva semplicemente ritenere sospeso qualora avesse colpito solo alcune consegne pur continuando ad avere valore, secondo la presunta volontà delle parti, le consegne successive.

⁵⁶ Come molti altri esponenti della scienza giuridica italiana si era fermamente convinto del ruolo fondamentale del giudice e della giurisprudenza nell'aggiornamento del diritto codificato: se, da un lato, era «tramontata l'idea che il giudice è l'applicatore rigido del codice», dall'altro, era sorta «l'idea che egli, nei casi di silenzio del codice, è una fonte creativa del diritto», P. COGLIOLO, *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*, in Id., *Scritti varii di diritto privato*, I, Torino, 1914⁴, p. 438.

⁵⁷ Sulla natura e la composizione della Commissione reale per il dopoguerra cfr. C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., p. 197 ss.

Priva di poteri deliberativi, tale Commissione era composta da oltre 600 membri, fra cui un esercito di giuristi, suddivisi in 27 sezioni che spaziavano dalla marina mercantile all'insegnamento artistico⁵⁸: di fronte a tali numeri e alle difficoltà di funzionamento della stessa registrate fin dall'inizio, si comprende come mai fu poi apostrofata come la «Commissionissima», soprannome tratto da un articolo pubblicato sull'*Avanti* il 18 luglio 1918, intitolato *I perditempo d'attualità: la "Commissionissima"*⁵⁹.

Nonostante la relativa tempestività con cui questa importante commissione venne istituita, ancora nel 1920 da più parti si denunciava quanto la smobilitazione legislativa non avesse catturato sufficientemente l'attenzione né del pubblico né degli stessi studiosi⁶⁰: a lamentare tale diffuso e ingiustifica-

⁵⁸ Dettagli sulla composizione e sull'articolazione della Commissione per il dopoguerra, inclusi i nomi dei membri delle dodici sezioni che costituivano la prima sottocommissione per lo studio delle questioni giuridiche, amministrative e sociali, sono reperibili in C. LATINI, *Governare l'emergenza*, cit., pp. 203-204. Puntuali riferimenti alle fonti archivistiche relative ai lavori di tale Commissione si trovano in L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, cit., pp. 360-366; EAD., *Nugae civilistiche. Sulla scuola romana nel primo Novecento*, cit., p. 586 ss. Anche nel *Il diritto commerciale*, n.s., IX, 1917, pp. 342-343, fu pubblicato l'elenco «delle persone chiamate in quelle Sezioni che più direttamente ci interessano», vale a dire la sezione II, deputata alla *Revisione della legislazione emanata durante la guerra in forza dei poteri straordinari*; la sezione VIII, deputata alla *Riforme del diritto privato rese urgenti dalla guerra*; la sezione IX, deputata alla *Unificazione del diritto delle obbligazioni fra Stati dell'Intesa*.

⁵⁹ Cfr. per tutti D. FELISINI, *Il triangolo del fuoco. Parlamento, pubblica amministrazione e imprese nell'esperienza della mobilitazione industriale, in Parlamenti di guerra (1914-1945). Caso italiano e contesto europeo*, a cura di M. MERIGGI, Napoli, 2017, pp. 214-215.

⁶⁰ Secondo alcuni, poi, «la bufera di decreti-legge» che si era «scatenata sull'Italia durante la guerra e che aveva «sconvolto tutti i principii di diritto pubblico e privato» avrebbe continuato «allegemente» a pace fatta; nel mirino dei «censori» il Governo italiano, che, invece di iniziare l'«opera di ricostruzione, cercando di richiamare in vita le leggi patrie e le convenzioni internazionali», appariva colpevole di «incoscienza legislativa» e artefice «disonesto» di troppi «decreti patriottici», E. BOSIO, *Privative industriali. Un altro decreto patriottico*, in *Il diritto commerciale*, n.s., XII, 1920, pp. 203-207.

to disinteresse fu, soprattutto, il professor Salvatore Galgano, «uno dei più valorosi segretari e collaboratori» della stessa⁶¹.

Non solo, secondo Galgano, anche negli ambienti parlamentari la smobilitazione legislativa non aveva raccolto alcuna considerazione, mentre «un disegno ministeriale di legge [...] con il titolo alquanto pomposo ed esuberante di *Norme per il passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace* pur senza affrontare di quella tutti i principali problemi [...] non in maniera del tutto incensurabile si trascina pigramente, dai primi del settembre 1919, per gli uffici della Camera e del Senato, fra la disattenzione generale»⁶².

Eppure, si trattava di un argomento di difficoltà tecnica non comune e di importanza giuridica e politica relevantissima.

Ci si chiedeva, peraltro, se il Parlamento, la cui ordinaria attività era stata completamente annullata nel periodo infra-bellico, sarebbe stato in grado di riappropriarsi del suo ruolo e delle sue funzioni, visto e considerato che la legislazione del potere esecutivo da eccezionale, quale avrebbe dovuto essere, era divenuta ormai il tipo normale di produzione di norme giuridiche.

Inoltre, a proposito dei «proiettili normativi» di cui si era abbondantemente munito il diritto italiano, i decreti reali e luogotenenziali pubblicati in virtù della legge di delegazione erano più di diecimila senza contare alcune migliaia di decreti-legge, parecchie centinaia di decreti ed ordinanze ministeriali, sottoministeriali ed in genere di amministrazioni centrali o enti creati presso di questi emanati in virtù di «subdelegazione legislativa», nonché i decreti e le ordinanze, emanati anch'essi in virtù di tale subdelegazione di primo o di ulteriore

⁶¹ Si cita tra virgolette F. VASSALLI, *Intorno alla cosiddetta smobilitazione legislativa*, in *Il diritto commerciale*, n.s., XII, 1920, p. 19; su questo giurista, così apprezzato da Vassalli, dalla personalità eclettica e dalla profonda cultura storico-filosofica e transnazionale, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI di LAURO, in *DBGI, ad vocem*, pp. 932-933.

⁶² S. GALGANO, *La smobilitazione legislativa. I compiti*, in *Il diritto commerciale*, n.s., XII, 1920, p. 281.

grado, da prefetti, sindaci, giunte comunali ed organi annessi alle amministrazioni locali⁶³.

L'iperτροφία normativa risultava poi aggravata dai provvedimenti adottati dal Comando supremo dell'esercito (in tutto 1723, per un totale di oltre 22 volumetti di oltre 3000 pagine complessive), nonché dai bandi e dalle ordinanze emanati dalle autorità militari marittime che approssimativamente superavano il mezzo migliaio⁶⁴. Questi numeri, in effetti, mostrando la vastità del lavoro da compiere, giustificavano ampiamente la scelta del Governo di dar vita ad una Commissione di vaste proporzioni.

Larga parte di tali provvedimenti offriva un regolamento casistico e frammentario dei rapporti «informato alla preoccupazione di dare a ciascuno di questi una propria disciplina ed alla nascosta e talora espressa finalità di evitare il pericolo di lacune e di deficienze del dettato legislativo»: ciò rappresentava un grave vizio di tecnica legislativa, un «vano e dannoso sistema», poiché, in tema di formazione delle leggi, la cura del dettaglio «è nemica della compiutezza», essendo quest'ultima conseguibile, anche se solo parzialmente, attraverso «formule sempre più generali ed astratte»⁶⁵.

Un vizio altrettanto grave era originato dal fatto che in un numero considerevole di casi non si era stabilito in maniera chiara o, addirittura, si era taciuto circa la durata in vigore di ogni singolo provvedimento; inoltre, sotto questo aspetto, lo stesso Vassalli, tra gli altri, ricordava come si fosse utilizzata «una miriade di espressioni con le quali il termine della 'fine della guerra' era stato indicato»⁶⁶.

Tuttavia, l'«arbitrio» più grave, per certi versi, si era manifestato nell'uso scorretto dei «vari tipi di fonti giuridiche»,

⁶³ S. GALGANO, *La smobilitazione legislativa*, cit., p. 284.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 284-285.

⁶⁵ *Ivi*, p. 285.

⁶⁶ F. VASSALLI, *Intorno alla cosiddetta smobilitazione legislativa*, cit., p. 17; dello stesso autore si veda, inoltre, il saggio *Sul termine di durata in vigore dei decreti emanati in forza della legge 22 maggio 1915 n. 671*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVII, 1919, pp. 477-498, ri-edito, come il precedente, in *Id.*, *Studi giuridici*, II, cit., pp. 247-275.

che l'ordinamento giuridico italiano offriva, caso per caso, al Governo legislatore: per indicare provvedimenti che in teoria sarebbero spettati al legislatore 'ordinario', si erano adoperati promiscuamente decreti legge e decreti delegati, e non di rado per il medesimo oggetto; per contro nelle materie rientranti nella normale potestà regolamentare dell'esecutivo il mero regolamento si alternava con il decreto delegato. Tutto ciò, secondo Galgano, era accaduto quasi sempre «senza l'ombra della visione della profonda diversità degli effetti giuridici relativi»⁶⁷.

Sotto la lente del giurista, la legislazione di guerra, concepita e partorita dal potere esecutivo, non solo risultava viziata ed imperfetta, ma anche attuata con procedimenti almeno apparentemente incostituzionali⁶⁸. Eppure, ciò nonostante, non si poteva negare come l'emergenza avesse avviato «un'audace ribellione a dogmi e principii ormai generalmente ricevuti, od un'irruzione più o meno larga e profonda in opprimenti sistemi formalistici saldamente costituiti, od una prima timida ed incerta attuazione legislativa di riforme più vaste da tempo propugnate dalla dottrina e di aspirazioni affermatesi nella giurisprudenza [...]»⁶⁹.

Prescindendo da tutti i vizi sostanziali e formali, evidenti o nascosti, che portava con sé, il diritto bellico offriva sia al giurista sia al legislatore l'opportunità di saggiare scientifica-

⁶⁷ S. GALGANO, *La smobilitazione legislativa*, cit., pp. 286-287.

⁶⁸ Come ha sottolineato F. ROGGERO, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*», cit., pp. 29-31, l'eccessivo intervento dello stato nei rapporti privati durante la guerra che portò ad una evidente riqualificazione di dogmi e principii giuridici in 'chiave socialista', fu condannato, tra gli altri, da M. RICCA BARBERIS, *Il carattere sociale della legislazione civile di guerra*, in *Rivista italiana di sociologia*, XXXIV, 1920, pp. 1-22, che si sarebbe posto sulla stessa lunghezza d'onda di Vassalli. Senza dubbio, rileggendo a distanza di oltre un secolo tali complesse vicende, si può dire che con la Grande Guerra «un mondo finisce: la poesia del Codice cede il passo alla prosa scomposta della legislazione eccezionale di guerra» così come «la 'rivoluzione attuata' irrompe a sconvolgere l'idea di una graduale espansione sociale del diritto guidata in autonomia dalla scienza», G. CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000), a cura di P. CAPPELLINI, B. SORDI, Milano, 2002, p. 348.

⁶⁹ S. GALGANO, *La smobilitazione legislativa*, cit., pp. 304-305.

mente la bontà, la vitalità, l'esattezza o meno di certi principi, vecchi o nuovi che fossero.

Insomma, come scrisse Salvatore Galgano, alfiere e paladino di una pronta e rapida smobilitazione legislativa, «di questa buona ventura, che così raro capita agli studiosi dei fenomeni giuridici e sociali», sarebbe stato augurabile che non andassero dispersi i «frutti più fecondi»⁷⁰.

⁷⁰ *Ivi*, p. 305.

ROBERTA BRACCIA, Armare il diritto: la mobilitazione legislativa italiana durante la Grande Guerra

Tenuto conto della storiografia giuridica più recente, il saggio propone alcune riflessioni su come si armò e si disarmò il diritto del nostro Paese in occasione della Grande Guerra con la mobilitazione legislativa, prima, e con la smobilitazione legislativa, poi. Obiettivo è evidenziare come lo *ius belli* abbia contribuito ad innovare la disciplina di molti istituti giuridici del diritto privato italiano dell'epoca.

Parole chiave: *ius belli*, storia del diritto privato italiano, Grande Guerra.

ROBERTA BRACCIA, Arming the Law: Italian Legislative Mobilization during the Great War

Considering the most recent Legal historiography, this essay offers some reflections on the Italian Legislative mobilization, first, and legislative demobilization, then, during the Great War. The objective is to highlight how the so called *Ius Belli* contributed to innovating the discipline of many legal Institutions of Italian Private Law at that time.

Key words: *ius belli*, history of Italian Private Law, Great War.

Luisa Borgia, Rosa Maria Gaudio

LA DIGNITÀ DEL CADAVERE E DEI RESTI UMANI NELLE ESPOSIZIONI. TRA DIRITTO E BIOETICA*

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Il cadavere: *res sacra extra commercium*. – 2. L'utilizzo del corpo umano o parti di esso per fini terapeutici o scientifici come deroga ai principi di inviolabilità e intangibilità. – 2.1. Il consenso 'informato': imprescindibile requisito etico e giuridico. – 3. Il contesto normativo. – 3.1. Il quadro regolatorio italiano. – 3.2. Il quadro regolatorio internazionale. – 4. Utilizzo dei corpi non reclamati. – 5. Collezioni di resti umani in musei. – 6. Restituzione. – 7. Sepoltura. – 8. Esposizioni. – 8.1. Esposizioni di corpi plastinati. – 9. La tecnica della plastinazione. – 10. Il caso della mostra 'Body Worlds'. – 10.1. La questione (irrisolta) della provenienza dei corpi. – Conclusioni.

Introduzione

Le collezioni di resti umani in istituzioni scientifiche pubbliche e private hanno una lunga tradizione, anche se spesso, nel corso della storia, il rispetto e la dignità che tali tessuti richiedono ha mostrato livelli variabili.

Nel Rinascimento, con la riscoperta del corpo umano e il fiorire dell'interesse scientifico per l'anatomia, nel tentativo di ovviare alla penuria di cadaveri ed agli «inconvenienti che accompagnano la sezione», si ricorse a preparati artificiali che permettevano ai medici di studiare l'anatomia perfezionando la ricerca morfologica passando dalle modalità espressive dei disegni ai modelli preparatori di cera (materiale facilmente reperibile, malleabile e colorabile¹) in scala ridotta.

* Contributo sottoposto a valutazione.

Luisa Borgia è autrice dei paragrafi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 10; Rosa Maria Gaudio è autrice dei paragrafi 3.1 e 9.

¹ Tra i numerosi artisti della ceroplastica anatomica, è doveroso citare Ludovico Cardi, detto il Cigoli, che realizzò un piccolo scorticato, lavoro importante poiché fu la prima anatomia in cera conosciuta; il modello, oggi custodito al Museo Nazionale del Bargello di Firenze assieme ad una copia in bronzo attri-

Nel 1500, con la tendenza a prestare sempre maggiore attenzione all'approccio scientifico in ogni settore dello scibile umano, si sperimentarono sistemi atti a preparare parti anatomiche in grado di evitarne un rapido deterioramento e permetterne uno studio più approfondito. Verso la fine del '600 comparvero i primi modelli anatomici in cera colorata molto rispondenti alla realtà, che diventarono presto una valida alternativa ai preparati umani disseccati. Successivamente, in tutte le università d'Europa, l'autopsia divenne pratica comune e le dissezioni si spostarono negli anfiteatri anatomici trasformandosi in uno spettacolo aperto al pubblico pagante².

Con l'utilizzo del cadavere reale per le dissezioni e con la raccolta dei resti umani reali per le collezioni si sviluppò il dibattito sul rispetto dovuto ai defunti e sulle responsabilità di chi opera in tale ambito e, più recentemente, anche la bioetica ha iniziato a sviluppare una serie di importanti riflessioni su tale tematica.

Sebbene la tecnologia consenta oramai ai medici di avvalersi di strumenti artistici e tecnologici alternativi per i più vari scopi di formazione e di ricerca scientifica, la letteratura internazionale concorda nel ritenere insostituibile l'esperienza diretta sul cadavere per quanti vogliano acquisire appieno le competenze necessarie³.

buita al Foggini, è interessante per la buona resa della muscolatura esterna e anche perché, avendo dimensioni ridotte rispetto al normale, non è stato costruito prendendo il calco dei muscoli direttamente da un cadavere. La fortuna di questo modello è attestata dalle numerose copie e repliche realizzate nei più diversi materiali durante i secoli successivi. Il Cigoli, che nelle indagini anatomiche era guidato dal Maiering, un anatomico fiammingo, con lo *Scorticato* antipico quella che sarà la grande diffusione della ceroplastica anatomica del '700.

² Molte università europee ed italiane dispongono di collezioni di componenti scheletrici ed organi conservati in liquidi fissativi o in cera per dare l'opportunità agli studenti di poterne apprezzare la fine architettura in senso topografico e sistematico. Le opere di ceroplastica anatomica sono state risparmiata nei secoli, e sono giunte fino a noi più o meno intatte per l'interesse scientifico, più che artistico, che suscitavano. Tali raccolte, tra le quali si segnalano, in particolare, le collezioni di cere anatomiche presso il Sistema Museale di Ateneo dell'Università di Bologna, sono custodite, infatti, negli ospedali o presso le facoltà di medicina.

³ M. ESTAI ET AL., *Best teaching practices in anatomy education: A critical review*, in *Ann. Anat.*, 208, 2016; S.K. GHOSH, *Cadaveric dissection as an ed-*

Tuttavia, l'utilizzo del cadavere per uso medico per la ricerca e per l'insegnamento presenta notevoli aspetti di criticità che si accrescono esponenzialmente quando i resti umani vengono destinati a forme di esposizione.

Obiettivo del presente articolo è affrontare alcune delle complesse questioni bioetiche e giuridiche relative alla dignità del cadavere e dei resti umani nelle esposizioni.

1. *Il cadavere: res sacra extra commercium*

Dopo la morte, il corpo del defunto riveste una peculiare caratteristica nosografica: *res*; non *res nullius* o *res derelicta*, come accade, invece, per parti anatomiche asportate chirurgicamente o fluidi biologici, bensì *res sacra* ed *extra commercium* a cui è dovuto rispetto in virtù della dignità che si riconosce alla persona in vita. Tale nozione risale al diritto romano che, dividendo la realtà in base alla condizione giuridica, colloca il corpo umano fra le *res extra patrimonium* (non suscettibili di proprietà privata) ed *extra commercium* (non suscettibili di commercio), una categoria di elementi su cui avevano diritto gli dei, denominate *res nullius divini iuris* e comprendenti le *res sacrae, religiosae* e *sanctae*.

Analogamente, per il diritto moderno la persona è un fine e non un mezzo, pertanto, se il corpo non è oggetto, bensì 'soggetto', assume una dignità infinitamente superiore alla 'cosa'.

La questione della dignità del cadavere intesa, non univocamente, come mera estensione della dignità della persona vivente, promana dall'ampio e complesso dibattito sulla dignità della persona nei differenti approcci filosofico-morali.

Se la dignità del vivente è intesa come la protezione dei suoi diritti, della sua autonomia e della sua integrità fisica e psicologica, la dignità del cadavere rappresenta una tematica più complessa, in quanto la morte interrompe molte delle ca-

ucational tool for anatomical sciences in the 21st century, in *Anat. Sci. Educ.*, 10, 2017, 3, pp. 286-299.

ratteristiche che giustificano il rispetto della dignità umana (come l'autonomia e il raziocinio).

Purtuttavia, se la dignità è considerata un valore che nasce dalla relazione tra l'individuo e la società, la morte non elimina completamente questa relazione e persiste un 'valore morale' legato al corpo anche dopo la morte.

Vale la pena di richiamare alcune tra le prospettive filosofiche che più di altre hanno affrontato questa tematica e di metterle in relazione ai rispettivi orientamenti normativi che ne promanano.

Secondo l'approccio kantiano, la dignità è legata al valore intrinseco della persona come fine in sé, in quanto portatrice di razionalità e di autonomia. Tuttavia, una volta che la persona è deceduta, la sua capacità di esercitare razionalità o autonomia cessa. La dignità del cadavere, quindi, potrebbe essere considerata come un riflesso del rispetto per la persona che è stata e non un valore intrinseco che persiste nel defunto. Questo implica un riconoscimento simbolico della dignità della persona che non è necessariamente legato a caratteristiche fisiche o morali, ma a un principio di rispetto verso la persona che è stata. Tale prospettiva prelude a leggi che proteggono i corpi dai trattamenti indegni come il disinteresse per le procedure funebri o la profanazione, ma potrebbe non richiedere obblighi legali specifici verso il trattamento del corpo una volta che non vi è più una persona da rispettare.

Secondo l'approccio utilitaristico, il rispetto per la dignità del cadavere è giustificato in base alle conseguenze sociali ed emotive del trattamento dei corpi, ossia in base al suo impatto sulle persone viventi piuttosto che come un valore in sé. In taluni casi tale rispetto potrebbe rappresentare un dovere laddove, ad esempio, il rispetto per il cadavere contribuisse a mantenere la coesione sociale, la fiducia e la tranquillità emotiva. Pertanto, tale prospettiva potrebbe giustificare leggi che regolano il trattamento dei corpi in modo da massimizzare il benessere sociale o minimizzare il danno psicologico alle persone viventi.

Secondo l'approccio della bioetica relazionale, la dignità del cadavere è giustificata in base alla relazione tra le persone viventi e i defunti. Il rispetto per il cadavere potrebbe essere vi-

sto come un atto di rispetto per la memoria e l'identità della persona defunta, nonché per le persone che sono rimaste. In questo caso, la dignità non rappresenta solo una questione individuale, ma sociale e comunitaria. Tale prospettiva potrebbe giustificare normative che enfatizzano la necessità di rispettare i corpi per evitare danni emotivi e culturali ai familiari e alla comunità.

Secondo l'approccio esistenzialista, la dignità del cadavere è riconducibile all'idea di rispetto per l'esperienza individuale della persona, anche dopo la morte. La morte potrebbe essere vista non come la fine di un valore, ma come una transizione che implica la necessità di un'etica che rispetti la storia e l'esperienza della persona, anche quando il corpo non è più vivo. Questo tipo di approccio si oppone all'idea di una 'morte anonima' o di una riduzione del corpo a mera materia.

In definitiva, la riflessione sullo *status* del cadavere richiede di andare oltre la mera applicazione della dignità come estensione di quella della persona vivente. La dignità del cadavere va giustificata attraverso una comprensione filosofica che esplora la sua relazione con la persona, con la società e con i valori morali universali.

La sfida, anche per la bioetica, è quindi quella di articolare questi valori in modo che non solo rispondano a un imperativo etico, ma che siano capaci di essere tradotti in norme giuridiche e pratiche culturali rispettose.

Un approccio critico al concetto ontologico di dignità umana è presentato dal filosofo statunitense David Boonin⁴, secondo cui la dignità non rappresenta più un valore assoluto o intrinseco, ma deve essere compresa e applicata attraverso i diritti umani e i principi morali che proteggono gli esseri umani da trattamenti ingiusti, degradanti o disumani. In altre parole, il rispetto della dignità umana va bilanciato con altri principi morali e considerazioni etiche. La dignità, quindi, non è un concetto che si applica a un individuo per il suo semplice *status* di essere umano, ma piuttosto una qualità normativa che emerge in relazione al trattamento rispettoso e giusto che me-

⁴ D. BOONIN, *Dead Wrong: The Ethics of Posthumous Harm*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

rita ogni persona, in base alla sua autonomia e capacità morale. Analogamente, la dignità del cadavere deve essere considerata alla luce delle volontà espresse in vita dal defunto, delle pratiche culturali e delle implicazioni morali.

Al contrario, nell'approccio bioetico del personalismo ontologico, in cui gli autori si riconoscono, la dignità del cadavere è profondamente legata al riconoscimento dell'unicità e del valore della persona umana. La morte, pur segnando la fine della vita terrena, non riduce la dignità della persona, intesa nella sua dimensione ontologica e spirituale che rimane intatta, ma impone, al contrario, una responsabilità maggiore nel trattare il corpo del defunto con il rispetto che merita. Il corpo, pur senza vita, conserva un legame con la persona che è stata, e per questo motivo deve essere trattato con la stessa dignità e cura che gli si riserverebbe durante la vita.

Da tale prospettiva deriva il divieto della profanazione del cadavere, l'obbligo del trattamento etico degli organi *post-mortem* ispirato al principio di solidarietà e del rispetto della volontà della persona in vita, l'importanza dei rituali funebri e del ricordo dei defunti.

Su tali basi filosofiche si fonda la considerazione negativa della 'mercificazione' del corpo che, in quanto dotato di un valore intrinseco, non ha un prezzo. Ciò vale in riferimento sia al corpo umano vivente sia al corpo non vivente, in quanto 'memoria' del vissuto del valore della corporeità dal quale traspare la dignità della persona, valore che di per sé merita rispetto.

In tale contesto si inserisce l'argomento complesso e controverso della compensazione economica per la donazione degli organi, affrontato da numerosi antropologi e bioeticisti, con approcci distinti ma pur sempre legati alle implicazioni etiche, morali e sociali della pratica.

Tra le differenti posizioni, particolarmente interessanti risultano quelle di David Lamb⁵, Nancy Scheper-Hughes⁶ e Iona Hetah⁷.

⁵ D. LAMB, *Organ transplants and ethics*, Routledge Library Editions, London-New York, 2020.

⁶ N. SCHEPER HUGHES, *Il traffico di organi nel mercato globale*, Ombre Corte, Verona, 2002.

⁷ I. HETAH, *Contro il mercato della salute*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.

David Lamb, noto per il suo lavoro sullo sfruttamento e le disuguaglianze globali, ha studiato anche il mercato degli organi e, sebbene non si concentri esplicitamente sulla compensazione economica, il suo approccio antropologico critica la mercificazione della donazione degli organi, in particolare nei contesti in cui i poveri sono spinti a vendere i propri organi per ragioni economiche. Lamb esplora come l'industria degli organi possa portare a una 'trappola del debito' e come le disuguaglianze globali, sia economiche sia sociali, siano alla base di queste dinamiche. In tale ambito, la compensazione economica può essere vista come una forma di sfruttamento, dove le persone in situazioni di vulnerabilità economica sono costrette a prendere decisioni drastiche a causa della loro condizione.

Nancy Scheper-Hughes si concentra sulle implicazioni culturali ed etiche delle pratiche di donazione di organi in contesti di povertà, come in Brasile, argomentando la propria decisa contrarietà alla compensazione economica per la donazione degli organi che porterebbe ad esacerbare le disuguaglianze sociali e a trasformare la donazione in una merce. Tale forma di mercificazione implicherebbe una disumanizzazione dei donatori, identificati come risorse da sfruttare piuttosto che come individui con diritti e dignità. In particolare, Scheper-Hughes ha documentato come la povertà e la disperazione possano spingere le persone a vendere i propri organi, un atto che considera moralmente problematico, soprattutto quando le persone sono spinte da necessità economiche. In tal senso, la compensazione economica rappresenterebbe un 'compromesso etico', che conduce facilmente a forme di truffe e sfruttamento.

Iona Heath ha affrontato la questione della donazione degli organi in una prospettiva più clinica, esplorando le implicazioni etiche della 'donazione altruistica' *versus* la 'mercificazione'. Sebbene non si concentri nello stesso modo sui mercati degli organi o sulla compensazione economica come Scheper-Hughes, Heath è critica nei confronti delle politiche che possono incentivare o giustificare la compensazione monetaria per la donazione. La sua posizione è più incentrata sulla dignità del corpo umano e sul rischio che la compensazione economi-

ca possa alterare la relazione tra donatore e ricevente, trasformando un atto altruistico in una transazione economica.

In generale, Heath sembra essere preoccupata non tanto per l'incentivazione della donazione, ma per come il sistema sanitario e la società possano trattare i donatori e i riceventi. In particolare, la donazione altruistica, priva di motivazioni economiche, è preferibile poiché mantiene intatti i valori etici legati alla salute pubblica e alla dignità umana.

Pur nella difformità delle soluzioni, la posizione degli autori succitati è critica verso l'introduzione di meccanismi economici che possano incentivare la donazione degli organi, preferendo approcci basati sull'altruismo e sul rispetto della dignità delle persone coinvolte.

In generale, le norme nazionali ed internazionali vietano le forme di mercificazione del corpo umano e delle sue parti.

La legislazione italiana riconosce ai cadaveri dignità e protezione⁸, sanzionando atti e comportamenti lesivi del sentimento di pietà che la collettività prova nei confronti dei defunti⁹.

⁸ In Italia, il cadavere non è considerato un oggetto che possa appartenere a qualcuno. In base all'art. 5 c.c., infatti, sono vietati gli atti di disposizione del proprio corpo, salvo eccezioni di cui infra, in vita e, sempre con eccezioni, in morte (per gli atti di disposizione in vita sono consentiti il trapianto di organi fra vivi – per sangue, fegato, rene – mentre rispetto alla disposizione *post-mortem* è consentito il trapianto da cadavere e la donazione del proprio corpo alla scienza per fini di studio). Gli eredi, pertanto, non possano essere considerati 'proprietari' del corpo del defunto che rimane indisponibile, anche dopo la morte. I familiari e/o eredi, in mancanza di disposizioni lasciate dal *de cuius*, hanno la possibilità di scegliere la modalità di sepoltura (cremazione o meno) e il luogo (cimitero, cappella privata, abitazione, città in cui si trovano, ecc.), ma non sono proprietari del cadavere che rimane indisponibile anche dopo la morte.

⁹ In Italia, la dignità e la protezione dei cadaveri è tutelata dal Codice penale, nel Libro secondo, Titolo IV (*Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*), Capo II (*Dei delitti contro la pietà dei defunti*), attraverso i seguenti articoli: art. 407 (*Violazione di sepolcro*); art. 408 (*Violazione delle tombe*); art. 409 (*Turbamento di un funerale o servizio funebre*); art. 410 (*Vilipendio di cadavere*); art. 411 (*Distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere*); art. 412 (*Occultamento di cadavere*); art. 413 (*Uso illegittimo di cadavere*). La gestione delle salme è normata nel *Regolamento di polizia mortuaria* (approvato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285).

In ambito bioetico, il *Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la Vie et de la Santé* (Francia) è stato tra i primi organismi ad esprimersi sulla illiceità della commercializzazione del corpo umano, appellandosi allo statuto soggettivo e affermando più volte che «il corpo non è una cosa» e che «né il corpo umano, né una parte del corpo umano può essere venduta o comprata», pertanto è illecito «il commercio da parte degli individui di feti, di embrioni, di gameti, di tessuti, di cellule»¹⁰.

Successivamente, in uno specifico articolo, la Convenzione di Oviedo ha sancito il divieto di profitto dall'utilizzo del corpo umano e delle sue parti¹¹.

Il rispetto del cadavere ha permeato tutta la storia dell'umanità, fin dalle prime forme di vita sociale di cui si ha testimonianza e la comparsa dei riti funerari e della sepoltura come segno di rispetto verso il corpo ha caratterizzato il percorso di civilizzazione dell'essere umano, dapprima per contrastare le conseguenze dello scempio dei cadaveri e, successivamente, con la comparsa del senso di trascendenza, per consentire all'anima del defunto di trovare la pace e la via dell'aldilà.

Pertanto, il culto dei morti e il rispetto del corpo attraverso i riti della sepoltura o della cremazione sono espressione di un profondo sentimento della natura umana e di valori etici, sociali e civili presenti in ogni cultura, in virtù di uno *status* speciale attribuito agli esseri umani rispetto ad altri organismi biologici. La spiritualità, la capacità cognitiva, la parentela e altre caratteristiche sono le fondamenta per l'attribuzione della dignità agli esseri umani anche dopo la morte, con trattamenti e rituali speciali dei cadaveri¹².

¹⁰ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis sur la non-commercialisation du corps humain*, 1990.

¹¹ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina* (nota come Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa, 1997), art. 21 (*Divieto del profitto*): «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

¹² T.W. LAQUEUR, *The work of the dead: A cultural history of mortal remains*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2015.

Ogni religione ha da sempre celebrato la morte come momento fondamentale della vita, con riti di passaggio verso la risurrezione dei corpi o verso una nuova forma di vita.

Nella religione ebraica il corpo umano è una proprietà divina, perciò inviolabile. Pertanto, il *Talmud* prevede severe leggi contro il 'disonorare i defunti', anche nel caso degli esseri più deprivati¹³, e ogni ebreo ha il dovere di dare degna sepoltura a coloro che muoiono senza una famiglia in grado di provvedere al funerale¹⁴.

Il cristianesimo consolidò il culto dei defunti delle antiche civiltà rinnovandolo con il senso della trascendenza, con la fede nell'immortalità dell'anima e il dogma della resurrezione dei corpi¹⁵.

Nel variegato contesto islamico, mentre la concezione del corpo umano come *res sacra* appare teologicamente e giuridicamente problematica, è unanime la nozione del rispetto del corpo umano (vivo o morto).

2. L'utilizzo del corpo umano o parti di esso per fini terapeutici o scientifici come deroga ai principi di inviolabilità e intangibilità

Nel corso del tempo, l'unica forma eticamente e giuridicamente accettabile per derogare ai principi di intangibilità e inviolabilità è la 'donazione' del corpo umano per consentire la realizzazione di un bene superiore rappresentato dalla salva-

¹³ «Se un uomo avrà commesso un delitto degno di morte e tu l'avrai messo a morte e appeso a un albero, il suo cadavere non dovrà rimanere tutta la notte sull'albero, ma lo seppellirai lo stesso giorno, perché l'appeso è una maledizione di Dio e tu non contaminerai il paese che il Signore tuo Dio ti dà in eredità» (Dt 21,23).

¹⁴ Cfr. *L'accompagnamento della persona anziana morente*, a cura di M. PETRINI, F. CARETTA, L. ANTICO, R. BERNABEI, CEPSAG-UCSC, Roma, 1994.

¹⁵ Il corpo, che in vita è «tempio dello Spirito Santo» e «membro di Cristo» (1 Cor. 6,15-9) è degno di rispetto e venerazione, come le cose più sante, e avrà il compimento definitivo nella trasformazione spirituale della resurrezione.

guardia della salute di un altro essere umano o dallo sviluppo della scienza¹⁶.

Di conseguenza, le questioni riguardanti l'uso dei cadaveri in anatomia dovrebbero rappresentare un punto nodale nella riflessione bioetica che, al contrario, si dedica principalmente alle ricerche su soggetti viventi¹⁷.

Come ha correttamente indicato l'Assemblea Nazionale Francese nel suo rapporto sulla revisione della legge specifica, «La bioetica non può essere definita soltanto come l'etica dei vivi. Si tratta anche di determinare cosa i vivi non possono fare con i corpi dei morti, i resti che portano la memoria del deceduto»¹⁸.

Un elemento di criticità bioetica, ad esempio, è rappresentato dalla difficoltà di definire i criteri di inclusione dei diversi tipi di tessuti nelle collezioni e di attribuire agli stessi uno *status*, dal momento che lo spettro dei tessuti umani è ampio e ricomprende casi che occupano un posto intermedio tra la proprietà inanimata e l'essere umano¹⁹. Infatti, tra i maggiori problemi che gli utilizzatori dei resti umani devono affrontare figura la determinazione del limite oltre il quale i tessuti cessano di rappresentare una 'persona', intesa come essere umano con i relativi privilegi etici. Tale determinazione incide sostanzialmente sui requisiti richiesti per il consenso su modalità di utilizzo, conservazione ed eventuale smaltimento dei resti. Come è immaginabile, la risposta non è univoca, poiché l'attribuzione dello *status* risente dei contesti legali, del tipo di

¹⁶ Per una approfondita valutazione bioetica sull'argomento, si rimanda al documento del COMITATO SAMMARINESE DI BIOETICA, *Donazione del corpo o parti di esso a fini terapeutici o scientifici*, 2016.

¹⁷ Tra le riflessioni bioetiche in tale ambito si segnala Y. BARILAN, *Anatomy, Ethics of*, in *Encyclopedia of Applied Ethics*, editor R. CHADWICK, Academic Press, Amsterdam, 2012², pp. 116-126.

¹⁸ Rapporto informativo n. 2235 sulla *Révision des lois de bioéthique, Favoriser le progrès médical, awarer la dignité* (relatore: Jean LÉONETTI), 2010, capitolo 8 *Il rispetto dell'identità e del corpo della persona deceduta*.

¹⁹ D.G. JONES, M.I. WHITAKER, *Speaking for the dead: The human body in biology and medicine*, Ashgate, Aldershot, 2009; A. WINKELMANN, *Consent and consensus. Ethical perspectives on obtaining bodies for anatomical dissection*, in *Clinical Anatomy*, 29, 2016, pp. 70-77.

utilizzo previsto e dell'*humus* culturale e sociale da cui questi ultimi provengono. Storicamente, secondo una visione ereditata negli USA dalla *Common Law* inglese utilizzata in riferimento ai cimiteri, i tessuti umani sono considerati non proprietà. Ne consegue che i responsabili delle collezioni anatomiche sono considerati non 'proprietari' ma 'custodi', un termine che sottolinea le responsabilità etiche in tema di supervisione e trattamento dei resti umani. In tale contesto, la custodia non è intesa come un termine legale ma denota un rapporto non commerciale tra persone, non una relazione tra persone e cose.

Inoltre, le collezioni ereditarie contengono spesso tessuti umani prenatali²⁰, le modalità di utilizzo e di cura dei quali può essere influenzata dalla definizione del relativo *status*. Le Raccomandazioni dell'*American Association for Anatomy*²¹, la più autorevole Linea Guida (LG) attuale per le collezioni anatomiche ereditarie, li definiscono come qualsiasi tessuto umano raccolto prima del parto. Senza riconoscere o assegnare loro uno *status* di personalità, le suddette LG li descrivono esplicitamente come 'tessuti umani' e, di conseguenza, li rendono meritevoli di un trattamento etico. Per tale motivo, in tutti i riferimenti, i tessuti prenatali sono ricompresi fra quelli umani, senza offrire un parere sulle diverse visioni filosofiche²². In

²⁰ Si cita, come esempio, il Museo Mütter di Filadelfia: R. CARTAGENA, R. GIORDANO, *A shake-up at the Mütter Museum means it could get way less weird*, in *The Philadelphia Inquirer*, 3 giugno 2023.

²¹ AMERICAN ASSOCIATION FOR ANATOMY, *Recommendations for the Management of Legacy Anatomical Collections*, pubblicate in J. CORNWALL ET AL., *American Association for Anatomy recommendations for the management of legacy anatomical collections*, in *Anat. Rec.*, 2024. Per l'illustrazione dei principi contenuti in tali Raccomandazioni, si rimanda al capitolo: *Collezioni di resti umani nei musei*.

²² In merito a tale argomento si rimanda a: J. EL-HADDAD, G. ŠTRKALJ, N. PATHER, *A global perspective on embryological and fetal collections: Where to from here?*, in *The Anatomical Record*, 2022, 305, 4, pp. 869-885; S.E. FOURNIQUET, K.J. BEITER, J.C. MUSSELL, *Ethical rationales and guidelines for the continued use of archival collections of embryonic and fetal specimens*, in *Anatomical Sciences Education*, 12, 2019, 4, pp. 407-416; M. MARKERT, *Ethical aspects of human embryo collections: A historically grounded approach to the Blechschmidt collection at the University of Göttingen*, in *Cells, Tissues, Or-*

Germania, dove è particolarmente elevato il rischio di collezionare esemplari embrionali e fetali provenienti dalle vittime dei crimini perpetrati dalla dittatura nazionalsocialista, sono state pubblicate apposite LG per l'uso di collezioni storiche che invocano la sepoltura e la cremazione di campioni embrionali e fetali²³ ove non esistano ragioni valide e superiori a

gans, 2020, 209, 4-6, pp. 189-199. Si riporta, a titolo esemplificativo, come si è scoperto solo in un secondo tempo che circa quaranta campioni embriologici storici della collezione anatomica dell'Università di Jena collocati nella sala di dissezione erano stati acquistati all'inizio degli anni '40 da Karl Lange, un tassidermista di Lipsia. All'epoca, in Germania, sotto il regime nazionalsocialista, venivano praticati aborti forzati e sterilizzazioni di lavoratori stranieri. Pertanto, tali esemplari, per i quali non si può escludere un contesto di ingiustizia, non sono più esposti ma conservati separatamente negli archivi della collezione in attesa di un'indagine più approfondita sulla loro origine (U. LÖTZSCH, C. REDIES, *Case Report. The Anatomical Collection at the University of Jena: Reinventing an exhibition of human remains based on ethical considerations*, in *Annals of Anatomy*, 2023, 250, 2023, 152139). Tra le più importanti collezioni di embriologia umana si cita la 'Collezione Blech-Schmidt' presso il Centro di Anatomia, Centro medico universitario di Göttingen, Germania.

²³ 'Stuttgarter Empfehlungen' (Raccomandazioni di Stoccarda) della Bundesärztekammer - Associazione Medica Tedesca (*Bundesärztekammer. Mitteilungen: Empfehlungen zum Umgang mit Präparaten aus menschlichem Gewebe in Sammlungen, Museen und öffentlichen Räumen*, in *Dtsch. Ärztebl.*, 2003, 100, A1960-A1965); S.E. FOURNIQUET, K.J. BEITER, J.C. MUSSELL, *Ethical rationales and guidelines for the Continued use of archival collections of embryonic and fetal specimens*, in *Anat Sci Educ.*, 12, 2019, 4, pp. 407-416; M. MARKERT, *Ethical Aspects of Human Embryo Collections: A Historically Grounded Approach to the Blechschmidt Collection at the University of Göttingen*, in *Cells Tissues Organs*, 2020, 209, pp. 189-199; Arbeitskreis "Menschliche Präparate in Sammlungen". *Empfehlungen zum Umgang mit Präparaten aus menschlichem Gewebe*, in *Dtsch. Ärztebl.*, 100, 2003, A1960-A1965. I teschi con ferite di arma da fuoco e altre parti del corpo che rivelavano una probabile connessione con i crimini nazisti presenti nella collezione anatomica dell'Università di Jena furono sepolti nel 1993 nella tomba per 'vittime di guerra e violenza' presso il Cimitero Nord di Jena e, per commemorare le vittime del nazionalsocialismo i cui corpi erano stati consegnati all'Istituto Anatomico, nel 2005 fu installata una targa commemorativa nell'atrio dell'Istituto (U. LÖTZSCH, C. REDIES, *Case Report*, cit.). Sulla base delle pressanti preoccupazioni legate alle trasgressioni etiche durante l'era nazista, l'Università di Göttingen ha finanziato una ricerca indipendente per un'analisi storica ed etica completa di una raccolta accademica di tessuti di embrioni e feti umani. Tale iniziativa, della durata di due anni, rappresenta il primo progetto nel suo genere e, poiché la storia e l'etica delle collezioni sono di crescente

sostegno di una specifica, significativa rilevanza ai fini della ricerca, dell'insegnamento o della formazione.

Ancora, in alcune società indigene, i capelli, definiti 'sacri' e 'pieni di significato e potere', assumono un rilievo culturale e spirituale talmente elevato che alcuni musei stanno provvedendo alla loro restituzione alle loro famiglie e comunità d'origine²⁴. Altre culture considerano portatori di umanità e, come tali, sacre le cellule tumorali umane²⁵ o il DNA umano²⁶. Sebbene non esistano regole che consentano di definirli in modo univoco, tutti coloro che raccolgono, conservano, utilizzano e smaltiscono diversi tipi di tessuti dovrebbero considerare le criticità appena espresse e utilizzare Linee Guida in grado di supportarli nella gestione.

Anche i secoli o millenni trascorsi dal momento del decesso o della raccolta dei tessuti in un'urna possono assumere significato e valore diversi in culture differenti a mano a mano che svanisce la memoria di un essere umano²⁷ e richiamano,

importanza in molti paesi e contesti, diversi suoi aspetti potrebbero interessare i decisori e i ricercatori di altri siti di raccolta.

²⁴ Si cita, come esempio, la Collezione Woodbury del Peabody Museum dell'Università di Harvard: PEABODY MUSEUM, *Addressing the Woodbury collection: Reconnecting relatives*, 2022.

²⁵ Tra queste, le cellule HeLa: R. SKLOOT, *The immortal life of Henrietta lacks: An ethical analysis*, in *Journal of Medical Ethics*, 44, 2018, 2, pp. 104-110.

²⁶ L. PERBAL, *The "warrior gene" and the Māori people: The responsibility of the geneticists*, in *Bioethics*, 27, 2013, 7, pp. 382-387; D. WENSLEY, M. KING, *Scientific responsibility for the dissemination and interpretation of genetic research: Lessons from the "warrior gene" controversy*, in *Journal of Medical Ethics*, 34, 2008, 6, pp. 507-509; S. ALPASLAN-ROODENBERG, *Ethics of DNA research on human remains: Five globally applicable guidelines*, in *Nature*, 2021, 599, 7883, pp. 41-46.

²⁷ Bundesärztekammer. *Arbeitskreis "Menschliche Präparatesammlungen": Empfehlungen zum Umgang mit Präparaten aus menschlichem Gewebe in Sammlungen, Museen und öffentlichen Räumen*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 2003, 8, pp. 378-383. Un esempio di personalità storica il cui nome e identità sono ancora ricordati è Jeremy Bentham, che ha donato il suo corpo (UNIVERSITY COLLEGE OF LONDON, *Jeremy Bentham finds new home in student center*, 2020: www.ucl.ac.uk/news/2020/feb/jeremy-bentham-finds-new-home-ucls-student-centre).

pertanto, ad un' a profonda riflessione bioetica²⁸. Ci si interroga, in particolare, se il trascorrere del tempo abbia un effetto 'desacralizzante' in base ad una prospettiva relativistica, per la quale sarebbero degni di rispetto solo i resti umani recenti o identificabili, il cui significato speciale sarebbe legato alla vicinanza temporale e affettiva o se, in base ad una prospettiva olistica, la vera natura umana rimane immutata nell'essenza e conferisce a tali resti uno *status* speciale che trascende il tempo²⁹. L'approccio olistico e universalista, condiviso dagli autori di questo articolo, considera i resti umani come vestigia di una storia comune che i viventi continuano a portare avanti, pur nella consapevolezza che il loro rispetto si manifesta secondo consuetudini diverse nelle differenti culture. In molte comunità non occidentali, ad esempio, il confine tra il mondo dei vivi e quello dei morti è labile, da qui l'importanza di eseguire determinati rituali. Inoltre, è importante distinguere tra resti umani e tombe in quanto le tombe sono oggetto di concessione, nella maggior parte dei casi temporanea, mentre i resti umani in esse contenuti vengono in genere rimossi e collocati in fosse comuni o ossari.

Inoltre, è ora oggetto di una emergente discussione etica la nuova problematica dei prodotti inanimati derivati da tessuti umani quali rappresentazioni digitali, immagini, scansioni di superfici 3D, repliche stampate e calchi che rappresentano la forma anatomica dei resti umani³⁰. Una delle questioni aperte

²⁸ J.M. MONGE, F. RÜHLI, *The anatomy of the mummy: Mortui viventes docent. When ancient mummies speak to modern doctors*, in *The Anatomical Record*, 2015, 298, pp. 935-940.

²⁹ G. CLAVANDIER, *De nouvelles normes à l'égard des restes humains anciens: de la réification à la personnalisation?*, in *Revue Canadienne de Bioéthique*, 2, 2019, 3.

³⁰ La discussione è molto attiva tra gli anatomopatologi (J. CORNWALL, D. CALLAHAN, R. WEE, *Ethical issues surrounding the use of images from donated cadavers in the anatomical sciences*, in *Clinical Anatomy*, 29, 2016, pp. 30-36; J. CORNWALL, *The ethics of 3D-printing copies of bodies donated for medical education and research: What is there to worry about?*, in *Australasian Medical Journal*, 9, 2016, 1, pp. 8-11; J. CORNWALL, *Body donation and digital technology: The ethical issues*, in *International Journal of Experimental and Clinical Anatomy*, 11, 2017, 1, pp. 42-45; D.G. JONES, *Three-dimensional printing in anatomy education: Assessing potential ethical dimensions*, in *Anatomi-*

riguarda l'attribuzione a tali immagini dello stesso rispetto e della stessa dignità dovuta ai tessuti 'reali', come suggeriscono taluni autori³¹.

Oggi il fondamento bioetico e giuridico dell'utilizzo dei corpi e dei resti umani risiede nella donazione, che presuppone un'azione attiva che indichi la decisione della persona, formalizzata attraverso il consenso informato scritto, circa il destino del proprio cadavere dopo la morte.

La donazione attesta la generosità del soggetto per il bene del prossimo o della conoscenza scientifica e, giuridicamente, è l'atto con cui il donante arricchisce intenzionalmente il donatario, disponendo – o obbligandosi a disporre – di un proprio diritto senza conseguire un corrispettivo.

La donazione del corpo è, dopo quello della vita, l'atto di più alta valenza morale, poiché il corpo rappresenta l'essenza della dimensione terrena. Essa, pertanto, va accolta con il massimo rispetto, inteso sia come accettazione delle volontà sia come responsabilità del ricevente di attenersi a comportamenti, procedure ed azioni atti a preservare i diritti della persona, come se quest'ultima fosse ancora in vita.

cal Sciences Education, 12, 2019, 4, pp. 435-443), nelle scienze forensi (R.M. CAREW ET AL., *Exploring public perceptions of creating and using 3D printed human remains*, in *Forensic Science International: Reports*, 2023, 7, 100314), in antropologia (C. KRMPOTICH, *Teaching collections management anthropologically*, in *Museum Anthropology*, 38, 2015, 2, pp. 112-122) e bioarcheologia (J. HARRIES, *Exposure: The ethics of making, sharing and displaying photographs of human remains*, in *Human Remains and Violence*, 4, 2018, 1, pp. 3-24). Non si è giunti ad un accordo generale su questo argomento, sebbene la Federazione Internazionale delle Associazioni degli anatomopatologi (IFAA) abbia pubblicato nel 2013 specifiche Raccomandazioni illustrate nel capitolo *Utilizzo di corpi non reclamati*.

³¹ F. ALVES-CARDOSO, V. CAMPANACHO, *To replicate, or not to replicate? The creation, use, and dissemination of 3D models of human remains: A case study from Portugal*, in *Heritage*, 2022, 5, pp. 1637-1658; R.M. CAREW ET AL., *Exploring public perceptions of creating and using 3D printed human remains*, in *Forensic Science International: Reports*, 2023, 7, 100314.

2.1. *Il consenso 'informato': imprescindibile requisito etico e giuridico*

Se la conoscenza scientifica, la ricerca e l'istruzione biomedica traggono indiscutibile vantaggio dall'uso parziale o totale di cadaveri umani, l'avanzamento della cultura deontologica, giuridica e bioetica impone di individuare i principi guida per un approccio rispettoso della dignità del defunto.

Il concetto di donazione del corpo basato sul consenso informato ha rappresentato un grande progresso in quanto rispetta due importanti norme deontologiche: la dignità e l'autonomia personale individuale. Il concetto di dignità umana che promana dall'essere vivente al proprio cadavere stabilisce così la continuità tra i vivi e i morti e, bioeticamente, rappresenta anche un crescente riconoscimento dell'autonomia personale³².

Il concetto di consenso informato nella ricerca su soggetti viventi, formalizzato per la prima volta nel Codice di Norimberga del 1947³³ a seguito degli efferati crimini perpetrati dai medici nei campi di concentramento nazisti, diventa pietra miliare nella comunità medica mondiale attraverso la Dichiarazione di Helsinki³⁴ nella versione originale e negli aggiornamenti successivi.

Esso, sviluppato per la ricerca su esseri umani viventi, necessita di alcuni correttivi se traslato al campo della donazione anatomica perché la persona non è più in grado di esprimersi e perché lo *status* del cadavere non è soggetto a identica interpretazione nei differenti ordinamenti nazionali. Pertanto, si sta sviluppando un interessante dibattito bioetico sulle

³² C. MACKENZIE, *Autonomy*, in *The Routledge Companion to Bioethics*, ed. J.D. ARRAS, E. FENTON, R. KUKLA, Routledge, New York, 2015.

³³ *Codice di Norimberga*, 1947

³⁴ L'Associazione Medica Mondiale ha adottato la prima Dichiarazione di Helsinki nel 1964 e ha apportato fino ad ora sette revisioni. Quella attualmente in vigore è del 2013, adottata a Fortaleza. In vista della prossima revisione, l'AMM sta attuando una serie di consultazione con enti religiosi; si segnala, in particolare, la Conferenza organizzata dall'AMM e dalla Pontificia Accademia per la Vita, *WMA Conference on the Revision of the Declaration of Helsinki: research in resource – poor settings*, 18-19 gennaio 2024, Città del Vaticano.

possibili integrazioni da apportare al consenso informato in tale ambito. La relativa discussione accademica è essenziale per coloro che si occupano di donazione di corpi e utilizzano cadaveri per la ricerca e l'insegnamento³⁵ proprio per la dignità che viene attribuita al cadavere, principio centrale dell'etica della dissezione anatomica e della deontologia. Basti pensare che, a differenza di quella orientata ai soggetti viventi, la ricerca su cadaveri non è regolamentata a livello internazionale e la stessa Dichiarazione di Helsinki, nella sua ultima versione del 2013³⁶, parla di 'materiale umano identificabile' che non comprende i tessuti o gli organi prelevati da una persona deceduta³⁷.

Il defunto, pur avendo espresso la propria volontà in vita sull'utilizzo del proprio corpo *post-mortem*, necessita di qualcuno che si occupi dell'attuazione della propria volontà, paragonabile ad un esecutore testamentario o, come nel caso della legge italiana, ad un 'fiduciario'³⁸. Non solo, nonostante le specificazioni contenute nelle ultime volontà, in alcuni Paesi «lo *status* etico dei cadaveri ... è difficile da definire»³⁹. Qualche autore ha definito il cadavere nella sala anatomica 'uomo ambiguo'⁴⁰, perché porta con sé aspetti di un oggetto e di un soggetto, essendo, al contempo, un 'resto' materiale, accessibile alla manipolazione fisica, e una persona deceduta, un '*focus*' di lutto, memoria e rituali religiosi o di altro genere. Tale ambiguità, fonte di fascino e di ansia, è difficilmente risolvibile in maniera definitiva⁴¹: privilegiarne la qualità 'oggettiva' attra-

³⁵ Y. BARILAN, *Anatomy, Ethics of.*, cit.

³⁶ WMA (64° Assemblea Generale, Fortaleza), *Dichiarazione di Helsinki*, 2013.

³⁷ A. WINKELMANN, A-K. HEINZE, S. HENDRIX, *Acknowledging tissue donation: Human cadaveric specimens in musculoskeletal research*, in *Clin Anat.*, 29, 2016, 1, pp. 65-69.

³⁸ Per i dettagli sulla normativa italiana si rimanda al paragrafo successivo.

³⁹ T.H. CHAMPNEY, *A proposal for a policy on the ethical care and use of cadavers and their tissues*, in *Anat Sci Educ.*, 49, 2011, 4, pp. 49-52.

⁴⁰ F.W. HAFFERTY, *Into the Valley: Death and the Socialization of Medical Students*, Yale University Press, New Haven, 1991.

⁴¹ B.D. ROBBINS ET AL., *Lessons from the dead: the experiences of undergraduates working with cadavers*, in *Omega (Westport)*, 58, 2008, pp. 177-192.

verso un approccio riduzionista condurrebbe a reificare o, addirittura, a mercificare il cadavere in violazione della dignità della persona; al contrario, concentrarsi solo sulla sua qualità ‘sogettiva’ sarebbe difficilmente compatibile con la moderna biomedicina, le cui attività si basano su un approccio fisico al corpo umano. La suddetta condizione irrisolvibile del corpo umano *post-mortem* non è fissata da norme ma soggetta a compromessi che tengano conto delle necessità della scienza, delle volontà precedentemente espresse in vita dalla persona e dell’intervento dei familiari.

Alla luce di ciò, alle informazioni fornite al soggetto umano vivente consapevole e libero da ogni forma di coartazione, quali la spiegazione delle finalità della donazione e dell’eventuale destino dei resti, alcuni autori⁴² propongono di aggiungere ulteriori elementi quali la prospettiva dei parenti, degli anatomopatologi e, in maniera più ampia, della comunità, dal momento che il defunto può essere paragonabile ad altri soggetti vulnerabili come minori o pazienti in stato di incoscienza, per i quali la ricerca medica prevede specifiche forme di tutela⁴³. In tale prospettiva, il consenso rappresenterebbe un processo che parte dalle persone ancora in vita e, dopo la morte, continua coinvolgendo una rete in grado di proteggere tali ‘soggetti vulnerabili’ e creare una base più ampia per la donazione del corpo. L’avvento dei programmi di donazione del corpo, quindi, rappresenterebbe un progresso in tal senso, poiché il termine ‘donazione’ potrebbe essere utilizzato da entrambe le parti: donatori e riceventi, attraverso non solo l’accordo di donazione, ma anche il linguaggio che stabilisce un legame più diretto tra i soggetti coinvolti.

Su questo filone, numerosi autori tendono a sostituire il termine ‘donatore’ a quello di ‘cadavere’ o ‘corpo’ per sottolineare la qualità soggettiva del mettersi a disposizione. Tale approccio colmerebbe ancora meglio il divario tra il defunto e la società, ad esempio, nelle scuole di anatomia conferendo al

⁴² A. WINKELMANN, *Consent and Consensus. Ethical Perspectives on Obtaining Bodies for Anatomical Dissection*, in *Clinical Anatomy*, 29, 2016, pp. 70-77.

⁴³ WMA, *Dichiarazione di Helsinki*, 2013.

primo un ruolo ‘attivo’ e socialmente riconosciuto di insegnante. In tale ambito, gli studenti americani ritengono convincente tale ruolo⁴⁴ e gli studenti asiatici definiscono il cadavere in sala anatomica un ‘insegnante silenzioso’⁴⁵, ‘mentore silenzioso’⁴⁶ o ‘grande insegnante’⁴⁷.

Come già accennato, il consenso informato ha una doppia valenza poiché, al di là di quella legale, deve essere considerata come prioritaria la valenza etica determinata da una serie di elementi correlati tra loro, quali la documentata volontà del defunto consapevolmente e liberamente espressa, il punto di vista della famiglia e della comunità discendente laddove tale volontà non sia nota⁴⁸ e il rispetto della dignità della persona in rapporto a un utilizzo non a fini personali e/o commerciali ma nell’interesse pubblico di accrescimento della conoscenza⁴⁹.

In sintesi, il consenso validamente espresso dovrebbe contemplare le seguenti caratteristiche: il consenso alla donazione del corpo per scopi didattici e di ricerca dovrebbe essere prestato in forma scritta; il donatore dovrebbe scegliere quali scopi consentire; il donatore dovrebbe indicare gli usi per i quali non desidera destinare il corpo; le informazioni complete dovrebbero essere divulgate ai donatori in modo esaustivo solo in caso di utilizzo orientato alla ricerca genetica⁵⁰.

⁴⁴ M. BOHL, P. BOSCH, S. HILDEBRANDT, *Medical students’ perceptions of the body donor as a “first patient” or “teacher”: A pilot study*, in *Anat Sci Educ.*, 2011, 4, pp. 208-213.

⁴⁵ S.C. LIN, J. HSU, V.Y. FAN, “*Silent virtuous teachers*”: *anatomical dissection in Taiwan*, in *BMJ*, 2009, 339:b5001.

⁴⁶ T. GUO-FANG, W. YUEH-HAN, *Empathy and gross anatomy teaching* [abstract], in *Ann Anat*, 2014, pp. 196-218.

⁴⁷ A. WINKELMANN, F.H. GÜLDNER, *Cadavers as teachers: the dissecting room experience in Thailand*, in *BMJ*, 2004, 329, pp. 1455-1457.

⁴⁸ M.L. BLAKEY, *Walking the ancestors home: On the road to an ethical human biology*, in *Anthropology Now.*, 14, 2022, 1-2, pp. 1-20.

⁴⁹ T.H. CHAMPNEY ET AL., *Bodies Rus: Ethical views on the commercialization of the dead in medical education and research*, in *Anatomical Sciences Education*, 12, 2019, 3, pp. 317-325.

⁵⁰ G. MONTANARI VERGALLO ET AL., *Body donation in Italy and the issue of consent*, in *Operational suggestions, Legal Medicine*, 60, 2023, 102172.

3. Il contesto normativo

3.1. Il quadro regolatorio italiano

Nel lungo percorso dell'utilizzo del cadavere umano e dei suoi resti, la formalizzazione delle procedure di donazione avviene a partire dalla seconda metà del XX secolo⁵¹.

L'Italia si colloca tra i pochi Paesi che hanno normato gli atti di disposizione del proprio corpo *post-mortem* a fini di studio e ricerca⁵², ribadendo i «principi di solidarietà e proporzionalità» per l'utilizzo del corpo umano e dei tessuti *post-mortem* «secondo modalità tali da assicurare il rispetto del corpo umano»⁵³.

La Legge rappresenta l'atto finale di un lungo percorso costellato da costanti sollecitazioni giuridiche e bioetiche⁵⁴ per superare l'unica norma di riferimento precedente, emanata nel 1933⁵⁵, in cui si prevedeva la possibilità di destinare ad attività didattiche e di studio i corpi delle persone decedute che risultavano essere 'sconosciute', e cioè prive di relazioni parentali e di amicizie, per le quali nessuno avrebbe fatto richiesta di sepoltura. Tale norma, pertanto, non prevedeva un esplicito consenso da parte del soggetto in vita e dava un valore preminente all'interesse collettivo rispetto all'autodeterminazione del singolo sul proprio corpo, generando una modalità definita eticamente inammissibile dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB). In una tale prospettiva si configurava una sorta di *appropriazione* indebita di parti del corpo e di

⁵¹ A. GARMENT, S. LEDERER, N. ROGERS, L. BOULT, *Let the dead teach the living: The rise of body bequeathal in 20th-century America*, in *Acad Med*, 82, 2007, pp. 1000-1005.

⁵² Legge 10 febbraio 2020, n. 10, *Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica* (GU Serie Generale n. 55 del 04 marzo 2020).

⁵³ *Ibidem*, art. 1.

⁵⁴ Il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA ha dedicato uno specifico documento a questa tematica nel 2013, argomentando con forza la necessità di superare il precedente quadro normativo, giudicato eticamente inadeguato: *Donazione del corpo post mortem a fini di ricerca e studio*.

⁵⁵ R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, *Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore* (GU n. 283 del 7 dicembre 1933 - Suppl. Ordinario n. 283).

abuso nei riguardi dell'identità e dell'autonomia, intesa come dignità e integrità, dei soggetti il cui corpo *post-mortem* diveniva oggetto di espoliazione rendendo, di fatto, il corpo una *res nullius*, mero materiale biologico deprivato del rispetto insito nei riti funebri, tra i quali la sepoltura.

La Legge italiana n. 10/2020 riprende alcune raccomandazioni del CNB e le declina in coerenza con la Legge n. 219/2017⁵⁶, consentendo che, chi lo desidera, possa donare il proprio corpo alla scienza e alla formazione medica all'interno di un percorso chiaro, trasparente e univoco, nonché favorendo studi e ricerche⁵⁷ in una prospettiva solidaristica. Il principio di solidarietà, elemento cardine della nostra Costituzione (art. 2), implica il riconoscimento da parte di un individuo del proprio ruolo *all'interno* e *verso* una collettività più estesa, di cui ci si sente parte.

Accanto a tale principio, la Legge n. 10/2020 codifica altri principi fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana, quali quelli di autodeterminazione individuale (art. 3) e di promozione di ricerca e sviluppo (art. 9), specie se finalizzati alla tutela della salute «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32).

Al fine di ottimizzare l'utilizzo dei corpi dei defunti, il Ministero della Salute ha individuato, con apposito decreto⁵⁸, i Centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti conservandone un elenco al suo interno. Al successivo Regolamento del 2023⁵⁹ è stata demandata la definizione delle norme attuative, in base alle quali, 1) dopo il de-

⁵⁶ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (GU Serie Generale n. 12 del 16 gennaio 2018).

⁵⁷ COMMISSIONE PER L'ETICA E L'INTEGRITÀ NELLA RICERCA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE E COMITATO ETICO DELLA FONDAZIONE UMBERTO VERONESI, *Documento "Donarsi alla Scienza"*, prot. n. 0076334/2022.

⁵⁸ MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 23 agosto 2021, *Riconoscimento dei centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti* (GU Serie Generale n. 215 del 08 settembre 2021). I Centri di riferimento sono indicati in strutture universitarie, aziende ospedaliere di alta specialità e IRCCS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico).

⁵⁹ D.P.R. 10 febbraio 2023, n. 47, *Regolamento recante norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio*,

cesso e la dichiarazione di morte, il corpo del defunto (‘disponente’) deve restare all’obitorio almeno ventiquattro ore prima di essere destinato allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica; 2) vanno rispettate le cause di esclusione per l’utilizzo dei corpi a fini di studio, ricerca scientifica e formazione⁶⁰; 3) il tempo trascorso per la conservazione, la richiesta, il trasporto, l’utilizzo e la restituzione del corpo del defunto in condizioni dignitose alla famiglia da parte dei centri di riferimento non deve superare i dodici mesi; 4) nel caso in cui la famiglia non richieda la restituzione del corpo al centro di riferimento, quest’ultimo provvederà alla sepoltura o alla cremazione (secondo le volontà del defunto); 5) l’elenco nazionale dei Centri di riferimento può essere consultato sul sito internet del Ministero della Salute⁶¹; 6) prima di prelevare il corpo del defunto, il Centro di riferimento acquisisce tramite la banca dati la prova del consenso espresso, adotta misure idonee a garantire la tracciabilità di tutte le fasi di utilizzo del corpo e delle parti anatomiche anche ai fini della successiva restituzione e, per dieci anni dal decesso del disponente, conserva la documentazione relativa all’accertamento di morte e quella sanitaria; 7) il fiduciario informa della volontà del disponente il medico che accerta la morte; 8) le attività dei Centri di riferimento che richiedono il ricorso al corpo o ai suoi organi e tessuti devono essere conformi ai progetti di ricerca scientifica

di formazione e di ricerca scientifica (GU Serie Generale n. 99 del 28 aprile 2023).

⁶⁰ Oltre alle cause di morte violenta o di sospetto di reato, sono esclusi i corpi di defunti (ibidem, art. 3): «a) affetti da HIV, HBV, HCV, tubercolosi, sifilide, encefalopatie spongiformi trasmissibili, infezioni correlate all’assistenza – nei casi in cui l’infezione costituisca causa esclusiva o prevalente del decesso – e infezioni correlate all’antimicrobico-resistenza, SARS-CoV-2 – inclusi i casi probabili, sospetti e confermati –, infezioni emergenti o particolari patologie in grado di esporre a grave rischio la salute degli operatori del settore; /b) sottoposti a trattamenti recenti con radionuclidi terapeutici; /c) sottoposti a riscontro diagnostico o ad autopsia giudiziaria; /d) con gravi mutilazioni ed estese ferite aperte di natura post-traumatica; /e) di individui suicidi; /f) di individui deceduti all’estero».

⁶¹ *Ibidem*, art. 2, nota 2. Tale Elenco deve essere «aggiornato tempestivamente in modo da consentire al medico che accerta il decesso l’individuazione del Centro di riferimento competente per territorio, al quale dà notizia della morte del disponente».

approvati dal competente Comitato Etico indipendente Territorialmente (CET); 9) le Regioni e le Aziende Sanitarie Locali adottano iniziative di informazione e comunicazione al personale medico/sanitario e ai cittadini anche avvalendosi dei Centri di riferimento, delle amministrazioni comunali e delle associazioni di volontariato.

Un ulteriore, recentissimo, aggiornamento della norma riguarda le modalità e le tempistiche di presentazione della candidatura per le strutture che vogliono diventare centri di riferimento per conservazione e utilizzazione dei corpi dei defunti ai fini di studio, formazione e ricerca scientifica⁶².

Attualmente, in Italia, è ancora aperto il dibattito sui termini previsti dalle norme per la restituzione del corpo su esposte. Per alcuni esponenti del mondo scientifico, infatti, fissare un termine unico rischia di rendere le donazioni incompatibili con alcune attività di formazione, studio e ricerca, anche a causa dell'articolazione dell'*iter* autorizzativo delle diverse attività e propongono di rivedere tali termini temporali a favore di un periodo compreso tra i tre e i cinque anni, sulla base delle esperienze in altri Paesi occidentali⁶³. Un ulteriore elemento di discussione è rappresentato dalla mancanza di specifiche in-

⁶² MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 24 aprile 2024, *Definizione delle modalità e dei tempi di presentazione della candidatura delle strutture universitarie, delle aziende ospedaliere di alta specialità e degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) da utilizzare quali centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti per le finalità della legge 10 febbraio 2020, n. 10, nonché per la disciplina delle verifiche del possesso dei requisiti al fine del tempestivo aggiornamento dell'elenco nazionale dei centri di riferimento di cui all'articolo 5 della predetta legge* (GU Serie Generale n. 142 del 19 giugno 2024).

⁶³ R. DE CARO et al., *The Italian law on body donation: A position paper of the Italian College of Anatomopatologists*, in *Annals of Anatomy*, 2021, 238, 151761; B.Z. DE GAMA ET AL., *Cultural practices of the Zulu ethnic group on the body and their influence on body donation*, in *Anat. Sci.Educ.*, 13, 2020, 6, pp. 721-731; J.T. PARK, *The trend of body donation for education based on Koreansocial and religious culture*, in *Anat. Sci. Educ.*, 2011, 4, pp. 33-38; I.A. GURSES ET AL., *Profile and motivations of registered whole-body donors in Turkey: Istanbul university experience*, in *Anat. Sci. Educ.*, 2019, 12, pp. 370-385; UNITED KINGDOM, *Human Tissue Act 2004* (Commencement No. 5 and Transitional Provisions) Order 2006, Statut. Instrum., No. 1997 July 20th; UNIVERSITY OF ANTWERP, *Body Donation: Frequently Asked Questions* [WWW Document],

dichiarazioni sulla forma da conferire concretamente alla dichiarazione di espressione del consenso: si spera che le istituzioni colmino tale lacuna in maniera omogenea sul territorio nazionale proponendo modelli di semplice compilazione. In relazione alla restituzione del corpo alla famiglia, si auspica di prevedere la possibilità, per chi lo desidera, di escludere l'uso di alcune parti del proprio corpo che possono assumere un forte valore simbolico, emotivo ed affettivo (si pensi, ad esempio, al volto) o la donazione di altre (come l'encefalo o le gonadi) potenzialmente incompatibili con le proprie credenze religiose. Altri aspetti tuttora oggetto di discussione riguardano le finalità delle ricerche da svolgere (priorità ed esclusioni), la comunicazione di eventuali *incidental findings* ai familiari in vita, le misure di tutela della riservatezza, compresa la volontà di anonimato.

Infine, va segnalato che tali norme, nel nostro Paese, sono ancora poco conosciute sia in ambito medico sia nella cittadinanza e certamente non possono ritenersi sufficienti alcuni annunci di pubblica utilità trasmessi dalle reti televisive. È necessario promuovere una cultura della donazione attraverso non solo dibattiti pubblicamente accessibili ma anche lezioni e seminari dedicati nell'ambito del percorso curricolare nelle facoltà mediche.

3.2. *Il quadro regolatorio internazionale*

Come è noto, e ampiamente documentato, la storia delle dissezioni su cadaveri ha avuto un percorso tortuoso e le condizioni sono mutate nel corso del tempo⁶⁴. Le limitazioni alle moderne forme di dissezione sono frequentemente attribuite alle obiezioni religiose, in particolare del Medioevo⁶⁵, ma va

2020; FRENCH REPUBLIC, Decree No. 318, 2000 April 9th, *General Code of Local and Regional Authorities* - Article R2213-13 Amended by Decree No. 121/2011.

⁶⁴ R. PORTER, *The greatest benefit to mankind. A medical history of humanity from antiquity to the present*, Harper Collins, London, 1997; R. RICHARDSON, *Death, Dissection and the Destitute*, Phoenix Press, London, 2001².

⁶⁵ R.E. ELIZONDO-OMANA ET AL., *Dissection as a teaching tool: Past, present, and future*, in *Anat Rec*, 285, 2005, pp. 11-15.

tenuto presente anche una particolare forma di obiezione ‘laica’ quando la dissezione riguarda i corpi vicini ai dissettori, sia per familiarità sia per vicinanza personale e sociale. Ad esempio, nella Bologna del XV secolo, un prerequisito formale era che il defunto provenisse da una città distante almeno 30 miglia⁶⁶; nel corso dei secoli la scelta avveniva più frequentemente per i corpi ‘non reclamati’, fino ad arrivare ai corpi ‘donati’.

Sebbene oggi i programmi di donazione possano essere considerati la regola generale, ben pochi Paesi si sono dotati di una specifica regolamentazione nazionale come quella italiana e, spesso, ove presente, questa rappresenta una norma di carattere locale⁶⁷. In Germania e negli USA⁶⁸, ad esempio, la dissezione anatomica è regolata da leggi regionali sulla sepoltura lievemente diverse l’una dall’altra ed in alcune

⁶⁶ K. PARK, *The criminal and the saintly body: Autopsy and dissection in Renaissance Italy*, in *Renaissance Quarterly*, 47, 1994, pp. 1-33.

⁶⁷ S. MCHANWELL ET AL., *The legal and ethical framework governing body donation in Europe. A review of current practice and recommendations for good practice*, in *European Journal of Anatomy*, 12, 2008, pp. 1-24. Per i riferimenti alle norme internazionali sulla donazione del corpo *post-mortem* a fini di studio e di ricerca scientifica in alcuni Paesi europei e negli USA, si rimanda al seguente indirizzo: Camera dei deputati Dossier NIS16031. In ambito europeo e in una prospettiva più ampia, nel 1991 l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa ha adottato la Raccomandazione n. 1159 (1991) relativa all’armonizzazione delle regole in materia di autopsia, sulla base della quale il Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa ha adottato la Raccomandazione n. R (99) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sull’armonizzazione delle norme in materia di autopsia medico-legale (adottata il 2 febbraio 1999). La Raccomandazione non è vincolante per gli Stati membri, tuttavia, essa fornisce un quadro strategico e proposte che i governi possono applicare in ambito nazionale. La Commissione non dispone di informazioni in merito allo stato dell’attuazione o del recepimento a livello nazionale della Raccomandazione (99) 3 negli Stati membri, o sulla necessità di aggiornarla, come suggerito dal firmatario (si veda: A. FARNETI, R. ZOJA, *La Raccomandazione del Consiglio di Europa diretta ad uniformare le procedure autoptiche medico legali*, in *Archivio di Medicina Legale*, gennaio 1999, pp. 4-13; G. PIERUCCI, M. COLONNA, M. BACCI, R. ZOJA, R.M. GAUDIO, *Proposta di procedure standard per l’autopsia medico-legale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 27, 2005, pp. 127-183). La Commissione Europea ha poi emanato la *Raccomandazione dell’11 marzo 2005 riguardante la Carta europea dei ricercatori e un codice di condotta per l’assunzione dei ricercatori*.

⁶⁸ T.H. CHAMPNEY, *A proposal for a policy on the ethical care*, cit.

aree la donazione del corpo viene praticata senza alcuna legge esplicita, ma semplicemente ‘in analogia’ alla Legge sui trapianti⁶⁹.

Il motivo di tale carenza normativa risiede nel fatto che i programmi regolamentati di donazione dei corpi comportano alcune incertezze etiche e giuridiche, tra cui quelle che riguardano il ruolo da attribuire ai parenti del defunto e l’uso effettivamente legittimato della donazione⁷⁰. La questione non è di poco conto, se si considerano le molteplici forme di utilizzo dei corpi, comprese quelle artistiche, rappresentato dalle mostre di cadaveri plastinati, o la dissezione pubblica. Ci si interroga sul fatto che il donatore debba avere una conoscenza dettagliata di come si utilizzerà il proprio cadavere o se debba lasciare istruzioni dettagliate su ciò che ritiene opportuno.

In una prospettiva di derivazione kantiana, secondo cui il corpo umano dovrebbe avere una dignità ma non un prezzo, le leggi esistenti relative alla dissezione anatomica mirano ad escludere qualsiasi commercializzazione del cadavere umano e delle sue parti.

Se il commercio di resti umani ha origini antichissime⁷¹, ancora oggi è possibile acquistare ossa umane, in particolare teschi⁷²,

⁶⁹ R. KLEINKE, *Ein Blick auf die Körperspende des Jahres 1845 Einblick in die Körperspende heute. Dissertation*. Centrum für Anatomie, Charité - Universitätsmedizin Berlin, Berlin, 2007.

⁷⁰ A. WINKELMANN, *Consent and Consensus*, cit.

⁷¹ Si cita, come esempio, il commercio di teste Maori mummificate, risalente al XVIII secolo e sviluppatosi nel secolo successivo.

⁷² Si cita, come esempio, il caso della vendita all’asta per £2.000, nel Sussex, del teschio di John Parker, un uomo di trentasei anni giustiziato nella prigione di Gloucester nel 1813. Il teschio, venduto con la descrizione di ‘pezzo antico’ ed esposto in una cupola di vetro, recava incise le parole «John Parker impiccato per aver derubato la chiesa di Henbury e la scuola di De Boudrie». Il banditore coinvolto ha dichiarato: «È uno degli oggetti più stravaganti che abbiamo avuto» (*BBC News*, 2014). Parker fu giustiziato durante un periodo caratterizzato da un rigido sistema giuridico in Inghilterra, noto come il ‘*Bloody Code*’, che prevedeva la pena di morte per centinaia di reati. Il *Murder Act* del 1752 stabiliva che tutti i criminali giustiziati per omicidio non sarebbero stati sepolti, ma appesi in catene (*gibbeting*) o sezionati e anatomizzati. Queste punizioni *post-mortem* erano progettate per agire come ‘ulteriore terrore e peculiare segno di infamia’. Come la forca, la sentenza di dissezione e anatomizzazione aveva lo scopo di punire il criminale con la consapevolezza del suo

decorati o meno, soprattutto in rete⁷³.

Ogni volta che parti del corpo umano vengono esposte al pubblico bisognerebbe fornire informazioni sul contesto in cui è vissuta la persona e sulle modalità di reperimento, ove possibile, poiché lo sguardo non è mai innocente e i resti umani acquisiscono nuovi significati mentre passano attraverso le mani di diversi professionisti, custodi e collezionisti, pertanto, ignorare deliberatamente tali informazioni può portare ad acogliere atti di ingiustizia storica⁷⁴.

In alcuni contesti storici, lo smembramento del corpo *post-mortem* per i criminali⁷⁵ era visto come una ‘cattiva morte’, qualcosa che colpiva le credenze sulla degna sepoltura e, per i credenti della religione cattolica, sulla resurrezione del corpo⁷⁶. Il risultato di queste punizioni fu che, nel passato, la me-

destino *post-mortem* mentre era in vita. Il viaggio del teschio di Parker dalla sua condanna a morte nel 1813 al lotto numero 202 nel 2014 rivela il sofisticato commercio illegale di cadaveri che collegava il sistema giudiziario, l'*establishment* medico e i ‘resurrezionisti’ o ultracorpi – individui che si procuravano il cranio e i corpi di persone recentemente morte (o in alcuni casi assassinate) per le fiorenti scuole di medicina di Inghilterra e Scozia. Per un approfondimento della vicenda legata alla vendita del cranio di John Parker si rimanda a: S. MCCORRISTINE, *The Dark Value of Criminal Bodies: Context, Consent, and the Disturbing Sale of John Parker's Skull*, in *Conserv Mus Stud.*, 13, 2015, 1.

⁷³ Dal 2016, il sito *eBay* ha vietato la vendita di parti di esseri umani (ad eccezione dei capelli) e da allora il commercio si è spostato su altre piattaforme, come, ad esempio, *Instagram*. Secondo un rapporto del 2017 degli archeologi D. HUFFER e S. GRAHAM, nel 2013 su *Instagram* sono state vendute ossa umane per un valore di 5.200 dollari, mentre ossa umane per un valore di 57.000 dollari sono state commercializzate nel 2016, dando un’idea della crescita di questo tipo di commercio *online*: D. HUFFER, S. GRAHAM, *The Insta-Dead: the rhetoric of the human remains trade on Instagram*, in *Internet Archaeology*, 45, 2017. Inoltre, parti del corpo continuano ad essere acquistate e vendute in prestigiose case d’asta, come Christies, come ‘pezzi antichi’.

⁷⁴ S.J.M.M. ALBERTI, *Morbid Curiosities: Medical Museums in Nineteenth Century Britain*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷⁵ Si veda, appunto, il succitato *Murder Act* del 1752, in Inghilterra.

⁷⁶ S. TARLOW, *Ritual, Belief and the Dead in Early Modern Britain and Ireland*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. Ivi si può trovare anche la descrizione dei disordini che avvenivano occasionalmente intorno al patibolo di Tyburn, nell’Inghilterra del XVIII secolo, tra i chirurghi che reclamavano i corpi dei giustiziati e i loro amici o familiari che volevano portarli via per dare loro degna sepoltura.

dicina e i musei medici, utilizzando i corpi dei criminali come oggetti di studio, divennero complici della mercificazione e della frammentazione di resti umani se non, in alcuni casi, complici di furti di corpi⁷⁷ e di funerali fittizi delle persone più povere e vulnerabili⁷⁸.

In particolare, i teschi di alcuni tipi di persone erano maggiormente a rischio di furto e mobilità da parte dei cosiddetti 'craniolettici': popolazioni indigene, criminali giustiziati, geni creativi e coloro che morivano di malattie o condizioni rare⁷⁹. Attualmente, la 'caccia alle teste' imperiale e il movimento di teschi subalterni attraverso i musei e le collezioni occidentali sono oggetto di acceso dibattito negli studi postcoloniali⁸⁰.

Tuttavia, sebbene storicamente le leggi non abbiano impedito il trattamento non etico dei cadaveri nelle istituzioni mediche, ci sono segnali positivi che gli anatomopatologi, in ambito internazionale, abbiano riconosciuto l'impatto potenzialmente traumatico del loro lavoro, tanto che molti istituti anatomici organizzano servizi commemorativi e funebri annuali

⁷⁷ Accorata, su questo argomento, la riflessione di Richardson: «Il furto di corpi negava la tradizionale cultura della morte, tormentava i morenti e negava il conforto immaginativo della persona in lutto. Ha annullato i loro sforzi per garantire un riposo pacifico ai morti. Ha privato i morti del loro giusto posto nella tomba, e il futuro è stato preparato per loro, e ha privato i sopravvissuti del conforto di sapere dove comunicare con loro. Il furto di tombe ha distrutto i processi del dolore aggravando queste privazioni con la minacciosa minaccia di inquietudine e con la rottura delle speranze di una resurrezione amichevole»: R. RICHARDSON, *Human dissection and organ donation: a historical and social background*, in *Mortality: Promoting the Interdisciplinary Study of Death and Dying*, 11, 2006, 2, pp. 151-165.

⁷⁸ E. HURREN, *Dying for Victorian Medicine: English Anatomy and its Trade in the Dead Poor, c. 1834-1929*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012.

⁷⁹ C. DICKEY, *Cranioklepty: Grave Robbing and the Search for Genius*, Unbridled Books, Denver-Colorado, 2009.

⁸⁰ D.H. THOMAS, *Skull Wars: Kennewick Man Archaeology, and the Battle for Native American Identity*, Basic Books, New York, 2000; R. ROQUE, *Head-hunting and Colonialism: Anthropology and the Circulation of Human Skulls in the Portuguese Empire, 1870-1930*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.

nei quali amici e donatori, insieme ad anatomopatologi e studenti, si riuniscono per ricordare i donatori⁸¹.

Recentemente, notizie di scandali riguardanti in Europa la ritenzione di cadaveri in decomposizione o di organi in ospedali e università⁸² rischiano di minare la fiducia nei servizi sanitari nazionali così come notizie di furti illegali di organi, vendite 'volontarie' di parti del corpo in tempi di necessità e mercimonio di cadaveri in assenza di norme nei Paesi in via di sviluppo rivelano un incessante attenzione del mercato attorno ai corpi e ai resti umani. La situazione diventa ancora più oscura quando gli artisti utilizzano parti del corpo e campioni anatomici senza consenso⁸³.

Tutto ciò ha indotto le istituzioni a intraprendere un percorso di riflessione per costruire un quadro regolatorio giuridico per l'utilizzo dei corpi e dei resti umani secondo principi etici.

Il Consiglio d'Europa ha promulgato nel 2015 un'apposita Convenzione contro il traffico di organi umani⁸⁴ e in Italia, il Regolamento di Polizia Mortuaria⁸⁵ punisce con una sanzione amministrativa il commercio e la detenzione non autorizzata di resti umani.

Purtuttavia, i programmi di donazione di corpi non possono escludere forme di transazioni finanziarie nelle quali né

⁸¹ Cfr. *Commemorative resolution sparks debate*, in *The Commonwealth Times*, 27 gennaio 2014, <https://commonwealthtimes.org/2014/01/27/commemorative-resolution-sparks-debate/>.

⁸² Cfr. *Spanish University storing donated corpses in 'Chamber of Horrors'*, in *The Telegraph*, 19 maggio 2014, www.telegraph.co.uk/news/world-news/europe/spain/10841862/Spanish-university-storing-donated-corpses-in-chamber-of-horrors.html; *Body parts found in University of Cologne's cellars*, in *The Guardian*, 13 marzo 2012, www.theguardian.com/world/2012/mar/13/body-parts-university-cologne-cellar.

⁸³ N. CLARK, *Dead serious? Photo of Damien Hirst with severed head riles Richard III academics*, in *The Independent*, 12 luglio 2013, www.independent.co.uk/arts-entertainment/art/news/dead-serious-photo-of-damien-hirst-with-severed-head-riles-richard-iii-academics-8706571.html.

⁸⁴ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione contro il traffico di organi umani*, 2015, ratificata dall'Italia nel 2016.

⁸⁵ D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, *Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*.

il donatore dovrebbe essere ricompensato economicamente né le parti del corpo dovrebbero essere ‘vendute’. Ciò significa che le spese relative al trasporto, alla conservazione e alla lavorazione devono essere distinguibili dai prezzi di acquisto delle parti del corpo, pur nella complessità di operazioni che non sempre rendono facilmente identificabili le necessarie distinzioni⁸⁶. Inoltre, la motivazione degli anatomopatologi e di chiunque altro utilizzi il corpo e parti di esso non dovrebbe essere oggetto di finanziamento, dal momento che la ricerca e la formazione medica è solitamente fondata sul progresso della scienza e sulla qualificazione del personale medico. Ciò implicherebbe anche il consenso più ampio della comunità per la ricerca con soggetti vulnerabili, specie ove la donazione del corpo sia finalizzata ad accrescere la conoscenza scientifica con particolari ricadute positive per la comunità locale, in analogia a quanto affermato nella Dichiarazione di Helsinki 2013: il gruppo coinvolto nella ricerca dovrebbe anche «essere in grado di trarre beneficio dalle conoscenze, dalle pratiche o dagli interventi che risultano dalla ricerca». I donatori dei corpi, ovviamente non potranno trarre alcun beneficio dai futuri progressi della medicina, ma si aspettano che i possibili benefici derivanti dal proprio atto potranno ricadere sui membri della loro comunità.

4. *Utilizzo dei corpi non reclamati*

L'utilizzo dei corpi non reclamati in sala settoria è stata una regola per gran parte del XIX e del XX secolo ed è ancora legalmente praticata in alcune parti del mondo, in particolare dove la donazione incontra obiezioni culturali e religiose⁸⁷. In

⁸⁶ D. DICKENSON, *Body Shopping. Converting Body Parts to Profit*, One-world, Oxford, 2008; K. HOEYER, *Tradable body parts? How bone and recycled prosthetic devices acquire a price without forming a 'market'*, in *BioSocieties*, 2009, 4, pp. 239-256.

⁸⁷ D.G. JONES, M.I. WHITAKER, *Anatomy's use of unclaimed bodies: Reasons against continued dependence on an ethically dubious practice*, in *Clin Anat.*, 2012, 25, pp. 246-254.

tali contesti, i ‘corpi non reclamati’, ossia di coloro che muoiono senza parenti conosciuti o qualcun altro che ‘rivendichi’ il corpo per la sepoltura, o anche di coloro che non possono permettersi le spese per la sepoltura vengono assegnati ai dipartimenti di anatomia che si assumono il diritto di dissezionare i cadaveri sostenendo poi i costi per la sepoltura.

La dissezione di un corpo non reclamato non necessariamente comporta una violazione della dignità, tuttavia, non è lecito ritenere che la persona deceduta avrebbe approvato la dissezione del proprio corpo. Pertanto, a livello individuale, tale pratica può essere considerata una violazione dell’autonomia personale del defunto e delle sue ultime volontà. Inoltre, bisogna considerare come l’uso di corpi non reclamati spesso rappresenta una discriminazione nei confronti delle persone povere che non possono permettersi una sepoltura e/o non hanno i mezzi per prendersi cura dei propri morti. Pertanto, la semplice consapevolezza che coloro che muoiono senza parenti o senza mezzi economici per la sepoltura possano finire sul tavolo dell’anatomopatologo può essere inquietante e minare la fiducia della comunità nei confronti degli specialisti, che, di fatto, trovano in tale contesto la maggiore sfida da affrontare⁸⁸.

In una prospettiva bioetica utilitaristica, la dissezione di un corpo non reclamato reca potenziali benefici per un gran numero di persone, facendo avanzare la conoscenza medica, a fronte di un danno per poche persone.

Questa argomentazione sostiene che il beneficio percepito è così grande da giustificare in alcuni casi una pratica eticamente dubbia. Ciò sarebbe accettabile nell’approccio etico di John Stuart Mill⁸⁹ e in quello della prima formulazione dell’utilitarismo di Jeremy Bentham⁹⁰, che vedono la ‘più grande felicità’ del maggior numero di persone come l’obiettivo generale delle decisioni morali. Tuttavia, lo stesso Bentham, nel-

⁸⁸ E. SENDEMİR, *On the difficulties to obtain body donation* [Abstract], in *Ann Anat.*, 2014, pp. 196-261.

⁸⁹ J.S. MILL, *Utilitarismo* (1836), StreetLib, 2024.

⁹⁰ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823), Dover Publication, Dover, 2007.

la sua successiva formulazione dell'utilitarismo, ha superato il concetto della massimizzazione del numero di persone, ritenendo inaccettabile che la maggioranza possa godere di grandi benefici a spese di una sofferenza enorme per la minoranza, e ha quindi radicato l'utilitarismo nella massimizzazione del benessere aggregato⁹¹.

Pertanto, risulta difficile accettare che alcune persone debbano essere danneggiate a beneficio di altre, producendo un'evidente ingiustizia e in una prospettiva bioetica non utilitarista l'uso dei corpi non reclamati dovrebbe essere evitato e dovrebbe essere creato un memoriale apposito a secondo della sede di provenienza. Un modo per affrontare la tematica potrebbe esser ricercare un consenso sui limiti di accettazione della donazione del corpo in una società la cui cultura è contraria a tale pratica.

Al momento, una delle poche certezze è rappresentata dalla necessità di produrre norme chiare e trasparenti proprio per le ambiguità bioetiche relative alla dissezione anatomica e alla donazione dei corpi. Tra le più autorevoli Linee Guida internazionalmente riconosciute, figurano quelle emanate nel 2012 dalla Federazione Internazionale degli Anatomopatologi (IFAA) per l'utilizzo dei corpi e tessuti umani per esami autotipici⁹² e nel 2023 per l'educazione anatomica e la ricerca⁹³.

La prima Raccomandazione del 2012 prevede la necessità di richiedere ai donatori un consenso informato finalizzato

⁹¹ M. REICHLIN, *L'utilitarismo*, il Mulino, Bologna, 2013.

⁹² IFAA. INTERNATIONAL FEDERATION OF ASSOCIATIONS OF ANATOMOPATOLOGS. FEDERATIVE INTERNATIONAL COMMITTEE FOR ETHICS AND MEDICAL HUMANITIES (FICEM), *Recommendations of good practice for the donation and study of human bodies and tissues for anatomical examination*, 2012.

⁹³ IFAA. INTERNATIONAL FEDERATION OF ASSOCIATIONS OF ANATOMOPATOLOGS. FEDERATIVE INTERNATIONAL COMMITTEE FOR ETHICS AND MEDICAL HUMANITIES (FICEM), *Recommendations for Good Practice Around Human Tissue Image Acquisition and Use in Anatomy Education and Research*, 2023. Si segnalano, inoltre, le seguenti Linee Guida internazionali: AMERICAN ASSOCIATION FOR ANATOMY, *Human body donation program best practices*, 2023 (www.anatomy.org/AAA/AAA/Contacts/Sign_In.aspx?LoginRedirect=true&returnurl=%2fAAA%2fSearch%3fSearchTerms%3dHuman%2bbody%2bdonation%2bprogram%2bbest%2bpractices) e AMERICAN ASSOCIATION OF CLINICAL ANATOMOPATOLOGS (ACA), *Best practices guide for donation programs*, 2017².

attraverso una decisione libera e consapevole che esclude, di conseguenza, i minori e gli altri soggetti ‘incompetenti’, nonché esplicitamente i prigionieri nel braccio della morte. Non vengono inclusi nel consenso i parenti o la comunità, ma ci si auspica che i donatori discutano i loro desideri con i loro familiari affinché anche i parenti più prossimi possano firmare il modulo in un’ottica di maggiore trasparenza tra istituzioni, potenziali donatori e loro parenti nell’arco dell’intero processo. Viene, pertanto, esclusa la donazione per iniziativa dei familiari senza il consenso del donatore. Un tale processo di ricerca del consenso rappresenta un’interazione tra pari, contrapposto all’uso di corpi non reclamati o all’uso di parti del corpo provenienti da altri continenti. Quest’ultima modalità, utilizzata per rifornire comunità carenti di corpi donati, rappresenta la meno convincente perché può sovrapporsi al commercio di parti del corpo.

In tale ottica, la donazione del corpo dovrebbe essere promossa come un servizio alla comunità locale e non solo come astratto progresso universale delle conoscenze e delle competenze mediche⁹⁴.

Le recenti Raccomandazioni dell’IFAA del 2023, che integrano le precedenti, risentono dello sviluppo delle tecnologie digitali e della relativa necessità di acquisire, utilizzare e conservare le immagini derivate dai tessuti umani (fotografie, video e immagini di tessuti umani reali, nonché quelle generate da ultrasuoni, tomografia computerizzata e risonanza magnetica). Tali immagini, benché non siano campioni fisici ma loro rappresentazioni, derivano da persone reali e, pertanto, meritano una considerazione speciale, in quanto il loro uso e la lo-

⁹⁴ Esempi interessanti provengono dalla Thailandia, dove il sostegno della famiglia reale e il conferimento dello *status* altamente stimato di ‘Grande Insegnante’ ai donatori ha aiutato a superare le preoccupazioni religiose legate alla rinascita, e da Taiwan, dove l’interazione tra studenti e famiglie dei donatori nel curriculum ha contribuito a promuovere la donazione del corpo. Tali esempi potrebbero non essere sempre trasferibili ad altre comunità, ma discuterne può aiutare a trovare altre soluzioni e a promuovere l’importanza del consenso in materia di donazione di corpi e dissezione anatomica. Si veda: T. GUO-FANG, W. YUEH-HAN, *Empathy and gross anatomy teaching* [abstract], in *Ann Anat.*, 2014, pp. 196-218.

ro distribuzione in modi che non sono considerati etici possono minare il rapporto con le comunità locali.

Pertanto, l'uso di tali immagini dovrebbe essere autorizzato dal consenso informato del donatore, appropriato per le modalità di utilizzo (anche nel caso in cui le immagini siano condivise con altre istituzioni per scopi educativi e/o di ricerca), con scopo e durata della conservazione previsti e limitati. Analogamente, la dissezione anatomica di individui deceduti dovrebbe rimanere confinata a uno spazio protetto non pubblico.

Nei casi in cui è più probabile che le immagini vengano utilizzate per scopi commerciali, deve essere richiesto un consenso specifico. La documentazione dovrebbe, inoltre, contenere una dichiarazione dalla quale risulti specificamente autorizzata da donatori, parenti o rappresentanti legali qualsiasi immagine che permetta di identificare la persona. In generale, segni o altre caratteristiche potenzialmente identificativi dovrebbero essere censurati dalle immagini che, in nessun caso, dovrebbero essere trasferire su social media o siti *internet* non protetti da *password*. È accettabile solo l'uso su siti *web* di anatomia ad accesso limitato, come le piattaforme istituzionali, per impedire che i corpi donati vengano utilizzati in modo improprio e per scopi non accademici (inclusa la curiosità morbosa) ed è proibita ogni forma di mercificazione o commercializzazione delle immagini⁹⁵, al fine di tutelare la dignità delle persone.

Le immagini di tessuti umani devono essere acquisite solo da fonti in cui è possibile verificare lo stato del consenso del donatore, ove si escludano immagini acquisite casualmente da *internet* e da sistemi educativi commerciali che non divulgano le fonti delle loro immagini.

⁹⁵ Se le immagini devono essere utilizzate nello sviluppo di libri di testo o altri prodotti educativi, il donatore deve acconsentire specificamente all'uso delle immagini per questo scopo e, ove possibile, anche i cari del donatore devono essere informati al momento del consenso. Il consenso specifico per questo scopo deve essere effettuato con documenti indipendenti dai processi di consenso *standard*: qualsiasi scopo educativo che possa avere conseguenze commerciali non è considerato parte della pratica di consenso *standard*.

Ove possibile, le immagini provenienti da collezioni storiche di persone sconosciute o non consenzienti devono essere sostituite con immagini di persone consenzienti, ad eccezione di contesti educativi che affrontano specificamente la storia e l'etica della loro acquisizione.

Le Raccomandazioni indicano anche le modalità per l'archiviazione delle immagini digitali⁹⁶. Anche in tali recenti Raccomandazioni, IFAA riconosce che l'accesso ai corpi donati non è universale a livello globale e, nel caso in cui si utilizzino corpi non reclamati e non autorizzati nella rete non dotata di normativa *ad hoc*, le istituzioni dovrebbero comunque aspirare a soddisfare il più possibile i requisiti richiesti dalle Linee Guida.

5. Collezioni di resti umani in musei

Vi è una crescente attenzione alle questioni etiche associate alle collezioni di resti umani, sia pubbliche sia private, rivolta soprattutto all'acquisizione, alla conservazione, all'uso e alla disposizione di organi e corpi che spesso venivano raccolti senza consenso e senza la dovuta attenzione per le volontà o il rispetto della cultura dell'individuo.

Per affrontare tali problematiche, l'*American Association for Anatomy* (AAA) ha convocato una *Task Force* sulle Collezioni Anatomiche Ereditate, composta da esperti di bioetica e professionisti che lavorano con resti scheletrici nell'istruzione, nella ricerca e nelle collezioni museali per sviluppare specifiche Raccomandazioni⁹⁷. Sebbene siano da ritenere un documento che potrà mutare nel tempo in relazione all'evoluzione

⁹⁶ L'archiviazione deve avvenire su dispositivi sicuri, protetti da *password*, accessibili solo a docenti, personale e studenti designati dall'istituto. Per mantenere la sicurezza e il controllo dei *database* di immagini e per facilitare l'accesso ai fini di un *audit* è una 'buona pratica' che tutte le immagini di tessuti umani siano archiviate localmente e non su *server* commerciali non istituzionali.

⁹⁷ AMERICAN ASSOCIATION FOR ANATOMY, *American Association for Anatomy Recommendations for the Management of Legacy Anatomical Collections*, cit.

del settore, tali Raccomandazioni sono il risultato di un lungo processo di analisi sull'argomento⁹⁸ e attualmente rappresentano la *'best practice'* per i ricercatori, gli insegnanti e i responsabili dei musei che devono salvaguardare il futuro delle collezioni anatomiche ereditate.

La documentazione storica e archeologica è ricca di esempi di persone che raccoglievano resti o tessuti umani per studio, istruzione o semplicemente per curiosità. Questi venivano solitamente acquisiti senza consenso o considerazione per le persone o le comunità da cui provenivano, poiché, come abbiamo evidenziato, prima della metà del secolo scorso la donazione di corpi e tessuti basata sul consenso informato era rara⁹⁹.

Le collezioni che ne derivano sono onnipresenti nel mondo e vengono spesso definite *'raccolte anatomiche ereditate'* dagli accademici delle scienze anatomiche. Il periodo di tempo necessario affinché una collezione venga considerata *'legacy'*¹⁰⁰ dipende da diversi fattori, tra cui il significato storico, culturale ed etnico dei contenuti.

Tali collezioni si trovano spesso nei musei di anatomia, di patologia e di storia naturale e nei dipartimenti di anatomia o antropologia delle istituzioni accademiche. Ci sono anche raccolte di resti umani in collezioni storiche private. L'origine effettiva di molti dei tessuti collezionati potrebbe essere sconosciuta e potrebbe derivare dall'acquisto secondo gli standard legali del tempo¹⁰¹. D'altro canto, esistono grandi collezioni di tessuti umani in università e musei che sono state acquistate secondo le Linee Guida contemporanee¹⁰². La comunità anatomo-

⁹⁸ Si citano, come esempio, precedenti Linee Guida sulle collezioni museali: ICOM 2017 e ICOM 2021, che verranno illustrate di seguito, e le Linee Guida del British Museum: *Regarding the Dead: Human Remains in the British Museum*, ed. by A. FLETCHER, D. ANTOINE, Hill JD, 2014.

⁹⁹ S.J.M.M. ALBERTI, E. HALLAM, *Medical museums: Past, present, future*, Royal College of Surgeons of England, 2013.

¹⁰⁰ Ereditata, frutto di un lascito.

¹⁰¹ A. ION, *Anatomy collections as "modern ruins": The nostalgia of lonely specimens*, in *Science in Context*, 2021, 34, pp. 265-279.

¹⁰² HARVARD UNIVERSITY. *Report of the steering committee on human remains in university museum collections*, 2022, in https://provost.harvard.edu/files/provost/files/harvard_university-_human_remains_report_fall_2022.pdf

mica ha necessità di un quadro regolatorio di riferimento anche in relazione alla crescente consapevolezza dello sfruttamento di popolazioni emarginate¹⁰³ nel reperimento e nell'uso di resti umani. Per tali motivi, le Raccomandazioni dell'AAA offrono una guida dettagliata per la comunità scientifica globale in assenza di un quadro normativo e incoraggiano la revisione critica delle attuali pratiche, con particolare riferimento all'inventario, all'uso, alla conservazione e alle disposizioni¹⁰⁴. Il documento riconosce l'esistenza di due piani: quello giuridico, che impone un obbligo di diligenza da parte dei custodi nel rispetto delle norme locali, e quello etico, che si colloca ad un livello superiore rispetto alla mera osservanza delle leggi. La prima considerazione etica riguarda il riconoscimento dello *status* unico, speciale, degli esseri umani rispetto agli altri organismi biologici e, come già precisato all'inizio del presente lavoro, il riconoscimento della dignità si estende sia ai vivi sia ai morti e, considerazione ancor più rilevante, il custode non è titolare o possessore ma il guardiano, il protettore dei resti umani e ha l'obbligo di valutare il danno alle comunità, alle famiglie e ai discendenti dei defunti potenzialmente derivante da un uso improprio di questi. Elemento cardine diventa la consapevolezza culturale e la conoscenza dei fondamenti storici legati alle collezioni anatomiche o ereditarie perché, storicamente, sono stati oggetto di raccolte anatomiche e tissutali individui appartenenti a gruppi emarginati o sottorappresentati¹⁰⁵. Laddove siano note, le comunità di discendenti

f?m=1663090982; Harvard University-Provost, *Steering committee on human remains in university museum collections*, 2022, in <https://provost.harvard.edu/steering-committee-human-remains-university-museum-collections>.

¹⁰³ M.L. BLAKEY, *Walking the ancestors home: On the road to an ethical human biology*, in *Anthropology Now.*, 14, 2022, 1-2, pp. 1-20; L. FELD, *Buried truths: Reconciliation through the repatriation of indigenous human remains and sacred objects*, in *The International Journal of the Inclusive Museum*, 15, 2022, 2, pp. 49-62.

¹⁰⁴ La sezione 'disposizioni' riguarda la documentazione, i processi decisionali e coloro che sono coinvolti, l'influenza della provenienza sulla disposizione, i mezzi a disposizione e le commemorazioni.

¹⁰⁵ E.C. HALPERIN, *The poor, the black, and the marginalized as the source of cadavers in United States anatomical education*, in *Clinical Anatomy*, 20, 2007, pp. 489-495.

dovrebbero essere coinvolte per interrompere il ciclo di abusi perpetrato nel passato¹⁰⁶, attuando procedure di massima trasparenza disponibili al pubblico per tutti gli aspetti della collezione, pur garantendo l'anonimato, il rispetto e la dignità di coloro che sono stati affidati al museo.

Al fine di supportare la gestione etica delle collezioni è richiesto il meccanismo del controllo istituzionale attraverso un comitato di supervisione anatomica, o comitato di sorveglianza, in grado di fornire supporto ai custodi attraverso molteplici prospettive in grado di evitare i conflitti di interesse e mitigare i pregiudizi. Il rispetto della dignità dei resti è garantito anche attraverso la determinazione della provenienza dei resti umani tramite analisi genetiche o genomiche e la conseguente possibilità di fornire un contesto di origine sufficientemente preciso, di determinare se i tessuti siano stati ottenuti legalmente e di trattare i reperti in linea con le credenze e i valori della persona e della comunità d'origine della stessa.

Determinare la provenienza può rappresentare un'operazione problematica e richiedere un notevole impegno di tempo¹⁰⁷, anche per la presenza di documentazione inaffidabile, incompleta o, nei casi di dubbie modalità di acquisizione, addirittura intenzionalmente occultata¹⁰⁸.

Nel rispetto del principio bioetico di non-maleficenza si dovrebbe individuare il modo migliore per coinvolgere le famiglie, i discendenti¹⁰⁹ o, in alcuni casi, le comunità locali e culturali¹¹⁰. In particolare, bisognerebbe compiere tutti gli sfor-

¹⁰⁶ D.R. SUMNER ET AL., *Racism, structural racism, and the American Association for Anatomy: Initial report from a task force*, in *The Anatomical Record*, 2022, 305, 4, pp. 772-787.

¹⁰⁷ U. LÖTZSCH, C. REDIES, *The anatomical collection at the University of Jena: Reinventing an exhibition of human remains based on ethical considerations*, in *Annals of Anatomy*, 2023, 250, 152139.

¹⁰⁸ E. BAGATUR, *Max Clara: Sweet life in Istanbul with a bitter end 1950-1966 and the search for unethically obtained tissue specimens from his estate in Turkish collections*, in *Annals of Anatomy*, 2022, 239, 151822.

¹⁰⁹ V.E. GIBBON ET AL., *Confronting historical legacies of biological anthropology in South Africa. Restitution, redress and community-centered science: The Sutherland nine*, in *PLoS One*, 18, 2023, 5, e0284785.

¹¹⁰ M. BLAKEY, *Sharing power and voice with descendants*, in *History News*, 74, 2019, 1, pp. 20-23.

zi possibili per determinare l'identità dell'individuo vissuto in particolari contesti di ingiustizie e atrocità storiche come, ad esempio, l'olocausto, il genocidio, la schiavitù¹¹¹, poiché questi resti potrebbero costituire le uniche tracce in grado di consentire la commemorazione di tali esseri umani¹¹². È inoltre richiesta la creazione di registri che documentino tutte le informazioni disponibili relative ai resti, compresi il sesso, eventuali patologie, la regione geografica, l'età della morte, i processi di acquisizione, la fonte (entità che ha trasferito i tessuti nell'istituzione) e le persone coinvolte nell'acquisizione e nel trasferimento, i documenti di consenso informato con i dettagli su cosa è stato specificamente consentito¹¹³, nonché la catalogazione attraverso un sistema che consenta la sicurezza dei dati e la capacità di controllo¹¹⁴. Ove la provenienza dei resti non sia nota o sia parzialmente nota, è fondamentale il supporto del comitato di sorveglianza per determinare la disposizione più opportuna.

In caso di trasferimento ad altre istituzioni, ciascuna di queste dovrebbe conservare i dati della tracciabilità in un registro permanente; anche in caso di trasferimento è esclusa l'opzione della commercializzazione di resti umani.

Ove non fosse possibile procedere con lo stoccaggio, il trasferimento o il rimpatrio, i resti umani dovrebbero essere smaltiti legalmente attraverso la sepoltura, la cremazione e

¹¹¹ S.E. WILLIAMS, A.H. ROSS, *Ethical dilemmas in skeletal collection utilization: Implications of the Black Lives Matter movement on the anatomical and anthropological sciences*, in *The Anatomical Record*, 2022, 305, 4, pp. 860-868.

¹¹² J.A. POLAK, *How to deal with holocaust era human remains: Recommendations arising from a special symposium "Vienna protocol" for when Jewish or possibly-Jewish human remains are discovered*, in *Jewish Book Council*, 45, 2021, 1, pp. 71-83.

¹¹³ L.E. JOHNSON, A. McARTHUR, B. SCHMITT, *Analysis of statements in documents of gift for academic body donation programs in the United States, and recommendations for future practice*, in *Anatomical Sciences Education*, 2023, 16, pp. 391-404.

¹¹⁴ T. CLOSE-KOENIG, *Cataloguing collections: The importance of paper records of Strasbourg's medical school pathological anatomy collection*, in *The fate of anatomical collections*, eds. R. KNOEFF, R. ZWIJNENBERG, Routledge, New York, 2016, pp. 211-230.

altre modalità legalmente accettabili. Ove sia nota la provenienza dei resti, dovrebbe essere tenuta in debito conto l'opinione della comunità poiché alcune culture ritengono inaccettabili specifiche forme di smaltimento, come la cremazione, procedura che comporta la distruzione irreversibile e, nell'impossibilità di contattare i discendenti o le comunità, richiede l'autorizzazione esplicita del comitato di garanzia. Va tenuto presente, infatti, che la distruzione irreversibile ha rappresentato in passato un metodo per eliminare consapevolmente le collezioni di tessuti 'problematici', quali quelle della Germania nazista¹¹⁵, tanto che tale scelta deve essere soppesata attentamente rispetto ad altre modalità di smaltimento ritenute eticamente dignitose.

Accanto alle Raccomandazioni su esposte, vi sono altri importanti documenti emanati dall'*International Council of Museums* (ICOM) che costituiscono delle pietre angolari per i musei e per il loro personale: il Codice Etico per i Musei¹¹⁶ e le Linee Guida per la restituzione dei beni provenienti da musei e collezioni universitarie¹¹⁷.

Il Codice Etico, tradotto in numerose lingue, stabilisce *standard* minimi di pratica professionale e prestazioni; aderendo all'organizzazione, i membri ICOM si impegnano a rispettare tale Codice.

Nel complesso, tutti i principali documenti che abbiamo illustrato rappresentano delle forme di Linee Guida *'in progress'*, in continua evoluzione, cioè, in base all'incessante approfondimento delle considerazioni etiche relative e dovranno essere diffusi e discussi all'interno delle diverse comunità professionali impegnate con le collezioni anatomiche per adottare pratiche etiche appropriate e innalzare gli standard di cura e

¹¹⁵ P. WEINDLING ET AL., *The problematic legacy of victim specimens from the Nazi era: Identifying the persons behind the specimens at the Max Planck Institutes for Brain Research and of Psychiatry*, in *Journal of the History of the Neurosciences*, 32, 2023, 2, pp. 218-239.

¹¹⁶ ICOM, *ICOM Code of Ethics for Museums*, 2017, in <https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/ICOM-code-En-web.pdf>.

¹¹⁷ ICOM, *Guidance for restitution and return of items from university museums and collections*, 2021, in <http://umac.icom.museum/wp-content/uploads/2022/03/UMAC-Guidance-Restitution-2022.pdf>.

gestione. Potrebbero scaturirne nuovi metodi come: lo sviluppo di comitati nazionali che accreditano i detentori delle collezioni per contribuire a garantire la conformità agli *standard* etici, un sistema guidato dagli editori che richieda a tutte le riviste di produrre dichiarazioni etiche sull'uso delle collezioni *legacy*, produzione di rapporti annuali sulla detenzione e sull'utilizzo delle collezioni per garantire trasparenza.

Lo sviluppo delle Linee Guida rappresenta uno sforzo per far avanzare le prospettive contemporanee attorno ad un'appropriate gestione etica delle collezioni anatomiche e per affrontare le numerose e complesse sfide etiche in un panorama sociale e culturale in evoluzione. Riaffermare l'importanza dei principi etici fondamentali in anatomia, in linea con i quadri etici consolidati, garantisce una continuità di valori e principi che possono favorire la creazione nella comunità di un clima di fiducia verso i custodi delle collezioni.

Si segnala, infine, la nascente promozione di dibattiti pubblici da parte dei musei; in Italia, il museo egizio di Torino rappresenta il primo esempio di coinvolgimento dei visitatori, i quali sono invitati a riflettere prima di prendere visione delle spoglie mortali contenute in una delle sale¹¹⁸.

¹¹⁸ In una delle grandi sale del Museo egizio di Torino, compare un pannello che invita a riflettere sull'antico dilemma: è giusto mettere in mostra un corpo umano o stiamo mancando di rispetto? Il problema viene analizzato sotto molti aspetti (culturale, religioso, etico, storico) ed emerge la necessità di creare un dibattito e osservare chi ci ha preceduto con il dovuto riguardo. Nello spazio multimediale il dibattito prosegue con un video esplicativo, che fa il punto sulla complessità del corpo e sui suoi significati. Nel sito del Museo, inoltre, è possibile partecipare ad un sondaggio per investigare l'opinione del proprio pubblico riguardo al tema dell'esposizione dei resti umani in un contesto museale: <https://museoegizio.it/esplora/notizie/lesposizione-dei-resti-umani-nei-musei/>. Una prima analisi dei dati raccolti ha confermato un interesse positivo dei visitatori nei confronti dei reperti umani esposti e anche la stessa modalità di presentazione di tali reperti è stata giudicata positivamente. Il report completo di tale sondaggio è reperibile all'indirizzo: <https://drive.google.com/file/d/1Jq9joWcfqFDZSntxeL1vzvaA52pFPyH/view>. Si segnala, infine, la rivista culturale *AEON* in cui, alla pagina https://aeon.co/essays/do-the-dead-have-a-right-to-keep-their-bodies-out-of-museums?utm_source=Gmi+Mailchimp+INTEGRATION+Prod+List&utm_campaign=d069640b94-EMAIL_CAMPAIGN_2018_07_08_04_14_COPY_17&utm_medium=email&utm_term=0_ff3735a749-d069640b94-56993045, affronta tale tematica affrontan-

6. Restituzione

Molte collezioni anatomiche ereditarie includono resti di persone che facevano parte di popolazioni emarginate e sono viste da alcuni come uno sfruttamento continuo¹¹⁹.

Negli Stati Uniti, le raccolte didattiche nelle principali scuole di medicina erano spesso costituite da un robusto commercio di scheletri umani provenienti dal sud-est asiatico¹²⁰ o da comunità povere locali da parte di chi sfruttava fosse comuni, tombe di poveri e campi di vasa¹²¹ utilizzati come luoghi di sepoltura per persone sconosciute o non reclamate.

Dal 1990, il *Native American Graves Protection and Repatriation Act*¹²² ha richiesto alle istituzioni statunitensi finanziate dal governo federale di mantenere un inventario dei resti umani e degli oggetti funerari nativi americani per facilitarne il ritorno alle rispettive tribù e, poiché la legge comporta ancora alcune lacune, si effettuano consultazioni con le tribù per giungere ad una revisione della legge stessa.

Nel Regno Unito, le due versioni dello *Human Tissue Act*¹²³ hanno sancito il principio del consenso e hanno criminalizzato il furto di DNA, cosicché nel 2011 il Museo di Londra ha re-

do due episodi molto dibattuti che fanno da apripista per infinite repliche fino ai nostri giorni: il primo riguarda il cosiddetto gigante irlandese, ovvero Charles Byrne, un uomo che in vita raggiunse i 231 centimetri; il secondo parte dal ritrovamento di un teschio chiamato 'L'Antico' lungo il fiume Columbia, in America del Nord. Entrambi i corpi furono oggetto di aspre diatribe.

¹¹⁹ C. STANTIS ET AL., *Biological anthropology must reassess museum collections for a more ethical future*, in *Nature Ecology & Evolution*, 2023, 7, pp. 786-789.

¹²⁰ D.G. JONES, *Anatomopatologists' uses of human skeletons: Ethical issues associated with the India bone trade and anonymized archival collections*, in *Anatomical Sciences Education*, 2023, 16, pp. 610-617.

¹²¹ C. DE LA COVA, *Marginalized bodies and the construction of the Robert J. Terry anatomical skeletal collection: A promised land lost*, in *Bioarchaeology of marginalized people*, 2019, pp. 133-155; E.C. HALPERIN, *The poor, the black, and the marginalized as the source of cadavers in United States anatomical education*, in *Clinical Anatomy*, 20, 2007, pp. 489-495.

¹²² 25 U.S.C. 32 - *Native American Graves Protection and Repatriation (NAGPRA)*, 1990.

¹²³ *Human Tissue Act* (2004) e *Human Tissue (Scotland) Act* (2006).

stituito alle loro comunità di origine i resti di oltre 130 isolani dello Stretto di Torres¹²⁴.

In Germania, la provenienza di resti umani provenienti da contesti di ingiustizia può riguardare il periodo dell'occupazione sovietica, così come l'era nazista o i contesti coloniali¹²⁵, pertanto, sulla base di specifiche Raccomandazioni, i resti umani che mostrano tracce di morte violenta o sono di dubbia provenienza, devono essere separati dal resto della collezione e non utilizzati nella ricerca, nell'insegnamento o nelle mostre.

Recentemente, l'attenzione degli attivisti politici e dell'opinione pubblica si è indirizzata verso i contesti coloniali di ingiustizia e, oltre agli oggetti culturali, il *focus* comprende anche resti umani delle collezioni europee.

In Germania, da oltre un decennio i rimpatri di resti umani extraeuropei verso le comunità di origine avvengono spesso come risposta a richieste avanzate molti anni prima¹²⁶.

Il concetto di ingiustizia coloniale è definito attualmente in modo molto ampio e viene applicato a qualsiasi contesto caratterizzato da squilibri di potere coloniale dal 1500 circa in poi.

In Belgio, a partire dalla metà del secolo XIX nacquero collezioni di resti umani che, durante il periodo coloniale, erano stati ottenuti molto spesso in circostanze problematiche. Sulla base di una specifica richiesta di parere, il Comitato Naziona-

¹²⁴ Cfr. *UK returns Torres Strait Islander remains*, in *Australian Geographic*, 11 marzo 2011, www.australiangeographic.com.au/news/2011/03/uk-returns-torres-strait-islander-remains.

¹²⁵ In merito alle Raccomandazioni e Linee Guida tedesche su tali resti umani, si rimanda ai riferimenti in nota 19.

¹²⁶ Per la prima volta nel 2011, e da allora più volte, l'ospedale Charité di Berlino ha restituito ai discendenti che risiedono nell'attuale Namibia ossa di individui vittime del genocidio tedesco dei popoli Ovaherero e Nama tra il 1904 e il 1908 (A. WINKELMANN, *Repatriations of human remains from Germany – 1911 to 2019*, in *Mus. Soc.*, 2020, 18, pp. 40-51). Inoltre, in un progetto di ricerca finanziato dalla Fondazione tedesca *Lost At*, nel corso degli anni 2022 e 2023 sono stati studiati tutti i resti umani di presunta provenienza dall'Africa e dalla Papua Nuova Guinea, dove si trovavano ex colonie tedesche. I risultati del progetto forniranno ora la base per le future decisioni su come gestire questi resti umani e, in vista di ciò, sono stati avviati contatti con le istituzioni ufficiali in Namibia e Papua Nuova Guinea.

le di Bioetica belga ha emanato un documento¹²⁷, in cui indica come non più giustificabile l'esposizione di tali resti nei musei del Belgio e si sofferma sul significato del termine 'restituzione', inteso come 'restituire la proprietà ai suoi legittimi proprietari', da cui deriva che l'appropriazione e il godimento del bene si basa su un atto moralmente riprovevole che rende illegittimo e ingiusto il bene reclamato. La restituzione, quindi, mira a ripristinare il diritto del legittimo proprietario al godimento e a tutte le prerogative inerenti alla proprietà (*usus, fructus, abusus*) con implicito riconoscimento dell'illegittimità del bene finora sostenuto indipendentemente dalla durata e della necessità di un atto di giustizia riparativa, di riequilibrio. Essa, soprattutto stabilisce nuove relazioni culturali basate su un'etica relazionale.

Al significato di restituzione si affianca il concetto di 'rimpatrio' quando sia richiesto dalle autorità del Paese di origine, anche nel rispetto della Risoluzione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni¹²⁸ che, in risposta alle richieste di questi ultimi, si è impegnata a sviluppare, in collaborazione con le popolazioni interessate, meccanismi equi, trasparenti

¹²⁷ BELGIAN ADVISORY COMMITTEE ON BIOETHICS, *Opinion n. 82 of 9 January 2023 on the status of human remains in museum, scientific and private collections*.

¹²⁸ *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni* (2007), art. 11: «1. I popoli indigeni hanno diritto a seguire e rivitalizzare i loro costumi e tradizioni culturali. Ciò comprende il diritto a mantenere, proteggere e sviluppare le manifestazioni passate, presenti e future della loro cultura, quali i siti archeologici e storici ...; 2. Gli Stati dovranno provvedere a un risarcimento per mezzo di meccanismi efficaci – che possono implicarne la restituzione – messi a punto di concerto con i popoli indigeni, per quanto riguarda i beni culturali, intellettuali, religiosi e spirituali che siano stati loro sottratti senza il loro libero, previo e informato consenso oppure in violazione delle loro leggi, tradizioni e costumi»; articolo 12.1: «I popoli indigeni hanno diritto a manifestare, praticare, promuovere e insegnare le loro tradizioni spirituali e religiose, i loro costumi e le loro cerimonie; hanno diritto a preservare e proteggere i loro siti religiosi e culturali e ad avervi accesso in forma riservata; diritto all'uso e al controllo dei loro oggetti cerimoniali; e diritto al rimpatrio delle loro spoglie. 2. Gli Stati devono cercare di consentire l'accesso e/o il rimpatrio degli oggetti cerimoniali e delle spoglie in loro possesso per mezzo di meccanismi giusti, trasparenti ed efficienti stabiliti di concerto con i popoli indigeni in questione».

ed efficaci per l'accesso e il rimpatrio di resti umani, di oggetti cerimoniali e funerari a questi riconducibili e del contenitore in cui sono stati ritrovati a livello nazionale e internazionale. Tale Risoluzione è stata aggiornata nel 2019¹²⁹, sottolineando l'importanza dei partenariati con UNESCO e OMPI (Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale¹³⁰) e nel 2020 sono state emanate le Raccomandazioni per gli esperti in relazione al meccanismo di rimpatrio degli oggetti cerimoniali. In ambito europeo, nel 2018 il Parlamento Europeo ha adottato una Risoluzione¹³¹ che invita l'Unione Europea e i suoi Stati membri ad affrontare la questione dei diritti dei popoli indigeni in cui esprime esplicito sostegno alle richieste di rimpatrio internazionale avanzate da tali popolazioni e all'istituzione di un meccanismo internazionale per combattere la vendita di oggetti indigeni prelevati illegalmente.

Come affermato dal *Comité Consultatif National d'Éthique*, «la storia dimostra che tutti i popoli hanno sempre voluto onorare i propri morti. La richiesta dei popoli [impegnati nella richiesta di restituzione dei resti umani] esprime un'esigenza antropologica presente in tutte le civiltà: la ritualizzazione della morte e la concessione di sepoltura al defunto. Non si tratta solo di riconoscere un diritto di un popolo, ma anche di consentire loro di adempiere ai loro doveri verso i loro morti»¹³².

In Italia, il CNR è stato tra i primi organismi a dedicare attenzione al tema dell'etica della ricerca sul patrimonio cul-

¹²⁹ Risoluzione 42/19 del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, *Human rights and indigenous peoples*, 26 settembre 2019.

¹³⁰ Report (A/HRC/45/35 - 2020)55 del CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE, *Repatriation of ceremonial objects, human remains and intangible cultural heritage under the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, 21 luglio 2020.

¹³¹ *Risoluzione del Parlamento Europeo del 3 luglio 2018 sulla violazione dei diritti dei popoli indigeni nel mondo, compreso l'accaparramento dei terreni*.

¹³² COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale*, Avis N° 111, 7 gennaio 2010.

turale quando, nel 2015, fu istituito un gruppo di lavoro per l'elaborazione del Codice di etica e deontologia per i ricercatori che operano nel campo dei beni e delle attività culturali¹³³. Oggi quest'ultimo rappresenta un potente strumento di orientamento e autoregolazione per ricercatori, consulenti o periti nelle diverse fasi di studio e nei più diversi contesti operativi ambientali e sociali.

Se la provenienza di una collezione anatomica ereditata sembrasse rappresentare individui provenienti da popolazioni emarginate, dovrebbero far parte del processo decisionale le comunità di assistenza che rappresentano gli interessi delle comunità discendenti che, in alcuni casi, possono svolgere un ruolo vitale nelle decisioni sul miglior modo di onorare i resti umani acquisiti in modo non etico¹³⁴. Chi detiene tali raccolte dovrebbe attenersi ad un modello collaborativo¹³⁵ che promuove

¹³³ COMMISSIONE PER L'ETICA E L'INTEGRITÀ NELLA RICERCA DEL CNR, *Codice di etica e deontologia per i ricercatori che operano nel campo dei beni e delle attività culturali*, approvato nel 2016 e rivisto nel 2019. Il Codice, che costituisce il primo codice organico dedicato specificatamente ai ricercatori del settore, è diretto a fornire prescrizioni etiche ai ricercatori nelle seguenti fasi della loro azione: 1) ricerca e raccolta di oggetti, beni e dati, loro descrizione, catalogazione e deposito; 2) gestione di oggetti, beni e dati, compresa la riproduzione di beni culturali, studio del patrimonio e pubblicazione dei risultati; 3) origine di oggetti, beni e dati e ruolo dei ricercatori nella loro conservazione, acquisizione, gestione e cessione; 4) cooperazione internazionale, operazioni di pace, ricerca e protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato potenziale o in atto e in fase post-bellica, nonché nelle zone a rischio. Il CNR continua a promuovere il dibattito sull'argomento attraverso attività di ricerca e seminari nonché di pubblicazione di articoli scientifici, mirate ad approfondire l'argomento e, nel 2019 istituisce un gruppo di lavoro sul trattamento dei resti antropologici di origine umana. Nel 2021 viene fondata la collana *Etica e Patrimonio culturale*, un progetto editoriale e scientifico promosso dalla Commissione per l'Etica e l'Integrità nella Ricerca del CNR e realizzato dal Centro Interdipartimentale omonimo, con la pubblicazione del volume I: *Trattamento e restituzione del Patrimonio culturale. Oggetti, resti umani, conoscenza*, a cura di M. ARIZZA, Edizioni Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 2021.

¹³⁴ V.E. GIBBON, *Confronting historical legacies of biological anthropology in South Africa. Restitution, redress and community-centered science: The Sutherland nine*, in *PLoS One*, 18 2023, 5, e0284785.

¹³⁵ M.L. BLAKEY, *Walking the ancestors home: On the road to an ethical human biology*, in *Anthropology Now*, 14, 2022, 1-2, pp. 1-20; K.A. JOHNSTON, *Community engagement: Exploring a relational approach to consultation and*

va dialoghi equi e trasparenti con i rappresentanti delle comunità o culture discendenti per facilitare il riconoscimento e la comprensione dei valori e delle credenze culturali utili a identificare la più adeguata modalità di gestione etica possibile¹³⁶.

Le regioni geografiche conosciute sono informazioni chiave per determinare la potenziale comunità discendente dei resti umani, soprattutto quando questi ultimi sono stati separati da qualsiasi affinità culturale. Anche se i tessuti non sono accompagnati da documentazione d'archivio che indichi un'area geografica di origine o acquisizione, possono risultare evidenti indizi sui tessuti stessi, come il produttore del contenitore o *tag* o etichette *legacy*. È importante essere consapevoli che, visto che le collezioni di tessuti spesso migrano¹³⁷, l'ubicazione dell'istituzione in cui è attualmente ospitata la collezione potrebbe non essere la comunità di origine¹³⁸.

Le caratteristiche significative riguardano segni e iscrizioni presenti sui tessuti, in grado di fornire informazioni rilevanti per la ricostruzione del percorso seguito, specie in caso di scarsa documentazione associata. Spesso i tessuti umani sono contrassegnati con numeri di raccolta ereditata o di autopsia, etichette di società di fornitura anatomica, nomi di donatori o persino dettagli storici individuali che possono costituire il punto di partenza per un'indagine precisa sulla provenienza del reperto.

Fra le altre componenti in grado riconoscere l'uso pregresso dei tessuti e stabilire una sorta di narrazione vanno citati i segni di insegnamento anatomico, i dispositivi medici, gli im-

collaborative practice in Australia, in *Journal of Promotion Management*, 16, 2010, 1-2, pp. 217-234.

¹³⁶ K. GARDNER-VANDY ET AL., *Relationships first and always: A guide to collaborations with indigenous communities*, in *Bulletin of the American Anthropological Society*, 53, 2021, 4, pp. 1-7.

¹³⁷ L. FELD, *Buried truths: Reconciliation through the repatriation of indigenous human remains and sacred objects*, in *The International Journal of the Inclusive Museum*, 15, 2022, 2, pp. 49-62.

¹³⁸ F. SYSLING, *Not everything that says Java is from Java: Provenance and the fate of physical anthropology collections*, in *The fate of anatomical collections*, eds. R. KNOEFF, R. ZWIJNENBERG, Routledge, Oxford, 2016, pp. 195-210.

pianti e le protesi, ed è raccomandato di registrare accuratamente in termini grafici e topografici per ulteriori possibili indagini future.

In caso di rimpatrio dei resti umani, le relative procedure dipendono dalla comunità coinvolta e dai relativi ordinamenti. Il progetto di politica nazionale sudafricana sul rimpatrio e la restituzione dei tessuti umani e degli oggetti del patrimonio sottolinea che 'le comunità e le famiglie sono i legittimi custodi dei loro resti ancestrali', anche se si trovano in una collezione¹³⁹. Una possibile soluzione in questo caso può essere la custodia condivisa, soprattutto perché i processi di rimpatrio possono essere complessi¹⁴⁰ e solitamente richiedono negoziazioni con la comunità discendente a vari livelli di coinvolgimento di governo. In Australia e in Nuova Zelanda, ad esempio, le agenzie nazionali forniscono orientamenti specifici per garantire rimpatri eticamente e culturalmente appropriati per le comunità indigene¹⁴¹.

Affinché ai resti umani restituiti sia riconosciuta la necessaria dignità e sia garantito il doveroso coinvolgimento delle comunità e dei discendenti dei defunti, si auspicano forme appropriate di commemorazione¹⁴² che possono variare dall'esposizione in musei locali all'inserimento di testi nei materiali istituzionali, fino al sostegno finanziario associato alle indagini sulla provenienza delle collezioni esistenti in commemorazione dei resti non più esistenti.

Bisogna essere anche consapevoli che non tutte le comunità saranno ugualmente pronte a impegnarsi in procedure

¹³⁹ DEPARTMENT OF ARTS & CULTURE, *Draft National Policy on the repatriation and restitution of human remains and heritage objects*, Republic of South Africa, 2019.

¹⁴⁰ S.L. RUBENSTEIN, *Circulation, accumulation, and the power of Shuar shrunken heads*, in *Cultural Anthropology*, 22, 2007, 3, pp. 357-399.

¹⁴¹ Si citano, come esempio, il *Karanga Aotearoa Repatriation Programme* per la Nuova Zelanda (www.tepapa.govt.nz/about/repatriation) e *A Repatriation Handbook* per l'Australia (M. PICKERING, *A repatriation handbook: A guide to repatriating Australian Aboriginal and Torres Strait Islander ancestral remains*, National Museum of Australia Press, Canberra, 2020).

¹⁴² Cfr. *Commemorations and memorials: Exploring the human face of anatomy*, eds. G. ŠTRKALJ, N. PATHER, World Scientific, Singapore, 2017.

di rimpatrio, soprattutto quando le collezioni europee diventeranno proattive; è quindi ancora più opportuno sviluppare progetti di ricerca comuni e coinvolgere fin dall'inizio su un piano di parità i rappresentanti delle comunità e sfruttare le loro competenze anche per deviare, almeno in parte, l'attenzione dai conquistatori coloniali alle vittime con le relative biografie e ai relativi destini individuali.

La comunità internazionale della Bioetica ha affrontato per la prima volta in maniera sistematica tale argomento in una apposita sessione del 33° Forum Europeo dei Comitati Nazionali di Etica (NEC FORUM), tenutosi a Brussels nel maggio 2024¹⁴³. In tale sede, lo *status* e la cura dei resti umani nei musei e nelle collezioni scientifiche e private e la restituzione alle comunità di origine sono stati inquadrati nella prospettiva della giustizia. Promuovere il principio bioetico di giustizia, infatti, significa considerare e riconoscere alcune pratiche strutturalmente ingiuste del passato, in particolare quelle relative al colonialismo europeo, affrontandone l'eredità problematica in un modo che consenta, se non di sanare il dolore e il danno provocati, almeno di ristabilire un equilibrio nel presente.

Si introduce, quindi, il principio della giustizia riparativa in un contesto globale nel quale vengono proiettate le questioni della tutela dei diritti umani e della partecipazione ai processi democratici e decisionali inclusivi e rappresentativi per tutte le comunità coinvolte.

¹⁴³ 33rd NATIONAL ETHICS COUNCILS FORUM (NEC FORUM), *From Past to the Future, How to Foster Justice in a Global World (Brussels, 16-17 May 2024, organised by the Belgian Advisory Committee on Bioethics in collaboration with the European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, Ethics and Research Integrity Sector)*. Nell'*Abstract Book* del NEC FORUM è possibile avere un quadro degli interventi degli autorevoli relatori della sessione *The past: justice and care for human remains* in cui sono stati dibattuti i seguenti quesiti: quali sono le conseguenze nel tempo e nello spazio quando queste collezioni contengono resti umani che appartenevano ad altre società? che tipo di cura meritano i resti umani? come li trasmettiamo alle generazioni future? e come gestiamo il passato coloniale dei Paesi europei? il rimpatrio o la restituzione di tali resti possono aiutare a costruire una giustizia riparatrice e a scrivere una nuova storia comune con i paesi del Sud?

7. Sepoltura

Nella biografia di una persona rientra anche il destino delle spoglie mortali.

La paleontologia insegna che seppellire i morti segna una svolta nell'evoluzione. I primi umani si distinguono dagli animali proprio a causa della pratica della sepoltura. Sappiamo che già l'uomo di Neandertal seppelliva i suoi morti, che l'*homo sapiens* ha edificato una ritualità della sepoltura e che l'*homo sapiens sapiens* ha fatto di tale pratica una religione universale, rendendo il defunto un oggetto di ricordo, di cordoglio, di omaggio. Dare degna sepoltura, celebrare le esequie, accompagnare e testimoniare con un simbolo e soprattutto con un nome, è il modo in cui tutte le culture reagiscono all'annientamento della vita¹⁴⁴.

Un cadavere insepolto e una fossa comune rappresentano un oltraggio alla dignità e alle leggi universali che impongono la pietà nei confronti degli uomini, anche degli sconosciuti. Persino nelle guerre, quando anche queste avevano un proprio codice non scritto, si concedevano tregue per dare degna sepoltura ai caduti¹⁴⁵. Dal modo di seppellire i morti si misura il livello di umanizzazione di una società o di una generazione umana, come affermava già Pericle. E quando la società si deumanizza, compaiono le fosse comuni delle stragi e dei genocidi, le tombe violate dal fanatismo razzista, i corpi abbandonati.

L'importanza della sepoltura è descritta nella storia dell'umanità attraverso pagine immortali di letteratura, dalla mi-

¹⁴⁴ M. MAGGIANI, *Degna sepoltura*, in *Il Secolo XIX*, 24 luglio 2016.

¹⁴⁵ A questo proposito, si cita come esempio, il lavoro dell'agenzia del dipartimento della difesa americana DPAA (*Defense POW/MIA Accounting Agency*) impegnato a localizzare e identificare i soldati dispersi nel corso dei diversi eventi bellici che si sono susseguiti nella storia. Attualmente sono circa 73mila gli statunitensi mai ritrovati di cui, stimano gli esperti, 1.400 caduti in Italia durante la Seconda Guerra Mondiale. Si veda anche www.nationalww2museum.org/war/articles/accounting-unrecovered-service-members-2018-dpaa-and-families-gather.

tologia greca¹⁴⁶ al Romanticismo italiano con il carne *I sepolcri* di Ugo Foscolo¹⁴⁷. La storia di Ettore rappresenta un esempio di umiliazione post-mortale, così come l'uso dei corpi delle vittime naziste da parte degli anatomopatologi tedeschi è stato unanimemente identificato come un'ulteriore violazione della dignità delle vittime.

La storia delle religioni dimostra come anche i resti possono essere oggetto di una venerazione *post-mortem* che parte dalle forme primitive ed etniche dell'antichità e si amplia in quelle universali che venerano i ricordi superstiti della persona e della vita del fondatore¹⁴⁸. Con il progredire del livello religioso, il devoto cessa di attribuire alle reliquie un valore magico, venera le stesse in quanto appartenute a uomini che hanno onorato la divinità, che sono stati esempio da imitare e il cui ricordo vale a suscitare la pietà.

In ambito giuridico, la sepoltura è individuata nel cosiddetto *ius sepulchri*, un istituto di derivazione romanistica tutt'ora accolto nel nostro ordinamento. Esso è disciplinato direttamente dall'art. 824 c.c. e, indirettamente, dall'art. 5 del medesimo codice, poiché, analogamente agli atti di disposizione del proprio corpo, il trasferimento del luogo di sepoltura deve considerarsi quale vero e proprio atto di disposizione della salma

¹⁴⁶ Esempi insuperabili della cultura mondiale sono, tra gli altri, la tragedia di Antigone che sfida il tiranno Creonte per dare degna sepoltura al fratello Polinice e la descrizione nell'Iliade della battaglia tra Achille ed Ettore. Memorabile la descrizione dell'accanimento di Achille sul cadavere del suo nemico e dell'attraversamento notturno degli accampamenti greci da parte del re Priamo che compie il più eclatante gesto di umiliazione solo per riprendere il corpo di suo figlio e darne degna sepoltura. Tutto ciò a testimonianza dell'importanza cruciale della sepoltura nel mondo antico: chi muore insepolto rimane maledetto da Dio e dagli dei.

¹⁴⁷ Insegnamento sublime di come i riti che abbiamo elaborato hanno un profondo significato per noi che restiamo e per le generazioni dopo di noi, che dovranno anch'esse imparare a morire e a seppellire i morti. La sepoltura, quando sia vissuta con consapevolezza e partecipazione, «causa un grande bene a chi la compie: lo porta a riflettere sull'interrogativo della morte; a misurare il proprio limite; a discernere ciò che è essenziale alla vita; a riflettere su cosa sono gli altri per noi» (E. BIANCHI, *La sepoltura dei morti, vita pastorale*, in *L'Osservatorio Romano*, 2016).

¹⁴⁸ Cfr. [www.treccani.it/enciclopedia/reliquie_\(Enciclopedia-Italiana\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/reliquie_(Enciclopedia-Italiana)).

in cui, in assenza della volontà del defunto e a seconda del tipo di sepolcro di cui si discorra (ereditario o familiare), variano le regole di attribuzione del suddetto diritto¹⁴⁹.

Recentemente, una sentenza della X sezione del Tribunale civile di Milano¹⁵⁰ ha riaffermato il fondamentale culto del defunto e i principi fondamentali nella gestione delle spoglie condannando una madre a risarcire la propria figlia per averle impedito di onorare le spoglie del padre. Tale sentenza, in linea con una precedente sentenza della Corte Suprema di Cassazione¹⁵¹ sancisce la violazione del 'diritto secondario di sepolcro', un diritto «di natura personalissima ed intrasmissibile, che spetta a chiunque sia congiunto di una persona, che riposa in un sepolcro, di accedervi e di opporsi ad ogni trasformazione che arrechi pregiudizio al rispetto dovuto a quella spoglia»¹⁵². A differenza del diritto primario al sepolcro di essere seppellito o di seppellire altri in un dato sepolcro, il diritto secondario, piuttosto che nella tutela del godimento o dell'uso di un sepolcro, consiste nella tutela del sentimento del parente verso il defunto. In altre parole, tale diritto «ha a contenuto sentimenti che esaltano l'aspetto spirituale dell'uomo e costituiscono la parte più alta e fondamentale del patrimonio affettivo della comunità, e rappresentano dal punto di

¹⁴⁹ R. GIOVANELLI, *I modi di trasmissione del diritto al sepolcro* (Nota a Consiglio di Stato - Sezione Prima. Parere 15 febbraio 2021, n. 194).

¹⁵⁰ Tribunale di Milano, sez. X, sentenza 3 luglio 2024, n. 6664. Con tale sentenza, il giudice ha condannato una madre che dal 2014 aveva impedito alla figlia di entrare in casa per onorare l'urna funeraria in cui, per vent'anni, aveva fatto credere che fossero conservate le ceneri del padre. Tali ceneri, in realtà, erano state disperse dalla madre all'insaputa della figlia e soprattutto senza che il defunto (cremato) avesse lasciato un espresso consenso alla dispersione delle ceneri. È improbo, per l'arida contabilità giudiziaria peraltro priva di precedenti, monetizzare i danni per «la violazione della fiducia, l'amplificazione del trauma, le aspettative di comportamento morale, il danno alle relazioni familiari e alle memorie condivise, la mancanza di considerazione nei confronti della figlia per i suoi diritti e sentimenti»: sicché il giudice è ricorso a una valutazione equitativa, fissando in 50.000 euro il risarcimento al quale condanna la madre. Tale sentenza, pertanto, non solo risarcisce la figlia per il danno subito, ma riafferma anche principi fondamentali nella gestione delle spoglie dei defunti.

¹⁵¹ Cassazione, sez. III civ., sentenza 10 gennaio 2023, n. 370.

¹⁵² *Ibidem*.

vista giuridico la classe dei sentimenti-valori, qualificati positivamente dal diritto e protetti sia in funzione della loro attuazione sia contro eventuali violazioni»¹⁵³.

L'interesse dei parenti ad avere un luogo per onorare il defunto e quello più generale a che tale luogo non sia trasformato, oltre che espressione della libertà religiosa (art. 19 della Costituzione) «sono inalienabile ed intangibile esplicazione di un diritto della personalità» (art. 2 della Costituzione): «La perdita di questo rito può causare un forte stress emotivo e un senso di perdita»¹⁵⁴ sicché, quando insorgano controversie tra familiari circa l'accesso al sepolcro domestico, il Tribunale deve garantire che tutti i soggetti legittimati possano esercitare il proprio diritto di visita e di culto, e sanzionare chi ne impedisca in tutto o in parte l'esplicazione.

Se tali sentenze evidenziano una rinnovata attenzione per il culto del sepolcro, assistiamo ad una ulteriore, progressiva estensione anche a forme di vita non umane: è sempre più vasta la schiera di proprietari che desiderano seppellire i propri animali d'affezione dando vita a vere e proprie attività imprenditoriali in un nuovo settore. Si moltiplicano norme regionali e comunali atte a individuare aree dedicate alla sepoltura di tutti gli animali di affezione nei pressi dei cimiteri umani e destinate a regolamentare i requisiti strutturali dell'area, le modalità di trattamento delle spoglie, i requisiti degli impianti di cremazione, le esumazioni e le multe per i trasgressori. Mentre i cimiteri per animali d'affezione stanno diventando una realtà in numerose città, alcuni comuni stanno regolamentando anche la possibilità di far riposare insieme per sempre gli animali e i loro padroni, con apposite modifiche al Regolamento per la gestione dei servizi cimiteriali che consentono di collocare l'urna delle ceneri dell'animale all'interno del loculo o nella tomba di famiglia, riconoscendo, di fatto, all'animale lo *status* di membro della famiglia¹⁵⁵. In alcuni Paesi,

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Tribunale di Milano, sez. X, sentenza 3 luglio 2024, n. 6664, cit.

¹⁵⁵ Poiché l'allestimento dei cimiteri per animali di affezione può avvenire anche da parte di privati, va da sé che si sta assistendo a una fioritura di tali attività da parte di società che mettono a disposizione dei proprietari tutti i

come la Colombia, si sta pensando di introdurre la parità del lutto per umani e animali attraverso un congedo di due giorni retribuito¹⁵⁶.

A fronte di queste pratiche di sepoltura per non umani che procedono speditamente senza grossi intralci, dobbiamo registrare non poche difficoltà per la richiesta di sepoltura dei feti umani non nati. In Italia è previsto il seppellimento dei feti superiori alle venti settimane in una zona del cimitero prevista per i bimbi nati morti e per i prodotti del concepimento da parte della struttura sanitaria¹⁵⁷ e, su richiesta dei ge-

servizi (rigorosamente 24 ore su 24), per «aiutare nel difficile momento della separazione». Si segnala, come esempio, quanto illustrato nel sito di una società di servizi funerari per animali (www.ilriposodisnoopy.net/news/cimiteri-per-cani-le-nostre-sedi-per-i-tuoi-bisogni): i servizi offerti riguardano le pratiche burocratiche e logistiche, la cancellazione dall'anagrafe regionale, il prelievo della salma, il trasporto fino al cimitero, la preparazione della salma in una camera mortuaria ('sala del commiato') avvolta in un sudario di cotone bianco, la sepoltura nel solo sudario o in una bara di legno non trattato o la cremazione, la produzione di un video della sepoltura in caso di impedimento alla partecipazione da parte del proprietario. Sono disponibili anche servizi accessori, come il calco della zampetta del peloso, che viene consegnata alla famiglia insieme all'urna con le sue ceneri e l'affissione di manifesti funebri simili a quelli degli umani nel luogo dove viveva l'animale (manifesti contenenti una frase, la foto e il nome dei 'familiarì').

¹⁵⁶ Republica de Colombia, Camara de Rapresentantes, Legislatura 2024-2025, Proyecto De Ley, *Por medio del cual se otorga la licencia remunerada de dos días al trabajador por la muerte de su animal domestico de compañía, de soporte emocional o de aquellos que cumplenla función de asistencia o servicio y se dictan otras disposiciones (Licencia por luto animal)*. Analoga iniziativa sta avvenendo anche in Cile, con la presentazione del progetto di 'Legge Duque' in cui si chiede il riconoscimento di un giorno di permesso lavorativo o scolastico.

¹⁵⁷ Cfr. *Regolamento di Polizia Mortuaria* (art. 7). Sulla base di questo D.P.R., l'allora ministro alla Sanità, Donat Cattin, emanò la circolare telegrafica n. 500/2/4 del 13 marzo 1988, tutt'ora in vigore, in cui si stabiliva la sepoltura di feti anche in assenza di richiesta dei genitori e si ricordava che «lo smaltimento attraverso rete fognante o i rifiuti urbani ordinari costituisce violazione del Regolamento di polizia mortuaria e del Regolamento di igiene», mentre lo «smaltimento attraverso la linea dei rifiuti speciali, seppur legittimo, urta contro i principi dell'etica comune». Il D.P.R. n. 285 del 1990 prevede ugualmente che i feti, definiti «prodotti abortivi», di età gestazionale dalle venti alle ventotto settimane vengano sepolti a cura della struttura ospedaliera; a richiesta dei genitori possono essere raccolti nel cimitero, con la stessa procedura, i resti di «prodotti del concepimento» di età inferiore alle venti

nitori, per i feti inferiori alle venti settimane. Tuttavia, raramente le strutture sanitarie forniscono le informazioni corrette su tali possibilità, nonostante numerose Linee Guida internazionali¹⁵⁸ le ritengano necessarie ai fini di una corretta assistenza. In Italia, SIGO, AOGOI e AGUI hanno recentemente emanato specifiche Raccomandazioni in merito alla cura della natimortalità¹⁵⁹. Risulta impossibile non fare il raffronto tra le due forme di sepoltura su citate: quella invocata unanimemente per gli animali di affezione, considerati ‘membri della famiglia’ e quella per i feti e gli embrioni, definiti dalla norma ‘prodotti del concepimento’ e in grado di suscitare così tanta esecrazione da portare a profondi scontri tra opposte scuole di

settimane. In questo caso la donna o un familiare, a titolo proprio, può raccogliere i resti dei bambini non nati e chiedere all’unità sanitaria locale, entro ventiquattro ore dall’intervento o dal parto, i relativi permessi del trasporto e del seppellimento compilando appositi moduli o, in assenza di tali moduli, formulando la richiesta in carta semplice e in triplice copia. Infine, dovranno accordarsi con i servizi cimiteriali, per l’atto di inumazione. Poiché non tutti i cimiteri dispongono di aree preposte alla sepoltura di feti ed embrioni, la struttura sanitaria dovrebbe disporre di un protocollo comprensivo delle indicazioni circa i cimiteri locali, comunali o provinciali in cui è possibile effettuare la sepoltura/dispersione delle ceneri.

¹⁵⁸ SANDS *Bereavement Support Book*, 2019 (UK); NHS, *The loss of your baby. Information and advice for bereaved parents*, 2015 (UK); B. FERVERS ET AL., *Guideline adaptation: an approach to enhance efficiency in guideline development and improve utilization*, in *BMJ Qual Saf*, 2011, 20, pp. 228-236; A. DARZI ET AL., *A methodological survey identified eight proposed frameworks for the adaptation of health related guidelines*, in *J Clin Epidemiol*, 2017, 86, pp. 3-10; PERINATAL SOCIETY OF AUSTRALIA & NEW ZEALAND, *Clinical Practice Guideline for Care Around Stillbirth and Neonatal Death*, January 2020; SOCIETY OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS OF CANADA (SOGC), GL No. 394, *Stillbirth investigation*, 2020; AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS (ACOG) in collaborazione con SOCIETY FOR MATERNAL-FETAL MEDICINE (SMFM), *Obstetric care consensus #10: Management of stillbirth*, 2020; A.E.P. HEAZELL ET AL., *Stillbirths: economic and psychosocial consequences*, in *The Lancet*, 18 gennaio 2016.

¹⁵⁹ FONDAZIONE CONFALONIERI RAGONESE, su mandato SIGO, AOGOI, AGUI, *Raccomandazioni, Gestione della morte endouterina fetale (MEF). Prenderci cura della natimortalità*, 17 febbraio 2023. Tali Raccomandazioni scaturiscono anche dai dati emersi nella serie di *The Lancet, The ending preventable stillbirth* (2016), secondo cui l’Italia non è in grado di fornire informazioni sulle cause di morte in oltre il 50% dei nati morti tardivi, cioè di quei feti morti dopo le 28 settimane.

pensiero. Lungi dall'affrontare in questa sede una così *vexata questio* filosofica, giuridica e bioetica, gli autori si limitano a segnalare l'evidente paradosso, profondamente ideologico, tra l'attribuzione di differenti *status* e di conseguenti riconoscimenti di dignità tra esseri della specie umana ed animale.

8. *Esposizioni*

Molte collezioni ereditarie hanno una storia di educazione del pubblico e collegamenti diretti a periodi storici, mentre alcune possono anche evocare ricordi o riferimenti a mostre itineranti di curiosità mediche del XIX secolo¹⁶⁰.

Lo scopo di una esposizione anatomica è principalmente didattico ma gli effetti sul grande pubblico non sono facili da prevedere. L'esposizione delle collezioni anatomiche al pubblico, pur avendo un preciso scopo educativo, dovrebbe quindi prendere in considerazione anche tutti i possibili effetti negativi generati dalla visualizzazione e l'uso didattico dovrebbe essere intrapreso solo con il permesso esplicito e specifico di un comitato di sorveglianza per scongiurare il rischio che i tessuti umani diventino oggetto di curiosità morbosa¹⁶¹ o siano utilizzati a scopo di intrattenimento¹⁶².

La gestione di collezioni sensibili richiede indubbiamente uno speciale senso di responsabilità e ciò è particolarmente vero per l'esposizione pubblica di corpi umani e parti del corpo; il visitatore deve essere incoraggiato a rispettare i defunti come soggetti umani che sono individui con la loro biografia personale e hanno diritto alla dignità umana dopo la morte.

Nelle esposizioni con finalità mediche, la patologia viene presentata in modo diverso rispetto a quanto avviene nell'am-

¹⁶⁰ A. MOLD, *Exhibiting Good Health: Public Health Exhibitions in London, 1948-71*, in *Med Hist*, 62, 2018, 1, pp. 1-26.

¹⁶¹ D. ARNETT, S. COTTER, *The bone collectors: A look inside the macabre culture of dealing in human remains*, 2023, in www.bostonglobe.com/2023/07/15/metro/harvardmorgue-body-parts/; R. COLLIER, *Cadaver shows stir controversy*, in *Canadian Medical Association Journal*, 2010, 182, 14, E687-E688.

¹⁶² S.J.M. ALBERTI, E. HALLAM, *Medical museums: Past, present, future*, Royal College of Surgeons of England, 2013

bito clinico, che persegue il fine ultimo di promuovere l'educazione medica e generare piani terapeutici. Nel rapporto medico-paziente, fiducia, riservatezza e rispetto del consenso informato – altro elemento cardine nella relazione terapeutica – sono principi etici fondamentali in vita e dovrebbero estendere il proprio dominio anche *post-mortem*, come si insegna in molte scuole di medicina che salvaguardano fortemente l'identità dei donatori anche nelle esposizioni dei resti umani per scopi didattici¹⁶³.

Tutto ciò che, nell'esposizione dei resti umani, è compromettente, appariscente o puramente decorativo difficilmente si concilia con l'atteso rispetto della dignità del defunto e non contribuisce in alcun modo all'informazione fattuale del pubblico.

Come afferma il Comitato Nazionale di Bioetica del Belgio, «l'esposizione pubblica dei resti umani deve avvenire solo in un contesto scientifico. Ad esempio, le mummie non dovrebbero essere spogliate dei loro involucri e i corpi in buono stato di conservazione non devono essere esposti nudi, anche se fossero stati scoperti in tale stato»¹⁶⁴, poiché il principio del rispetto della dignità vale anche per il defunto e, non dimeno, per i defunti delle collezioni, siano esse istituzionali o private.

Tali considerazioni sono in linea con quelle del *Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la Vie et de la Santé*, secondo il quale è opportuno basarsi anche su «uno dei pilastri dell'argomentazione etica [che] è non volere per gli altri ciò che vogliamo che ci risparmino. Questa “regola d'oro” pone ognuno di fronte alla necessità di chiedersi se accetterebbero la presenza del cadavere di altri in una mostra se non lo volevano per sé o i loro cari»¹⁶⁵.

¹⁶³ A. SALLAM, *The Ethics of Using Human Remains in Medical Exhibitions: A Case Study of the Cushing Center*, in *Yale Journal of Biology and Medicine*, 2019, 92, pp. 765-769.

¹⁶⁴ BELGIAN ADVISORY COMMITTEE ON BIOETHICS, *Opinion no. 82 of 9 January 2023*, cit., 6.4.

¹⁶⁵ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *AVIS n. 111*, cit.

8.1. *Esposizioni di corpi plastinati*

Le recenti mostre di corpi umani e campioni plastinati, ispirate a 'Body Worlds' (*Körperwelten*), di Gunter von Hagens, hanno riscosso un enorme successo di pubblico e, al contempo, suscitato accesi dibattiti sulla eticità delle stesse, provocando reazioni controverse sull'uso del cadavere umano nel nome dell'intrattenimento e dell'istruzione.

Per poter effettuare una corretta valutazione bioetica e giuridica di tali forme di esposizione, è opportuno effettuare una riflessione sulla tecnica della plastinazione.

9. *La tecnica della plastinazione*

La plastinazione è stata inventata e brevettata dall'anatomopatologo tedesco Gunther von Hagens ed è un procedimento per cui i fluidi e l'adipe corporei vengono sostituiti con polimeri di silicone¹⁶⁶.

Il procedimento si articola in cinque fasi: imbalsamazione e dissezione anatomica, disintegrazione e rimozione del grasso corporeo, impregnazione forzata sottovuoto, modellazione della postura e solidificazione:

1. *Imbalsamazione*. Il primo passo del processo consiste nel bloccare i processi degenerativi pompando formalina nel corpo attraverso l'apparato circolatorio, utilizzando una via arteriosa. La formalina permette di bloccare/rallentare i processi degenerativi del cadavere. Perché la tecnica abbia successo, i cadaveri devono essere trattati in una fase in cui i processi ed i meccanismi degenerativi (fenomeni trasformativi) non sia-

¹⁶⁶ von Hagens ha inventato la tecnica della plastinazione nel 1977 e ha ottenuto il brevetto nel 1978. Nel 1993 ha fondato l'Istituto di Plastinazione ad Heidelberg e successivamente, a Dailan, in Cina, e a Bishkek, nel Kirghizistan. Nei primi vent'anni di tali studi, la plastinazione è stata usata per preservare campioni di piccole dimensioni per studi medici, fino a che, negli anni '90, si è giunti alla plastinazioni di corpi interi. La prima mostra con corpi interi plastinati si è svolta in Giappone, nel 1995 e, con il progetto 'Body World', la mostra è stata effettuata in più di cinquanta città del mondo.

no iniziati o la loro insorgenza sia stata fortemente rallentata. È esperienza che il cadavere, in base alla causa del decesso e dello stato clinico/conservativo *ante-mortem*, nonché in base al luogo del decesso (grado di irradiazione, grado di umidità, esposizione ambientale) possa subire le fasi di trasformazione (fenomeni abiotici consecutivi e fenomeni trasformativi) in tempi assolutamente unici. Pertanto, la fase di imbalsamazione deve avvenire in un ambiente *ad hoc*, in tempi rapidi e su un cadavere che non abbia ancora subito fenomeni trasformativi, che cioè sia in una iniziale fase abiotica o che sia stato conservato in ambiente refrigerato immediatamente dopo il momento del decesso, in modo che l'insorgenza e lo sviluppo delle fasi di trasformazione siano stati rallentati il più possibile. Il processo di imbalsamazione in un cadavere in stato trasformativo è molto più complesso, per il collasso dell'apparato circolatorio, così come in un cadavere conservato per molto tempo in ambiente refrigerato: tale dettaglio non è insignificante se si considerano i tempi in cui i cadaveri devono stazionare al fine di essere dichiarati non 'reclamati', ovvero al minimo trenta giorni (anche in Cina) dopo l'accertamento tecnico dell'avvenuto decesso.

2. *Dissezione anatomica.* Attraverso strumenti da dissezione si preparano le strutture anatomiche rimuovendo il tessuto tegumentario, il tessuto connettivo e il tessuto adiposo. La rimozione di tali strutture anatomiche rende il cadavere 'scarnificato', ovvero privo delle fattezze che caratterizzano la persona in vita. Questa sorta di 'depersonalizzazione' rende impossibile il successivo riconoscimento del cadavere, e la conseguente conferma che sia lo stesso individuo durante lo scorrere del tempo... Ciò confuta e smentisce le affermazioni di von Hagens e dei curatori delle mostre in merito alla immortalità dei soggetti plastinati, in quanto ogni cadavere è facilmente sostituibile da un altro cadavere con simile assetto muscolare ed organo specifico, laddove ne venga conservata l'integrità strutturale.

3. *Rimozione dal corpo di grasso e acqua.* L'acqua e i grassi solubili del corpo sono sciolti immergendo il cadavere in un bagno di acetone. Tale processo impone quindi una modifica-

zione strutturale della persona decodificandola per età e genere e rendendola quindi amorfa ed isomorfa. Questo ulteriore passaggio rende irricognoscibile il cadavere rispetto alla persona *ante-mortem*.

4. *Impregnazione forzata*. Questo secondo processo di scambio è il passaggio centrale della plastinazione. Durante l'impregnazione forzata il silicone (o altro polimero analogo) rimpiazza l'acetone. Tali operazioni sono svolte in contenitori sigillati nei quali il silicone è inserito in pressione in modo da penetrare in ogni cellula. Affinché il processo vada a buon fine è necessario che la pressione sia esercitata nelle singole cellule in maniera standardizzata; in realtà, la presenza di numerose variabili tra cui la massa da impregnare e la corretta procedura delle fasi precedenti che ne garantiscono l'efficacia, può vanificare il risultato di tutto il processo. È, quindi, legittimo chiedersi quanti corpi siano realmente utilizzati per ottenere un corpo plastinato... Non è dato sapere, infatti, se il corpo 'donato' sia lo stesso che i visitatori osserveranno per tutta la durata della mostra e per le mostre successive e a cui viene attribuito il carattere dell'immortalità. Al contrario e per assurdo, pregresse patologie e/o caratteristiche anatomiche o strutturali post-iatroge, potrebbero essere utilizzati come 'marchi identificativi' del cadavere stesso e quindi di quel corpo *ante-mortem*. È lecito chiedersi se il processo di plastinazione sia lo stesso rispetto a tutti i corpi che abbiano sofferto o meno delle più disparate patologie o che abbiano subito qualsiasi tipo di intervento chirurgico, o se, molto più verosimilmente, il processo di plastinazione debba essere modificato o risulti vanificato rispetto alle variazioni strutturali (vasi, organi, tessuti) che necessariamente avvengono per quella specifica evoluzione patologica o per quella specifica manipolazione chirurgica.

5. *Posizionamento*. Il corpo è posizionato nell'atteggiamento desiderato e ogni struttura anatomica è fissata con l'aiuto di spaghi, aghi e mollette. Tale meccanismo presuppone che il corpo sia sano, ovvero sia un soggetto privo di patologie organiche o manifestazioni patologiche che possano aver inciso sulla anatomica disposizione degli organi nelle cavità. Ma la

lunga fissazione con spaghi aghi e mollette lascia ipotizzare anche la possibilità di un 'collage' di diversi organi all'interno di un corpo contenitore. In altre parole, è lecito chiedersi se gli organi, strutture, ecc. siano appartenuti ad un solo cadavere, o se il corpo che osserviamo possa rappresentare un 'insieme' di diverse sezioni anatomiche provenienti da diversi cadaveri.

6. *Solidificazione.* Rappresenta il passaggio finale dell'intero processo di plastinazione. Tempi e modi dipendono dal polimero usato: taluni polimeri solidificano per esposizione a gas, altri a radiazioni UV e altri ancora a fonti di calore.

In generale, il processo di plastinazione richiede circa 1500 ore di lavoro e circa un anno per essere completato.

Alla luce di quanto esposto, si comprende come tale tecnica vada oltre il fine della mera conservazione del corpo, come avviene invece nell'imbalsamazione¹⁶⁷ che prevede analogamente la sostituzione dei fluidi corporei con una soluzione conservante a base di formalina, ma che conserva nell'intero le fattezze e le sembianze del cadavere.

Infine, è doveroso evidenziare come l'esposizione dei corpi a diversi agenti per la solidificazione ponga ulteriori problemi fino ad ora ignorati o taciuti sia dagli organizzatori delle mostre sia in letteratura. Si pensi, in particolare, alle modalità di conservazione dei corpi solidificati e alle modalità di trasferimento dei corpi dal centro di plastinazione alle sedi espositive e tra le differenti sedi delle mostre (ricordiamo che sono mostre itineranti). Non è dato sapere infatti se, per garantire lo stato di plastinazione dei corpi, la loro conservazione e

¹⁶⁷ In Italia, il processo di imbalsamazione è normato all'art. 46 del D.P.R. n. 285 del 1990 (*Regolamento di polizia mortuaria*), che afferma che i trattamenti per ottenere l'imbalsamazione del cadavere devono essere eseguiti da medici legalmente abilitati all'esercizio professionale sotto il controllo del coordinatore sanitario della unità sanitaria locale e possono essere iniziati solo dopo che sia trascorso il periodo di osservazione. Per poter essere eseguita su di un cadavere, l'imbalsamazione richiede apposita autorizzazione da parte del sindaco previa presentazione di: a) dichiarazione di un medico incaricato dell'operazione con l'indicazione del procedimento che intende seguire e del luogo e dell'ora previsti; c) distinti certificati del medico curante e del medico necroscopo che escludono il sospetto che la morte sia dovuta a reato.

il loro trasferimento necessitano di un ambiente a temperatura costante (come i corpi liofilizzati) o di un ambiente refrigerato oppure di un ambiente con un grado di irraggiamento costante.

È evidente come i costi di tali processi¹⁶⁸ siano sostenibili solo da poche strutture e che siano necessari elevati guadagni per poter garantire la continuità di tali attività.

Infine, non è dato sapere quali siano le modalità dell'eventuale 'smaltimento' di tali corpi una volta che non possano più essere utilizzati; non si hanno informazioni se sia possibile la loro sepoltura o la loro cremazione, data la presenza di sostanze chimiche.

Si pone, infatti, un nuovo quesito sulla qualificazione di tali corpi, ovvero se possano ancora essere identificati come 'cadaveri' o come 'parti anatomiche non riconoscibili'. La questione non è secondaria, in quanto comporta una serie di ricadute in vari ambiti, compresi quelli certificativi necroscopici, di igiene pubblica, delle autorizzazioni comunali e delle strutture cimiteriali. Nel caso in cui i corpi plastinati fossero considerati 'parti anatomiche non riconoscibili' sarebbero necessarie particolari richieste e modalità di smaltimento, con autorizzazioni sanitarie e comunali e con destinazione finale di inumazione/tumulazione (su richiesta ed a costo dei familiari) o di incenerimento (su richiesta ed a costo dei familiari, o in alternativa con costi comunali). Altresì, i corpi plastinati, in quanto contenenti agenti chimici, dovrebbero essere smaltiti come rifiuti sanitari con 'rischio', e quindi dovrebbero seguire l'*iter* di gestione dello smaltimento dei rifiuti sanitari a 'rischio biologico' o a 'rischio chimico' (come quelli provenienti dai laboratori analisi o di anatomia patologica o dalle attività radiologiche). In tal caso l'eliminazione dei corpi plastinati dovrebbe avvenire in ambiente protetto, in contenitori omologati e secondo procedure di sicurezza *standard*, nonché i cor-

¹⁶⁸ Nella presentazione della mostra 'Real Bodies' di Milano (2016-2017) si indicava l'importo di circa 50mila euro per ogni corpo plastinato (<https://almanacco.cnr.it/articolo/3095/il-corpo-umano-senza-segreti>).

pi dovrebbero essere inviati presso punti di smaltimento vigilati ed autorizzati.

Infine, la presenza di sostanze chimiche porrebbe l'ulteriore problema sulla compatibilità ambientale, poiché l'inumazione o l'incenerimento potrebbe comportare una diffusione nel terreno e nell'ambiente in generale di sostanze inquinanti.

Va da sé che tale incertezza sulla sorte finale dei cadaveri si configura non solo come l'elemento di maggiore criticità etica e bioetica, ma calpesta e annulla il profondo significato culturale, civile e religioso che una degna sepoltura ha rappresentato nel corso della civiltà umana.

10. *Il caso della mostra 'Body Worlds'*

Fin dal suo esordio negli anni '90¹⁶⁹, la mostra *'Body Worlds'* ideata da Gunter von Hagens ha suscitato, e continua a suscitare, reazioni contrastanti per numerosi aspetti che andremo ad analizzare, anche in considerazione del fatto che ha costituito un *primum* in un vuoto normativo ed etico che si sta cercando di colmare.

La ricerca anatomica per comprendere la parte interna del nostro corpo è stata a lungo in tensione con gli ideali estetici e con la sensibilità umana e religiosa riguardo al significato del corpo umano.

I continui appelli a reintegrare le scienze e le discipline umanistiche sembrano vanificati dal lavoro di von Hagens in cui qualche autore ha voluto riconoscere la presenza delle due figure goethiane, il *prosektor* e il *proplastiker*¹⁷⁰: il primo, spinto dalla curiosità scientifica, è disposto anche a distruggere e profanare la forma umana per ottenere la conoscenza; il secondo si oppone a tale mutilazione del corpo fisico, meraviglio-

¹⁶⁹ La prima mostra con corpi interi plastinati è stata organizzata in Giappone, nel 1995 e, nei due anni seguenti, von Hagens ha sviluppato il progetto *'Body Worlds'*.

¹⁷⁰ C.M. MOORE, C. MACKENZIE BROWN, *Gunther von Hagens and Body Worlds Part 1: The Anatomopatolog as Prosektor and Proplastiker*, in *The Anatomical Record (Part B: New Anat.)*, 2004, 276B:8-14.

so anche nella morte e vede la sua arte come imitazione della creatività divina, un primo passo per «ridare vita al rantolo delle ossa morte»¹⁷¹. Secondo questa prospettiva, la mostra di corpi plastinati vorrebbe realizzare in pieno il motto anonimo dell'anatomia («i morti insegnano a vivere») non solo per pochi privilegiati ma per il grande pubblico, attraverso una presentazione non repellente ed estetica. Non solo, ma von Hagens non sarebbe dissimile dagli anatomopatologi dei teatri anatomici della Bologna del '500 che vendevano biglietti d'ingresso al pubblico che osservava la procedura come forma di intrattenimento, oltre a istruire gli studenti di medicina¹⁷². Lo stesso von Hagens, parlando di sé stesso, afferma che, con le sue dissezioni e i suoi corpi plastinati, non persegue solo un fine educativo ma una vera e propria «arte anatomica»¹⁷³ definita «*edutainment*» (dalla fusione dei termini «*educational*» ed «*entertainment*»), offuscando il confine tra obiettivi anatomici ed artistici e realizzando una presentazione anatomica con cui effettua una radicale «inversione dell'arte che rappresenta il corpo in un corpo che rappresenta l'arte»¹⁷⁴. Di più, durante l'aspro scontro con il dr. Jeremy Metters, ispettore britannico di anatomia che minacciò von Hagens di arresto per violazione dell'*Anatomy Act*¹⁷⁵ poiché non aveva una licenza *post-mortem*, quest'ultimo paragonò l'ispettore agli ecclesiastici che si riservavano, nel passato, il diritto di leggere la Bibbia¹⁷⁶. Il corpo, infatti, è paragonato dall'anatomopatologo tedesco ad un testo sacro, con attributi metafisici propri che possono es-

¹⁷¹ J.W. VON GOETHE, *Wilhelm Meister: Apprenticeship and Travels*, trans. by R.O. MOON, G.T. Foulis & Co., London, 1947.

¹⁷² A tal proposito, si segnala che von Hagens ha reintrodotta l'autopsia pubblica, il 20 novembre 2002, sezionando i resti di un maschio anziano davanti ad un pubblico londinese di cinquecento persone per un biglietto di 19 dollari.

¹⁷³ G. VON HAGENS, *Anatomy and Plastination*, in *Prof. Gunther von Hagens' Anatomy Art: Fascination beneath the Surface*, trans. by F. KELLY, Institute for Plastination, Heidelberg, 2000, pp. 11-38.

¹⁷⁴ J. VAN DIJCK, *Bodyworlds: The Art of Plastinated Cadavers*, in *Configurations: A Journal of Literature, Science, and Technology*, 9, 2001, 1, pp. 99-126.

¹⁷⁵ UNITED KINGDOM, *Anatomy Act* (1984).

¹⁷⁶ *Record Searchlight*, 21 novembre 2022.

sere letti in vari modi in base alle diverse interpretazioni religiose e filosofiche e, inoltre, ogni corpo esposto racconterebbe la sua unicità, esponendo le sue vicissitudini e le anomalie dell'individuo reale: per tale motivo la mostra è presentata come «dedicata al volto individuale interiore»¹⁷⁷.

Infine, l'obiettivo di tale attività sarebbe quello di garantire ai corpi una sorta di eternità, dal momento che, secondo von Hagens, «Quando sostituisco quest'acqua con un polimero permanente come la gomma siliconica, allora non c'è più decadimento. Di sicuro, quegli esemplari si conserveranno più a lungo delle mummie dei faraoni»¹⁷⁸.

Tale anelito di eternità sarebbe la motivazione profonda di coloro che donano i loro corpi per tali mostre, così come avveniva fin dall'antichità con la mummificazione o l'imbalsamazione; inoltre, nelle mani di von Hagens una persona avrebbe anche la prospettiva di ottenere per il proprio corpo la trasformazione in una statua o in un'opera d'arte, valorizzando, così, ulteriormente la propria autostima mentre è ancora in vita¹⁷⁹. Von Hagens diventa, in tale luce, il Prometeo post-moderno che sta già lavorando per realizzare, attraverso un nuovo tipo di plastinato, il 'superuomo' idealizzato del futuro, tanto che dal proprio sito *web*¹⁸⁰ pronuncia appelli per malati terminali affinché acconsentano a filmare la propria morte e donino il proprio corpo per la plastinazione e la ricostruzione di un 'su-

¹⁷⁷ G. VON HAGENS, *Aim of the Exhibition*, in 'Body Worlds'.

¹⁷⁸ National Public Radio, *All Things Considered*, 2001, No. 8, *Body Art*, April 30 (transcript by Burrelle's Information Services. Livingston, New Jersey). Secondo la prospettiva di Moore e Mackenzie Brown, «La moderna ricerca della plastinazione non sembra in un certo senso molto lontana nello spirito da quella antica preghiera funeraria egiziana a Osiride, che attraversa il processo di imbalsamazione: "non marcirò, non marcirò, io non putrefarò, non mi trasformerò in vermi e non vedrò la corruzione": C.M. MOORE, C. MACKENZIE BROWN, *Gunther von Hagens and Body Worlds Part 2: The Anatomopatholog as Priest and Prophet*, in *The Anatomical Record (Part B: New Anat.)*, 2004, 277B:14–20.

¹⁷⁹ J. VAN DIJCK, *Bodyworlds: The Art of Plastinated Cadavers. Configurations*, cit.

¹⁸⁰ Cfr. <https://vonhagens-plastination.com/pages/medical-teaching-specimens/von-hagens-plastination.php/home>.

peruomo', privo di tutti i difetti dovuti all'evoluzione¹⁸¹. Sempre nel proprio sito *web*, nel programma di donazione del corpo, si legge che «Tutti i campioni anatomici provengono da individui che hanno donato i loro corpi con il consenso legale volontario durante la loro vita, per l'istruzione delle generazioni future. Per oltre 30 anni il programma di donazione dei corpi è stato il fondamento etico del nostro lavoro di plastinazione» e, a fronte della donazione totalmente gratuita dei corpi, si legge che «Per garantire che la decisione di donare il proprio corpo all'IfP¹⁸² venga presa con libera volontà, non è prevista alcuna compensazione finanziaria» e si garantisce che «limitiamo rigorosamente la vendita di plastinati di origine umana a "utenti qualificati"»¹⁸³.

Tale lettura dell'attività di von Hagens deriva da una visione dicotomica del corpo umano: da una parte vi è la visione della sacralità del corpo che, in quanto opera di Dio, non appartiene all'uomo, è tempio dello spirito, pertanto, è intoccabile e risorgerà alla fine dei tempi¹⁸⁴; dall'altra parte vi è la visione che riconosce nell'uomo l'unico proprietario del proprio corpo e artefice del proprio destino.

Tuttavia, ridurre il piano della discussione sulla disponibilità dei corpi umani ad una opposta visione laica-religiosa non solo risulta essere frettolosamente riduttivo ma ignora tutti i livelli di riflessione etica, giuridica, culturale e antropologica

¹⁸¹ La creazione del superuomo prevede costole extra (per proteggere gli organi vitali), ginocchia che oscillano all'indietro, un cuore di riserva ed un pene retrattile, con l'obiettivo che ciò che si fa oggi al corpo umano mostra cosa si potrà ottenere in futuro utilizzando l'ingegneria genetica: C. McGOVERN, *The plastinator wants you! well, your body* (Report), in *Canada's Independent Newsmagazine*, 2002.

¹⁸² Institute for Plastination.

¹⁸³ «Gli utenti qualificati sono definiti come istituzioni o individui che utilizzano campioni esclusivamente per scopi di ricerca e didattici o per istruzione medica, diagnostica e terapeutica. Gli utenti qualificati includono università, ospedali, scuole e musei o individui come scienziati medici, professori, docenti e altri che lavorano a progetti di ricerca medica e didattica» (*ibidem*).

¹⁸⁴ D.G. JONES, *The Artificial World of Plastination: A Challenge to Religious Perspectives on the Dead Human Body*, in *The New Bioethics*, 22, 2016, 3, pp. 237-252

che hanno attraversato la storia dell'umanità e che abbiamo cercato di illustrare nei capitoli precedenti.

Pertanto, è doveroso procedere con un'analisi degli elementi che emergono dalla realizzazione di tali mostre e dall'attività di von Hagens.

A differenza delle procedure di imbalsamazione dei corpi per la venerazione religiosa e della mummificazione dei corpi nell'antichità destinati alla vita eterna, il processo di plastinazione, come esposto nel paragrafo *La tecnica della plastinazione*, non garantisce l'immortalità garantita da von Hagens e a cui anelerebbero i donatori, ed è destinato a esibire i corpi come opere d'arte per il pubblico pagante. Il fine ultimo, pertanto, dell'attività di von Hagens, sembra essere quello di ottenere, oltre alla propria fama, un profitto, così come afferma egli stesso nel suo sito *web*. Se non sembra esserci un corrispettivo economico per l'acquisizione dei corpi, vi è invece un dichiarato profitto dalla vendita dei corpi e dei resti plastinati ai cosiddetti 'utenti qualificati', così come per accedere alla mostra è richiesta una tariffa di ingresso gestita da società a scopo di lucro, a palese dimostrazione, pertanto, dello scopo del guadagno finanziario. Ciò implica una violazione delle norme di non commerciabilità del cadavere nei Paesi in cui vi sono tali prescrizioni e, in ogni caso, rappresenta un'inaccettabile violazione etica.

Ma la valutazione più profonda riguarda l'uso del corpo in un contesto 'voyeuristico' quale un'esposizione al fine di intrattenimento, in violazione allo *status* del cadavere, la cui dignità è riconosciuta nelle più disparate culture nel tempo e nello spazio, indipendentemente dalla presenza o meno di una religione di riferimento¹⁸⁵.

Tali considerazioni sono effettuate a prescindere dal consenso informato del donatore, che, secondo quanto dichiarato nel sito dell'IfP, non costituisce un contratto ma una dichiarazione di intenti revocabile in qualsiasi momento¹⁸⁶.

¹⁸⁵ L. BURNS, *Gunther von Hagen's BODY WORLDS: selling beautiful education*, in *Am J Bioeth*, 2007, 7, pp. 12-23.

¹⁸⁶ INSTITUTE FOR PLASTINATION, *Donating your body for plastination*, 2007.

In merito al consenso informato, nella comunità bioetica e giuridica, è aperto il dibattito su quale uso del corpo possa essere considerato legittimato da una donazione corporea confermata. Il donatore dovrebbe avere una conoscenza dettagliata e/o lasciare istruzioni dettagliate su ciò che ritiene opportuno? Sarebbe incluso, ad esempio, l'utilizzo per un progetto artistico? Sarebbe inclusa la dissezione pubblica?

Alcuni autori sostengono che tale uso di un cadavere non sarebbe appropriato anche se il donatore lo avesse espressamente acconsentito¹⁸⁷; lo stesso vale per l'esposizione di cadaveri in pose sessuali, come è avvenuto in alcune edizioni, tanto che un tribunale tedesco ha vietato tale sezione della mostra di Augusta del 2009¹⁸⁸.

Le perplessità biogiuridiche sulla legittimità di tali esibizioni non derivano solo dalla finalità commerciale, ammantata da una veste scientifica, ma anche dagli scopi dichiarati dallo stesso von Hagens sulla ricerca dell'immortalità o dell'esibizione personale da parte dei donatori dopo la morte, che mal si concilia con il fine dichiarato di aiutare gli altri 'attraverso l'istruzione e la ricerca'. Tali finalità egoistiche, secondo alcuni autori, interromperebbero il consueto 'legame tra donazione e altruismo'¹⁸⁹, pur risultando difficile esprimere un giudizio etico sulle motivazioni individuali per la donazione del corpo, poiché queste non possono essere conosciute con certezza.

Probabilmente è più realistico ipotizzare una contrattazione tra diversi interessi personali con l'obiettivo aggiuntivo di trarre vantaggio dalla cooperazione tra le parti (prospettiva etica contrattualista): nel caso in cui le prospettive dei donatori e dei plastinatori si fondano in una visione 'materialistica' di raggiungere con la plastinazione una sorta di 'esisten-

¹⁸⁷ R. BRUCE-CHWATT, *The laundry foetus; Disposal of human remains, the Anatomy Act 1984 and the Human Tissue Act 2004*, in *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 17, 2010, 5, pp. 229-231.

¹⁸⁸ *Opinionen VG Augsburg, Beschluss vom 04.09.2009 - Au 7 S 09.1266*.

¹⁸⁹ D.G. JONES, M.I. WHITAKER, *Anatomy's use of unclaimed bodies: reasons against continued dependence on an ethically dubious practice*, in *Clin Anat*, 25, 2012, 2, pp. 246-254.

za' eterna post-mortale, ciò può essere accettato da taluni in una prospettiva puramente giuridica attraverso un consenso legalmente valido, ma può essere legittimamente messo in discussione da una comunità più ampia che si oppone a tale visione e che invoca il rispetto della dignità del corpo e cerca di raggiungere un consenso per la proibizione di tali mostre. Inoltre, sarebbe quanto mai auspicabile prevedere il coinvolgimento dei parenti del defunto nei casi in cui il corpo sia usato per manifestazioni pubbliche¹⁹⁰.

Tali perplessità etiche sono state valutate dalla Federazione Internazionale delle Associazioni degli Anatomopatologi (IFAA), che ha espresso un dettagliato parere nel 2018¹⁹¹, considerando diversi aspetti, oltre a quello del consenso informato, ritenuto una condizione necessaria ma non sufficiente per l'approvazione etica di tali esposizioni.

Le considerazioni principali di IFAA riguardano i seguenti aspetti:

- *L'acquisizione dei corpi*¹⁹²: il consenso informato deve essere individuale, espresso in vita dal defunto per libera deci-

¹⁹⁰ T.H. CHAMPNEY, *A proposal for a policy on the ethical care and use of cadavers and their tissues*, in *Anat Sci Educ*, 2011, 4, 1, pp. 49-52.

¹⁹¹ FEDERATIVE INTERNATIONAL COMMITTEE FOR ETHICS AND MEDICAL HUMANITIES (FICEM) OF THE INTERNATIONAL FEDERATION OF ASSOCIATIONS OF ANATOMOPATOLOGS (IFAA), *Ethical and Medical Humanities Perspectives on the Public Display of Plastinated Human Bodies*, 2018.

¹⁹² Riprendendo le *Recommendations of good practice for the donation and study of human bodies and tissues for anatomical examination* (2012), cit., l'IFAA ritiene che «l'esposizione di corpi plastinati sia immorale se non vi è un consenso informato individuale del defunto ... Va anche notato che a volte il termine "donazione di corpi" è utilizzato in modo poco chiaro, in relazione alla "donazione" da parte di intere comunità o da parte di istituzioni o aziende. La donazione nel senso delle Raccomandazioni IFAA deve sempre riferirsi a un lascito di un individuo. Tale consenso informato dovrà includere il consenso alla "gamma di usi dei corpi donati" prevista (punto 9b delle Raccomandazioni), vale a dire in questo caso informazioni sulle forme previste di esposizione al pubblico. Per poter dimostrare che tutti gli oggetti esposti si basano su donazioni volontarie di corpi, deve essere possibile in ogni momento risalire da ogni esemplare al relativo donatore individuale (punto 8d delle Raccomandazioni). Le esposizioni che non seguono questo standard di base del consenso informato sono inaccettabili».

sione e documentato per iscritto. Ciò può essere difficile da valutare quando i reperti vengono importati da altri Paesi, spesso lontani, perché i metodi di approvvigionamento possono rimanere oscuri se avvengono al di fuori della legislazione locale del luogo dell'esposizione. Indipendentemente dall'origine geografica degli organismi, la trasparenza in merito alle procedure di approvvigionamento è quindi obbligatoria;

- *l'uso dei corpi umani morti per profitto personale*¹⁹³: il corpo umano non può essere oggetto di commercio;
- *il presunto scopo educativo*¹⁹⁴: a servizio dell'avanzamento della conoscenza e del miglioramento dello stile di vita dei visitatori. In realtà, dal sondaggio citato condotto in Gre-

¹⁹³ «Come stabilito a ragione dalle Raccomandazioni IFAA e da molte leggi in tutto il mondo, il corpo umano morto non dovrebbe essere oggetto di commercio. La commercializzazione deve essere considerata un obiettivo significativo dei venditori se si stabilisce un commercio di corpi o parti del corpo e/o se singole persone o aziende traggono un guadagno finanziario dall'uso di cadaveri per scopi anatomici. Esiste in effetti una linea sfocata tra i programmi di donazione senza scopo di lucro che addebitano tariffe per le loro spese amministrative e di gestione e le organizzazioni a scopo di lucro che chiedono prezzi per corpi o parti del corpo. Tuttavia, la commercializzazione prevale presumibilmente se i guadagni sono alti e non vengono completamente reinvestiti nel programma stesso, ma vanno piuttosto in mani private, o se l'istituzione organizzatrice è un'organizzazione a scopo di lucro per il suo *status* legale, o se i corpi o le parti del corpo vengono direttamente prezzati (piuttosto che compensati per le spese). È anche un segno di commercializzazione se i corpi o le parti del corpo non rimangono sotto la custodia dell'istituzione che accetta la donazione ma vengono passati ad altri (cioè, vengono realmente "venduti") e non tornano alla prima istituzione. Tutte le mostre itineranti di cui siamo a conoscenza prevedono tariffe di ingresso elevate e sono gestite da società a scopo di lucro. Se lo scopo principale di una tale mostra è quindi un guadagno finanziario, deve essere considerata immorale».

¹⁹⁴ «Un argomento importante contro le accuse di commercializzazione è stato quello di dire che l'esposizione di plastinati serve altri scopi, cioè "superiori", rispetto al guadagno commerciale. L'argomento principale a questo riguardo è stato quello di supporre un significativo effetto educativo sui visitatori, sia in termini di una maggiore conoscenza del proprio corpo sia in termini di miglioramento del loro comportamento sanitario. Ad esempio, è stato affermato che i visitatori sono più critici nei confronti del fumo dopo aver visitato la mostra. Un'analisi completa di questa questione non è possibile a questo punto, poiché sarebbero necessarie ulteriori prove».

cia¹⁹⁵ emerge come solo una piccola parte dei visitatori intervistati sia disposto a cambiare il proprio stile di vita, mentre vi è largo consenso sul fatto che l'educazione sanitaria e anatomica possa essere perseguita attraverso metodi alternativi moralmente non controversi, come le tecniche di *imaging*, strumenti multimediali e modelli anatomici;

- *la curiosità morbosa*¹⁹⁶: lo sguardo 'voyeuristico' che potrebbe essere implicito nella visione di un corpo reale può sconfinare nella violazione di ogni rispetto e in una forma di pornografia laddove i corpi vengono esposti in posizioni che riproducono un amplesso;
- *la presunta continuità storica*¹⁹⁷: invocata per giustificare l'attività di von Hagens ma utilizzata in modo selettivo privilegiando solo alcune linee storiche;

¹⁹⁵ A. RAIKOS ET AL., *Human body exhibitions: public opinion of young individuals and contemporary bioethics*, in *Surg Radiol Anat*, 2012, 34, pp. 443-440.

¹⁹⁶ Le Raccomandazioni IFAA (punto 6) affermano che si dovrebbe impedire che si susciti una curiosità morbosa tramite «“immagini o altri artefatti prodotti a partire da donazioni ... divenuti di pubblico dominio”». Strettamente correlata alla questione dello scopo educativo è quindi la questione se lo scopo principale di tali mostre sia semplicemente quello di suscitare una curiosità morbosa, poiché ciò andrebbe contro un contatto rispettoso con i defunti e non sarebbe coperto da una donazione volontaria fatta per scopi scientifici e/o educativi. Senza ulteriori prove, non si può dire se l'enorme successo delle mostre di plastinazione si basi principalmente sulla curiosità o su una curiosità *morbosa*. Sembra plausibile (ma saranno necessarie ulteriori prove) che molti visitatori che vedono campioni anatomici per la prima volta saranno toccati emotivamente a un livello che ostacolerà l'acquisizione di conoscenze anatomiche e mediche. Come fanno gli anatomopatologi, l'acquisizione di tali conoscenze è un processo di “apprendimento a riconoscere schemi” e agli studenti professionisti di anatomia serve una notevole quantità di tempo ed energia per raggiungere una modesta padronanza di questa materia (mesi o anni di studio)».

¹⁹⁷ «Le mostre di von Hagens, in particolare, sono state accompagnate da resoconti storici e immagini che suggeriscono una continuità storica delle esposizioni odierne con dissezioni pubbliche e mostre del Rinascimento europeo e con i Teatri anatomici del XVII e XVIII secolo. L'evocazione di tali connessioni storiche intende giustificare le attività odierne collocando Gunther von Hagens in una continuità storica diretta dal Dr. Tulp di Vesalio e Rembrandt al XXI secolo. Le linee storiche, tuttavia, non sono così dirette come

- *la 'durata di vita' poco chiara di un esemplare plastinato*¹⁹⁸: von Hagens dichiara la durata 'eterna' dei corpi plastinati; in realtà, in alcune mostre sono state segnalati segni di fuoriuscita di liquidi dai corpi talmente evidenti da costringere gli organizzatori alla sostituzione di questi ultimi e indurre i funzionari locali a chiedere il divieto di spettacoli del genere¹⁹⁹;
- *la sepoltura*: non vi è alcuna notizia sul destino dei corpi plastinati e delle loro parti 'di scarto' che si accumulano durante il processo dopo l'utilizzo nelle esposizioni, dal momento che la plastinazione rende difficile la semplice sepoltura e impossibile la cremazione. Pertanto, a differenza di altri programmi di donazione in cui i corpi sono sottoposti a sepoltura o cremazione in linea con la relativa cultura e religione, i corpi plastinati sono potenzialmente destinati allo smaltimento nei rifiuti di plastica, con una evidente

suggerito. Altre linee storiche evidenti sono spesso trascurate, in particolare la somiglianza con le mostre itineranti del XIX secolo di curiosità mediche (tra cui mummie e "mostri" viventi). Inoltre, le dissezioni pubbliche nei teatri anatomici nel XVII e XVIII secolo servivano a scopi diversi da quelli accennati, ad esempio come punizione aggiuntiva per coloro che erano stati giustiziati o come "Memento Mori", in particolare durante il periodo barocco. Inoltre, nel contesto storico tedesco, l'esposizione di pezzi di pelle rimossa con tatuaggi o di un uomo muscoloso che trasporta la propria pelle piegata sul braccio può anche evocare la conservazione e la lavorazione della pelle dei prigionieri dei campi di concentramento assassinati nel periodo del nazionalsocialismo.

Soprattutto, le pratiche storiche da sole non possono essere semplicemente prese per giustificare eticamente le pratiche moderne, perché l'etica moderna si è evoluta. Ad esempio, la considerazione della dignità e dell'autonomia individuale è cambiata rispetto al XVI o XVIII secolo (cfr. lo sviluppo del Codice di Norimberga del 1947 e la Dichiarazione di Helsinki del 1964, ultima revisione del 2013), e le opinioni di diverse società e culture su come vedere l'esposizione dei morti continuano a evolversi. Pertanto, rivendicare la continuità storica può comportare il riferimento a pratiche eticamente dubbie del passato».

¹⁹⁸ «La plastinazione è una tecnica molto efficiente per aggirare il naturale decadimento del corpo umano dopo la morte. Mentre l'esperienza con i plastinati si estende solo su quattro decenni, si può tranquillamente supporre che i corpi conservati tramite plastinazione possano persistere a lungo quanto o anche più a lungo delle mummie egizie».

¹⁹⁹ È quanto segnalato a San Francisco, nello spettacolo di corpi plastinati *'The Universe Within'*.

spersonalizzazione e una cancellazione del loro *status* speciale, a meno che la comunità scientifica ed etica non individui una soluzione definitiva. In tal caso, il consenso alla plastinazione e all'esposizione dovrà comprendere anche informazioni sul destino del corpo²⁰⁰;

- *la privacy dei donatori*²⁰¹: devono essere evitate le esposizioni di corpi che presentano segni identificativi, nel rispetto anche della *privacy* dei parenti;
- *la posa dei corpi umani morti*²⁰²: una caratteristica particolare delle esposizioni in oggetto è la presentazione dei cor-

²⁰⁰ «La domanda sorge quindi spontanea: quale sarà il destino dei corpi plastinati una volta che non saranno più utilizzati? ... Molti dipartimenti di anatomia in tutto il mondo, oltre a organizzare la cremazione e/o la sepoltura, organizzano anche cerimonie commemorative o servizi di ringraziamento per coloro che hanno donato i loro corpi. Di solito non si tengono servizi commemorativi per gli individui deceduti dietro i plastinati esposti, e questa omissione contribuisce alla prospettiva spersonalizzante di tali esposizioni. Ciò riguarda tutte le istituzioni che fanno uso della plastinazione, non solo quelle che organizzano mostre».

²⁰¹ «La *privacy* ha contesti sia legali che etici; qui viene affrontato solo il contesto etico. L'anonimato dei donatori è stata la regola in tutte le esposizioni di plastinati finora. La *privacy* dei donatori è quindi formalmente rispettata. Nelle esposizioni pubbliche, tuttavia, devono essere considerati anche i sentimenti dei parenti e degli amici del defunto. Pertanto, l'esposizione di corpi o parti del corpo dovrebbe essere evitata se potesse consentire l'identificazione individuale, come ad esempio i tatuaggi, un problema che di solito non deve essere preso in considerazione nelle sale di dissezione poiché non sono luoghi pubblici. Come affermano le raccomandazioni IFAA (punto 6), deve essere rispettata anche la *privacy* dei parenti sopravvissuti. Anche senza tali caratteristiche identificative individuali, tuttavia, i parenti devono accettare che i loro cari siano esposti come plastinati, anche se il defunto ha acconsentito? La maggior parte delle leggi in materia di donazione e le raccomandazioni IFAA si concentrano sull'autonomia personale dell'individuo e sul suo diritto di decidere sul destino *post mortem* del proprio corpo. Ciò può includere una decisione contro i desideri dei parenti. Idealmente, tuttavia, i parenti dovrebbero essere inclusi in tali decisioni (vedere il punto 1 delle raccomandazioni IFAA)».

²⁰² «Alcuni di questi plastinati a corpo intero sono ovviamente pensati per trasmettere un'anatomia funzionale, mentre altri alludono a opere d'arte. Ad esempio, un plastinato con "cassetti" di organi alludeva a una figura ben nota di Salvador Dalí. Si può sostenere che l'effetto educativo di tali plastinati in posa per quanto riguarda l'anatomia funzionale è piuttosto limitato. Vedere il cervello e il midollo spinale di un "giocatore di scacchi" non informa l'osservatore sulle effettive funzioni del sistema nervoso mentre gioca a scacchi. Il

- pi in pose ‘simili alla vita’ (ad esempio, il gioco a scacchi o a carte, o la corsa o altre pratiche sportive) senza altra finalità che quella spettacolare. Determinate ‘animazioni’ *post-mortem*, ad esempio il corpo plastinato di una donna incinta o plastinati in pose erotiche, fino alla simulazione di un eterno rapporto sessuale, sono state considerate da alcuni osservatori altamente offensive perché più voyeuristiche che educative. Infine, l’aspetto artistico della posa dei plastinati è molto controverso. Questo tipo di ‘arte’ è in realtà lontano dall’arte contemporanea (che ha avuto approcci molto diversi al corpo umano negli ultimi decenni). Piuttosto che di arte si tratterebbe di *design* basato su ‘materiale’ organico, o di *riproduzione* o citazione di opere d’arte classiche (come nel caso dell’uomo disegnatore) che sfrutta un ‘materiale’ molto speciale. Entrambi tali approcci riducono, quindi, il cadavere a oggetto mettendo in discussione la dignità del defunto;
- *l’ambiguità dei plastinati*²⁰³: pur nell’ambiguità di vero/falso, da un punto di vista etico è doveroso sottolineare che i plastinati hanno origine e continuano a essere parte del donatore, cioè di una persona. In questo senso, l’ambiguità tra corpo e persona porta a scotomizzare la dignità della persona che ha dato origine al plastinato;

plastinato di un “corridore” con muscoli individuali che puntano lontano dal corpo come linee di flusso è stato criticato perché la funzione dei muscoli dipende dai loro attacchi su entrambe le estremità. Qual è, allora, la funzione di queste pose? Sono certamente accattivanti, poiché il visitatore riconosce immediatamente una figura umana che, come suggeriscono i suoi sensi, deve essere viva, ma si rivela morta. Questi plastinati sono cadaveri *animati* in un modo molto strano...».

²⁰³ «I corpi in posa plastinati sono una strana combinazione di opposti difficili da combinare nel mondo vivente. Trasgrediscono categorie che ci sono familiari e che quindi ci aiutano a dare un senso al mondo. Ciò include combinazioni di: interno/esterno, reale/finto, morto/vivo, corpo/persona, sé/altro. Il plastinato a corpo intero è altamente ambiguo, il che potrebbe spiegare perché può essere così affascinante, ma anche sconcertante allo stesso tempo. Il processo di plastinazione crea una nuova forma e preserva quella vecchia e, di conseguenza, viene creata un’ambiguità di forma che ha generato molte discussioni su come tali oggetti dovrebbero essere classificati, trattati e regolamentati».

- *la prospettiva de-umanizzante/de-personalizzante*²⁰⁴: i resti umani, lungi dall'essere intesi nel loro *status* speciale, diventano i 'plastinati', nella più totale forma di de-umanizzazione. Risulta evidente che i corpi donati diventano materia prima plasmabile per qualsiasi volontà artistica e la natura umana e il lavoro svolto in vita vengono sostituiti dalla creatività 'plastica' ed estetica all'origine di una mostra d'arte in cui le etichette con firma artistica prendono il posto del necrologio e delle incisioni sulle lapidi, mentre la data di creazione del 'plastinato' sostituisce la data di morte. L'individualità che nasce dalla storia della vita, dal nome e dal contesto familiare viene smaterializzata in una posa generica che potrebbe non caratterizzare lo stile di vita del donatore o risultare addirittura contraria ai suoi valori morali²⁰⁵.

10.1. *La questione (irrisolta) della provenienza dei corpi*

Il progetto delle mostre di corpi plastinati (*'Body Worlds'*, *'Bodies Revealed'*, *'Our Body: The Universe Within'*) si realizza in *tournée* mondiali che, dal loro esordio, sono state oggetto di controversie etiche e giuridiche tali da essere stata ban-

²⁰⁴ «L'esposizione di plastinati insegna ai visitatori una "visione anatomica" del loro corpo, ma la visione così insegnata è un modello limitato, piuttosto ottocentesco, di un corpo materiale "meccanico". Naturalmente, la comprensione strutturale e meccanica del corpo umano è stata un obiettivo storico principale della ricerca e dell'insegnamento anatomico. Tuttavia, è stato sostenuto più di recente che l'anatomia come disciplina si è ora evoluta in una disciplina che prende il corpo in anatomia non solo come un pezzo di materiale ma anche come una persona (morta), riumanizzando così il cadavere. Questa nuova prospettiva è ad esempio espressa da servizi commemorativi o altre cerimonie che circondano i corsi di dissezione. È anche espressa parlando di "donatori", "mentori" o "insegnanti" piuttosto che di cadaveri. È vista come parte di un'educazione alla professionalità. Questa visione sembra molto diversa dalla prospettiva che le esposizioni di plastinazione di solito implicano, una prospettiva che può essere descritta come disumanizzante o depersonalizzante, dove i resti mortali sono chiamati semplicemente "plastinati"».

²⁰⁵ P. KUPPERS, *Vision of anatomy: exhibitions and dense bodies, Differences*, 2004, 15, pp. 123-156.

dite in alcuni Paesi²⁰⁶. La questione più eclatante, e tuttora irrisolta, riguarda la provenienza dei corpi esposti. A lanciare l'allarme nel contesto scientifico internazionale è stato un editoriale comparso sul prestigioso giornale *The Lancet*²⁰⁷ nel 2010, ossia subito dopo l'esposizione di *Real Bodies* a Birmingham, nel Regno Unito. Nell'articolo si riporta la causa intentata nel 2008 dall'Ufficio del procuratore generale dello Stato di New York (USA) per ottenere la documentazione sull'origine dei corpi. La società organizzatrice, *Premier Exhibitions*, aveva mostrato un *disclaimer* (dichiarazione di non responsabilità) in cui si affermava che i resti erano quelli di cittadini o residenti cinesi, originariamente ricevuti dall'Ufficio di Polizia cinese che, a sua volta, potrebbe averli ricevuti dalle carceri nazionali e che la società non aveva potuto verificare in modo indipendente che i resti non appartenessero ai prigionieri cinesi. Tali informazioni non erano presenti in alcun modo nella mostra di Birmingham. L'importazione nel Regno Unito era stata possibile utilizzando lo spiraglio aperto dallo *Human Tissue Act* del 2004, che regola la conservazione e l'uso di corpi, organi e tessuti umani in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord, ma non richiede la prova del consenso informato per i tessuti importati. L'Autorità per i tessuti umani inglese aveva accettato l'origine dei tessuti della mostra sulla base di una dichiarazione giurata (*affidavit*) e aveva concesso il permesso per l'esposizione al pubblico. Una dichiarazione sul sito *web* della mostra affermava che, sebbene i fornitori di *Premier Exhibitions* certificassero che tutte le persone erano morte per cause naturali e le loro spoglie erano state donate con il permesso del defunto o dei parenti prossimi per uso educativo, la società non poteva verificare in modo indipendente le origini della mostra. In seguito a tale vicenda, un gruppo di medici inglesi organizzò una petizione *online* per chiedere che le norme sul consenso siano estese anche ai tessuti importati ed esportati, per chiudere la falla dell'*Human Tissue Act* e ga-

²⁰⁶ La mostra è stata bandita in Venezuela, in Israele, in Francia e in Venezuela.

²⁰⁷ Cfr. *Bodies revealed, but whose?*, in *The Lancet*, 375, 9715, 20-26 febbraio 2010, p. 612.

rantire che tutti i resti esposti al pubblico fossero donati con il consenso del defunto²⁰⁸.

La preoccupazione etica dell'origine dei corpi, tanto cruciale quanto ancora poco nota ai più, è alla base di continue indagini da parte di istituzioni e denunce da parte degli attivisti dei diritti umani, da cui emergerebbero prove a sostegno dell'idea che i corpi e gli organi esposti provengano anche da prigionieri uccisi in Cina²⁰⁹.

Lo stesso Roy Glover, *chief medical director* di *Premier Exhibition*, ha dichiarato che le 'Esposizioni' sono state ottenute dai laboratori di plastinazione della *Dalian Medical University* di Dalian (Cina)²¹⁰, specificando il carattere di 'non re-

²⁰⁸ Tale petizione, ideata dal dr. David Nicholl è stata appoggiata dalla rivista *The Lancet*. Il giornale ha inoltre sollevato grossi dubbi di eticità anche sulle modalità di esposizione dei corpi che, pur in presenza di un consenso, non possono essere esposti in situazioni che riproducono *cocktail party* e banchetti: il biglietto di ingresso denominato pacchetto 'festa' per il periodo natalizio, includeva, infatti, vino caldo, arrosto di maiale e consumazione al bar al prezzo di 55 €.

²⁰⁹ Si segnala, tra le altre, l'iniziativa di un gruppo di avvocati, accademici e attivisti per i diritti umani australiani che hanno chiesto al governo federale di chiudere 'Real Bodies' di Sydney, in seguito alle accuse secondo cui al suo interno sarebbero esposti i corpi di prigionieri politici cinesi giustiziati. Analogamente, Susie Hughes, direttrice esecutiva della Coalizione internazionale per porre fine all'abuso dei trapianti in Cina (Etac), ha messo in dubbio la possibilità che i corpi siano stati ottenuti in modo etico. In una lettera aperta in cui chiedeva ai politici di chiudere la mostra, Etac affermava che «Si tratta per lo più di giovani maschi esposti, molto diversi dai corpi donati più anziani utilizzati per insegnare anatomia nelle scuole di medicina australiane» e che ci sono «prove credibili che questi siano i corpi di prigionieri giustiziati e prigionieri di coscienza provenienti dalla Cina. ... Utilizzare organi e tessuti umani senza consenso per profitto finanziario è l'antitesi della pratica etica e legale. ... Tale condotta di traffico di organi e turismo di organi è una grave violazione del diritto internazionale dei diritti umani e l'Australia non dovrebbe avervi parte. ... Nessuna motivazione di profitto o sensibilità politica potrebbe mai giustificare una violazione così grossolana e indegna dei diritti umani». Si veda: www.theguardian.com/australia-news/2018/apr/25/call-to-shut-real-bodies-exhibition-over-fears-it-uses-executed-prisoners.

²¹⁰ A. JACOBS, *Cadaver exhibition raises questions beyond taste* [editor's note appears in *New York Times*, January 7, 2006], in *New York Times*, 18 novembre 2005. Glover ha giustificato la decisione di collaborare con la scuola di medicina cinese con la motivazione che in Cina lavorano «the best disectors in the world». Tali affermazioni hanno suscitato l'opposizione di molti

clamato' di quei corpi, come di tanti altri utilizzati per scopi educativi negli Stati Uniti²¹¹. Va da sé che, se resta un elemento di criticità etica per scopi scientifici ed educativi, l'uso di corpi non reclamati diventa inaccettabile per i fini commerciali ed esibizionistici che contraddistinguono le mostre di cui sopra²¹².

A tale proposito, sottolineiamo il fatto che i corpi non reclamati avrebbero potuto essere acquistati da von Hagens, plastinati ed esposti a fini di lucro nelle mostre o addirittura venduti a quanti lo stesso imprenditore definisce nel suo sito 'utenti qualificati'.

Oltre alla Cina, anche la Russia è risultata fra i Paesi fornitori di cadaveri per la plastinazione fino al momento in cui tale canale di approvvigionamento si sarebbe interrotto a seguito degli scandali relativi al traffico di cadaveri in Russia e nella Repubblica del Kirghizistan²¹³.

anatomopatologi che hanno contestato erronee descrizioni dei sistemi corporei e hanno paventato il rischio che il carattere commerciale di tali mostre siano controproducenti per la donazione dei corpi e il progresso della scienza in ambito accademico (*Exhibits promote human remains as... art*, in *Talk of the Nation, National Public Radio*, 24 marzo 2006).

²¹¹ N. ULABY, *Origins of exhibited cadavers questioned*, Heard on *All Things Considered, National Public Radio*, 11 agosto 2006. Tali affermazioni di Glover risultano in contrasto con quelle di von Hagens che ha più volte dichiarato di non usare mai per le mostre pubbliche corpi non reclamati, prigionieri, corpi di istituti psichiatrici e prigionieri giustiziati.

²¹² Negli Stati Uniti, il Codice dei regolamenti federali definisce chiaramente la ricerca come «indagine sistematica, che comprende lo sviluppo, la sperimentazione e la valutazione della ricerca, progettata per sviluppare o contribuire a una conoscenza generalizzabile» (*Code of Federal Regulations*, 2024. Title 45, Part 46). Questa definizione, pertanto, esula dall'ambito della 'missione educativa' indicata da Glover. Inoltre, *Premier Exhibitions* potrebbe operare in base a un contratto di locazione o di scambio che precede la moratoria, nel qual caso, i nuovi regolamenti potrebbero non essere legalmente applicabili alle sue mostre (si veda L.M. TANASSI, *Plasti-nation, Am J Public Health*, 97, 2007, 11, pp. 1998-2000).

²¹³ Si veda N. ULABY, *Origins of Exhibited Cadavers Questioned*, in *NPR Science*, 11 agosto 2006. Secondo tale fonte, nel 2001 gli ufficiali doganali avrebbero intercettato cinquantasei corpi e centinaia di campioni cerebrali inviati dalla *Novosibirsk Medical Academy* al laboratorio di von Hagens a Heidelberg, in Germania. I cadaveri sono stati ricondotti a un medico legale russo che nel 2005 è stato condannato per aver venduto illegalmente i corpi di

La Cina, pertanto, resterebbe il Paese privilegiato in tal senso anche per la facilitazione offerta dalle norme sull'utilizzo di corpi non rivendicati: secondo la Legge di Procedura Criminale cinese, se la famiglia del criminale non rivendica il corpo dopo una data specifica, la Corte Popolare può avvisare le organizzazioni competenti perché prelevino il corpo o i resti²¹⁴.

senz'altro, prigionieri e pazienti indigenti degli ospedali. von Hagens non è stato accusato di alcun illecito e afferma che i suoi cadaveri sono stati ottenuti solo attraverso canali legali ed etici appropriati. Tuttavia, non risulterebbero chiare tracce cartacee dai donatori volontari in relazione ai loro corpi esposti. Le persone che donano i loro corpi a von Hagens inviano moduli di consenso al suo *Institute for Plastination* e pagano per far trasportare i loro corpi in una struttura di plastinazione dove i loro moduli di donazione e i certificati di morte vengono controllati. Questa documentazione viene poi separata dai corpi, che possono essere utilizzati per esposizioni o venduti a pezzi alle scuole di medicina. Nessuno lo saprà per certo, perché ogni cadavere plastinato viene reso anonimo per proteggerne la *privacy*. Nel medesimo articolo, si dà notizia che Hans Martin Sass, professore di filosofia specializzato in etica, è stato assunto dal *California Science Center* per indagare su 'Body Worlds' prima del debutto della serie negli Stati Uniti nel 2004: Sass ha abbinato oltre 200 moduli di donazione a certificati di morte, ma non ha abbinato la documentazione a corpi specifici esposti da von Hagens. Quando 'BODIES... The Exhibition' è stata inaugurata per la prima volta a Tampa, Florida, nel 2005, il Consiglio Anatomico Statale ha richiesto la documentazione che dimostrasse che i cadaveri erano stati ottenuti eticamente. La dottoressa Lynn Romrell, che presiede il Consiglio, afferma di aver ricevuto solo una lettera dal plastinatore cinese della mostra che affermava che lo erano, specificando che nella lettera il plastinatore «Ha dichiarato che nessuno dei materiali proveniva da istituti criminali o da case di malati mentali. Ma solo la sua parola su questo, nessun documento». Analogamente, Il proprietario di 'Body Worlds' afferma che ogni corpo che espone può essere reso conto, ma non è disposto a rendere pubblica una documentazione completa.

²¹⁴ Per comprendere il contesto normativo cinese in tale ambito, bisogna fare riferimento alle due Leggi fondamentali per lo sviluppo della tecnologia dei trapianti: le Regole del Ministero della Salute cinese relative alla dissezione dei cadaveri (1979) e il Regolamento provvisorio sull'uso di cadaveri o organi di criminali condannati (1984). La norma del 1979 consente il prelievo di organi per la ricerca o l'istruzione di corpi non reclamati senza consenso, stabilendo tre tipi di dissezione: dissezione ordinaria, forense e patologica. La dissezione ordinaria è consentita in due tipi di casi: uno in cui il defunto ha così stabilito in un testamento o la famiglia si offre volontaria per la dissezione del cadavere e un secondo in cui nessuno reclama il cadavere. La norma del 1984 consente il prelievo di organi da corpi non reclamati di detenuti senza consenso e stabilisce che possano essere utilizzati i cadaveri o gli organi delle seguenti tre categorie di criminali condannati: 1) i cadaveri non rac-

Tale pratica favorisce la disponibilità dei corpi dei perseguitati di coscienza, tra i quali figurano monaci tibetani e religiosi di ogni confessione che difficilmente verranno reclamati dai familiari, sia perché difficilmente si ha notizia del luogo di detenzione, sia per il timore dei familiari stessi di essere, a loro volta, arrestati.

Tra le vittime più probabili in tal senso sono stati individuati i prigionieri giustiziati praticanti del Falun Gong²¹⁵, movimento spirituale bandito e oggetto di persecuzione in Cina²¹⁶.

colti o quelli che i familiari si rifiutano di raccogliere; 2) quei criminali condannati che si offrono volontari per dare i loro cadaveri o organi alle istituzioni mediche; 3) su approvazione dei familiari. Il Consiglio di Stato cinese nel 2007 ha emanato il Regolamento sul trapianto di organi umani che vieta l'approvvigionamento di organi senza consenso, ma non ha abrogato le due norme precedenti e, per una questione di interpretazione giuridica, il particolare è tipicamente considerato un'eccezione al generale, piuttosto che essere invalidato dal generale.

²¹⁵ Il Falun Gong, noto anche come Falun Dafa, è una disciplina spirituale cinese che prevede la meditazione, semplici esercizi di *qigong* e un insegnamento basato sui principi di verità, compassione e tolleranza.

²¹⁶ Attualmente, le autorità cinesi considerano il non-cristiano Falun Gong, insieme alla Chiesa di Dio Onnipotente, un nuovo movimento religioso cinese di origine cristiana, come la quintessenza degli *xie jiao* ("setta malvagia"). Per approfondimenti sulle persecuzioni verso il Falun Gong e l'utilizzo dei loro cadaveri nell'industria di plastinazione cinese si veda: *World Organization to Investigate the Persecution of Falung Gong*. Secondo il *Congressional-Executive Commission on China (2008 Annual Report)*, da quando il governo cinese ha messo fuori legge il Falun Gong, sono stati arrestati migliaia, probabilmente centinaia di migliaia, di praticanti. Nel 2006, il relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, Manfred Novak, giunse alla conclusione che il 66% di tutti i prigionieri in Cina erano praticanti del Falun Gong (si veda: www.cecc.gov/publications/annual-reports/2008-annual-report). Il *World Report 2014: China* di Human Rights Watch sulla tortura da parte della polizia e sui maltrattamenti dei sospettati ha rivelato che, nonostante la Cina abbia introdotto leggi per limitare la violenza verso i detenuti, la tortura era ancora all'ordine del giorno nelle carceri cinesi, con la polizia che ignorava le norme e i tribunali che ignoravano le norme volte a escludere prove e confessioni ottenute tramite maltrattamenti. In ambito europeo, si segnala la recente *Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2024 sulla continua persecuzione del Falun Gong in Cina, in particolare il caso di Ding Yuande (2024/2504(RSP))* con cui: «1. esorta vivamente la RPC a porre immediatamente fine alla persecuzione dei praticanti del Falun Gong e di altre minoranze, tra cui gli uiguri e i tibetani; chiede il rilascio immediato e in-

A fronte delle rassicurazioni prodotte dagli organizzatori delle mostre e dal professore di anatomia Hong Jin Sui della *Dalian Medical University* sulla provenienza legale dei corpi²¹⁷, nel 2016 è stato presentato il Rapporto *Bloody Harvest*

condizionato di Ding Yuande e di tutti i praticanti del Falun Gong in Cina; 2. chiede alla RPC di porre fine alla sorveglianza, al controllo e alla soppressione della libertà di religione nel paese e a livello transnazionale; esorta la RPC ad ottemperare agli obblighi di rispettare e tutelare i diritti umani che le incombono in virtù del diritto internazionale e della sua Costituzione; 3. invita gli Stati membri dell'UE a sospendere i trattati di estradizione in vigore con la RPC; 4. sottolinea che il rispetto dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto dovrebbero essere al centro delle relazioni dell'UE con la Cina; invita l'UE e i suoi Stati membri a sostenere e a facilitare un'indagine internazionale sulla persecuzione dei praticanti del Falun Gong e a sollevare la questione della persecuzione delle minoranze religiose durante ogni dialogo politico e sui diritti umani con le autorità cinesi; invita gli Stati membri dell'UE e la delegazione dell'UE nella RPC a monitorare i processi; 5. invita l'UE e i suoi Stati membri a condannare pubblicamente gli abusi relativi ai trapianti di organi in Cina e ad applicare il regime globale di sanzioni dell'UE in materia di diritti umani e i regimi di sanzioni nazionali in materia di diritti umani nei confronti di tutti i responsabili e delle entità che hanno contribuito alla persecuzione dei praticanti del Falun Gong in Cina e al di fuori del paese; sottolinea che le misure dell'UE dovrebbero includere il rifiuto del visto, il congelamento dei beni, l'espulsione dai territori dell'UE, il perseguimento dei reati, anche sulla base della giurisdizione extraterritoriale, e l'avvio di azioni penali a livello internazionale; 6. incarica la sua Presidente di trasmettere la presente risoluzione alle istituzioni dell'UE, ai governi e ai parlamenti degli Stati membri nonché al governo e al parlamento della RPC».

²¹⁷ Il prof. Hong Jin Sui ha affermato in una dichiarazione che «i campioni sono stati originariamente ricevuti dall'obitorio della città e poi trasferiti alle università di medicina in Cina e infine sono stati legalmente donati al Dalian Hoffen Bio-technique Laboratory per la conservazione, la dissezione e l'esposizione. La Dalian Hoffen Bio-technique accetta solo campioni donati legalmente, privi di malattie infettive e certificati come morti per cause naturali» (si veda M. PALIN, *Real Bodies: The Exhibition*, *controversy about "disturbing" origins of corpses*, in *News.com.au*, 9 aprile 2018). Nella stessa fonte è riportata la dichiarazione del presidente e amministratore delegato di *Imagine Exhibitions*, Tom Zaller, secondo cui le affermazioni che la mostra avrebbe utilizzato cadaveri umani provenienti da prigionieri politici cinesi morti durante la detenzione erano 'infondate' e 'offensive'. Ma non è stato in grado di fornire alcuna prova delle loro origini. Ha affermato che i corpi provenivano 'assolutamente dalla Cina', ma, al contempo, ha ammesso che non c'era 'nessuna documentazione' per dimostrare la loro identità o dimostrare che avevano accettato in vita di donare i loro cadaveri nella morte.

*the Slaughter*²¹⁸ contenente ulteriori prove a sostegno delle scoperte pubblicate nel 2007 nel primo *Kilgour-Matas Report* sull'espianto di organi dai prigionieri di coscienza in Cina²¹⁹. Il Rapporto è stato presentato nel 2019 durante le udienze dell'*Independent China Tribunal*, che la *International Coalition to End Transplant Abuse in China* (ETAC) aveva incaricato di esaminare le prove e agire collegialmente per determinare quali sarebbero le conseguenze legali nel caso in cui la Cina fosse stata riconosciuta colpevole di crimini internazionali da prelievo forzato di organi umani²²⁰.

Le prove raccolte dagli estensori del *report* sono risultate talmente convincenti e suffragate da testimonianze talmente chiare sul fatto che migliaia di prigionieri di coscienza abbiano subito l'espianto di organi, che la giuria dell'*Independent China Tribunal* ha emesso un giudizio provvisorio contro la Cina e, con un'iniziativa irrituale, il Tribunale di Londra ha anticipato conclusioni provvisorie sull'espianto forzato di organi nella Repubblica Popolare Cinese. È stato infatti accertato «all'unanimità, e oltre ogni ragionevole dubbio, che in Cina siano stati praticati espianti forzati di organi da prigionieri per motivi di coscienza per un periodo considerevole di tempo, coinvolgendo un numero molto consistente di vittime»²²¹.

²¹⁸ D. KILGOUR, E. GUTMANN, D. MATAS, *Bloody Harvest/The Slaughter: An Update*, 22 giugno 2016, in https://endtransplantabuse.org/wp-content/uploads/2017/05/Bloody_Harvest-The_Slaughter-2016-Update-V3-and-Addendum-20170430.pdf.

²¹⁹ D. MATAS, D. KILGOUR, *Bloody Harvest. Revised Report into Allegations of Organ Harvesting of Falun Gong Practitioners in China. An Independent Investigation into Allegations of Organ Harvesting of Falun Gong Practitioners in China*, 31 gennaio 2007, in <https://organharvestinvestigation.net/>.

²²⁰ Per approfondimenti sull'*Independent China Tribunal*, *Independent Tribunal into Forced Organ Harvesting from Prisoners of Conscience in China*, si rimanda al sito <https://chinatribunal.com/>.

²²¹ In merito alla storia degli abusi di trapianti di organi in Cina, si rimanda alle osservazioni preparate da David Matas (avvocato internazionale per i diritti umani e co-fondatore dell'*International Coalition to End Transplant Abuse in China*) per la conferenza del Forum accademico internazionale su arti, *media* e cultura, tenutosi a Kyoto, Giappone, il 20 ottobre 2022, reperibili in <https://endtransplantabuse.org/fit/innovation-and-value-organ-transplant-abuse-in-china-remarks-by-david-matas/>. In tale *report* si fa risalire l'uccisione di massa dei prigionieri di coscienza per il prelievo dei loro or-

Pertanto, sulla base delle ricerche effettuate per produrre i *report* su citati, Kilgour ha screditato le dichiarazioni prodotte degli organizzatori delle mostre, evidenziando anche importanti discrepanze rinvenute nel rapporto sul *Dalian Plastination Body Plant*²²² in rapporto al numero di cadaveri forniti alla scienza e alle cifre relative alle donazioni di corpi in Cina²²³.

L'ambiguità che caratterizza le suddette mostre non riguarda solo l'origine dei corpi ma rappresenta un fattore distintivo anche nelle forme di comunicazione che mescola sia elementi caratteristici delle esposizioni di didattica medica, quali la cura nella ricostruzione anatomica, sia quelli distintivi di un *freak show*²²⁴, puntando decisamente sul sensazionalismo. Dalle locandine dei *freak show* di epoca vittoriana, infatti, le esibizioni attuali derivano l'uso degli aggettivi nei sottotitoli mirati ad attrarre il maggior numero di visitatori²²⁵. Infine, lo scalpore e le polemiche che caratterizzano la messa in scena di tali esibizioni creano il clima di sensazionalismo che costituisce l'essenza di ogni spettacolo.

Alla luce di quanto sin qui esposto e documentato, è ineludibile chiedersi perché tali mostre continuino ad avere l'autorizzazione ad essere ospitate nelle città, in grave ed aperta violazione delle norme giuridiche di rispetto del cadavere e

gani alla collaborazione tra gli ospedali statali e militari e i centri di detenzione e nella più totale assenza di norme, *standard* etici legali o professionali. Da tali affermazioni risulterebbe che simili uccisioni di massa rappresentano un fatto documentabile dagli inizi degli anni 2000 ad oggi, evidente a ciascun ricercatore che abbia esaminato i dati.

²²² Per informazioni sul centro di plastinazione di von Hagens a Dalian si veda <http://chinascope.org/archives/6423>.

²²³ Kilgour, nel su citato *Report* afferma: «Il traffico di cadaveri umani è diventato un business. Gli esemplari plastinati sono quotati e scambiati pubblicamente. ... e la principale fonte di guadagno del professor Hong Jin Sui deriverebbe proprio dalla vendita di cadaveri».

²²⁴ I *freak show* sono spettacoli di esibizioni contenenti rarità biologiche e umane che si svolgevano prevalentemente in Inghilterra e negli Stati Uniti tra il XIX al XX secolo: N. DURBACH, *Spectacle of Deformity: Freak Shows and Modern British Culture*, University of California Press, Oakland, 2009.

²²⁵ Nel sottotitolo *The Original Exhibition of Real Human Bodies*, gli aggettivi '*Original*' e '*Real*' richiamano gli stessi aggettivi ('*Original*' e '*Alive*') utilizzati per i cartelloni dei *freak show*.

della degna sepoltura, dei principi etici che hanno guidato la civiltà umana e dei principi sanciti dalle numerose Linee Guida internazionali sulle esposizioni dei corpi nei musei.

Numerosi sono stati i tentativi da parte di personalità e istituzioni che hanno segnalato l'inammissibilità di tali mostre, ma ben pochi sono riusciti nell'intento di impedire la messa in scena delle stesse.

Tra i nomi più illustri che hanno osteggiato l'esposizione dei corpi plastinati segnaliamo Jon Jackson, della *Grand Forks University of North Dakota School of Medicine* il quale, avvertendo un profondo sentimento di frustrazione per il 'profitto' accumulato dai promotori di mostre nate per rendere popolari e sensazionalistiche le scienze anatomiche, denunciò una grave difficoltà a trovare un argomento convincente a favore della donazione di corpi in un tale contesto. In una sua comunicazione del gennaio 2007, egli spiegò magistralmente che i programmi di donazione di corpi «devono implorare le persone di donare corpi. [Devono] ricordare alle persone che grande dono è e per quali scopi altruistici questo dono viene fatto».

Ancora, Elaine Catz, del *Penn Carnegie Science Center* di Pittsburgh dove *'Bodies...The Exhibition'* è stata inaugurata nell'ottobre 2007, si dimise per protesta dopo undici anni, con un clamoroso *j'accuse*²²⁶.

In Francia, la mostra *'Our body, A corps ouvert'* suscitò la decisa riprovazione di intellettuali e organizzazioni di diritti umani²²⁷ e una immediata presa di posizione da parte del Comitato Francese di Bioetica, che aveva paragonato la mostra a puro voyerurismo che induce a uno sguardo tecnicistico su quei corpi umani che sono stati degli individui. Sulla base dei

²²⁶ Catz ha affermato: «Ci sono molte cosiddette "garanzie" su questa mostra, ma non sono sicura che il Carnegie Institute l'abbia indagata abbastanza ... Fare domande è l'unico modo in cui gli scienziati imparano qualcosa, ma devi verificare le fonti ... Il centro scientifico è disposto ad accettare la risposta che vuole sentire, senza verifica, perché vuole che questa mostra attiri la folla». Si veda: S. KALSON, *China "Bodies" exhibit raises hackles here: Science Center employee quits to protest display of corpses*, in *Pittsburgh Post-Gazette*, 21 giugno 2007.

²²⁷ Nello specifico: *'Ensamble contre la Peine de Morte'* e *'Solidarité Chine'*.

numerosi argomenti addotti, la mostra fu dichiarata illegale dal governo francese che si appellò all'art. 16 del Codice civile nazionale²²⁸ con una sentenza del giudice Raingeard²²⁹. La Corte stabilì che un tale uso di corpi umani può essere autorizzato solo per fini medici e non per scopi legati allo spettacolo e ordinò la confisca dei corpi e la loro sepoltura per il rispetto dovuto verso i defunti.

Anche in Italia, alla notizia che la mostra *'Body Worlds'* sarebbe stata ospitata nel 2013 a Milano, un gruppo di esponenti della società civile, politica, accademica e religiosa rivolse un accorato appello al sindaco Pisapia perché non concedesse l'autorizzazione, manifestando dubbi sul rispetto dei diritti umani per la mancanza di trasparenza sulla provenienza dei corpi e invocando l'approfondimento degli articoli 410 (vilipendio di cadavere) e 413 (uso illegittimo di cadavere) del Codice penale italiano presso l'Avvocatura comunale²³⁰. Tale appello risultò inascoltato e la mostra si tenne nel 2013²³¹ e in edizioni successive a Milano e in altre città italiane.

²²⁸ Codice civile francese, art. 16: «Il rispetto del corpo umano non termina con la morte e le spoglie del deceduto devono essere trattate con rispetto, dignità e decenza».

²²⁹ Si veda AFP, *French court orders ban on Chinese body parts show* del 21 aprile 2009 (doc. *online* 34).

²³⁰ L'appello era firmato da Nando Dalla Chiesa, Fiorello Cortiana, Silvia Giacomoni e da Elisabetta Pellarin.

²³¹ Nella risposta di Palazzo Marini, a firma di Antonio Calbi, direttore del Settore spettacolo della cultura, si garantiva «che i corpi presenti in mostra sono frutto di donazioni spontanee (certificate da atti notarili, come ci precisano i produttori) e non di furti o appropriazioni illecite, né tantomeno provengono da carceri cinesi». Nella stessa lettera si precisava che «Il Comune non ha sostenuto alcun costo per la realizzazione dell'iniziativa ospitandola in Fabbrica del Vapore: in cambio dell'ospitalità, gli organizzatori hanno permesso la realizzazione di un ricco programma di attività costato agli organizzatori circa 200 mila euro». Va segnalato che nel 2012 l'assessore alla cultura del Comune di Milano, Stefano Boeri, aveva impedito l'esposizione della sezione 'il ciclo della maternità', sempre della mostra *'Body Worlds'*, che espone al pubblico cadaveri plastinati di una donna incinta e di feti nei diversi gradi di sviluppo, per non turbare la sensibilità dei milanesi. Affermava Boeri: «Esporre feti è inaccettabile: è offensivo della sensibilità umana. Non è una questione religiosa, ma di rispetto dell'umana pietà, della vita e della morte. In realtà credo che sia offensivo anche l'esposizione di corpi adulti, in posa,

A Bologna, la vigilia dell'esposizione del 2013 registrò una dura presa di posizione da parte della curia che pubblicò alcuni articoli sul supplemento domenicale del quotidiano cattolico *Avvenire*. In tali commenti si attribuiva alla mostra il carattere della pornografia, non tanto e non solo in una prospettiva religiosa, quanto nel contesto della *pietas* che pretende il rispetto del corpo della persona morta e che non può mai essere oggettivato né, tantomeno, diventare oggetto di *divertissement*. In tale prospettiva, le modalità espositive assumevano la caratteristica di una violenza contro il pudore, una forma di voyeurismo, in altre parole, una forma di pornografia²³².

Nonostante i numerosi dubbi, tali esibizioni continuano ad attrarre centinaia di migliaia di visitatori in tutto il Paese e alcuni musei stanno addirittura pensando di aggiungere platinati alle loro collezioni permanenti.

Oggi è quanto mai necessario che la comunità scientifica, bioetica e giuridica definisca con chiarezza se via sia legittimità nell'utilizzare il corpo con i fini e le modalità con cui tali mostre sono allestite, anche alla luce del coinvolgimento massiccio dei giovani e delle scolaresche che sono accompagnate a visitarle dai propri insegnanti, convinti di offrire una ineguagliabile opportunità didattica nel campo anatomico. L'organizzazione della mostra, infatti, contatta gli istituti scolastici delle città che ospitano l'evento proponendo pacchetti convenienti per le classi e presentando l'esposizione come la più avanzata proposta scientifica attualmente disponibile. Va da sé che, senza tutte le corrette informazioni, i visitatori e, in particolare, gli educatori non hanno consapevolezza per valutare l'opportunità della partecipazione. La nostra esperienza di educatori ci insegna che, condividendo tutte le informazioni disponibili e le valutazioni etiche e giuridiche, gli studenti sono in grado di acquisire la consapevolezza necessaria per

che tutti sappiamo essere cadaveri, ma se questo vuole il pubblico ... I bambini, però, non si toccano», in *Corriere di Bologna*, 22 agosto 2013.

²³² A. DALL'ASTA, *La pornografia di quelle persone scarnificate*, in *Bologna sette*, 25 agosto 2013, n. 34; L. GORIUP, "Body worlds", *mostra di corpi senza persona*, in *Bologna sette*, 10 novembre 2013, n. 45.

esercitare la propria autonomia di scelta²³³. Inoltre, sulla base di reazioni psicologiche e malori di visitatori registrati in più esposizioni e dichiarati dagli stessi organizzatori²³⁴, è imprescindibile ottenere, per i minorenni, il consenso dei genitori e degli accompagnatori così come è doveroso avvertire le persone con particolare sensibilità, come gli anziani o coloro che soffrono di malattie inguaribili, che si tratta di corpi reali²³⁵.

La complessità e la profondità del tema fin qui argomentato non possono essere né ignorate né sottovalutate dai decisori chiamati a valutare la possibilità di accogliere o respingere tali spettacoli sulla base di molti, troppi elementi che sovrappongono il fine commerciale.

È opportuno anche considerare che vi è un impegno morale anche dei governi locali nel sostenere fortemente e promuovere i programmi di donazione di corpi ai laboratori di anatomia per scopi didattici e di ricerca²³⁶ mentre tali esposizioni posso-

²³³ A tal proposito, si cita uno studio condotto in Grecia e basato su un sondaggio di cinquecento individui tra i diciotto e i trentacinque anni, al fine di conoscere la loro opinione su tali spettacoli e sulla donazione del corpo per scopi scientifici, da cui emerge che oltre la metà degli intervistati si poneva preoccupazioni morali e molti sottolineavano la violazione della dignità umana, ritenuto valore intrinseco dell'essere umano, pur senza aver avuto informazioni in merito a tale argomento. Non solo, ma parte degli intervistati mostrano preoccupazione per gli effetti della mostra sulla salute mentale dei visitatori: A. RAIKOS ET AL., *Human body exhibitions*, cit.

²³⁴ D. VON LEHN, *The body as interactive display: examining bodies in a public exhibition*, in *Sociol Health Illn*, 2006, 28, pp. 223-251.

²³⁵ Tali soggetti, particolarmente vulnerabili emotivamente, possono essere indelebilmente influenzati a causa di una repulsione o di una analogia con la propria condizione personale, subendo un effetto negativo sulla propria condizione fisica: P. LEIBERICH ET AL., *Body worlds exhibition: visitor attitudes and emotions*, in *Ann Anat*, 2006, 188, pp. 567-573. È opportuno sottolineare come l'educazione all'anatomia normale e patologica richiede una gestione speciale da parte di specialisti che hanno anche l'obbligo di garantire la salute fisica e mentale di chi assiste.

²³⁶ Sull'importanza della donazione anche a scopi scientifici e di ricerca, si segnalano i seguenti documenti bioetici: COMITATO SAMMARINESE DI BIOETICA, *Donazione del corpo o parti di esso a fini terapeutici o scientifici*, 15 febbraio 2016; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione post mortem a fini di studio e di ricerca*, 19 aprile 2013.

no scoraggiare fortemente i donatori di corpi od organi per timore di essere esposti in pubblico plastinati²³⁷.

È, inoltre, responsabilità individuale, istituzionale e disciplinare dei gestori e dei consumatori di prodotti di istruzione e di intrattenimento valutare e negoziare le incertezze etiche delle esposizioni di cadaveri. La domanda alla quale ancora non è stata data una risposta adeguata è sempre la stessa: se le mostre di anatomia sono educative, cosa ci stanno insegnando le esposizioni di corpi plastinati e a quale prezzo lo stanno facendo?

Conclusioni

L'uso dei corpi o parti di essi nelle più svariate forme espositive, da quelle destinate ad uso scientifico ed educativo a quelle più recenti destinate all'intrattenimento spettacolare del pubblico suscitano nuovi ed urgenti interrogativi ai quali il diritto e la bioetica sono chiamati a pronunciarsi.

La storia della medicina insegna come la finalità didattica debba conciliarsi con il rispetto per il cadavere e per la persona che esso è stato, in linea con il profondo significato culturale, filosofico, giuridico ed etico che tale rispetto ha assunto nel corso della storia dell'umanità. Le nuove forme espositive, che travalicano la pura finalità educativa, e le sensibilità dei popoli a cui sono stati sottratti nel corso dei secoli i resti delle persone appartenenti alle loro comunità hanno indotto società scientifiche e istituzioni museali a emanare Linee Guida per il reperimento, l'utilizzo, la conservazione e l'eventuale restituzione delle collezioni di corpi e resti umani.

A fronte di tali autorevoli pronunciamenti, si registra una flebile risposta normativa da parte dei singoli Stati e un'ancor più flebile attenzione da parte degli organismi di bioetica.

²³⁷ D.G. JONES, M.I. WHITAKER, *Engaging with plastination and the body worlds phenomenon: a cultural and intellectual challenge for anatomopatologists*, in *Clin Anat*, 2009, 22, pp. 770-776.

Le forme espositive di corpi plastinati, espressioni di una evidente finalità commerciale, costringono l'intera comunità a dotarsi di regole specifiche che possano arginare il rischio di una deriva culturale e antropologica.

Il processo normativo, tuttavia, può attuarsi con successo solo se frutto di una consapevolezza diffusa di tali problematiche all'interno della società civile e delle istituzioni educative, anche attraverso dibattiti e produzione di letteratura scientifica.

LUISA BORGIA, ROSA MARIA GAUDIO, La dignità del cadavere e dei resti umani nelle esposizioni. Tra diritto e bioetica

La storia della medicina è un processo lungo millenni e costellato da progressi dovuti al disvelamento del funzionamento del corpo umano attraverso l'utilizzo dei cadaveri. Il rispetto per il particolare *status* della persona anche *post-mortem* ha segnato la storia della civiltà attraverso regole non scritte.

Oggi nuove forme di utilizzo dei cadaveri travalicano l'uso terapeutico ed educativo e sconfinano verso forme di spettacolarizzazione con finalità commerciale che necessitano di nuove riflessioni biogiuridiche e pronunciamenti normativi.

Il presente articolo intende affrontare le numerose forme espositive di corpi e resti umani affrontando le problematiche giuridiche e bioetiche per ciascuna di esse.

Parole chiave: esposizioni, collezioni museali, resti umani, platinazione, bioetica, diritto.

LUISA BORGIA, ROSA MARIA GAUDIO, The dignity of the corpse and human remains in exhibitions. Between law and bioethics

The history of medicine is a process that has lasted for millennia and is dotted with progress due to the unveiling of the functioning of the human body through the use of cadavers. Respect for the particular *status* of the person even *post-mortem* has marked the history of civilization through unwritten rules.

Today, new forms of use of cadavers go beyond therapeutic and educational use and border on forms of spectacularization with commercial purposes that require new bio-legal reflections and normative pronouncements.

This article intends to address the numerous forms of exhibition of human bodies and remains by addressing the legal and bioethical issues for each of them.

Key words: exhibitions, museum collections, human remains, platination, bioethics, law.

Barbara Cortese

LA ‘GARANZIA’ NELL’ESPERIENZA ROMANA TRA LE EPOCHE ARCAICA E CLASSICA: IL CASO DELL’EVIZIONE*

SOMMARIO: 1. Perché parlare di garanzia di evizione a proposito di garanzie? – 2. *Praestare: substantia obligationum* e verbo della garanzia. – 3. Le origini della garanzia dall’evizione della cosa venduta: dall’*auctoritas* alla *satisdatio*. – 4. Gli strumenti utili al rafforzamento per la tutela del compratore. *Le stipulationes praetoriae*. – 5. L’evoluzione della garanzia in epoca classica. – 6. La configurazione delle obbligazioni principali dell’*emptio venditio* tramite la concessione dell’*actio*. – 7. L’evoluzione della tutela per l’evizione: da garanzia a tutela *ex contractu*. – 8. Riflessioni conclusive.

1. *Perché parlare di garanzia di evizione a proposito di garanzie?*

La garanzia per l’evizione è fenomeno che esula concettualmente dalle trattazioni sulle figure tradizionali della ‘garanzia personale’ e della ‘garanzia reale’, rappresentate come rapporti giuridici costituiti per rafforzare l’aspettativa del creditore all’adempimento della prestazione indifferentemente dal medesimo debitore o da un terzo.

Tuttavia, con riguardo all’esperienza giuridica romana il ‘campo lungo’ permetterebbe un’inquadatura più nitida del composito ‘scenario’ delle garanzie, più in linea con l’evoluzione pratica dell’*obligatio*’ e con il pensiero scientifico della giurisprudenza romana, sia pontificale sia laica, in cui centrale era essenzialmente il tema della legittima aspettativa creditoria, includendovi altresì fenomeni eterogenei come le garanzie per l’evizione della cosa e per i vizi o le difformità dei beni.

La garanzia, apoditticamente rappresentata come ‘diritto ed accessori preordinati allo scopo di assicurare l’adempimento

* Contributo sottoposto a valutazione.

mento di obbligazioni', in effetti, può considerarsi essenzialmente l'ennesimo prodotto concettuale della dogmatica giuridica moderna; più precisamente, il precipitato dell'elaborazione pandettistica¹ della figura dell'accordo di garanzia (*Garantieverträge*) del neokantiano Stammler², innovato dal carattere dell'autonomia rispetto al rapporto debitorio principale e riorganizzato in forme e tipi definiti, come le garanzie, generali e speciali, personali e reali, principali e sussidiarie³.

Se si intende, invece, isolare dalle sovrastrutture dogmatiche ottocentesche il fenomeno 'garanzia nel diritto romano', è preferibile la via dell'attenzione esclusiva e incondizionata a ciò che ne costituisce il reale sostrato: ovvero il profilo funzionale della garanzia, che sostanzialmente si riassume nel 'dare assicurazioni riguardo ad un impegno proprio o di altri'.

Il De Martino già stigmatizzava con nettezza le ricostruzioni dogmatiche: «Nelle fonti romane non v'è un'elaborazione dommatica del concetto di garanzia. Le nostre moderne discussioni sul concetto di garanzia sono estranee alla giurisprudenza romana, la quale si occupava unicamente, almeno nell'età classica, di costruire i principi più adeguati ai bisogni della vita giuridica»⁴.

E dunque, assumendo tale premessa, si può affermare che l'esperienza giuridica romana ha conosciuto, o, per meglio dire, con il tempo ha prodotto diversi ed eterogenei strumenti diretti al rafforzamento delle obbligazioni, che presentano, tut-

¹ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. II/2. Aufl., Bd. II/1, Erlangen, 1879, § 235, p. 80 ss.; H. DERNEBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1900-1901, II, §118, p. 314.

² R. STAMMLER, *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, p. 1 ss.

³ Così come lo stesso termine 'garanzia' è senz'altro del tutto sconosciuto al mondo romano, dovendo i suoi natali alla lingua germanica (*waren* o *warenen*) il cui significato è sostanzialmente 'difendere'. Da tale radice, nelle lingue francofone di impronta germanica il termine si è evoluto in 'garantie', fino all'anglosassone *'warrenty'* e all'italiano medievale 'guarentigia'.

⁴ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, p. 1. Negli stessi termini B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio: divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garenzie personali*, in *BIDR*, 1962, p. 105 ss.

tavia, in alcuni casi dei legami genetici reciproci tali da condizionare la successiva parabola evolutiva di ciascuno di essi.

Non a caso, è opinione di autorevole dottrina che il generale 'fenomeno obbligatorio' sia sorto proprio in termini di 'garanzia', di 'assicurazione': osserva, infatti, il Betti che «nel designare il debitore come *obligatus* i romani non vogliono esprimere l'idea che si possa da lui conseguire una prestazione, bensì l'idea che egli si trovi nella condizione di star garante al creditore per il caso che non si verifichi un fatto da costui atteso e la delusione dell'aspettativa sia a esso, debitore, imputabile»⁵. Il corso dell'evoluzione storica dell'*obligatio*⁶, in sostanza, prenderebbe le mosse dal fenomeno della garanzia, come fenomeno che supporta un impegno, a prescindere dalla natura di questo, attraverso una 'assicurazione formale'⁷.

E, in effetti, con riguardo alle primordiali origini del 'fenomeno della obbligazione', troviamo i *vades* e i *prades*⁸, ovvero soggetti che si impegnavano per il comportamento di terzi in ambito strettamente processuale: figure che, secondo le ricostruzioni della letteratura specialistica, nel loro assolvere alla funzione di garanzia⁹, avrebbero per l'appunto dato luogo alla

⁵ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 31.

⁶ G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I, *Le garanzie personali*, Torino, A.A. 1933-1934, p. 191 ss.; F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, ora in *SDHI*, 1940, p. 132 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962, p. 72 ss.

⁷ Betti si riferisce alla «fonte primitiva della *obligatio*» come una «prigione redimibile a scopo di garanzia»: E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 109.

⁸ Oltre alla principale letteratura in materia di processo e in materia di garanzie, si veda N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Napoli, 2011, p. 13 ss. e, da ultima, M. DE SIMONE, *Alcuni spunti ricostruttivi sulla storia dei praedes*, in *Iura*, 2023, p. 328 ss., alla quale si rinvia per la sintesi delle principali ricerche sull'istituto della praediatura.

⁹ V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 615 ss. Circa il rapporto fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia cfr. F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', Torino, 1999, *passim*; ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semanti-*

configurazione dell'*obligatio* primitiva¹⁰. Costoro, d'altro canto, in vista di un evento non in loro potere, si offrivano al creditore: erano insomma indiscutibilmente 'garanti'.

In costanza di un'evoluzione generale del fenomeno obbligatorio¹¹, che, secondo la costruzione che qui si condivide, quindi, era in origine, proiettato principalmente sulla funzione dell'etero-garanzia, si svilupparono altresì le forme di garanzia autonome rispetto ai citati *vadimonium* e *praediatu- ra*, la cui funzione era quella di rafforzare un vincolo obbligatorio prima personale, poi anche reale, idoneo a garantire al creditore il proprio diritto. In particolare, tale funzionalità in chiave di garanzia si individua, specificamente nella promessa unilaterale, da cui sarebbe poi derivato un vero e proprio contratto di garanzia, ovvero la *sponsio* nella sua evoluzione laica.

La *sponsio*, infatti, era un prodotto della giurisprudenza pontificale, quale primo e principale strumento per l'assunzione di un vincolo (nella veste di atto solenne di giuramento riservato ai *cives*) come sottolineava il Betti, in qualità di derivato diretto del senso tecnico primitivo di *spondere*, aveva il

ca storica, a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, p. 123 ss. Cfr. altresì V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del V Convegno Internazionale Aristec Salisburgo 13-15 settembre 2001*, a cura di L. VACCA, Torino, 2003, p. 55 ss.; ID., *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2004, p. 54 ss. Di recente, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, I, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, p. 54.

¹⁰ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 135 ss.

¹¹ Il Mitteis ipotizzava un collegamento tra la *sponsio* classica e un'originaria dazione di ostaggi; ne ricava quindi che la *sponsio* intesa come promessa autonoma del debitore fosse sorta solo successivamente da una ulteriore garanzia aggiuntiva che il debitore stesso prestava accanto a quella degli ostaggi: «Angesichts dieser Tatsachen halte ich einen Zusammenhang der historischen Sponsio mit einer alten Geiselstellung für wahrscheinlich. Es läßt sich annehmen, dafs auch das Spondere des Hauptschuldners, welches der historischen Stipulation entspricht, erst aus einem späteren "Hinzubürgen" "Selbstbürgen" des Hauptschuldners neben dem der Geiseln entstanden ist» (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 271).

significato e la funzione non di 'promettere una prestazione'¹², bensì quello di 'assicurare, garantire un evento': «*sponsor* è il garante che si espone»¹³.

In principio, quindi, la *sponsio* «non era promessa del debitore, ma promessa del garante che assicurando un evento e mettendo a disposizione un bene, esponeva all'*actio* del creditore la propria persona per l'ipotesi che la sua aspettativa andasse delusa»¹⁴.

Il rapporto potrebbe così descriversi:

CREDITORE→DEBITORE (debito)→GARANTE/SPONSOR (responsabilità)

¹² L'idea della *sponsio* come strumento di assunzione di garanzia era già stata espressa cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit.; ID., *Ueber die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, in *BIDR*, 1936-1937, p. 160 ss.; e M. TALAMANCA, voce *Fideiussione a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 323. Più cauto il Kaser, peraltro, quando sosteneva la compatibilità dell'originaria funzione di garanzia della *sponsio* arcaica con la sua natura di giuramento promissorio: «die Garantie funktion der ältesten schuldrechtlichen sponsio ist mit ihrer Gestalt als einfaches, abstraktes Zahlungsverprechen vereinbar»: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 265. Diversa la ricostruzione del Pastori, secondo il quale la *sponsio* arcaica non era concepita come un atto di garanzia in senso empirico; dunque, era priva dei caratteri del negozio promissorio: F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, p. 73 ss. In senso contrario E. LEVY, *Sponsio*, Fidepromissio, Fideiussio: *Einige Grundfragen Zum Römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, p. 32 ss.; F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali, I, L'autonomia classica della sponsio*, in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 47 ss.; ID., *Studi sulle garanzie personali, II, Intorno alla storia della «sponsio»*, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 223 ss.

¹³ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 31.

¹⁴ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 148. Altresì, osserva in modo neutro lo Zimmerman: «It is an open question whether the law of contract evolved from suretyship (in that sponsio was at first used exclusively to accept liability for others, then made available for the debtor to stand surety for himself, and only in the end turned into a method of creating debt and liability in one and the same person, that is, of making ordinary promises; sponsio in this broad sense would then possibly have emerged only after the time of the enactment of the XII Tables) – or whether, alternatively, *sponsio* was applicable, right from the beginning, for purposes other than suretyship»: R. ZIMMERMAN, *Suretyship*, 5, Part II, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 117.

Successivamente, ma sempre in epoca arcaica, la *sponsio*, pur mantenendo il proprio originario profilo identitario di etero-garanzia (nelle forme della *adstipulatio*, *fidepromissio* e *fideiussio*) avrebbe acquisito un nuovo profilo funzionale come strumento di assunzione di un vincolo personale (*sponsio/stipulatio*):

CREDITORE → DEBITORE (debito-responsabilità)

Il promittente, che è garante rispetto al proprio impegno, diviene contemporaneamente debitore e soggetto responsabile, o meglio, processualmente rispondente, in una forma di rapporto creditorio a cui viene sottratta la partecipazione di terzi.

Quindi, vi sarebbe stato un graduale, ma abbastanza rapido passaggio: una nuova dimensione in cui compaiono progressivamente i due elementi del 'debito' e della 'responsabilità'¹⁵ inscindibilmente connessi, ossia una dimensione dove il vincolo sostanziale e rispondenza processuale non sono isolabili, mentre la funzione della (etero) garanzia in senso stretto verrà assolta in modo sempre più tecnico attraverso strumenti, che, tuttavia, manterranno in comune con il fenomeno dell'*obligatio* (intesa come debito/responsabilità) la genesi¹⁶.

¹⁵ Su cui A. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, p. 371 ss., che influenzò in modo consistente il pensiero di Betti sulla struttura dell'*obligatio*. Cfr. altresì O. VON GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910, *passim*; ID., *Schuld-nachfolge und Haftung*, in *Festschrift für Martitz*, Berlin, 1911, *passim*; O. SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der Privatrechtlichen Dogmatik*, I, Berlin, 1914, *passim*; H. SIBER, *Grundriß, des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 234 ss.

¹⁶ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*, cit., p. 329. Dello stesso avviso l'Arangio-Ruiz, il quale, pur condividendo i principali argomenti a favore della tesi in esame, ammetteva che «rimane alquanto nell'ombra il modo col quale si è passati dalla concezione primitiva della *sponsio* a quella che domina incontrastata nel diritto classico, cioè di promessa rivolta normalmente al fatto proprio, e che solo in casi speciali e con particolari accorgimenti tecnici assume funzione di garanzia, aggiungendosi a un'altra promessa principale: ma anche qui giova supporre il passaggio attraverso uno stadio intermedio in cui il debitore abbia assunto come nella *praediatura* la garanzia del fatto proprio»: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978¹⁴, p. 325.

Si tratta di quella evoluzione specifica che ci avrebbe condotto al concetto giustiniano, e più moderno, espresso nel noto testo istituzionale I.3.13pr.: *Obligatio est vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendi rei*, passando attraverso Paolo D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum*¹⁷.

Tuttavia, quel che è interessante osservare in questa evoluzione dell'*obligatio*-garanzia in obbligazione personale è che la funzione della garanzia, che agli albori era affidata alle promesse di terzi, sarà assolta anche mediante la promessa del debitore: ovvero l'assunzione dell'obbligazione da parte del debitore nella forma della garanzia, e da cui discende una 'rispondenza oggettiva', potrà effettuarsi in modo esclusivo in capo allo stesso debitore.

Così la garanzia, nella sua forma di strumento di tutela per il mancato risultato oggetto dell'impegno, verrà configurata in forme specifiche che non vedranno tuttavia la partecipazione del terzo: è questo il caso della garanzia per l'evizione della cosa venduta¹⁸.

Il venditore, infatti, doveva e poteva ricorrere sia a promesse personali, sia alla partecipazione di terzi garanti per assicurare la piena disponibilità della *res*, derivando in tutti questi casi, da tali promesse, una responsabilità oggettiva per l'evento, sia in capo a lui medesimo, sia in capo ai garanti.

Questa responsabilità, come vedremo, in parte si restringerà per effetto dei limiti che la giurisprudenza romana fisserà sia in generale sul contenuto dell'*obligatio*, sia rispetto alla valenza dei fenomeni incidenti sull'impegno dell'obligato, ren-

¹⁷ Si veda soprattutto G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, *passim*.

¹⁸ Così come assai interessante è che lo stesso termine franco-germanico '*waren*' fosse usato per indicare l'obbligo di garanzia del venditore nella compravendita, da cui, come detto, le forme italiane medievali 'guarentire' e 'guarentigia': dall'uso tipico per la garanzia dall'evizione, il termine garanzia è stato esteso a significare i più diversi obblighi diretti ad assicurare l'adempimento di obbligazioni o di godimento di diritti.

dendolo inattuabile (l'esclusione per il fatto del terzo e i limiti collegati alla *vis*). Tuttavia, ciò non determinerà un appiattimento del fenomeno garanzia sulla nuova dimensione della 'obbligazione/debito-responsabilità', poiché, anche dopo la fase di espansione e assestamento del *ius civile* a contatto con il *ius gentium* per il tramite del *ius praetorium* – quando l'evizione diventerà un fenomeno tutelato fisiologicamente dall'*actio empti* finalizzata ad accertare una responsabilità del venditore in ragione del criterio della buona fede¹⁹ – era possibile se non, in alcuni casi, necessario, ricorrere alle promesse di garanzia (per l'evizione, così come per vizi e qualità) attraverso apposite *stipulationes*, che l'editto pretorio prevedeva, e che determinavano una sorta di responsabilità 'oggettiva' del venditore.

Nel corso di questa evoluzione, dunque, la garanzia per evizione 'in senso oggettivo' non verrà dismessa: se in una prima fase successivamente al consolidamento della compravendita consensuale obbligatoria il venditore assumeva l'obbligo per l'evizione tramite una promessa (*stipulatio habere licere/stipulatio duplae*) che ne sanciva una responsabilità per il fatto di chiunque (rispondenza oggettiva); a seguito dell'evoluzione 'interna' della *obligatio ex stipulatu* (e degli oggetti di questa ammissibili: 'impossibile obbligarsi per il fatto di chiunque' dice Ulpiano), si assiste ad una restrizione del raggio di copertura della promessa in garanzia, a vantaggio dell'azione contrattuale esperibile per la tutela dell'*habere licere*, compresa l'ipotesi dell'evizione oltre che dei vizi. Tuttavia, la radice della obbligazione-garanzia sarebbe stata comunque mantenuta, sia nelle promesse di garanzia che il venditore, su incentivo (o imposizione) dei pretori continuava a concludere²⁰, sia nelle forme di particolari promesse che in generale il debitore assumeva con lo scopo specifico di obbligarsi per un risultato.

¹⁹ Criterio che sanzionava, al minimo, l'alterazione del sinallagma (con la restituzione del prezzo) e, al massimo, l'inadempimento colpevole (per l'*id quod interest*) con delle oscillazioni fra questi due poli a seconda del singolo caso: cfr. L. VACCA, *Garanzia e responsabilità*, a cura di B. CORTESE, Padova, 2015², p. 31 ss.; p. 87 ss.; p. 112 ss.

²⁰ Il famoso sistema binario di tutela riservato al compratore, riproposto, seppur non con altrettante coerenza e linearità dal codice civile italiano.

2. Praestare: substantia obligationum e verbo della garanzia

Al centro di queste prime considerazioni, va collocata la modalità tramite cui, nell'esperienza giuridica romana, veniva attuato in forma tecnica il fenomeno dell'assicurare un impegno, proprio o altrui, con mezzi obbligatori ulteriori: ossia il *praestare*.

Si tratta, vale la pena ricordarlo rapidamente, del terzo 'contenuto' dell'obbligazione che la giurisprudenza romana aveva elaborato e perfezionato attraverso una articolata e complessa riflessione scientifica, ponendolo a fianco del *dare* e del *facere*. Il *praestare* (la cui etimologia vede, peraltro, un evidente e per nulla casuale legame semantico con i *praedes* (al sing.: *praes*) quali, per l'appunto i primi soggetti che assicuravano personalmente un impegno in ordine a un comportamento/situazione di un terzo) nelle formulazioni prudenziali non sembrerebbe, infatti, avere acquisito mai un perimetro definito; esso risulta usualmente accompagnato da un complemento oggetto che ne identifica il vero e proprio contenuto: i Romani come oggetto potevano configurare sia eventi (*praestare periculum*), sia situazioni (*praestare sanum esse*) sia comportamenti (*praestare custodiam*²¹). Sono pochi i casi in cui il *praestare* compare in veste autonoma, nella funzione esplicativa di un preciso contenuto della prestazione²².

²¹ In tal ultimo senso va considerato anche il '*praestare dolum*' o '*culpam*': cfr. C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 8 ss.; Id., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 123 ss. Cfr. altresì R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, in particolare p. 11 ss.; R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, cit. p. 6 ss.

²² L'inopportunità di un'operazione di tracciamento del *praestare* nel suo perimetro sostanziale, del resto, si manifesta anche a livello processuale: il *praestare* – al di là della formula in Gai. 4.2 che riferisce in modo generico al '*dare facere praestare oportere*' – non compare mai nelle clausole formulari in forma isolata: viene espresso dal *dare-facere (oportere)*, ad indicare la necessità di adempiere con tutto ciò che occorre dare e/o fare, e che non siano riconducibile ad un '*dare*' in senso 'tecnico' o ad un '*facere*' determinato.

In tal senso, esemplare il testo di Paolo che lo riporta in una di queste rare forme 'autonome' come oggetto del vincolo che rappresenta la *substantia obligationum*:

D. 44.7.3pr. (Paul. 2 *instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Il *praestare* esprime, dunque, non solo contenuti sostanziali non riconducibili espressamente al *dare*²³ e al *facere*²⁴, ma più funzionalmente riflette, alternandosi, il riferimento ad obblighi di natura accessoria (casi in cui il *praestare* si sostanzia nell'obbligo di eseguire una specifica prestazione²⁵) e il riferimento alla sintesi di una serie di comportamenti ai quali l'obbligato è tenuto, unitariamente riconducibili ad un 'dato risultato da assicurare'²⁶.

Tuttavia, seppur allo scopo di precisarne lo specifico contenuto continui ad essere preferibile la via analitica, è possibile osservare che i diversi impieghi del termine '*praestare*' tendono a mettere in luce una sostanziale unicità logico-funzionale, data dal concetto di 'assicurazione', o meglio di 'essere garan-

²³ '*Dare*', infatti, significa tecnicamente 'trasferire la proprietà' o, nella sua accezione più piena, trasferire la proprietà della *res* (una proprietà che sia piena, e quindi libera da vincoli e condizioni) e procurarne il possesso. Il significato della '*datio*' come trasferimento della proprietà è esplicitato chiaramente in Gai 4.4 e D.12.4.15 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 58 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, p. 15 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 35 ss.

²⁴ Meno agevole è l'operazione quando si tenta di precisare il contenuto del '*facere*', a cui fa riferimento un complesso sistema di comportamenti, che possono sia costituire di per sé il contenuto dell'obbligazione, come 'obbligazione di mezzi', sia condurre ad un certo tipo di esito, come 'obbligazione di risultato'. Cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., pp. 28-29; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., pp. 30-31.

²⁵ C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 21; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., in particolare p. 140.

²⁶ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., pp. 127-130.

te' rispetto ad un dato risultato²⁷: vale a dire, come evidenziato anche dal Cannata²⁸, che i Romani utilizzavano questo termine 'neutro' per indicare l'assunzione di un obbligo ad assicurare all'altra parte un qualcosa rispetto a certe circostanze, fatti o eventi, rispondendo per i relativi 'rischi'.

Ancor prima, e in modo più circoscritto, il Betti osservava che «il senso tecnico primitivo del termine latino *praestare* è quello di stare garante per un evento il quale per lo più dipende bensì dal contegno del debitore ma può anche talvolta non dipenderne almeno in modo esclusivo e tale è anche il senso etimologico del termine»²⁹.

In tal senso, è di empirica evidenza quanto possa essere centrale rispetto alla configurazione del fenomeno obbligazione/garanzia sia sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo, in ordine al suo 'contenuto' (*rectius*: 'oggetto') sia sotto il profilo dell'attuazione dello stesso.

In effetti, il Cardilli, che ha affrontato prima di tutto l'emersione nel linguaggio tecnico-giuridico del II sec. a.C. del verbo *praestare* nel senso di *stare praes*³⁰, ha osservato come questo compaia per la prima volta per indicare l'assunzione delle conseguenze processuali di un determinato modo di essere della cosa venduta. Con il tempo a questo primo significato venne a sovrapporsi un significato più ampio, e cioè l'assunzione della garanzia dell'esistenza di determinate qualità della cosa o l'assenza di determinati vizi. Il *praestare* diviene, quindi, «espressione di una particolare prestazione», che non rientra nel *dare facere* della *formula*, e che «permette di unificare sotto una prospettiva omogenea le garanzie che si sostanziano esclusivamente in situazioni inerenti alla *res ven-*

²⁷ «La sutura fra i due concetti è data dalla identificazione soggettiva; e significativa è la considerazione che talora là ove emerge più spiccatamente l'elemento della garanzia di dati di fatto estrinseci, il *praestare*, lo star garante viene raffigurato come la prestazione dovuta nell'obbligazione, anziché come l'obbligazione stessa»: così G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, s.d. (ma 1944), cit., pp. 217-218.

²⁸ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., p. 125.

²⁹ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 31.

³⁰ R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 131.

duta, e che quindi, indipendentemente dal comportamento del promittente, impongono in ogni caso uno *stare praes*, uno ‘star garante’, dello stesso»³¹. E, a tal proposito, nei testi si rinviene l’impiego del verbo *praestare* con riferimento alla garanzia per l’evizione ancora prima che il contenuto dell’obbligazione del *venditor* nell’*emptio venditio* – contratto consensuale obbligatorio – venisse configurato³², come vedremo.

Ma tale *praestare* sarà anche centrale nell’evoluzione del contenuto di questa *obligatio venditoris*, rispetto alla quale il *praestare rem*, che la giurisprudenza classica progressivamente individuerà³³, diventerà sì un tipo di contenuto complesso articolato in una serie di garanzie (*tradere possessionem*, *ob*

³¹ R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 188: «In sostanza, in base all’individuazione di alcuni presupposti considerati necessari per questo riconoscimento (*dolus*, *culpa* o *custodia*), il contraente, che si impegna contrattualmente a *dare facere* o a *reddere*, può assumere implicitamente il *praestari*, che esprime l’obbligo di ‘stare garanti’ del mancato adempimento». In questo contesto vengono riportate al concetto di *culpa* le «condotte commissive ritenute riprovevoli», nonché «le condotte che per le loro modalità concrete vengano giudicate, sebbene non intenzionali, di fatto riprovevoli». In un periodo di poco successivo, grazie all’attività interpretativa di Q. Mucio intorno ai rapporti obbligatori fondati sulla *fides bona*, il concetto di *culpa* si allarga a ricomprendere «anche quei contegni commissivi ed omissivi che vengono giudicati negativamente in base ad una loro difformità da un modello comportamentale, quello dell’uomo diligente, a cui si pretende debbano conformarsi»: R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 224. Laddove, la colpa, così come il dolo, la *diligentia* ed il *periculum*, venendo oramai indicati come contenuto del *praestare*, in quanto complementi oggetto di questo, rendono il verbo dalla forma passiva alla forma attiva: cfr. ancora *ivi*, p. 227.

³² Cic. *de off.* III 16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere; Cic. Pro Mur. II 3: Quod si in eis rebus repetendis quae mancipi sunt is periculum iudici praestare debet qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designatis potissimum consul qui consulem declaravit auctor benefici populi Romani defensorque periculi esse debebit.*

³³ Il Cardilli tratta dell’evoluzione generale del *praestare* tra la giurisprudenza del II sec. a.C. e quella del II sec. d.C., evidenziandone per l’appunto le varie estensioni e precisazioni soprattutto in ragione del (*praestare*) *dare facere ex fide bona* di matrice *iure gentium* e del rapporto fra il *praestare* e l’ac-

evictione obligari, absentia vitii...) costruito e valutato sulla base del criterio della buona fede, nell'ottica dei nuovi contratti di *ius civile*, rapporti negoziali improntati al '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*'³⁴. In questa diversa configurazione per quando la giurisprudenza tenderà ad oscillare fra ampliamenti e restringimenti del perimetro di responsabilità del debitore/venditore, vi saranno dei limiti insuperabili (la *vis maior*, per esempio) che escluderanno l'assimilazione della responsabilità per inadempimento rispetto alla portata della rispondenza per effetto della garanzia.

3. *Le origini della garanzia dall'evizione della cosa venduta: dall'auctoritas alla satisdatio*

Venendo ora allo specifico tema dell'evizione della cosa, ricordiamo che, nel contesto del diritto arcaico, lo scambio della *res* contro il pagamento di un prezzo avveniva attraverso l'atto mancipatorio³⁵, perlomeno per le *res mancipi*, ovvero le *res*

tione teneri iure civili, in una parabola che va da Servio a Gaio, passando per Labeone, Proculo, Celso e Giuliano: R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 505 ss.

³⁴ Sarà in ambito della scuola serviana che avverrà quella innovazione che produrrà un *praestare* diverso: «In particolare, questi nuovi ambiti di riconoscimento del *praestare* si collegano ad un'interpretazione innovativa del '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*', in relazione a mutate e più complesse applicazioni dei nuovi contratti del *ius civile*»: R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 311

³⁵ P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 32 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, trad. it. C. FADDA, P.E. BENSA, Torino, 1925, p. 480 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, parte II, ristampa I ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, Milano, 1968, p. 57 ss.; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Pavia, 1929, p. 41 ss.; G. HUSSERL, *Mancipatio*, in *ZRG RA*, 1930, p. 480 ss.; G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, p. 23 ss.; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in onore di Riccobono*, Palermo, 1934, p. 3 ss.; S. ROMANO, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Perugia, 1934, p. 52 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 11 ss.; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto romano ed in diritto greco*, Milano, 1953, p. 47 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, p.

considerate più preziose, non solo economicamente, nel contesto sociale dell'epoca.

La *mancipatio* era stata pensata come un atto solenne (in quanto *gestum per aes et libram*) in cui il *dans-auctor* si rendeva garante della trasmissione della legittimità civile (molto probabilmente in un senso ancora a-tecnico) in grado di assicurare all'*accipiens* il titolo di *dominus*. La vendita a contanti era, quindi, l'unica forma conosciuta e praticata, e si esauriva in un negozio produttivo di effetti traslativi, ancorché espresso in quella forma rituale piuttosto complessa, caratterizzata dalla pesatura ad opera del *libripens* e dalla presenza di un numero variabile di testimoni.

Connesso a tale modalità di trasferimento era l'istituto dell'*actoritas*³⁶, le cui origini e il cui fondamento sono anco-

321 ss.; C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, Milano, 1954, p. 38 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Graz, 1956, p. 107 ss.; M. BRE-TONE, *Il trasferimento della proprietà*, in *Labeo*, 1957, p. 132 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 27 ss.; F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale*, Milano, 1962, p. 13 ss.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, Roma, 1964, p. 299 ss.; A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, Heidelberg, 1991, p. 159 ss.; M. MARRO-NE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, p. 183 ss.

³⁶ D. PANTALEONI, *Della auctoritas patrum nell'antica Roma sotto le sue diverse forme*, Torino, 1884, *passim*; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, p. 1 ss.; F. GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*, *Inventare d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, p. 153 ss.; F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, Parigi, 1933, *passim*; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR*, 1941, p. 503 ss.; L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'auctoritas*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 75 ss.; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, I, Napoli, 1948; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, Milano, 1950, *passim*; L. AMIRANTE, *Rec. Levy-Bruhl Auctoritas et usucapione*, in *Iura*, 1950, p. 525 ss.; A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, Bruxelles, 1950, p. 34 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 196 ss.; J. IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la «auctoritas»*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 117 ss.; R. POWELL, *Eviction in roman law and english law*, in *Studies in the Roman law of sale*, 1959, p. 78 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evi-zione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1048 ss.; M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*,

ra non del tutto chiarite³⁷, ma la cui ricostruzione può essere efficacemente sintetizzata con le parole dell'Arangio-Ruiz, secondo il quale «abbiamo che il compratore *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione da un'obbligazione che per virtù di legge sorgeva nel venditore, e il cui oggetto era duplice: assistenza giudiziaria da prestarsi quando un terzo rivendicasse la cosa; in caso di rifiutata o d'inefficace assistenza, pagamento del doppio del prezzo. Al fine di ottenere tale pagamento il compratore disponeva di un'azione giudiziaria, alla quale la scienza moderna dà con qualche probabilità il nome di *actio auctoritatis*, benché manchino testimonianze esplicite»³⁸.

In tal senso, l'*auctoritas*, con il suo regime, sembrerebbe aver assolto a una generale e primordiale funzione di 'assicurazione'³⁹, nel senso che era posta in capo al *mancipio dans*

in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, p. 18 ss.; G. FRANCIOSI, «*Auctoritas*» e «*Usucapio*», in *Labeo*, 1963, p. 6 ss.; E. VOLTERRA, voce *Mancipatio*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, p. 97 ss.; C.S. TOMULESCU, *La «mancipatio» nelle commedie di Plauto*, in *Labeo*, 1971, p. 284 ss.; D. PUGSLEY, *The Roman Law Of Property and Obligations*, Cape Town, 1972, p. 45 ss.; A. WATSON, *Rome of XII Tables*, New York, 1975, p. 134 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenent à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, III Conv. Int.*, Perugia, 1979, p. 3 ss.; V. MANNINO, *L'«Auctoritas patrum»*, Milano, 1979, p. 78 ss.; A. MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, in *RIDA*, 1981, p. 127 ss.; R. DOMINGO, *Teoria dell'auctoritas*, Pamplona, 1987, *passim*; D. PUGSLEY, *Quod autem valet mancipatio*, in *Id.*, *Americans are Aliens and other essays on Roman Law*, Eter, 1989, p. 32 ss.; P. FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana, in Vendita e trasferimento della proprietà. Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa - Viareggio - Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 73 ss.; F.J. CASINOS MORA, *La notion romane de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, 2000, p. 47 ss.; G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9, 2010; M.F. CURSI, *La mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, a cura di J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT, *Göttingen, 2014*, pp. 145-160. Per le opinioni più recenti si veda la letteratura citata nelle note successive.

³⁷ Molto critico sulle 'certezze' ricostruttive della tutela per l'evizione della dottrina soprattutto con riguardo all'*auctoritas*, M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960, p. 1 ss.

³⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 320.

³⁹ Spiega il dalla Massara: «dalla *mancipatio* sorgeva, accanto agli effetti traslativi, la peculiare forma di garanzia offerta dall'*auctoritas*, con cui il

una rispondenza, da ritenersi collegata a un obbligo, in un certo senso, 'di risultato'; pur tuttavia, occorre precisare, come correttamente sottolineato anche dal Guida⁴⁰ che in una società ancora agropastorale, con riguardo alla proprietà – trattandosi questa, più che di un diritto assoluto sulla cosa, di un potere esclusivo sulla cosa (laddove il trasferimento riguardava la cosa nella sua materialità e non ancora il diritto) – l'*auctoritas* inizialmente serviva essenzialmente a legittimare il trasferimento in modo pubblico, attraverso l'impegno a che nessun terzo avrebbe potuto mettere in discussione il passaggio della *res*. E, dunque, attribuirle una funzione di garanzia o, più generalmente una funzione obbligatoria in senso tecnico, non ha un fondamento né storico né concettuale, in questa fase originaria della sua elaborazione giuridica⁴¹.

In ragione di ciò non serve soffermarsi ulteriormente su tale istituto, se non, appunto, nei limiti della sua prodromica utilizzazione in chiave 'genericamente assicuratoria'; mentre occorre volgere lo sguardo alla fase successiva, quando l'esigenza di tutela tecnica in caso di evizione trovò riscontro at-

mancipio accipiens era tutelato contro l'evizione: in particolare, il *mancipio dans* sarebbe stato tenuto a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto – originariamente, con la *legis actio sacramenti in rem* – entro due anni o un anno (a seconda del tempo previsto per l'usucapione, la quale avrebbe dunque condotto all'acquisto della proprietà; ma nei confronti degli stranieri, che non avrebbero potuto usucapire, l'*auctoritas* sarebbe stata eterna); se invece il *mancipio dans* non avesse prestato assistenza all'acquirente o comunque se il processo si fosse concluso negativamente per quest'ultimo, sarebbe stato condannato, in forza dell'*actio auctoritatis* (che si deve immaginare, seppure forse non da subito, corrispondente a un'*obligatio auctoritatis*) al pagamento del doppio del prezzo. Una condanna siffatta potrebbe far pensare a una responsabilità penale avvicinata a quella del *furtum nec manifestum*, ancorché le fonti non lascino intendere che, salvo l'aspetto della condanna al multiplo del prezzo, l'azione fosse concepita come penale»: T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2007, pp. 283-284.

⁴⁰ G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 10.

⁴¹ In senso contrario T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 285.

traverso mezzi stipulatori⁴² in una forma di garanzia più compiuta⁴³.

In particolare nella fase arcaica inoltrata, a ridosso della pubblicazione del codice decemvirale, prese avvio l'uso di concludere la *satisdatio secundum Mancipium*. Di quest'ultima, per la scarsità di fonti, poco si conosce con sicurezza⁴⁴.

Molto probabilmente la *satisdatio secundum Mancipium* consisteva in una *verborum obligatio* realizzata con l'intervento di garanti: dapprima *sponsores*, quindi di *fidepromissores* e, più tardi, di *fideiussores*.

Uno dei pochissimi testi che ne menziona l'utilizzo è di Cicerone.

Cic. ad Att. 5.1: *de Annio Saturnino curasti probe de satis dando vero te rogo, quoad eris Romae tu ut satis des. et sunt aliquot satisdationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum*⁴⁵.

⁴² Non si considera qui la *repromissio secundum Mancipium* che costituisce un derivato dell'*obligatio auctoritatis* di cui è tuttavia oscura la costruzione oltre che la funzione pratica. Sul punto si vedano gli Autori citati alla nota successiva.

⁴³ E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, p. 26 ss.; P.F. GIRARD, *Études*, cit., p. 1 ss.; P. MEYLAN, *La satisdatio secundum Mancipium*, in *Rev. hist., de droit fran. et étr.*, 1948, p. 4 ss.; M. SARGENTI, *La satisdatio secundum Mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR*, 1962, p. 100 ss.; A. CALONGE, *Evicción: historia del concepto y analisis de su contenido en el derecho romano clasico*, Salamanca, 1968, p. 23 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 389; M. KASER, *Das Ziel der actio empti nach Eviction*, in *ZSS*, LIV, p. 188.; H. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum Mancipium*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, IV, Perugia, 1981, p. 741 ss.

⁴⁴ M. SARGENTI, *La satisdatio*, cit., p. 132; H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 759.

⁴⁵ Di maggior evidenza la testimonianza che offre il frammento della formula Baetica che riporta il formulario di una *fiducia cum creditore* e che, tuttavia, essendo databile fra il I e il II sec. d.C., non è strettamente funzionale all'indagine sull'origine arcaica della *satisdatio: Mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve sa | |tis secundum Mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in ver |ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve | | [duplam promitteret. Cfr.: FIRA, III, Firenze, 1943, pp. 295-297, n. 92*

L'arpinate scrive ad Attico a proposito delle *satisdationes secundum Mancipium* per i fondi Menniano e Atiliano che verosimilmente – il testo, così scarno e soprattutto isolato, non offre agilità nella ricostruzione – Cicerone aveva intenzione di vendere o stava vendendo probabilmente tramite Attico, in qualità di *procurator*, e di cui ovviamente occorre prestare le relative cauzioni⁴⁶.

Si potrebbe ritenere che il meccanismo della promessa che accedeva alla vendita consistesse in una sorta di rafforzamento dell'*auctoritas* (già insita nella *mancipatio* e forse oramai concepita come *obligatio auctoritatis*⁴⁷) realizzato attraverso la dazione di uno *sponsor* o *fidepromissor*. Era, dunque, necessaria una promessa che il venditore pronunciava e alla quale accedeva l'ulteriore promessa dei terzi.

Proprio a tal proposito, si deve altresì supporre che il terzo fosse obbligato alla stessa prestazione del debitore, e quindi a prestare assistenza giudiziaria o al doppio del prezzo.

Come è evidente in questa nuova dimensione negoziale siamo in presenza di A) una promessa effettuata dal *venditor* assunta mediante *sponsio/stipulatio* che rafforza l'*auctoritas*; B) una promessa del terzo realizzata mediante *sponsio/stipulatio*, che ripromette quanto promesso dal venditore.

Abbiamo, quindi, un terzo che si obbliga per un soggetto, cioè, un garante in senso tecnico⁴⁸.

Si è ampiamente dibattuto sul contenuto e sulla funzione di tale *satisdatio*⁴⁹, ed in particolare la dottrina si è sofferma-

⁴⁶ Propondo per questa ricostruzione del senso del testo ciceroniano, proposta da H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 763. *Contra*: Ph. MEYLAN, *La satisdatio*, cit., p. 4 ss.; M. SARGENTI, *La satisdatio*, cit., p. 154.

⁴⁷ G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 62.

⁴⁸ Ancora, prendendo le mosse da questa ricostruzione, sembrerebbe di doversi accreditare l'ipotesi che, in prosieguo di tempo, il venditore ricorresse alla *stipulatio* in assenza di un'obbligazione del terzo garante, effettuando, allo scopo, lui personalmente la *repromissio secundum Mancipium*. Certo, rimane assai oscuro il profilo dei rapporti che a questo punto dovrebbero ravvisarsi tra una siffatta *repromissio secundum Mancipium* e l'originaria *obligatio auctoritatis*.

⁴⁹ Si rinvia a H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 741, per la ricognizione dell'articolata discussione in merito.

ta sulla parola *secundum* presente nell'espressione *satisdatio secundum Mancipium* che indicherebbe al contempo che l'obbligazione in parola viene assunta dopo il compimento della *Mancipatio* e che tale obbligazione ha, appunto, un contenuto identico a quello dell'*obligatio auctoritatis*⁵⁰.

Tuttavia, quel che al momento mi pare significativo sottolineare è l'aspetto dell'utilizzo della garanzia personale come strumento di tutela dall'evizione come soluzione 'tecnica'.

In tal senso, sottacendo sulla funzione dell'*auctoritas* originaria per i motivi anzidetti, probabilmente anche per ragioni di scarsità di fonti, è stato trascurato l'elemento, in realtà nient'affatto secondario, di un vero e proprio uso dello strumento della promessa del terzo in funzione di rafforzamento della tutela dell'*emptor* in caso di evizione della *res*, caratterizzante la *satisdatio secundum Mancipium*. L'obbligazione assunta dal terzo è inequivocabilmente un'obbligazione di risultato collegata ad un evento: per meglio dire il terzo si impegna a difendere il compratore evitto o a rimborsarlo del doppio in conseguenza del fatto evizionale.

La *sponsio* o la *fidepromissio*, senza dubbio, sono stati strumenti particolarmente congeniali a tal fine, e ancor più lo sarà la *fideiussio*, che, poi, per l'appunto sancirà la definitiva acquisizione della figura di 'garanzia in senso tecnico', intervenendo essa come promessa del terzo, che non presupponeva più neppure l'obbligazione principale espressamente assunta dal venditore nella forma della *verborum obligatio*.

Abbiamo, in sostanza, un venditore che in veste autonoma assume un'obbligazione in termini di 'autogaranzia' (*auctoritas-obligatio auctoritatis*), e al contempo rilascia una promessa a cui accede un'ulteriore promessa in forma di etero-garanzia: in entrambi i casi lo scopo è che venga assicurato al com-

⁵⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 329 ss.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., p. 547 ss., che sottolinea come il termine '*secundum*' rechi il significato di 'dopo', mentre non presenta necessariamente quello di 'conforme a', in quanto la '*satisdatio*' potrebbe avere anche un contenuto, in tutto o in parte, diverso da quello dell'*obligatio auctoritatis*. Per una rassegna critica approfondita delle principali impostazioni sostenute in dottrina cfr.: M. SARGENTI, *La satisdatio*, cit., p. 158 ss.; H. ANKUM, *Alla ricerca*, p. 741 ss.

pratore un risultato preciso, ossia la difesa vittoriosa in giudizio contro il terzo o, in alternativa, il doppio del prezzo pagato, indipendentemente dal giudizio di responsabilità del venditore con riguardo all'evizione.

4. *Gli strumenti utili al rafforzamento per la tutela del compratore. Le stipulationes praetoriae*

Nell'ottica di un'evoluzione verso la garanzia 'in senso tecnico', oltre alla peculiare presenza di questa forma di 'eterogaranzia', vanno osservati gli strumenti pretori a tutela dell'evizione nel caso di vendita di *res nec Mancipi* con i quali l'uso della *satisfactio secundum Mancipium* prevista per la *Mancipatio* ha un legame plausibile, considerato che il trasferimento mediante *traditio* di *res nec Mancipi* a scopo di vendita era sguarnito di protezione in caso di evizione⁵¹. Nell'ipotesi di *traditio* di *res nec Mancipi* il compratore poteva concludere una *stipulatio* con cui si impegnava a garantire l'*habere licere*', ossia un pacifico e pieno godimento della *res*.

Come emerge dall'analisi di alcuni assai noti passi di Varro⁵², tale garanzia sarebbe stata assunta con una *stipulatio* in cui si prometteva contestualmente anche l'assenza di vizi e l'esistenza di determinate qualità dell'oggetto di compravendita⁵³:

⁵¹ Considerato che siamo ancora lontani dal riconoscimento del contratto consensuale di *emptio venditio inter cives*: ciò nel senso che la vicenda della tutela per l'evizione di *res nec Mancipi* va collocata ancora autonomamente rispetto all'*emptio venditio*, proprio come per le *res Mancipi*.

⁵² Su cui V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 333 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 51 ss.

⁵³ Così P.F. GIRARD, *Mélanges de droit romaine*, II, Paris, 1923, p. 22, p. 50 ss. e p. 65 ss.; PH. MEYLAN, *Varron et les conditions des conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scritti Ferrini*, IV, Milano, 1949, p. 188; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 334; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 404 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 132; P.P. ONIDA, *Studi*, cit., p. 311 ss.

Varr., *r. rust.* 2.2.5-6: *In emptionibus iure utimur eo, quo lex praescipit. In ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. de reliquo antiqua fere formula utuntur. cum emptor dixit "tanti sunt mi emptae?" et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra lusca surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbo-so esse habere que recte licere, haec sic recte fieri spondesne?"*

La stipulazione, pertanto, veniva usata per garantire al compratore sia alcuni modi d'essere dell'oggetto di compravendita (l'esistenza di certe qualità e l'assenza di determinati vizi), sia l'*'habere recte licere'*, vale a dire il godimento pieno e pacifico⁵⁴.

In tal senso per il venditore si configurava una responsabilità per fatto oggettivo, poiché si impegnava ad indennizzare il compratore nel caso in cui si rivelasse un vizio della cosa oggetto di compravendita, a prescindere dal fatto che conoscesse o meno l'esistenza del vizio, e allo stesso modo ugualmente si impegnava ad indennizzare il compratore nell'ipotesi in cui si rivelasse un 'vizio' del diritto.

Dunque, venendo ad uno dei punti centrali di queste riflessioni, l'*'habere licere'* era configurato in modo oggettivo, in quanto non si poneva il problema di individuare su chi gravasse il generico comportamento di astensione di turbare il pacifico godimento della *res emptae*, poiché all'epoca in cui fu congegnato il formulario riportato da Varrone, non si era ancora affermato il carattere personale della prestazione del debitore e, di conseguenza, non sorgeva alcuna questione in merito alla possibilità di assumere una garanzia che potesse ricomprende-

⁵⁴ Secondo l'Arangio-Ruiz, «il godimento effettivo della cosa» (*habere*) e «da immunità di questo godimento da attacchi in via giudiziaria, sia che gli attacchi non vengano, sia che si riesca a respingerli» (*licere*), cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 340.

re anche un *facere* del terzo⁵⁵. In tal senso il Talamanca osservava come fosse possibile ricavarne la chiara percezione di una sorta di «... travaglio della giurisprudenza cautelare romana in un momento storico in cui si tende, da una parte, a fissare il requisito della prestazione come aspetto indispensabile dell'*obligatio* e, dall'altra, non si è ancora completamente affermato ... il carattere personale della prestazione ... rimanendo così possibile di assumere la garanzia per un *facere* di un terzo»⁵⁶.

Peraltro, la struttura della *stipulatio* si sarebbe prestata specificamente a introdurre, per l'ipotesi di *traditio* di *res nec Mancipi*, una forma di garanzia per l'evizione che, però, risultava funzionalmente collegata alla vendita; così che si sarebbe configurata una responsabilità per evizione non derivante direttamente dal negozio di vendita, ma dalla promessa obbligatoria.

La prova che si trattasse di promesse che assumevano «direttamente a contenuto il fatto oggettivo (che ricomprende anche il fatto del terzo)» Talamanca la rinviene anche in altri testi di Varrone:

Varr., *r. rust.* 2.3.5: *De emptione aliter dico atque f[ic]it, quod capras sanas sanus nemo promittit. numquam enim sine febrī sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: "illas capras hodie recte esse et bibere posse habere que licere, haec spondesne?" de quibus admirandum illud. Quod etiam Archelaus scribit: non ut reliqua animalia naribus, sed auribus spiritum ducere solere pastores curiosiores aliquot dicunt.*

Qui si fa menzione di una stipulazione di garanzia collegata ad una vendita di capre: nella promessa si garantisce la salute degli animali, si garantisce che le capre si abbeverino senza aiuto, ed altresì si garantisce l'*habere licere*, che viene assunto, nell'ottica della tutela giudiziale, come fatto oggettivo⁵⁷.

⁵⁵ R. ORTU, *Garanzia per evizione: stipulatio habere licere e stipulatio duplae*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, cit., p. 310 e ss., in particolare p. 362.

⁵⁶ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 27.

⁵⁷ Una soluzione promissoria ispirata alle soluzioni di Manlio Manilio: cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 26, nt. 177.

In un altro testo ancora viene menzionata la garanzia avente ad oggetto contemporaneamente la salute degli animali venduti, l'*habere licere*, il *noxis praestari* (come garanzia per il danno causato dal bestiame a terzi) e il *pedigree* del bestiame (una provenienza genetica sana del bestiame):

Varr., *r. rust.* 2.4.5: *Emi solent sic: "illasce sues sanas esse habere que recte licere noxis que praestari neque de pecore morbooso esse spondes ne?" quidam adiciunt perfunctas esse a febrī et a foria*⁵⁸.

Immediatamente dopo l'introduzione della *stipulatio habere licere* deve essere stato pensato un nuovo strumento di tutela delle vendite di *res Mancipi* in cui la *Mancipatio* non poteva effettuarsi (verosimilmente fra *cives* e non *cives* e prima comunque dell'introduzione dell'*emptio venditio*⁵⁹). Ne abbiamo una testimonianza ancora tramite Varrone:

Varr., *r. rust.* 2.10.4-5: *In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, Mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, si potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit. 5. In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.*

Varrone, dopo aver individuato i vari modi di acquisto della proprietà dei servi ed aver chiarito che alla vendita dei *Mancipia* era uso far seguire una stipulazione (*stipulatio in-*

⁵⁸ Qui l'uso del verbo *praestare*, benché nel senso sopradetto di 'garantire/assicurare', è limitato al danno a terzi (ossia la nostra), e, dunque, in una di quelle accezioni specifiche che vengono 'oggettivizzate' dal riferimento terminologico che accompagna il verbo: cfr. R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 325.

⁵⁹ Sul suo utilizzo successivo all'introduzione nella prassi commerciale del contratto consensuale anche per i *cives* si veda A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in *Iura*, 2016, pp. 9-100.

tercedere) con la quale si prometteva che lo schiavo fosse sano ed esente da responsabilità nossale per furto, al paragrafo 5 riporta la possibilità, in assenza di una *mancipatio* per il trasferimento del *servus*, di concludere una *stipulatio duplae* o di promettere, in seguito a pattuizione delle parti, il *simplum*: *si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla*.

L'assenza dell'atto librare, da cui conseguiva automaticamente il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* in capo al *mancipio dans*, in buona sostanza rendeva necessario garantire per l'evizione mediante la *stipulatio duplae*.

Ma il testo di Varrone, per quanto riguarda la garanzia per l'evizione, fornisce anche un altro elemento di grande rilievo: infatti, si attesta che le parti contraenti, in seguito a patto, potevano obbligarsi per il *simplum*.

Il contenuto della *stipulatio*, riferito da Varrone, è assai simile a quello delle formule di stipulazioni di garanzia utilizzate per le vendite del bestiame già esaminate in precedenza a proposito della *stipulatio habere licere*. Si può inoltre notare che l'espressione '*noxis praestari*' (costruzione già utilizzata nei formulari stipulatori delle vendite di animali) viene completata da un '*praestare*' che Varrone indica con la locuzione '*furtis noxisque solutum*'. Quindi, anche nelle stipulazioni di garanzia relative ai *mancipia*, al pari di quelle in uso nelle vendite di animali, il venditore si vincolava promettendo sia l'integrità fisica dello schiavo (*sanum esse*), sia l'immunità del *mancipium* da responsabilità per furti e danneggiamenti. Come sostiene l'Arangio-Ruiz, l'esempio riportato da Varrone doveva ricalcare lo schema dei formulari stipulatori usati più frequentemente: ciò però non esclude la possibilità che le parti potessero escogitare nuovi contenuti, promettere qualità diverse o garantire l'assenza di altri difetti o addirittura promettere il *simplum* per la garanzia per l'evizione in deroga alla prassi comune di obbligarsi per il *duplum*.

Di tale funzione della *stipulatio* in epoca severiana, ma come commento all'editto del pretore, si legge in:

D. 21.2.37 pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisde-*

*tur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. 1. Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veniat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*⁶⁰.

Ulpiano dice che, se non si è diversamente convenuto dal venditore, deve essere prestata la stipulazione del doppio del prezzo in caso di evizione, non promettendo l'intervento di garanti (*satisdatio*) ma con la promessa del venditore (*repromissio*). Poi sempre il giurista specifica che il doppio viene promesso non per tutte le cose ma per quelle più preziose, come gioielli e vesti di seta. Così come il doppio deve essere promesso per lo schiavo, in quanto previsto dagli edili curuli⁶¹.

La forma stipulatoria avrebbe, quindi, almeno all'inizio, sostituito l'*obligatio auctoritatis* probabilmente nelle vendite di *res mancipi* non realizzate mediante *mancipatio*. È evidente che tali strumenti divenivano operativi ad evizione avvenuta, ossia nel momento in cui il compratore fosse stato spossessato a seguito di soccombenza in giudizio; in tal senso ne esce consolidata l'idea del modello 'garanzia' prodotto in epoca arcaica, nella riproposizione delle forme di garanzia, come la *satisdatio*, seppur ora concepite nella veste stipulatoria pretoria.

5. L'evoluzione della garanzia in epoca classica

C'è un filo che lega i testi di Varrone ad un altro frammento di Ulpiano riportato in

D. 45.1.38 pr.-2 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Stipulatio ita: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quem-*

⁶⁰ Con un netto riferimento anche a Giuliano in D. 21.2.21.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam empori habere non liceat propter ipsam evictionem.*

⁶¹ Su cui T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 296.

quam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores⁶².

Nel *principium* si afferma che lo scopo della *stipulatio habere licere* è quello di garantire il pacifico godimento al compratore e che non si verifichino turbative provenienti da terzi (*per omnes futurum, ut tibi habere liceat*): tramite *stipulatio habere licere* il compratore è tutelato da ogni evento possibile, compresi quelli ricondotti a terzi soggetti.

In senso contrario, tuttavia, subito dopo si afferma che in questo modo si è promesso un fatto altrui e che nessuno però rimane obbligato da tale tipo di promessa.

Nella chiusura del testo viene proposta una interpretazione restrittiva dell'oggetto della *stipulatio* secondo la quale si deve intendere che il promittente si impegna all'astensione da atti di turbativa solo per sé, per il suo erede e per gli altri successori.

⁶² Su tale passo cfr.: M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 390 ss.; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., p. 71 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 336.; J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 104 ss.; F. PASTORI, *Appunti*, cit., p. 271 ss.; PH. MEYLAN, *La stipulation habere licere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1970, p. 67 ss.; D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in *SZ*, 2004, p. 152 ss.; Id., *Schriften 2001-2010. Anlässlich seines 80. Geburtstags*, a cura di T.J. CHIUSI, H. DIETER SPENGLER, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 320 ss., in particolare p. 339, a cui si rinvia per un approfondimento sulla nozione stessa di '*habere licere*'.

Superando l'ampio dibattito suscitato dal testo, l'Arangio-Ruiz⁶³ ha ricomposto la logica del brano sottolineando condizionalmente che nel primo tratto del testo Ulpiano abbia riportato un brano dell'opera di Sabino, mentre successivamente avrebbe proposto la propria opinione. In tal senso, nel testo di Ulpiano, avremmo una duplice testimonianza, un riferita alla concezione più antica della *stipulatio habere licere*, l'altra più moderna⁶⁴. In questo passaggio vi sarebbe la prova di quel travaglio di cui parlava Talamanca, ma più centrato sul tema della tutela del compratore, o *rectius* degli obblighi assunti dal venditore: la concezione risalente a Sabino si fondava su una nozione di promessa (*praestare l'habere licere*) che con efficacia *erga omnes*, e in cui l'impegno a garantire *l'habere licere* era oggettivamente considerata, come in Varrone. Però, la riflessione di Sabino in merito alla portata della *stipulatio habere licere* e il significato dell'espressione *habere licere* costituisce un passo avanti⁶⁵ rispetto alla concezione che emerge dai formulari scarni riportati da Varrone, dai quali traspare che nell'età repubblicana non si era ancora posto il problema di determinare l'ampiezza della portata della *stipulatio habere licere*. Nell'interpretazione di Ulpiano compare la concezione più matura dell'oggetto della promessa⁶⁶, improntata al principio giurisprudenziale di matrice giurisprudenziale del '*nemo factum alienum promittendo obligatur*', in cui la responsabilità del venditore, ancora costruita sull'impegno per un risultato, sarebbe comunque stata esclusa nell'ipotesi di fatto del terzo. Ovviamente nell'abbandono della concezione più antica avrebbe anche giocato un ruolo pesante l'affermarsi della tutela per l'evizione tramite l'*actio empti* che all'epoca di Ulpia-

⁶³ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 340 ss. Più recentemente R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 330 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 72 ss.

⁶⁴ R. ORTU, *Garanzia*, cit., pp. 334-335.

⁶⁵ Così A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 1999, p. 168; R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 337.

⁶⁶ Secondo Talamanca, in modo condivisibile, il problema andrebbe visto nella prospettiva di un'evoluzione storica, che coinvolge la configurazione, da un lato, della garanzia per l'evizione e, dall'altro, dell'*obligatio* stessa.

no (ma già qualche tempo prima) aveva reso l'assunzione della *stipulatio habere licere* non necessaria.

In tal modo viene a compiersi quel percorso di sviluppo, sopra accennato, che riconduce l'*obligatio evictionis* dall'idea originaria, intesa essenzialmente come garanzia per un evento oggettivo, a una concezione incentrata su un comportamento dovuto (in funzione di adempimento) dal debitore. D'altra parte, il cerchio parrebbe chiudersi con Paolo in D. 45.1.83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*) quando la promessa in forma di *stipulatio* circa l'*habere licere* viene oramai costruita espressamente come assunzione dell'obbligo di fare in modo che l'evizione non si verifichi: in altre parole, si passa dalla *stipulatio habere licere* come fonte di una sorta di obbligazione di risultato a un'obbligazione di mezzi⁶⁷, in cui l'impegno del venditore promittente ha ad oggetto un suo comportamento e non un evento. Ecco che il *praestare*, formalmente espresso o meno, cambia di nuovo colore.

Del resto, tale *stipulatio* era formulata nel '*quidquid ob eam rem dare facere oportet*', il che implicava che la condanna potesse espandersi fino all'*id quod interest*. Tuttavia, ancorché sembrerebbe possibile un accomunamento tra l'azione che sorge dalla *stipulatio habere licere* e l'*actio empti* elaborata in connessione all'*emptio venditio*, ogni sovrapposizione va debitamente esclusa, essendo quest'ultima un'azione di buona fede, che imponeva criteri diversi di valutazione della vicenda contrattuale per pervenire alla condanna, quand'anche all'*id quod interest*.

Le varie forme di *verborum obligationes* sin qui osservate rappresentavano strumenti disponibili a un compratore diligente che si preoccupasse di costruire una specifica tutela per l'evizione. Eccettuati questi strumenti volontari di protezione del compratore, però, soltanto l'antica *mancipatio* sarebbe stata in grado di assicurare, attraverso il regime dell'*auctoritas*, una tutela per il caso di evizione⁶⁸. D'altra parte, il va-

⁶⁷ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 391; A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 185.

⁶⁸ Paul. Sent. II, [17. *Ex empto et vendito*] 1. *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter*

sto diffondersi del contratto di *emptio venditio* nei rapporti tra Romani e Romani e peregrini, collegato alla crescente esigenza di sicurezza e rapidità nei traffici, nonché l'ampia elaborazione giurisprudenziale in tema di *fides* e *bona fides*⁶⁹ avrebbero senz'altro condotto alla definizione di quelle forme di tutela per l'evizione, già accennate, che possiamo definire 'interne' al regime del contratto di *emptio venditio*.

Come vedremo di seguito.

6. *La configurazione delle obbligazioni principali dell'emptio venditio tramite la concessione dell'actio*

Si è detto che, rispetto alla configurazione dell'*obligatio consensu contracta*, relativamente recente, la compravendita⁷⁰

enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

⁶⁹ W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 5; ID., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti C. Ferrini*, III, Milano, 1948, p. 90 ss.; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 423 ss.; G. GROSSO, *Buona fede. Premesse romanistiche*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, pp. 661-664; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, *passim*; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, München, 1989, p. 94 ss., p. 102 ss., p. 145 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, p. 82 ss.; W. DAJCZAK, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, cit., pp. 409-428; R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. FIORI, Napoli, 2008, p. 237 ss.; ID., *Bona fides formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di R. FIORI, Napoli, 2011, p. 97 ss.; R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2010, *passim*.

⁷⁰ Per una prima messa a fuoco, A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 594 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit.,

quale negozio con una funzione socio-economica tipica e rilevante nella sfera dei rapporti fra i *cives* fosse considerata una figura negoziale consolidata già da tempi risalenti. Tuttavia, i suoi effetti si producevano prevalentemente o esclusivamente sul piano reale, trattandosi di un atto, nella forma tipica della *mancipatio*⁷¹, di trasferimento della proprietà di cosa, dietro il pagamento del prezzo⁷², in cui era da definire solo il momento in cui la proprietà si trasferiva effettivamente dal venditore al compratore. Sull'evoluzione (o sulla sovrapposizione) riguardante il negozio traslativo con scopo di vendita e l'*emptio venditio* consensuale ad effetti obbligatori, in dottrina si è sviluppata un'ampia discussione⁷³ che qui non interessa ripercorre-

p. 303 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1998, p. 722 ss.

⁷¹ Cfr. Gai. 1.113 e 1.119. Sulla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi in combinazione o affiancati alla compravendita si vedano soprattutto V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 141 ss.; e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, p. 199, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, p. 245 ss.

⁷² Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 545 ss.

⁷³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 45 ss. Sul tema delle 'origini' si fa rinvio in modo particolare a PH. MEYLAN, *La conception classique de la vente*, in *RIDA*, 1948, p. 133 ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, p. 156 s.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 1964, p. 299 ss., p. 567; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 247 ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit., p. 73 ss.; M. MARONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, p. 183 ss.; A. CASTRO, *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 11; L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, cit., p. 101 ss.; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 2009, p. 13 ss.; R. FERCIA, *«Quia vendidit, dare promisit»*, Cagliari, 2009, p. 15 ss.; M. CARBONE, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*, Milano, 2017, p. 11 ss.

re. Interessa invece che, in epoca tardo-repubblicana⁷⁴, la compravendita presentava, appunto, come consolidati i caratteri sia della consensualità, sia dell'obbligatorietà reciproca, come abbiamo visto in precedenza, con una dimensione giudiziale improntata alla tutela *ex fide bona*.

Una volta configurata la struttura del negozio, oggetto della riflessione giurisprudenziale sono i contenuti e i limiti delle obbligazioni prodotti dal negozio, e che, nella logica circolare precedentemente sottolineata del rapporto fra *actio* e *obligatio*, vengono dapprima tratteggiati, poi via via sempre più definiti attraverso la graduale concessione dell'azione contrattuale⁷⁵.

Essendo le obbligazioni delle parti protette da *iudicia bonae fidei*⁷⁶, i profili connessi alla compravendita di cui si doveva tener conto nell'ammissibilità dell'azione erano sia quelli fisiologici e che costituivano, per così dire, il 'regime ordinario'; sia quelli rimessi alla volontà specifica delle parti, come i patti tramite i quali i contenuti ampliavano o, nei limiti del consentito, modificavano il contenuto tipico del negozio e delle sue obbligazioni. Il *iudicium bonae fidei* copriva, dunque, l'intero programma contrattuale.

In verità, la parabola evolutiva della determinazione degli obblighi contrattuali, e che ne ha prodotto, appunto, il così detto 'regime ordinario negoziale', ha riguardato essenzialmente l'obbligazione principale del *venditor*, essendo il compratore obbligato a trasmettere la proprietà del denaro che costituiva il prezzo⁷⁷:

⁷⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 85 ss.

⁷⁵ R. CARDILLI, *Damatio e oportere, nell'obbligazione*, Napoli, 2016, p. 23 ss.

⁷⁶ F. GALLO, 'Bona fides' e 'ius gentium', in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., p. 115 ss.; F. DE BUJÁN, *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, p. 331 ss.; R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «rezezione» dei 'iudicia bona fidei', in *BIDR*, 1998-1999 (ma 2005), p. 165 ss.; L. FRANCHINI, *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei: questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, *passim*.

⁷⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 202; A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 136 ss.; D. DOZHDEV, "Fidem emptoris sequi": *Good faith and Price*

D. 19.4.1pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet:...*⁷⁸.

Il contenuto dell'obbligazione del venditore, come noto, era decisamente più complesso⁷⁹: in un contratto obbligatorio finalizzato ad attuare lo scambio definitivo di cosa contro prezzo, il *venditor* non era obbligato specificamente a trasmettere la proprietà della *res*, e, dunque, la sua obbligazione non poteva essere configurata come un'obbligazione di 'dare' in senso tecnico⁸⁰. Le ragioni erano diverse: anzitutto, l'adempimento del 'dare' non sarebbe mai stato possibile nell'ambito di un

Payment in the Structure of Roman Classical Sale, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., pp. 551-578

⁷⁸ La letteratura sul passo è immensa. Si rimanda per un esame critico generale, da ultimo, a S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 77 ss., nonché, ancor più di recente, a E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 207 ss. Per un primo riscontro cfr. V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*, 1907, p. 161 ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculleani e sabiniani*, *ivi*, 1915, p. 24 ss.; D.E.C. YALE, *Celsus: Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford, 1959, p. 171 ss.; PH. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura*, 1969, p. 287 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 150 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, p. 135 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, p. 171 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 233 ss. Per profili specifici inerenti agli effetti collegati al contratto si vedano gli Autori citati nelle note successive.

⁷⁹ Sul punto si rinvia a S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 125 e a letteratura *ivi* citata.

⁸⁰ Oltre al più volte menzionato testo di Paolo D.19.4.1pr., così già Celso in D. 12.4.16, su cui in particolare cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.

contratto concluso con un contraente che non fosse un *civis*, non potendo gli stranieri acquistare la titolarità del *dominium ex iure Quiritium*⁸¹, motivazione alla quale si agganciava conseguentemente il problema del regime differenziato dei beni, *res Mancipi* e *nec Mancipi*, che richiedeva uno specifico tipo di atto traslativo, *mancipatio* o *traditio venditionis causa* (o raramente *cessio in iure*), e che non poteva trovare applicazione ai peregrini, per i quali, a titolo differente, era prevista la sola consegna materiale.

A tali motivi, vanno aggiunte ragioni di 'politica commerciale', ben comprese dalla giurisprudenza romana, e che verosimilmente suggerirono l'opportunità di costruire l'obbligazione del venditore ricorrendo alla categoria di quel '*praestare*' nelle sue articolate declinazioni contenutistiche, senza dubbio più funzionale al risultato economico-commerciale tipico della compravendita. Si tratta, tuttavia, di un percorso che si sviluppa gradualmente, caratterizzato dalla interconnessione fra approccio processuale e riflessione sostanziale, tipica dell'esperienza giuridica romana, specie fino alla fine III sec. d.C., e che ha investito lo studio della materia *de qua* a partire dal periodo tardo repubblicano fino alla fine del periodo severiano.

Ed è proprio dalla sintesi dei giuristi severiani che si ricevono le coordinate per la costruzione della obbligazione del venditore, come risultato di questa complessa evoluzione:

D. 19.1.11pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iu-*

⁸¹ Tuttavia, nell'ambito delle compravendite fra romani la struttura dell'*emptio venditio*, come è noto, mutava parzialmente, nel senso che se si trattava di *res Mancipi* veniva eseguita la *mancipatio* e se *res nec Mancipi* si eseguiva la *traditio*. Se il venditore era *dominus* il compratore diveniva senza dubbio titolare. Peraltro, in rapporto all'*emptio venditio* diversi sono i riferimenti alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi: un rapporto più o meno stretto del quale si discute da sempre in seno alla dottrina romanistica: cfr. in particolare V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro*, cit., p. 141 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss., p. 580 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 248 ss.

dicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. 2. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

Ulpiano individua la sfera applicativa dell'azione da compera e nel sottolineare che all'*actio* è connesso un *iudicium bonae fidei* fa coincidere il perimetro dell'azione con tutto ciò che le parti hanno convenuto di *praestare*, qui inteso come eseguire ciò che hanno convenuto, definendo in base ai loro interessi ed esigenze, i termini dello scambio⁸². Tuttavia, come spiegato da Ulpiano nella prosecuzione del brano, v'è un contenuto naturale della vendita che ha pieno valore, laddove non vi siano espresse pattuizioni delle parti; ed è questo contenuto naturale a rappresentare il frutto del lavoro di riflessione della giurisprudenza romana e che rappresenta il raggio d'azione della tutela contrattuale prevista per le parti, segnatamente per il compratore.

Ulpiano dice che per prima cosa il venditore è tenuto a '*praestare rem*'.

Riallacciandoci alle osservazioni circa il senso del '*praestare*' come contenuto della prestazione, si può affermare che il *praestare rem* in questo caso implica un complesso di significati sostanziali che possono evincersi solo mediante la sua connessione con tutti i profili corredanti il rapporto obbligatorio all'interno del quale il medesimo *praestare* viene calato, a loro volta ricostruibili però solo tramite l'indagine condotta analiticamente sull'impiego dell'azione da compera che tutela la posizione del compratore.

⁸² Sia la regolamentazione precisa di alcuni aspetti naturali della vendita, come ad esempio il giorno e il luogo dell'adempimento, sia l'aggiunta di specifiche clausole tramite *pacta adiecta* rientrano nei contenuti negoziali protetti dalle azioni contrattuali.

Quando Ulpiano scrive il suo commento all'editto è oramai pacifico l'articolato contenuto dell'obbligazione del venditore, che è definito, appunto, tramite il suo speculare rapporto con le clausole edittali relative all'*actio empti*.

In tal senso, il *praestare rem* a cui egli si riferisce, non implica, per certo, il solo trasferimento materiale della cosa, l'*'id est tradere'*, ma, come correttamente ritenuto, ed abbondantemente evidenziato dalla maggioranza degli studiosi⁸³, esso si sostanzia nella trasmissione della piena e pacifica disponibilità della *res*. L'*habere licere*, che esprimeva una situazione di piena disponibilità già in Varrone, diviene il riferimento centrale dell'obbligazione del *venditor*.

Ulpiano, è vero, non lo dice espressamente; ma è un elemento che si può ricavare dal successivo passaggio relativo al rendere il compratore proprietario, o a garantirlo per l'evizione⁸⁴, laddove il venditore non fosse il *dominus* della cosa venduta: *'quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat'*.

Ciò implicitamente comporta che il risultato primario che il venditore deve assicurare al compratore è che questo non venga impedito o turbato nel suo godimento del bene acquistato, indipendentemente dal dato sia stato nelle condizioni necessarie per rendere l'acquirente proprietario.

Quanto affermato da Ulpiano è precisato in un testo, altrettanto noto di Paolo, in cui il giurista propone una rappresentazione icastica del contenuto dell'*obligatio venditoris*, tramite la configurazione di quella che può alternativamente considerarsi una 'obbligazione complessa' o un elenco di profili obbligatori unitariamente riconducibili all'obbligazione generale gravante sul venditore.

⁸³ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 385, ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 413; L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 19 ss.; EAD., *Ancora*, cit., pp. 64-65; S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 126 ss.

⁸⁴ H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento*, II, cit., p. 610 ss.

Riprendiamo il testo già citato:

D. 19.4.1pr. (Paul 32 *ad ed.*): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet...*

Paolo sostiene che se il compratore è tenuto dall'*actio venditi*, qualora non abbia reso il venditore proprietario della somma di denaro, di contro al venditore 'basta', «*sufficit*», obbligarsi per l'evizione, trasmettere il possesso della *res* e astenersi da comportamenti ingannevoli e pregiudizievoli⁸⁵.

Come si diceva, il corretto inquadramento dell'articolato paolino impone di considerare i tre punti come altrettanti profili di un'unica obbligazione o, comunque, di ritenerli contenuti di obbligazioni specifiche ma strettamente connesse in un rapporto di reciproca funzionalità⁸⁶. Si tratta dell'espressione in forma tecnica dell'obbligazione generale del venditore di trasferire al compratore la *res* nella sua pacifica e definitiva disponibilità (*habere licere*), che richiede evidentemente la trasmissione della cosa nella sua materialità, la tutela per le ipotesi di evizione da parte di un terzo, e l'astensione da qualunque comportamento che dolosamente (ma non solo, come

⁸⁵ Sul punto si vedano in particolare C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 428 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 41 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 19 ss.; S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 127, il quale rileva, in modo condivisibile, che «il giurista romano sta individuando quello che è possibile definire un contenuto sufficiente dell'obbligazione del venditore, i cui elementi sono appunto 'ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo'. Ed è solo la loro somma, solo l'insieme dei tre adempimenti strettamente interconnessi tra loro che *sufficit* a liberare il venditore».

⁸⁶ Contenuto specularmente riprodotto in C.8.44.3, rescritto di Settimio Severo e Caracalla, su cui limitatamente agli Autori già citati, si vedano in particolare V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 150; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 379.

vedremo) ne pregiudichi appunto la pacifica e continuativa disponibilità.

In particolare, l'«*ob evictionem se obligari*» e il «*tradere possessionem*» si collocano nell'alveo della necessità di configurare qualcosa di diverso dal «dare» tecnico; infatti, la tutela per l'evizione ha una logica funzionale solo se messa in rapporto ad un'obbligazione di trasmettere la cosa nella sua pacifica e piena disponibilità materiale: la pacificità e la continuità hanno una relazione di segno negativo con la rivendicazione da parte di un terzo che risulti esperita vittoriosamente⁸⁷.

Quel che va sottolineato in merito è che la tutela per l'evizione in questa fase dell'evoluzione della vendita è considerata un elemento naturale del contratto⁸⁸: al di là della specifica menzione paolina – che null'altro individua se non precisi contenuti della generale obbligazione del *praestare l'habere licere rei* a cui è tenuto il *venditor* – la sua operatività è autonoma rispetto a specifici strumenti negoziali e si attiva per il solo spossessamento da parte di un terzo che ne rivendichi in qualche misura la titolarità, senza necessità che in sede giudiziale risulti vittorioso⁸⁹.

Tra le origini della tutela dall'evizione sopra trattate e la configurazione dell'obbligazione del venditore in termini di

⁸⁷ Così L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57 ss.; B. CORTESE, *Actio empti*, cit., p. 3 ss.

⁸⁸ Così L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 3 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 54 ss.

⁸⁹ Non la pensa così il Talamanca, secondo il quale, nonostante il processo di assorbimento della responsabilità evizionale nel perimetro della tutela generale garantita al compratore, l'enunciato paolino paia individuare il profilo specifico dell'obbligo per il venditore di assumersi, mediante apposita promessa, la responsabilità. A mio avviso, diversamente, nell'ottica dell'unitarietà dell'obbligazione del venditore, dallo stesso Talamanca, peraltro, rilevata a più riprese, Paolo sta più generalmente indicando l'obbligo di tutelare il compratore per l'evizione, il che si traduce sia nell'obbligo di stipulazione di apposite promesse (con il che il venditore, reticente a concludere la promessa, era convenibile tramite *actio ex empto*), sia nell'obbligo di rispondere nei confronti del compratore per l'evizione avvenuta, indipendentemente da assunzioni espresse di garanzia, tutelabili, queste, solo tramite *actiones ex stipulato*. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 386.

maxi-obbligazione tesa ad assicurare l'*habere licere* della *res* vi sono passaggi numerosi e piuttosto esplicativi del grande lavoro della giurisprudenza romana rispetto al fenomeno della garanzia espressa per l'evizione ed alla sua struttura, prima che la tutela evizionale venisse assorbita dall'*emptio venditio*.

7. *L'evoluzione della tutela per l'evizione: da garanzia a tutela ex contractu*

Sotto questo profilo, l'esigenza di tutelare l'acquisto del compratore dal fenomeno '*evictio*', nel senso di tutela da conflitti in sede giudiziale su qualunque pretesa inerente alla *res*⁹⁰, già di natura fisiologica sia nel periodo antico, sia in età repubblicana, diviene fin dagli inizi del principato un fenomeno di rilevanza tecnica⁹¹.

È la giurisprudenza del II sec. d.C. a farsi carico dei primi tentativi di superamento della precedente impostazione del rapporto fra tutela e obbligazione negoziale: si riflette sul 'ricollocamento' della tutela contro l'evizione dapprima posta all'esterno del rapporto contrattuale⁹², per configurarla poi come profilo specifico dell'obbligo generale del venditore di trasferire l'*habere licere*⁹³ della *res*, quale elemento naturale del contratto, collegata per l'appunto all'ampio perimetro del *praestare*.

⁹⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 309 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione*, cit., p. 1048 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 5; A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., p. 597 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 400 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi*, cit., p. 12 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, II, cit., p. 597 ss.

⁹¹ Individua in tre passaggi l'evoluzione della garanzia per evizione T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 281 ss.

⁹² Come messo ben in evidenza da G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 120 ss. Cfr. anche T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, II, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, p. 11 ss.

⁹³ Circa la complessità dell'inquadramento dell'*habere licere*, rispetto alla proprietà della *res* e in rapporto alla dicotomia dei contratti obbliganti al '*praestare*' e al '*dare*', si vedano soprattutto R. MAYR, '*Praestare*', in *ZSS*, XLII,

Lo evidenzia il superamento dell'idea prevalente in dottrina, secondo la quale l'*actio empti* era esperibile solo per imporre al venditore la prestazione della garanzia di evizione mediante *stipulationes* – che pure per un certo periodo rimane – in favore della teoria dell'esperibilità dell'*actio empti* ad evizione avvenuta, concessa dalla giurisprudenza al fine di tutelare il compratore per la perdita dell'*habere licere*⁹⁴; e ciò in modo abbastanza conclamato dalla giurisprudenza adrianea in poi.

Già in alcuni testi dei giuristi della prima metà del II sec. d.C., viene tratteggiato per la prima volta, perlomeno in modo formale, il rapporto fra l'evizione del bene comprato⁹⁵ e l'*actio empti* per la tutela del compratore evitto⁹⁶:

D. 21.2.60 (Iav. 2 ex Plaut.): *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*

Secondo Giavoleno, nel caso in cui non fosse stata assunta in forma stipulatoria la tutela per l'evizione, il venditore era tenuto, comunque, per il *simplum*, ovvero alla restituzione del prezzo al compratore; altresì, considerata la natura dell'*actio ex empto* – ossia di azione promotrice di un *iudicium bonae fidei* – il venditore poteva essere tenuto all'*id quod interest*⁹⁷.

1921, p. 198 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 12 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, (Cagliari 1967-1968), Milano, 1969, p. 20 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 32 ss.

⁹⁴ M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 397; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 11 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 307 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 107, soprattutto nt. 11. Per l'Ankum le ipotesi di ricorso all'*actio empti* per tutelare in modo diretto il compratore erano piuttosto limitate: cfr. H. ANKUM, *Problemi*, cit., p. 597 ss.

⁹⁵ Cfr. anche D. 21.2.8. (Iul. 15 dig.). Sul punto in particolare A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. H. Niedelander*, Heidelberg, 1991, p. 141 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 115 ss.

⁹⁶ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 350; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 395; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 121.

⁹⁷ Su cui si veda soprattutto G. GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 122-124.

Il giurista collega direttamente all'azione da compera la tutela per l'evizione, in modo tale che il venditore risultasse tenuto secondo l'*oportere praestare pro evictione*, e, dunque, il compratore fosse, in ogni caso, coperto dall'*actio empti*⁹⁸.

La duplice rilevanza del testo di Giavoleno risiede sia nell'idea originale che la tutela contro l'evizione non fosse preclusa dall'assenza di espresse pattuizioni, ma che fosse riconducibile all'*actio empti*, non solo per sanzionare il venditore reticente alla *stipulatio evictionis*, ma anche, ad evizione avvenuta, per far valere la c.d. 'responsabilità evizionale'⁹⁹, sia nell'esprimere i possibili contenuti della condanna: il *simplum* (ossia, il prezzo) e l'*id quod interest*¹⁰⁰.

Nonostante ciò, il collegamento diretto della tutela del compratore alla generale cornice della tutela *ex empto*, per le ipotesi di evizione avvenuta, ha indotto gran parte della dottrina romanistica all'identificazione del *quantum* della condanna – connessa all'*actio empti nomine evictionis* – con il solo *id quod interest*¹⁰¹, come conseguenza unica del mancato *habere licere*¹⁰².

⁹⁸ T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 504.

⁹⁹ Nello stesso senso si colloca un altro testo di Giavoleno: D. 41.3.23.1 (Iav. 9 *epist.*): *Si autem columnae evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 395.

¹⁰⁰ Il *trend* trova conferma in D. 21.2.7 (Iul 32 *ad ed.*), D. 21.2.8 (Iul. 15 *dig.*), D. 30.82.4 (Iul. 32 *dig.*), D. 19.1.30.1 (Afr. 8 *quest.*), D. 21.2.47 (Afr. 8 *quest.*): cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 13 ss.

¹⁰¹ Il Talamanca già osservava l'inaccettabilità dell'assimilazione dell'*id quod interest* alla coppia 'interesse positivo' e 'interesse negativo' della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 414. Sulla polisemia dell'espressione '*id quod interest*', che si tradurrebbe anche nell'impossibilità di definire il *quantum* rimesso alla valutazione del giudice, cfr. D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, *passim*; nonché H. HONSELL, *Quod interest im bonae – fidei – iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, in particolare p. 51 ss.; F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla 'Differenzhypothese'*, in *Actio in rem e actio in personam in ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, p. 481 ss.; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, *passim*, in particolare, p. 30 ss.

¹⁰² M. KASER, *Die Zie der actio empti nach Eviktion*, in *SZ (RA)*, 1934, p. 192 ss.; H. ANKUM, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, p. 3215 ss.; Id., *Problemi*, cit.,

Peraltro, sempre secondo tali ricostruzioni, l'*id quod interest* in queste ipotesi, non avrebbe costituito tanto la conseguenza di un giudizio di responsabilità, quanto piuttosto la conseguenza derivante dall'essere il venditore rispondente circa un risultato contrattuale¹⁰³, che veniva, dunque, assicurato al compratore, ristorandolo in termini pecuniari dell'interesse che egli aveva a che la cosa gli fosse trasferita nel pieno e pacifico godimento, indipendentemente dall'accertamento di una condotta colpevole¹⁰⁴.

Questo testo successivamente è stato oggetto di ulteriori accurate analisi¹⁰⁵, dalle quali è emerso, da un lato, che la concessione dell'*actio empti* era principalmente concepita come funzionale ad una rispondenza per inadempimento del venditore per la oggettiva violazione del principio di sinallagmaticità¹⁰⁶, e che, solo ove presenti i presupposti, si sarebbe innestato anche l'eventuale giudizio di imputabilità dell'inadempimento/danno, in linea con la *bona fides* che avrebbe attivato il regime di responsabilità, con una rispondenza per l'*id quod interest*'. Dall'altro lato, in termini consequenziali, sarebbe anche risultato che la condanna collegata all'*actio* non sarebbe stata configurata appunto in modo fisso all'*id quod interest*' come ritenuto in precedenza, ma si articolava fra la restituzione del prezzo pagato per la cosa e l'*id quod interest*', a seconda che fosse ravvisabile o meno la necessità di ristore l'interesse contrattuale del compratore anche, ma non solo,

p. 597 ss.; Id., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in *RIDA*, 1992, p. 57 ss.

¹⁰³ Si tratterebbe di un contenuto acquisito dalla precedente *stipulatio habere licere*.

¹⁰⁴ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 400.

¹⁰⁵ L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; EAD. *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, ora in *Garanzia*, cit., p. 29 ss.

¹⁰⁶ Così, oltre a Letizia Vacca su cui cfr. nota precedente, si vedano T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2014, p. 1 ss.

in rapporto alla opportunità di sanzionare un comportamento contrario a buona fede tenuto dal venditore¹⁰⁷.

8. *Riflessioni conclusive*

Le brevi riflessioni esposte, su profili che meritano senz'altro un'analisi maggiormente approfondita, hanno avuto il precipuo intento di evidenziare la peculiarità genetica e funzionale della garanzia per evizione, nonché il suo legame con l'evoluzione della figura generale dell'*obligatio venditoris*.

¹⁰⁷ Si tratta di un'idea già espressa *in nuce* da E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, p. 78 ss.; cfr. anche L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 6; G. GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 131-132. Verso una condanna limitata al prezzo si orienta, ad esempio, il probabile approfondimento dell'indicazione di Giavoleno da parte di Pomponio: D. 21.2.16pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur*. È opportuno leggere il testo in rapporto a D. 18.1.66pr. (Pomp. 31 *ad Q. Mucium*): *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum*. Secondo il giurista antonino, qualora venisse *evicta* la cosa venduta, per ottenere ciò che per accessione era stato aggiunto al bene, avrebbe potuto agire mediante *actio empti*, allo stesso modo nel caso in cui fossero state evitte le cose aggiunte per accessione al fondo ed espressamente menzionate nella vendita, per le quali il venditore sarebbe stato tenuto per il *simplum*. Il testo di Pomponio ribadisce l'esperibilità diretta dell'*actio empti* per l'evizione e al contempo offre indicazioni più che chiare sul tipo di condanna a questa collegato: è sufficiente il *simplum*, e dunque il corrispondente del prezzo pagato. Se ne ricava, come già da altri opportunamente evidenziato, che il *quantum* improntato all'*id quod interest* costituiva uno dei tipi di condanna, ma non l'unico, considerato che tale condanna si riempiva di 'contenuti' in ragione degli elementi valutati come qualificanti il caso. In quest'ottica, infatti, la formulazione di Giavoleno, pur non precisando, in rapporto a specifici elementi di fatto, a che cosa fosse dovuta l'esperibilità dell'*actio* per la restituzione del prezzo o per l'*id quod interest* (ad eccezione del generico riferimento alla natura *ex fide bona* dell'azione), se messa in relazione al complesso delle soluzioni sul tema, tali quali quella di Pomponio consentirebbe di ricavare che, proprio per via dell'applicazione del principio di *bona fides* a cui era improntato il *iudicium empti*: E. RABEL, *Die Haftung*, cit., p. 162 ss. Cfr. anche M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 122 ss.

Il fatto che nelle primordiali forme di tutela del compratore dall'evizione vi sia stato un ampio ricorso alle figure dei garanti e più in generale della promessa obbligatoria, la quale a sua volta ha rappresentato l'involucro per il nucleo del successivo concetto di obbligazione personale, a mio avviso giustifica una rinnovata attenzione.

In un sistema in cui ancora la garanzia è affidata alle credibilità del debitore¹⁰⁸, dipendente dalla sua capacità di farsi supportare da terzi per assicurare il proprio impegno, ancor prima che dalle sue stesse capacità patrimoniali, la vendita rappresenta il contesto pratico naturale in relazione al quale elaborare, sperimentare – e in cui, poi, collocare – alcuni tipi di strumenti. Ecco che, dunque, nella fase di elaborazione di forme negoziali di rafforzamento di impegni assunti dai *cives*, lo stesso fenomeno obbligatorio assume decisa consistenza: perciocché nella vendita mancipatoria, atto di trasferimento a cui contestualmente seguiva il pagamento del prezzo, fanno la loro comparsa figure come le *satisdationes* a rafforzamento dell'impegno – implicitamente connesso alla *mancipatio* tramite l'*auctoritas* – di tutelare il compratore dall'evizione; *satisdationes* che null'altro sono che promesse di dare garanti come supporto alla posizione dell'obligato, come già per *vades* e *praedes* per il convenuto nel processo sacramentale.

All'indomani dell'evoluzione dell'*obligatio*, che da *vinculum corporis* fondato sul 'concetto' di assoggettamento della persona (che dava, quindi, in garanzia il proprio corpo: il *nexum*) diviene un *vinculum iuris* di impronta patrimoniale – la cui cogenza deriva dalla dimensione processuale che ne costituisce la matrice – anche la promessa muta, assumendo la *sponsio* altresì la funzione di negozio solenne di assunzione d'obbligazione per fatto proprio. E coerentemente con tale evoluzione anche la garanzia per evizione cambia struttura, venendo costruita come un rafforzamento dell'impegno del venditore, che egli stesso offre al compratore mediante apposite promesse (la *stipulatio habere licere*, la *stipulatio duplae*).

¹⁰⁸ R. ZIMMERMAN, *Suretyship, 5, Part II, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 115.

A questo punto la garanzia di evizione sembrerebbe staccarsi dalla originaria configurazione, per divenire un elemento funzionalmente collegato alla vendita, per poi ulteriormente trasformarsi in un elemento naturale del contratto. In questa evoluzione si osserva il passaggio dalla tutela per l'evizione costruita come obbligazione di risultato – in cui il venditore risponde sempre e comunque (Varrone-Sabino), anche per fatto altrui – alla fase della tutela in cui il venditore risponde per fatto proprio (Ulpiano), con un'obbligazione personalizzata (successivamente accostabile all'obbligazione di mezzi) seppur ancora oggettivamente configurata (Paolo); da ultimo il passaggio alla tutela per l'evizione di matrice contrattuale in cui gli elementi di rispondenza del venditore oscillano sulla linea della *bona fides*¹⁰⁹.

Due elementi evidenzierebbero all'interno di questo quadro così complesso e su cui occorrerà ritornare: il ruolo del *'praestare'* nello sviluppo dell'*obligatio* e il mantenimento dell'oggettività dell'approccio nella garanzia per l'evizione, fin tanto che la costruzione della tutela è stata costruita, dal punto di vista sostanziale, sulla promessa obbligatoria, persa solo in parte a seguito dell'assorbimento dell'evizione nel generale fenome-

¹⁰⁹ Come osserva Guida, nel sistema romano si possono rintracciare più modelli diversi di garanzia per evizione, o, se si vuole, più 'rimedi' diversi contro quest'ultima: G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 229. Tale pluralità può essere pienamente letta attraverso le categorie proprie dell'attuale riflessione giuridica, potendosi rinvenire nelle soluzioni elaborate dai *prudentes* romani esempi sia di figure di 'garanzia in senso tecnico' che di utilizzo dell'azione contrattuale per reagire ad una forma di inadempimento contrattuale. In merito a quest'ultimo ambito applicativo, le soluzioni in tale ultima ipotesi si sub-articolano distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, così come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse: B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata, Inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma, 2020, p. 88 ss.

no dell'inadempimento¹¹⁰ e della connessa rispondenza *ex fide bona*¹¹¹.

¹¹⁰ Le soluzioni, in tale ultima ipotesi, si ampliano distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse. Cfr. L. VACCA, *La tutela del compratore per evizione e vizi: soluzioni giurisprudenziali romane e problemi dommatici attuali*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, a cura di L. GAROFALO, L. ZHANG, Pisa, 2017, p. 361 ss. Si vedano, altresì, le riflessioni di G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 147 ss.; B. CORTESE, *La tutela*, cit., p. 123 ss.

¹¹¹ Ulpiano attesta che l'accordo 'tipico' del contratto di compravendita da cui si generano le obbligazioni reciproche tutelate nel *iudicium ex empto* comporta che il venditore si 'impegni' non solo a consegnare una cosa, ma anche a consegnarla priva di vizi giuridici o materiali tali da renderla inidonea alla 'normale' utilizzazione, e ciò indipendentemente da specifiche pattuizioni e garanzie relative alla cosa oggetto del contratto. Essendo, infatti, come risulta dalla formula dell'azione, obbligazione del venditore 'assicurare' (*praestare*) che il compratore consegua l'*habere licere* del bene, deve ritenersi che il venditore sia tenuto *ex empto* nel caso che la cosa venduta venga sottratta dal terzo proprietario, oppure presenti caratteristiche tali da rendere impossibile la effettiva disponibilità della cosa, o da renderne impossibile la normale utilizzazione peraltro, se il venditore ha consapevolmente dichiarato determinate qualità, che poi sono risultate non effettivamente presenti, o ha consapevolmente taciuto sull'assenza di esse, egli sarà tenuto a risarcire *id quod interest*, in quanto nella sua condotta si ravvisa un *dolo in contrahendo*. A tal riguardo, rispetto alla natura tecnica di 'dare' e 'fare' che agevola la determinazione delle ipotesi di inadempienza, definire come la violazione del *praestare* si traduca in termini di 'rispondenza' per inadempimento è senz'altro, un'operazione piuttosto complessa. Infatti, il quadro della riflessione prudenziale a partire dal II sec. a.C. pone in evidenza come in conseguenza dei molteplici significati sostanziali e funzionali riconducibili al singolo *praestare*, se accessorio o autonomo, nonché all'eventuale oggetto del *praestare* medesimo, la valutazione dell'inadempimento risulta essere segmentata in riferimento a specifici contenuti, ed essere, a seconda dei casi autonomamente azionabile oppure no. D'altra parte, come è stato ampiamente dimostrato grazie agli studi di parte della dottrina romanistica, il modello di elaborazione delle soluzioni giurisprudenziali romane privilegia il piano della tutela fondandosi principalmente sulla riconoscibilità in sede giudiziale di una pretesa valida. Cfr. B. CORTESE, *La tutela*, cit., p. 127 ss., anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

Un mantenimento che ha caratterizzato non solo la tutela contro l'evizione in epoca classica – essendo, comunque, questa riferibile tanto al raggio applicativo dell'*actio empti*, quanto alle stipulazioni che i contraenti potevano e dovevano concludere, facendo sì che il venditore potesse essere convenuto in un giudizio di rispondenza *ex fide fide bona e/o* in un giudizio di accertamento della promessa di garanzia – ma anche quella moderna, che ad oggi, con una non totale chiarezza, costruisce la tutela per l'evizione sul doppio binario della tutela per inadempimento e della garanzia¹¹².

¹¹² L. VACCA, *La tutela*, cit., p. 365 ss.

BARBARA CORTESE, La 'garanzia' nell'esperienza romana tra le epoche arcaica e classica: il caso dell'evizione

L'articolo si propone di aprire una riflessione circa le origini del fenomeno 'garanzia delle obbligazioni' attingendo alla prima configurazione di strumenti atti a rinforzare i doveri giuridici di un soggetto tramite l'intervento di terzi.

Nonostante la specifica garanzia di evizioni si collochi concettualmente e strutturalmente fuori dall'ambito della garanzia personale delle obbligazioni, perlomeno secondo l'ottica giuridica moderna, è possibile nell'esperienza giuridica romana rinvenire tracce di una connessione genetica, localizzabile nelle forme di garanzia a tutela del *mancipio accipiens* nel caso di evizione della *res Mancipata*, in particolare nelle *satisfationes*. Della pregressa assunzione in termini di garanzia personale, la garanzia per l'evizione sembrerebbe aver mantenuto nel tempo alcuni caratteri come l'oggettività della responsabilità del venditore-garante, anche per il fatto del terzo, rispetto alla dimensione della responsabilità per inadempimento articolata in base al criterio della *bona fides*, e dunque più strettamente connessa al rapporto fra 'comportamenti e interessi dei contraenti' e 'concreta vicenda negoziale'.

Parole chiave: garanzia, obbligazione, responsabilità, garante, vendita, evizione.

BARBARA CORTESE, The 'guarantee' in the Roman experience between the archaic and classical eras: the case of eviction

The paper aims to open a reflection about the origins of the phenomenon 'guarantee of obligations' by drawing on the earliest configuration of instruments designed to reinforce the legal duties of a subject through the intervention of third parties.

Despite the fact that the specific guarantee of evictions is conceptually and structurally located outside the scope of the personal guarantee of obligations, at least according to the modern legal perspective, it is possible in Roman legal experience to find traces of a genetic connection, localizable in the forms of guarantee to protect the *mancipio accipiens* in the case of eviction of the *res Mancipata*, particularly in the *satisfationes*. Of the earlier assumption in terms of a personal guarantee, the guarantee for eviction would seem to have retained over time certain features such as the objectivity of the

Abstract

liability of the seller-guarantor, even for the fact of the third party, as opposed to the dimension of liability for non-performance articulated on the basis of the criterion of bona fides, and thus more closely connected to the relationship between 'behaviors and interests of the contracting parties' and 'concrete negotiation events'.

Key words: guarantee, obligation, liability, guarantor, sale, eviction.

Giuseppina De Giudici

IL MEDITERRANEO DA CONQUISTARE. VITTORIO AMEDEO III E LA RICERCA DI UNA «PERPETUA E DURATURA PACE» CON LE REGGENZE BARBARESCHI (1777-1786)*

SOMMARIO: 1. Comprare l'amicizia con il Levante? Il progetto del capitano Porcile. – 2. L'ostinata ricerca della pace: la regia del viceré Lascaris. – 3. La Sardegna tra le potenze di «prim'ordine». Lo scetticismo torinese. – 4. L'utilità e l'opportunità. Le ragioni economiche e politiche, interne ed esterne. – 5. Parola d'ordine: «liberare il mare dalle catene». Domenico Alberto Azuni, il diritto delle genti e la soggettività dei barbareschi.

«L'émulation naturelle n'a pas manqué d'inspirer aux peuples de désir d'élever leur commerce au dessus de celui de leur voisins; et delà est née cette *Rivalité* que nous voyons entre les plus grandes nations de l'Europe, et qui les arme l'une contre l'autre. Les plus célèbres rivales sont à cet égard la France et l'Angleterre. ... D'autre puissances, don't le commerce et la Navigation sont moins considérables, cherchent à l'augmenter par des voies plus douces; ells paroissent sur la mer, dans les ports et dans les villes marchandes avec moins d'éclat, ells tâchent de faire des traités de commerce les plus avantageux qu'il leur est possible, et marchent pour ainsi dire à leur but par des sentiers détournés, où ells rencontrent souvent le moins d'obstacles et n'excitent pas les regards jaloux des premières», F. FREIHERR VON BIELFELD, *Institutions politiques*, II, À Leida, 1767, pp. 174-175.

* Contributo sottoposto a valutazione.

1. *Comprare l'amicizia con il Levante? Il progetto del capitano Porcile*

Il 21 dicembre 1777 giungeva al governo sabaudo la proposta di un accordo di pace con le reggenze di Algeri, Tripoli e Tunisi. A presentarla era il capitano guardiacoste Giovanni Porcile¹, il quale, come un orgoglioso «Colombo» che si era adoperato per dare «alla Spagna nuovi Mondi»², si preoccupava della ripresa economica e delle sorti della Sardegna. La proposta, che avrebbe dato vita a uno studio corale da parte dell'amministrazione sabauda per oltre due anni, rispondeva a due importanti obiettivi, ritenuti come probabili effetti dell'amicizia con il Levante e della contestuale cessazione della guerra di corsa. Si trattava del ripopolamento dei litorali dell'isola – abbandonati a causa del pericolo delle incursioni barbaresche – con genti straniere avvezze alla navigazione³, e dell'avvio di

¹ Su Giovanni Porcile, nativo di Tabarca ma sardo di adozione, cfr. F. LODDO CANEPA, *La Sardegna dal 1478 al 1793. II. Gli anni 1720-1793*, a cura di G. OLLA REPETTO, Sassari, 1975, in part. pp. 270-272 e B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera del Regno sardo (1773-1787)*, Milano, 1971, in part. pp. 18-19. È il caso di rilevare incidentalmente che il capitano Porcile si era già messo in luce anche per aver contribuito alla liberazione degli schiavi catturati dai barbareschi. Cfr. in proposito il *Progetto del capitano Porcile per la liberazione dei tabarchini schiavi che sono in Tunisi (26 settembre 1750)*, in Archivio di Stato di Cagliari (d'ora in poi ASC), Segreteria di Stato, serie I, vol. 286. Cfr., inoltre, E. BUSSI, *Sardegna e Barbareschi dal 1794 al 1815*, in *Oriente moderno*, XXI, 12, 1941, p. 607, nota n. 2.

² Citazioni tratte dal *Progetto formato in dicembre 1777 dal Capitano guardiacoste Porcile in seguito ai discorsi avuti con la Segreteria di Guerra relativamente all'idea di stabilire la pace coi barbareschi*, in Archivio di Stato di Torino (d'ora in poi AST), Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1. Il testo è riprodotto integralmente da B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 1, pp. 105-110.

³ Sui tentativi di ripopolamento dell'isola in età sabauda cfr. G. DE GIUDICI, *Interessi e usure. Tra dirigismo ed equità nella Sardegna di Carlo Emanuele III*, Napoli, 2010, in part. p. 24. Che i punti chiave della politica di governo di quegli anni ruotassero intorno all'incremento della popolazione e dei commerci – fondamentali per combattere «povertà, e debolezza» – si desume anche dalla lettura del *Libro primo dello spopolamento della Sardegna* di Carlo Felice Leprotti (il testo è stato integralmente riprodotto nel volume dal titolo: *Il riformismo settecentesco in Sardegna. Relazioni inedite di piemonte-*

un «commercio florido e stabile», grazie al quale si sarebbe potuto approfittare di una parte delle «ricchezze immense», tragettate dal «flusso» e dal «riflusso dei tanti Bastimenti d'ogni Nazione» che commerciavano con le «Potenze sì grandi che piccole della Barberia»⁴.

Tutt'altro che nuova, l'idea di stringere un'intesa con il Levante circolava da tempo nelle Segreterie sabaude senza essere stata presa in seria considerazione. Ciò a causa di diverse ragioni, a cominciare dalla forte diffidenza nei confronti dei barbareschi, noti per le frequenti violazioni agli impegni, benché solennemente assunti. Preoccupavano, poi, gli ingenti co-

si, a cura di L. BULFERETTI, Cagliari, 1966, pp. 49-126; la citazione è tratta da p. 54). A proposito degli effetti generati dalla paura delle incursioni dei barbareschi anche la giunta viceregia, che si sarebbe riunita a Cagliari il 10 giugno 1778 (su cui v. *infra*), avrebbe riconosciuto che gli abitanti dell'isola «in molti luoghi non si fida[va]no di coltivare terreni quantunque feracissimi posti presso alle spiagge del mare, di navigare, ed allontanarsi dal lido, e neppure di attendere alla pesca de' pesci, e del corallo, la quale benché abbondante, e lucrosa» era lasciata ai forestieri. La Giunta considerava, inoltre, che «gli schiavi Sardi [...] attesa la tenuità delle elemosine, che si raccolgono [=raccolgiano] nel Regno, difficilmente poi ven[iva]no riscattati». Sulle conseguenze determinate dal pericolo dei barbareschi in età spagnola cfr. A. MATTONE, *La Sardegna nel mondo mediterraneo*, in *Storia dei sardi e della Sardegna. III. L'età moderna. Dagli aragonesi alla fine del dominio spagnolo*, a cura di M. GUIDETTI, Milano, 1989, p. 36 ss., e Id., *Il Regno di Sardegna e il Mediterraneo nell'età di Filippo II. Difesa del territorio e accentramento statale*, in *Studi Storici*, 42, 2, 2001, pp. 263-335. Per quanto riguarda, invece, l'età moderna e le popolazioni del Mediterraneo cfr. S. BONO, *I corsari barbareschi*, prefazione di R. DE FELICE, Torino, 1964, p. 136 ss., e M. MAFRICI, *Mezzogiorno e pirateria nell'età moderna (secoli XVI-XVIII)*, Napoli, 1995, p. 15 ss. Sui principali provvedimenti amministrativi adottati tra il 1764 e il 1766 «al fine d'impedire le invasioni e i disimbarchi dei barbari» in Sardegna – tra i quali rientrava la creazione di una rete capillare di torri di avvistamento lungo le coste dell'isola – cfr. la raccolta di *Editti, pregoni ed altri provvedimenti emanati pel Regno di Sardegna*, II, a cura di P. SANNA LECCA, Cagliari, 1775, pp. 359-383. Sul commercio e sul riscatto degli schiavi cristiani cfr., invece, C. MANCA, *Il modello di sviluppo economico delle città marittime barbaresche dopo Lepanto*, Napoli, 1982, p. 95 ss.

⁴ Citazioni tratte dal *Progetto formato in dicembre 1777 dal Capitano guardacoste Porcile in seguito ai discorsi avuti con la Segreteria di Guerra relativamente all'idea di stabilire la pace coi barbareschi*, AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1.

sti previsti per la stipulazione degli accordi di pace – accanto al pagamento di una cospicua somma iniziale, difatti, era previsto l'invio annuale di denari o doni preziosi – nonché le possibili contestazioni da parte della Santa Sede e degli ecclesiastici dell'isola. Non del tutto in linea con gli obblighi scaturenti dal riconoscimento del sovrano come Gran Maestro dell'ordine dei Santi Maurizio e Lazzaro e con il contenuto delle bolle della crociata e del sussidio ecclesiastico, oltre che con il pagamento del donativo, l'intesa con i barbareschi rischiava di apparire in contrasto con il dovere di difendere la purezza della fede⁵. C'è da considerare, inoltre, che quella proposta non era nuova nemmeno per il capitano Porcile, il quale aveva promosso in più occasioni l'idea della stipulazione di un'intesa con le reggenze barbaresche, con le quali era entrato in contatto in occasione dei suoi ripetuti viaggi in Oriente⁶.

La formalizzazione degli accordi con il Levante si sarebbe ottenuta solo nel 1816, grazie all'intermediazione dell'Inghilterra e dopo che la Casa sabauda – acquisite Genova e la Liguria – avrebbe finalmente avuto una flotta navale⁷. È certo,

⁵ Sul punto cfr. *infra*.

⁶ Risulta, infatti, che il capitano Porcile si fosse fatto promotore della pace con i barbareschi nel 1766, nel 1770 e nel 1776 (la proposta del 1776, rivisitata, sarebbe poi stata tramutata in quella del 1777). Sulle perplessità manifestate dal viceré Vittorio Lodovico d'Hallot Des Hayes in ordine al progetto del 1770, cfr. la *Copia del dispaccio del viceré alla Segreteria di guerra del 30 novembre 1770*, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 296, e il dispaccio del 9 gennaio 1771, *ivi*, vol. 37.

⁷ Cfr. i *Trattati di pace ed amicizia conclusi tra Sua Maestà il Re di Sardegna e le Reggenze di Algeri, Tunisi e Tripoli colle dichiarazioni dei Bey di Tunisi, e Tripoli* (1816), in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche (1572-1846), m. 1 da inventariare, e in ASC, Atti governativi e amministrativi, vol. XIII, n. 937. Risale al 1816 anche il *Regolamento di SM per la Marina Mercantile* (Torino, 9 marzo 1816), *ivi*, n. 932, nel quale si legge che l'«armamento» della Marina Militare, costituiva l'unico mezzo ... convenevole a procurar[e] con dette Potenze [barbaresche] la pace, principale oggetto delle paterne nostre cure». C'è da rilevare, inoltre, che le clausole dei trattati del 1816 – su cui cfr. M. CASSETTI, *Rapporti tra il Regno di Sardegna e la Porta Ottomana (1815-1825)*, Torino, 2015, e *Id.*, *Trattato di amicizia e di commercio tra il Regno di Sardegna e la Porta Ottomana*, in *Il Regno sardo dalla Restaurazione al Mediterraneo 1815-2015*, a cura di E. GAUTIER DI CONFIEGNO, B. TARICCO, Roma, 2017, pp. 201-212 – era-

però, che il frutto dell'intensa attività di studio di quegli anni, raccolta dall'importante produzione di relazioni e documenti oggi custoditi in diversi fondi degli Archivi di Stato di Torino e di Cagliari, rappresenta una fonte preziosa per ripensare alle ragioni che permisero alla proposta del Porcile di fare finalmente breccia nell'*entourage* sabauda e di quelle che allora impedirono la sottoscrizione della pace tanto agognata o ne consigliarono il rinvio a momenti più opportuni. Giova rilevare sin da ora che le tre motivazioni sopra indicate rappresentano solo in estrema sintesi i temi allora in discussione e che sulla mancata attuazione dell'impresa influirono anche elementi contingenti, interni ed esterni. Oltre alla carestia che si abbatté sull'isola negli anni 1779-80, difatti, c'è da considerare che la stipulazione della pace con i barbareschi non richiamava l'attenzione delle sole potenze direttamente coinvolte, ossia la Casa sabauda e le reggenze. Al contrario, essa interessava, almeno di riflesso, anche gli Stati che si affacciavano sul Mediterraneo e quelli che nel *Mare nostrum* coltivavano interessi di natura commerciale. Anzi, si può rilevare sin da ora che a segnare la fortuna del progetto furono soprattutto i timori delle ripercussioni della pace sulla politica estera della Casa sabauda e le difficoltà nel relazionarsi con soggetti per i quali – come nel caso delle reggenze del Nordafrica – era dubbia la collocazione all'interno o all'esterno del perimetro del diritto delle genti.

no pensate per rispondere a meri obiettivi di navigazione e di commercio; esse non contenevano, perciò, la previsione di disposizioni dirette alla cessazione della guerra di corsa. Ciò a differenza di quanto era stato previsto nella primavera del 1813, allorché si era lavorato alla stesura di *Progetto di pacificazione tra la Sardegna e Tunisi* per la cessazione delle ostilità con i barbareschi e la restituzione degli schiavi (in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 2). Come è noto, con la sottoscrizione dei trattati del 1816 non cessarono le ostilità dei barbareschi. Il tema è affrontato, dal punto di vista del regno di Napoli, da A. CILENTO, *Il governo delle Due Sicilie alla ricerca di una pace stabile con le reggenze barbaresche (1799-1816)*, in *Africa. Rivista trimestrale di studi e documentazione dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*, 24, 1, 1969, p. 59 ss., e T. FILESI, *Un secolo di rapporti tra Napoli e Tripoli: 1734-1835*, Napoli, 1983, p. 142 ss.

Naturalmente, prima di affrontare tali temi, è opportuno ripercorrere le fasi salienti del lungo studio condotto nel capoluogo isolano e nella capitale sabauda⁸.

2. *L'ostinata ricerca della pace: la regìa del viceré Lascaris*

Fu con tutta probabilità l'incontro torinese tra il capitano Porcile e il ministro Giovanni Andrea Giacinto Chiavarina, reggente della Segreteria della guerra e marina, a segnare l'iniziale fortuna della proposta, se non altro perché il documento consegnato all'amministrazione sabauda appariva concertato con il «buon esecutore di ordini»⁹. Non pienamente convinto dell'opportunità di dare seguito alla «ribattuta idea» del guardiacoste¹⁰, l'8 aprile 1778 questi invitava il viceré Giuseppe Lascaris della Rocchetta, nell'isola dall'autunno del 1777, a esprimersi sul progetto¹¹. Apprezzate le ricadute anche sotto il

⁸ Una complessiva ricostruzione delle diverse fasi di studio del progetto del 1777 e dei suoi sviluppi nei primi anni Ottanta del Settecento si deve a B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., pp. 1-102, il quale riporta, nell'ampia *Appendice*, il testo delle principali fonti. Di qualche interesse sono anche i saggi invecchiati di E. BUSSI, *Relazioni della Spagna e della Sardegna con le reggenze africane negli anni 1778-1783*, in *Oriente Moderno*, 22, 7, 1942, pp. 261-268 (anche in *Studi economico-giuridici, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, XXXV, 1952, pp. 71-81), e L. BULFERRETTI, *Progetti settecenteschi per il potenziamento del traffico marittimo della Sardegna*, in *La Sardegna nel Risorgimento. Antologia di scritti storici*, a cura del Comitato sardo per le celebrazioni del centenario dell'Unità, premessa di P. DETTORI, Sassari, 1962, p. 40 ss. Il tema è trattato in parte anche da G. PUDDU, *Il commercio marittimo del regno di Sardegna nel Settecento. Riformismo e restaurazione sabauda*, Cagliari, 2010, pp. 43-53.

⁹ Sul Chiavarina cfr. I. RICCI MASSABÒ, *Chiavarina Giovanni Andrea Giacinto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 24, Roma, 1980, pp. 630-632 (da cui è tratta la citazione) e G. RICUPERATI, *Il Settecento*, in P. MERLIN ET ALII, *Il Piemonte sabauda. Stato e territori in età moderna*, Torino, 1994, ad indicem.

¹⁰ Cfr. il dispaccio del Chiavarina al Lascaris dell'8 aprile 1778, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 212.

¹¹ Sul viceré che aveva lavorato a stretto gomito con il ministro Giambattista Lorenzo Bogino, cfr. E. STUMPO, *Castellar Giuseppe Vincenzo Francesco Maria Lascaris conte di*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 21, Roma, 1978, pp. 649-652. Sul Bogino, ministro a capo della Segreteria della guerra e

profilo del potenziamento dei traffici marittimi di Nizza, Oneglia e Loano, l'*alter ego* era particolarmente colpito dal tempismo della proposta. Il recente conflitto scoppiato tra l'Inghilterra e la Francia creava, a suo parere, le condizioni atte a permettere al re di Sardegna di ottenere finalmente uno spazio riconosciuto nel Mediterraneo. Fondamentale era sotto tale profilo il diradamento dei traffici commerciali dell'Inghilterra e della Francia e forse anche della Spagna e dell'Olanda, dato che circolava già la notizia del loro imminente schieramento contro la Gran Bretagna.

Pronta a scommettere sulla buona riuscita del progetto, la giunta riunitasi riservatamente a Cagliari sotto la presidenza del Lascaris, pensava già alle vendite di «sale, e vini di Sardegna» con il Levante e all'acquisto di «lane, cera, grani, ed altri generi ad uso massime degli Stati di terraferma», tutte merci che si acquistavano altrove «a caro prezzo di seconda, e terza mano»¹². Quanto ai vincoli determinati dal contenuto delle bolle emanate da Gregorio XIII nel 1572 e 1573¹³, la giunta non aveva riscontrato particolari problemi. Essa riteneva, anzi, che l'obbligo di respingere «quosvis haereticorum et infidelium impetus»¹⁴ non comportasse quello di fare la guerra o di

marina che dal 1759 si occupò anche della Sardegna, e sulla cd. età boginiana cfr. G. RICUPERATI, *Il Settecento*, cit., p. 550 ss.

¹² *Risultato della giunta viceregia* (10 giugno 1778), in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e in B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 2, pp. 111-119. Il consesso era composto dal viceré, dal reggente la Reale Cancelleria, dal generale delle armi e dall'intendente generale.

¹³ Sulle bolle istitutive dell'ordine dei Santi Maurizio e Lazzaro e sul prestigio che ne era derivato al sovrano cfr. A. MERLOTTI, *Un sistema degli onori europeo per Casa Savoia? I primi anni dell'Ordine dei Santi Maurizio e Lazzaro (1573-1604)*, in *Rivista storica italiana*, CXIV, 2002, p. 479 ss.; ID., *I Savoia: una dinastia europea in Italia, in I Savoia. I secoli d'oro di una dinastia europea*, a cura di W. BARBERIS, Torino, 2007, pp. 117-119; P. COZZO, *La Chiesa e gli Ordini cavallereschi. Dimensione religiosa e risvolti istituzionali tra età moderna e contemporanea*, in *Cavalieri: dai Templari a Napoleone*, a cura di A. BARBERO, A. MERLOTTI, Milano, 2009, pp. 163-173.

¹⁴ Cfr. il *Risultato della giunta viceregia* (10 giugno 1778), in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1, a cui si rinvia anche per le principali informazioni in ordine alle bolle della crociata e del sussidio ecclesiastico e al pagamento del donativo.

mantenerla viva a ogni costo; il che valeva in buona parte anche per la bolla della crociata, per il sussidio ecclesiastico e per il pagamento del donativo. In tutti i casi, difatti, non era previsto che le guerre fossero da intendere in «senso materiale, e poco coerente con lo spirito pacifico della Chiesa»; semmai, l'obbligo di reagire a protezione della fede cristiana entrava in gioco nel caso in cui fossero stati «infett[at]i i nostri lidi»¹⁵. Il rischio di revisioni *in peius* delle bolle pontificie e l'eventuale riduzione dell'importo corrisposto a titolo di donativo non costituiva, dunque, un vero ostacolo. Lo avrebbero confermato di lì a poco anche gli arcivescovi di Cagliari e di Oristano¹⁶.

Proposto come frutto di un'iniziativa regia, il progetto aveva poi suscitato – se si escludono le posizioni dell'arcivescovo di Sassari e del capitolo turritano¹⁷ – un diffuso entusiasmo anche tra i rappresentanti dei bracci del Parlamento e i diversi commercianti, offertisi di contribuire alle spese¹⁸. Decisamente meno entusiastiche erano però le valutazioni torinesi, almeno sino all'autunno del 1778, allorché il sovrano cominciò a mostrare un vivo interesse per l'andamento dei lavori¹⁹.

Sull'utilizzo dei proventi della bolla della crociata nel primo cinquantennio sabaudo si rinvia a C. PILLAI, *La bolla della Crociata nel primo periodo della presenza sabauda in Sardegna (1720-79)*, in *Gli anni Santi nella storia*, a cura di L. D'ARIENZO, Atti del Congresso internazionale (Cagliari, 16-19 ottobre 1999), Cagliari, 2000, pp. 609-620.

¹⁵ Citazioni tratte dal *Risultato della giunta viceregia* (10 giugno 1778), in AST, Materie politiche, Negoziamenti colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1.

¹⁶ *Parere teologico-morale degli Arcivescovi di Cagliari e di Oristano sopra il piano loro comunicato di pace, o tregua del Regno di Sardegna con le potenze barbaresche di Algeri, Tunisi e Tripoli*, in AST, Materie politiche, Negoziamenti colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 3, pp. 120-122.

¹⁷ *Parere dell'Arcivescovo di Sassari*, in AST, Materie politiche, Negoziamenti colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 4, pp. 123-130.

¹⁸ In AST, Materie politiche, Negoziamenti colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 2.

¹⁹ Il 21 ottobre 1778, ad esempio, Chiavarina comunicava con proprio dispaccio al Lascaris che il sovrano attendeva con ansia di conoscere gli ulterio-

Le pressioni e le lusinghe del Lascaris, fermamente convinto dell'importanza di dare corso alla proposta presentata dal capitano Porcile e adoperatosi per il suo sviluppo, avevano probabilmente colpito nel segno. Infastidito dalle lungaggini di una farraginoso procedura che a più riprese coinvolgeva – oltre alle Segreterie della guerra e marina, degli esteri e degli interni – anche i principali organi di governo, il viceré sollecitava a più riprese la celere conclusione «dell'affare»²⁰. D'altro canto, se i ritardi nella realizzazione di «un'opera utile al pubblico» erano sempre dannosi, lo erano ancor di più quando si rischiava di veder sfuggire il momento propizio della «guerra co' fatti dichiarata tra le potenze marittime più rispettabili»²¹. Il buon esito dell'impresa dipendeva – egli lo aveva chiarito bene – soprattutto dal «numero dei bastimenti d'altra bandiera» che solcavano le acque del Mediterraneo²². Così, l'invio della bozza di un *Promemoria* l'11 novembre 1778 contenente l'indicazione delle spese necessarie al finanziamento della pace, poi rivisto il 18 dicembre dello stesso anno, gli offriva l'occasione per insorgere contro l'elefantina procedura. Bisognava evitare il coinvolgimento in ogni fase della discussione di tutti i «Corpi o Aziende ... interessate»: l'isola attendeva con ansia il giorno della sottoscrizione della pace, risultava fortemente auspiato da chi, come lui, viveva in una «Città marittima»²³ e aveva piena contezza dei tanti problemi riconducibili al pericolo dei barbareschi.

ri sviluppi del «progetto di pace colle Reggenze Affricane» (in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 211).

²⁰ Dispaccio viceregio per gli affari di guerra dell'11 novembre 1778, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 399 (le stesse considerazioni si trovano espresse nel dispaccio del 18 dicembre 1778, *ibidem*). Sul funzionamento dei principali organi di governo durante il Settecento cfr. G. RICUPERATI, *Gli strumenti dell'assolutismo sabaudo: Segreterie di Stato e Consiglio delle Finanze nel XVIII secolo*, ora in Id., *Le avventure di uno Stato bene amministrato. Rappresentazioni e realtà nello spazio sabaudo tra Ancien Régime e Rivoluzione*, Torino, 1994, pp. 57-134, e Id., *Il Settecento*, cit., p. 515 ss.

²¹ Dispaccio viceregio per gli affari di guerra dell'11 novembre 1778, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 399.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

3. *La Sardegna e le potenze di «prim'ordine». Lo scetticismo torinese*

Divenuto sovrintendente degli Archivi regi, Giovanni Andrea Giacinto Chiavarina terminava il 24 agosto 1779 la stesura dell'imponente *Relazione del Progetto di pace*²⁴. Necessità e utilità dell'amicizia, procedure per ottenerla e mezzi per mantenerla, fonti da cui ricavare le necessarie risorse, condizioni e modalità delle trattative, nonché provvedimenti da assumere costituivano l'ossatura di un'analisi decisamente articolata. Ormai la rottura tra Inghilterra, Spagna e Olanda che aveva «accalora[t]o ... l'Autore della Relazione»²⁵ si era consumata e forse era possibile immaginare l'esito finale dei conflitti anche in ragione delle forze navali schierate e delle strategie messe in campo. Nel nuovo contesto, prendevano consistenza i dubbi sulla convenienza dell'onerosa pace, che – non a caso – era stata ritenuta «impresa ardita e pericolosa» in «tutti i tempi»²⁶. Anche secondo Chiavarina le possibili contestazioni di Roma e degli ecclesiastici non costituivano un serio ostacolo. D'altronde, la guerra dei barbareschi ormai non era

²⁴ *Relazione del Progetto di pace coi Barbareschi stata intrapresa da SE il Signor Conte e Commendatore Chiavarina di Rubiana Presidente Capo e Sovrintendente dei Regi Archivi, pendente l'esercizio del precedente suo impiego di primo Segretario di guerra e dopo il di lui passaggio ai Regi Archivi, riassunta e terminata ad istanza della Segreteria di Guerra, cui la rimise sotto li 24 agosto 1779, senza che più si trovasse in tal tempo ad avere le carte relative alla stessa Relazione, rimaste presso detta Segreteria*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e *ivi*, Sardegna, Materie politiche, cat. 6, m. 2/1. La stesura della relazione segnava anche la ripresa dei lavori dopo una breve sospensione temporale in cui si era tentato di concludere l'accordo di pace attraverso l'intermediazione dell'ammiraglio del bey di Tunisi e del governatore di Porto Farina (Ghar El Melh), accidentalmente sbarcati a Cagliari il 18 gennaio 1779 (cfr. sul punto B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., pp. 33-37). È appena il caso di ricordare che, in qualità di sovrintendente agli Archivi regi, Chiavarina si pronunciò a favore della tesi dell'origine sassone della Casa sabauda, da tempo circolante, ma contestata da Ludovico Antonio Muratori, come spiega I. RICCI MASSABÒ, *Chiavarina Giovanni Andrea Giacinto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 24, Roma, 1980, pp. 630-632.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

«propriamente una guerra di Religione, ma una guerra di interesse, e di rubberia»²⁷, alimentata dalle prospettive di vendita degli schiavi, come aveva osservato la giunta cagliaritano oltre un anno prima²⁸.

Dalla Segreteria degli esteri retta da Carlo Baldassarre Francesco Perrone di San Martino provenivano, invece, nel mese di settembre del 1779 le *Reflexions sur l'état envoyé de Sardaigne*²⁹, stese, con tutta probabilità, già prima di aver ricevuto dalla Segreteria di guerra e marina tutta la documentazione sino ad allora prodotta unitamente a un'ampia sintesi ragionata sui futuri passi da compiere³⁰. Preoccupato soprattutto della redazione di un piano di spese che non lasciasse

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. *supra*, nota 12.

²⁹ Le *Reflexions sur l'État de Sardaigne*. 1° *Des dépenses quel on sera obligé de faire pour conclure la paix avec les Barbaresques, et pour l'entretenir*. 2° *Des fonds destinés à fournir a ces dépenses*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 (è presente in più copie) e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 8, pp. 147-157 (sulla datazione del documento cfr. *ivi*, p. 32, nota 8). Sul Perrone cfr. G. RICUPERATI, *Il Settecento*, cit., in part. p. 618 ss. Ai dubbi sollevati dall'autore delle *Reflexions*, avrebbe replicato il viceré Lascaris negli *Éclairissement relatifs aux reflexions qu'on a fait sur l'états des dépenses nécessaires pour faire la paix avec les Barbaresques*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 10, pp. 165-169 (il testo è stato attribuito al Lascaris da Bruno Manca).

³⁰ La sintesi di cui si tratta reca il titolo di *Relazione del progetto di pace co' Barbareschi* o – se si tiene conto del titolo interno – di *Relazione di quanto fra la Segreteria di Guerra, ed il Viceré di Sardegna si è scritto ed operato per la Pace co' Barbareschi, e di quanto resta ancora a deliberare ed operare sullo stesso oggetto*, (6 settembre 1779), in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1. C'è da considerare, inoltre, che l'avvocato Vincenzo Grella, impiegato nei Regi Archivi in qualità di assistente dell'avvocato Michele Antonio Gazano, aveva terminato il 18 ottobre 1779 la stesura di una memoria in cui, accanto al contenuto delle principali clausole dei trattati sottoscritti tra le potenze europee e i barbareschi, erano riportate ampie riflessioni in ordine ai «maneggi», alle «spese ed altre più interessanti circostanze in riguardo alle massime, ai buoni e cattivi effetti, che hanno [= avevano] prodotto, ed alla fede con cui furono osservati»). In AST, Politico, Negoziazioni colla Porta Ottomana e Potenze Barbaresche, m. 1 da inventariare e *ivi*, Sardegna, Materie politiche, cat. 6, m. 2/1, vi è traccia

spazio a imprevisti, il giudizio della Segreteria degli esteri risentiva della pesante carestia appena abbattutasi sull'isola, in conseguenza della quale lo scenario interno era fortemente mutato. Decisamente *tranchant* era stata, poi, l'analisi compiuta tra il 1778 e il 1779 da Filippo Francesco Ferrero della Marmora, ex viceré di Sardegna e ora Gran Mastro della Casa Reale. Messe a nudo le «numerose, e ... considerevoli difficoltà», egli invitava a non farsi abbagliare dalla «favorevolissima immagine», trasmessa dalla «parola di Pace per sé sola, ed intesa in opposizione a quella di guerra», specie se si consideravano i «numerosi e gravi danni, ... e quasi giunti all'eccesso», generati da una «guerra interminabile cominciata da più secoli»³¹. Tuttavia, le perplessità maggiori riguardavano, più che gli aspetti finanziari, il «merito estrinseco» del progetto, ossia la «generale convenienza rispetto al Governo, e [... i] riflessi politici» che ne sarebbero scaturiti³². Egli riconosceva che l'amicizia col Levante avrebbe potuto consentire di sviluppare di importanti commerci marittimi e magari di approfittare del mercato «terrestre richissimo, e forse non inferiore all'altro»³³. C'era da considerare, tuttavia, che quei mercati erano coltivati da «parecchie nazioni» e principalmente dagli «Inglese, Francesi ed Olandesi», i quali – per «l'attenzione, l'antivedenza, e lo spirito di gelosia che accompagnano il commercio» – non sarebbero certamente rimasti a guardare, dopo aver visto minacciati «di botto» i propri interessi³⁴. Inoltre, bisognava aspettarsi che coloro che erano «in guerra coi Barbareschi, cioè [i] Napolitani, Siciliani, Papalini, e Genovesi», facessero un «gran romore», dato che la pace con la Casa sabauda avrebbe fornito ai barbareschi un'ottima occasione per

di altri studi sul tenore delle clausole dei trattati stipulati tra gli Stati europei, da un lato, e Algeri, Tripoli e Tusini, dall'altro.

³¹ *Relazione del Conte della Marmora, 1778-79*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 9, pp. 158-164 (sulla datazione del documento cfr. *ivi*, pp. 31-32, nota 7).

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

«approssimarsi alle loro aque» e per minacciarli³⁵. Forti perplessità erano state espresse anche dal congresso riunitosi il 26 e 27 febbraio 1780 alla presenza delle principali cariche dello Stato³⁶. In questo caso, però, i maggiori dubbi – radicati al punto tale da non essere scalfiti nemmeno dalla posizione possibilista assunta dal ministro Carlo Ignazio Corte, primo segretario degli interni – riguardavano essenzialmente l'impegno economico³⁷. D'altronde, l'exasperazione per la carenza del grano aveva raggiunto livelli critici, come avrebbero dimostrato i violenti tumulti annonari, scoppiati a Sassari nella primavera del 1780³⁸.

La battuta finale spettava naturalmente al sovrano dopo aver acquisito i pareri dell'intendente e del Consiglio delle Finanze³⁹. Amico di Prospero Balbo⁴⁰, il ministro delle finanze Gian Francesco Galeani Napione di Cocconato richiamava l'attenzione sulle «gravissime difficoltà» da affrontare «nel conchiuder[e la pace], nel farla osservare, nelle [sue] conseguenze» in un corposo e dotto documento⁴¹.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Parere del Congresso sovra il progetto della pace co' Barbareschi*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 12, pp. 180-185.

³⁷ Su Carlo Ignazio Corte cfr. A. RUATA, *Corte Carlo Giuseppe Ignazio Maria Corte*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 29, Roma, 1983, pp. 694-695 e G. RICUPERATI, *Il Settecento*, cit., *ad indicem*.

³⁸ Sui fatti del 1780 cfr. F. LODDO CANEPA, *La Sardegna dal 1478 al 1793*, II, cit., pp. 380-383 e C. SOLE, *La Sardegna sabauda nel Settecento*, Sassari, 1984, p. 155 ss.

³⁹ Esso era composto dal primo presidente della Camera dei Conti, dal segretario della Guerra, dal generale delle Finanze, dal controllore generale, dal contadore generale, dagli intendenti responsabili delle Aziende.

⁴⁰ Sul punto cfr. G. RICUPERATI, *Il Settecento*, cit., pp. 640-641. Sul ministro sabauda cfr. O. BERGO, *Galeani Napione di Cocconato Gian Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 51, Roma, 1998, pp. 384-387.

⁴¹ Cfr. le *Osservazioni intorno al Progetto di Pace tra SM e le Potenze Barbaresche* e il *Ristretto delle Osservazioni intorno al Progetto di Pace co' Barbareschi del Conte Gian Francesco Galeani Napione*, entrambi in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 (il *Ristretto delle osservazioni* può essere letto anche in B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 11, pp. 170-179). Galeani Napione distingueva le «difficoltà morali» in «meramen-

Sicuro anch'egli che «la Francia, l'Inghilterra e le altre potenze marittime di primo ordine» si sarebbero adoperate per «frastornar la conclusione» della pace con i barbareschi⁴², egli faceva intendere che essa era fuori dalla portata della Casa sabauda. Non c'era da stupirsi allora se tali trattati erano stati conclusi – se si tralasciava il caso particolare di Venezia – da potenze «marittime di prim'ordine»⁴³. Far cessare la guerra di corsa era certamente un obiettivo importante da raggiungere. Bisognava, però, evitare di trattare la pace con Costantinopoli e con le reggenze anche attraverso canali segreti, conformemente a quanto era stato proposto dal Lascaris⁴⁴, per puntare verso la creazione di una confederazione «difensiva, e marittima» tra le potenze d'Italia⁴⁵. Galeani Napione pensa-

te morali, e morali miste di riguardi economici». Le prime riguardavano essenzialmente la «questione» in sé della «pace co' Maomettani» e quella relativa agli «obblighi» provenienti dal «Gran Magistero della Religione de' Santi Maurizio e Lazzaro»; le altre interessavano gli aspetti prettamente economici, ossia «il prodotto che ricava[va] il Regio Patrimonio dalla distribuzione delle Bolle della Crociata, [da]i Brevi per lo Donativo Ecclesiastico, e per lo sussidio». Ai «Teologi» spettava stabilire «se corr[esse] obbligo a cristiani di difendere la propria religione colla forza dell'armi e se la vera legge dell'Evangelio non abbia [= avesse] in ciò massime diverse dalla falsa dell'Alcorano»; al governo spettavano, invece, le decisioni relative alla convenienza della pace.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. il dispaccio del viceré Lascaris del 20 novembre 1778, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 399 e la *Copia di dispaccio di SE il Sig. Viceré Conte Lascaris alla Segreteria di guerra in data Cagliari li 18 dicembre 1778*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1.

⁴⁵ Cfr. le *Osservazioni intorno al Progetto di Pace tra SM e le Potenze Barbaresche* e il *Ristretto delle Osservazioni intorno al Progetto di Pace co' Barbareschi del Conte Gian Francesco Galeani Napione*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1. Alla proposta del 1780 seguì da parte di Galeani Napione quella, differente, prospettata ne *l'Idea di una confederazione delle Potenze d'Italia* (1791), stesa su incarico del conte Joseph-François Perret di Hauteville, reggente degli esteri, subentrato al Perrone di San Martino (il testo è stato pubblicato, con le annotazioni aggiunte nel 1792, da N. BIANCHI, *Storia della monarchia piemontese dal 1773 al 1861*, III, Torino, 1879, pp. 527-548). Nell'*Idea di una confederazione delle potenze d'Italia* Galeani Napione avrebbe incitato alla costituzione di una lega, asserendo che gli Stati di mediocre grandezza avrebbero finalmente potuto godere di «tutti i vantaggi propri dei grandi imperi» e

va, dunque, a estirpare il «male alla radice», così da assicurare «meglio il commercio della Sardegna, e la Pesca de' Tonni, e de' Coralli» senza ripercussioni sulla «bilancia di Europa»⁴⁶. Ampio e generale, tale obiettivo induceva a ritenere che «tutte le Potenze marittime d'Italia» avrebbero potuto riunire le proprie forze navali, in maniera da intraprendere «congiuntamente la negoziazione della pace» e stabilire «un sistema inalterabile di marineria militare» per assicurare la «puntuale osservanza» dei trattati⁴⁷. La confederazione a cui egli pensava, inoltre, non avrebbe suscitato la «gelosia delle Corti stesse della Cristianità», dal momento che non avrebbe creato antagonismi con gli inglesi, i francesi e gli olandesi, tutti «bastantemente occupati altrove»⁴⁸.

Nel *Parere del Congresso sovra il progetto della pace co' Barbareschi* del 22 luglio 1780, l'attenzione del Consiglio delle finanze si era concentrata prevalentemente sulle «difficoltà ... morali» riconducibili alla presenza delle «Apostoliche disposizioni per la Religione de' Santi Maurizio e Lazzaro, d[e]i Brevi del Donativo e sussidio Ecclesiastico e d[e]lle Bolle della Crociata»⁴⁹. Nel documento erano analizzati rigorosamente anche gli aspetti finanziari, tanto che Giuseppe Ruffinotto di Cocconito e Montiglio, primo segretario di guerra, non era riuscito a far passare l'idea che non si potesse «arrestare un'operazione ... d'una utilità pubblica così rilevante» per ragioni di

che l'«Italia difesa per mare» sarebbe finalmente stata «chiusa agli stranieri» (citazione tratta da W. MATURI, *Risorgimento*, in *Dizionario di politica*, a cura del PARTITO NAZIONALE FASCISTA, IV, Roma, 1940, p. 67, ora in Id., *Storia e storiografia*, a cura di M.L. SALVADORI, N. TRANFAGLIA, Torino, 2004, p. 197). Sugli obiettivi di tale proposta cfr. G. RICUPERATI, *Gli strumenti dell'assolutismo sabauda*, cit., pp. 95-96).

⁴⁶ Cfr. le *Osservazioni intorno al Progetto di Pace tra SM e le Potenze Barbaresche*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. il *Parere del Congresso sovra il progetto della pace co' Barbareschi*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 12, pp. 180-185.

natura prettamente economica⁵⁰. Alla fine era prevalsa l'idea che le attuali condizioni della Sardegna non permettevano di concludere la pace, anche perché non si sarebbero potuti ottenere gli auspicati «copiosi segnalati vantaggi»⁵¹. Nel documento affioravano però prepotentemente anche i temi cruciali che erano stati già messi in evidenza specialmente da Ferrero della Marmora e da Galeani Napione. Si tratta delle «gelosie» delle altre potenze per eventuali intese con i «fallaci amici» e dell'inopportunità delle trattative con il Levante per gli Stati che non potevano vantare il «diritto, e [il] possesso di dominar i mari»⁵², anche a causa della mancanza di una flotta navale, indispensabile per garantire il rispetto delle clausole pattuite.

Il giudizio espresso da Galeani Napione e dal Congresso naturalmente non lasciò indifferente il sovrano, il quale laconicamente arrivò alla conclusione che non era «tempo opportuno di pensare alla Pace»⁵³.

L'ostinata ricerca di un'intesa aveva portato in quegli anni a seguire anche strade collaterali. Dopo che il Marocco aveva dichiarato nel 1778 di voler mantenere rapporti di pace con «todas la potencias del Mundo» a esclusione della nemica Russia e di aprire i propri porti ai bastimenti battenti bandiera «Russa, Alemana, Prussiana, Hungara, Napolitana, Sar-da, Toscana, Genovesa, Maltesa, Americana»⁵⁴, si era sperato in un avvicinamento anche alle reggenze. Conseguito nel 1781 un accordo di pace col Marocco senza il ricorso a particolari formalità e senza l'invio di denari o di doni⁵⁵, si lavo-

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ È quanto si legge nella copertina del documento (in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1).

⁵⁴ Citazioni tratte da B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., p. 69.

⁵⁵ All'accordo di pace con il Marocco pensava da tempo anche il Lascaris, come si trae dal dispaccio del 20 novembre 1778, in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 399.

rò per un'intesa con Algeri⁵⁶ sino a quando, nel dicembre del 1785, i rappresentanti dei bracci del Parlamento dichiararono di non essere in grado di far fronte ai pesanti contributi loro richiesti⁵⁷. Rispolverata nel 1786, in conseguenza dell'offerta proveniente da un intermediario di Algeri, Joseph Caudier⁵⁸, l'idea della pace fu quasi subito accantonata: si era saputo, infatti, che questi era personalmente interessato alla conclusione dell'accordo. Per la stessa ragione qualche anno prima si era lasciata cadere nel vuoto l'analogo proposta presentata nel 1781 da Abraham De Luna per le tre reggenze⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. i documenti custoditi in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 e in ASC, Segreteria di Stato, serie II, vol. 2. Nelle trattative per l'intesa con la reggenza di Algeri si pensava di impiegare «Monsieur le Comte Porcile».

⁵⁷ Cfr. il *Risultato di Giunta degli Stamenti riguardante la contribuzione per la trattativa di pace della Reggenza di Algeri, i regali ed altri accessori* (22 dicembre 1785), in AST, Sardegna, Materie politiche, cat. 6, m. 2/1. Considerata «la convenienza e quasi necessità di far detta pace», i rappresentanti degli Stamenti dichiararono l'«assoluta impossibilità di far fronte» all'esborso immediato di 400 scudi o di altra somma inferiore e si rendevano disponibili a contribuire, ove possibile, entro il limite di 15 mila scudi per il rinnovo annuo della pace.

⁵⁸ Cfr. il *Progetto d'un Trattato di Pace tra la Corte di Torino e quella d'Algeri presentato a SM dal Capitano Giuseppe Caudier marsigliese, già Direttore Generale dell'Arsenale e della Real Marina del predetto Regno d'Algeri (1786)*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 (riprodotto in parte in B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 30, pp. 215-217).

⁵⁹ Cfr. la *Memoria del Perrone al di Masino* (2 settembre 1781), in ASC, Segreteria di Stato, serie I, vol. 51, la *Copia di lettera di S.E. il Sig. Viceré all'Ambasciatore di Tripoli Abraham De Luca (Tunisi) in data 5 ottobre 1781* e la *Copia d'articolo di Dispaccio di SE il Sig. Viceré Conte di Masino a SE il Sig. Conte Corte in data Cagliari li 5 ottobre 1781*, in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. 1 (anche in B. Manca, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., *Appendice*, documento n. 23, pp. 200-201). Sul De Luna e sul suo personale coinvolgimento cfr. B. MANCA, *Gli Stati del Maghrib e la politica estera*, cit., p. 77.

4. *L'utilità e l'opportunità. Le ragioni economiche e politiche, interne ed esterne*

La lunga istruttoria condotta tra la fine del 1777 e l'estate del 1780 non era, dunque, servita a fugare i tanti dubbi sull'utilità anche indiretta e sull'opportunità politica della stipulazione della pace⁶⁰. Quelle valutazioni, riassunte in un complessivo giudizio in ordine alla convenienza o meno dell'operazione, riguardavano piani intrinsecamente connessi, ma differenti quanto a natura e portata. Il primo era più direttamente legato all'ambito interno, l'altro a quello extrastatale. In linea con i dettami della prudenza, a prevalere erano state essenzialmente le questioni che avevano rilevanza esterna. Ciò conferma non solo che spesso la «realità internazionale» ha accompagnato e «condizionato le vicende interne» degli Stati⁶¹, ma che – al netto dell'aggravarsi della situazione economica dell'isola con la carestia del 1779-80 – i problemi di natura economico-finanziaria probabilmente non sarebbero apparsi insormontabili, se vi fossero state serie prospettive di realizzazione della pace. Naturalmente essa doveva essere stabile e generale – e perciò sottoscritta, benché separatamente, dalle tre reggenze e magari anche dalla Sublime Porta – e avere un impatto ridotto nell'ambito delle relazioni estere. Particolarmente spinose, le valutazioni relative alla sfera esterna non riguardavano poi tanto i rapporti con Roma, quanto piuttosto le relazioni con le potenze europee – come dimostrano l'insistente evocazione delle gelosie degli Stati di prim'ordine e il timore delle loro interferenze, non solo nella fase delle trattative – e la capacità di dialogo tra la Casa sabauda e le reggenze.

Indice di una rivalità consapevolmente legata alla percezione della propria superiorità, la gelosia, lo aveva spiegato Montesquieu ne *L'esprit des lois*, era elemento comune alle

⁶⁰ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Torino, 1965², I, l. XX, c. VI, p. 534, ad esempio, considerava che «non soltanto un commercio che non rende nulla può essere utile», ma che poteva essere fruttuoso anche «un commercio svantaggioso».

⁶¹ E. DI NOLFO, *Prima lezione di storia delle relazioni internazionali*, Roma-Bari, 2006, p. 29.

nazioni dedite al commercio, pronte a tutelare ogni attività intrapresa e a sgomberare, quando possibile, il campo, da potenziali concorrenti. Portate a lamentarsi assai di «più per la prosperità delle altre» che a rallegrarsi per la propria⁶², esse nutrivano un «numero prodigioso di piccoli interessi particolari», ragion per cui potevano colpire ed «essere colpit[e] in una infinità di maniere»⁶³. Nel nostro caso, la convinzione di poter dominare il mare – o se vogliamo la *mari dominandi libido* di cui parlava il giurista tedesco Johann Gottfried Heinecke⁶⁴ – si traduceva in una «naturale fierezza» che sfociava nella convinzione di poter «recare offesa ovunque» e di poter interferire liberamente «negli affari dei vicini»⁶⁵. D'altronde, come insegnava il barone Jakob Friedrich Freiherr von Bielfeld nelle *Institutions politiques* (1760) – un'opera citata anche da Galeani Napione⁶⁶ – il *système politique*, che orientava le modalità con cui i soggetti del *jus gentium* si approcciavano, risentiva della commisurazione della propria e dell'altrui *puissance*⁶⁷. In altre parole, la condotta dei diversi Stati era frutto di valutazioni che tenevano conto, in termini relativi, delle «qualités et propriétés» necessarie a ottenere rispetto, a difendersi e a far valere propri diritti e proprie pretese⁶⁸.

Pensare alle difficoltà della stipulazione della pace e a intromissioni esterne rappresentava, dunque, la lampante manifestazione di una realistica valutazione delle forze politiche ed economiche in gioco. D'altra parte, la Casa sabauda rientrava – sempre secondo Bielfeld – nella terza classe delle po-

⁶² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., I, l. XIX, c. XVII, p. 517.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ J.G. HEINECKE, *De navibus ob vecturam vitatarum mercium commissis. Exercitatio VIII*, in *Id.*, *Operae ad universam iuris prudentiam, philosophiam et litteras humaniores*, II, Genevae, 1746, § 1, p. 311.

⁶⁵ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., I, l. XIX, c. XVII, p. 518.

⁶⁶ Nelle *Osservazioni intorno al Progetto di Pace tra SM e le Potenze Barbaresche*, in AST, *Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche*, m. 1, Galeani Napione dimostrava di non essersi limitato alla lettura della sola parte dedicata ai barbareschi (cfr. J.F. FREIHERR VON BIELFELD, *Institutions politiques*, I, À Leida, 1767, c. XV, § 24, p. 632).

⁶⁷ *Ivi*, II, À Leida, 1767, p. 148.

⁶⁸ *Ivi*, p. 161.

tenze europee⁶⁹: erano quelle che per entrare in guerra erano tenute a stipulare una lega o ricevere sussidi e fare nuove leve e quelle che avevano un territorio di ridotte dimensioni, oppure un numero non cospicuo di abitanti, di entrate o di altre qualità essenziali.

La considerazione della forza esterna incideva naturalmente anche sulla libertà del mare, espressione che storicamente è in grado di rappresentare le «questioni marittime fondamentali, di un'epoca determinata»⁷⁰ e che nel nostro caso allude alla regolamentazione delle diverse libertà in conflitto, implicite nello sfruttamento delle rotte marittime a fini commerciali e nella possibilità di trarvi ingenti guadagni. Se il sistema politico di ogni Stato era commisurato alle *puissances* nei rapporti *vis-à-vis*, altrettanto può dirsi delle strategie adottate nell'ambito del quadro internazionale, con l'ulteriore complicazione che in questo caso era necessario prevedere quali sarebbero stati i piani e quali le risposte politiche dei potentati e delle alleanze tra loro o contro di loro.

La paura di compromettere relazioni, intese e occasioni di accrescimento territoriale ed economico rappresentava la cifra della politica torinese, dopo che l'accordo franco-austriaco del 1756 aveva provocato il cd. rovesciamento delle alleanze⁷¹. Rifugiatasi nella strategia dell'apparente immobilismo, la Casa sabauda – soffocata nel Mediterraneo dai Borboni di Spagna, di Toscana, di Napoli e di una Francia rafforzatasi con l'acquisto della Corsica⁷² – si sentiva stretta in una «tenaglia,

⁶⁹ *Ivi*, pp. 160-161.

⁷⁰ Citazione tratta da G.A. ROSSO, *La libertà del mare nella storia del diritto delle genti*, in *Supplemento della Rivista Marittima*, XLII, XI, 1909, p. 3.

⁷¹ Sui delicati equilibri europei del Settecento e sul rovesciamento delle alleanze cfr. G. GALASSO, *Storia d'Europa. 2. Età moderna*, Roma-Bari 1996, p. 174 ss. Cfr., inoltre S. PERINI, *L'equilibrio europeo e il problema italiano visti dalla diplomazia veneziana durante la guerra dei Sette anni*, in *Atti dell'Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Classe di scienze morali ed arti*, CLVI, 1997-1998, pp. 495-525.

⁷² Sulle preoccupazioni espresse da Torino per la presa di possesso francese della Corsica cfr. C. STORRS, *La politica internazionale e gli equilibri continentali*, in *I Savoia. I secoli d'oro di una dinastia europea*, cit., p. 30.

pronta a rinchiudersi ... al primo movimento»⁷³. L'apprensione generata dalle ambizioni della Francia e dell'Austria, pronte a estendersi a suo detrimento, aveva spinto il governo di Torino a celare le simpatie per l'Inghilterra e per la Prussia⁷⁴, pur essendo pronta ad approfittare di ogni buona occasione per rafforzare la propria posizione⁷⁵. D'altronde, l'ingrandimento rimaneva lo scopo primario della politica sabauda.

Le ripercussioni mediterranee della rivoluzione americana avevano aperto uno spiraglio. Pareva possibile guadagnare un piccolo spazio con occasioni di crescita tra le potenze a vocazione marittima. Tra l'altro, nemmeno la sostanziale fine della guerra di indipendenza, formalizzata nel 1783, aveva permesso alla Casa sabauda di sentirsi maggiormente libera nei movimenti⁷⁶. Anzi, proprio la crisi orientale del 1778-1783 suggeriva di attendere nella speranza di trarre profitto dai nuovi assetti europei. In effetti, poi, in quegli anni Torino sperava di riuscire a scambiare la Sardegna con territori contigui agli Stati di terraferma, come aveva cercato di fare nel

⁷³ Citazione tratta da F. COGNASSO, *I Savoia nella politica europea*, Milano, 1941, p. 239.

⁷⁴ Sui rapporti tra l'Inghilterra e la Casa sabauda – unica Corte italiana che sino agli anni Cinquanta del Settecento aveva tenuto relazioni diplomatiche stabili con Londra – cfr. E. GENTA TERNAVASIO, *Principi e regole internazionali tra forza e costume: le relazioni anglosabaude nelle prima metà del Settecento*, Napoli, 2004, e ID., *Diplomazia sabauda e Mediterraneo*, in *Il Regno Sardo dalla Restaurazione al Mediterraneo*, cit., pp. 38-39.

⁷⁵ Sulla progettata alleanza politica e militare tra Torino e la Prussia cfr. L. BULFERETTI, *Le relazioni diplomatiche tra lo Stato sabauda e la Prussia durante il Regno di Vittorio Amedeo III*, estratto dall'*Annuario 1939-41 del Regio Istituto Storico Italiano per l'età moderna e contemporanea*, pp. 1-124.

⁷⁶ Nelle istruzioni date nel 1783 al marchese Alessio San Martino Provana di Parella, inviato straordinario e ministro plenipotenziario a Pietroburgo si ricordava ancora che «il perno costante della politica della Reale Casa di Savoia» era stato quello «della rivalità tra Austria e Francia» e che dopo il trattato di Versailles del 1756 ci si era dovuti attenere alla più stretta neutralità (le citazioni sono tratte da N. BIANCHI, *Storia della monarchia piemontese dal 1773 al 1861*, I, Torino, 1877, pp. 572-573). Per una sintesi sugli equilibri e sulle egemonie nel Mediterraneo durante il Settecento cfr. F. CANALE CAMA, D. CASANOVA, R.M. DELLI QUADRI, *Storia del Mediterraneo moderno e contemporaneo*, nuova ed. aggiornata, dir. L. MASCELLI MIGLIORINI, Napoli, 2017, p. 137 ss.

1784 con l'Austria⁷⁷. Erano ragioni che avevano spinto Vittorio Amedeo III – assieme al rifiuto dell'Inghilterra di aderire alla lega della neutralità armata promossa nel 1780 da Caterina II⁷⁸ – a non schierarsi, da neutrale, con i neutrali. D'altra parte, il re sabaudo poteva far valere la scarsa rilevanza della propria flotta marittima.

Uomo dalla spiccata sensibilità per la politica, Lascaris aveva creduto possibile conquistare una fetta di mercato grazie a un'azione lampo. Certo, si trattava di una smagliatura nella strategia dell'«apparente impassibilità»⁷⁹. Tuttavia, se si considerava che con la fine della guerra di corsa la Sardegna avrebbe potuto supplire alla riduzione dei commerci tenuti dalle principali potenze marittime impegnate nei conflitti, c'erano margini per ritenere che la stipulazione della pace non sarebbe dispiaciuta neanche alla Francia e all'Inghilterra. I loro traffici sarebbero, difatti, stati curati da uno Stato, la cui *puissance* non destava particolari preoccupazioni. Ciò poteva far pensare che esse non avrebbero avuto ragione di lamentarsi.

Le cose, però, andarono diversamente. Davanti alla complessità dei problemi e degli interessi in gioco, probabilmente, non ci si era sentiti pronti a intraprendere un'operazione che presentava un alto grado di rischio senza un'approfondita e corale istruttoria, necessaria a ottenere una più accurata valutazione e una più ampia distribuzione delle responsabilità. Per le ragioni già viste poi nel 1780 l'idea della stipulazione della pace non fu abbandonata, ma rinviata, come si evince dall'insistente ricerca dell'amicizia negli anni successivi.

Il riassetto dei vertici dell'amministrazione sabauda operato nel 1773 da Vittorio Amedeo III con la sostituzione del Bogino e dei ministri nominati dal padre, Carlo Emanuele III,

⁷⁷ L. BULFERETTI, *Un progetto di baratto della Sardegna durante il regno di Vittorio Amedeo III*, in *Archivio storico sardo*, XXIV, 1954, pp. 225-236.

⁷⁸ Sulla lega della neutralità armata cfr. C. SOLE, *La neutralità marittima nella storia moderna d'Europa*, estr. da *Studi sassaresi*, XXVIII, 1959, p. 70 ss.

⁷⁹ Citazione tratta da F. COGNASSO, *I Savoia nella politica europea*, cit., p. 239.

ebbe sicuramente un posto di rilievo anche nella storia delle decisioni assunte in merito al progetto di pace⁸⁰. C'è, tuttavia, da rilevare, che esse risentirono anche di valutazioni altrettanto rilevanti che investivano l'ambito giuridico: quello del diritto delle genti. I giudizi espressi sull'inadeguata capacità di dialogo tra la Casa sabauda e le reggenze e sulla loro scarsa affidabilità ci portano a tener conto del tema della soggettività dei barbareschi, a partire dall'ambigua posizione assunta dalle reggenze rispetto alla Sublime Porta e alle potenze europee.

È su questi aspetti che conviene ora concentrare la nostra attenzione.

5. *Parola d'ordine: «liberare il mare dalle catene». Domenico Albeto Azuni, il diritto delle genti e la soggettività dei barbareschi*

Formalmente sottoposte all'autorità della Sublime Porta, Algeri, Tripoli e Tunisi erano riuscite a porsi come effettive interlocutrici delle principali potenze europee in virtù della sottoscrizione di numerosi trattati di pace e di amicizia⁸¹. Deprecati da chi, come Ludovico Antonio Muratori⁸², ricollega-

⁸⁰ Sulla sostituzione dei principali ministri di Carlo Emanuele III da parte del neo re Vittorio Amedeo III e sui suoi effetti cfr. G. RICUPERATI, *Il Settecento*, cit., p. 592 ss.

⁸¹ In molti casi dunque la guerra di corsa rappresentò l'occasione per un avvicinamento dell'Occidente all'Oriente, come sottolinea, tra gli altri, D. PANZAC, *Le corsaires barbaresques. La fin d'une épopée 1800-1820*, Paris, 1999, p. 23 ss.

⁸² L.A. MURATORI, *Annali d'Italia dal principio dell'era volgare sino all'anno 1749*, VII, Prato, 1869, p. 108, scriveva: «Sempre sarà (non si può tacere) vergogna de i potentati della Cristianità sì Cattolici che Protestanti, il vedere che in vece di unir le lor forze per ischiantar, come potrebbero, que' nidi di scellerati corsari, vanno di tanto in tanto a mendicar da essi con preghiere e regali, per non dire con tributi, la loro amistà, che poscia alle pruove si truova sovente inclinare alla perfidia. [...P]erché non volgere quell'armi contro i nemici del nome cristiano, turbatori continui della quiete e del commercio del Mediterraneo? Di più non ne dico, perché so che parlo al vento». La presa di posizione di Muratori è ricordata anche da S. BONO, *I corsari barbareschi*, cit., pp. 56-57.

va i deleteri effetti sui commerci nel Mediterraneo all'amici-
zia prezzolata dei barbareschi, quegli accordi risultavano van-
taggiosi di fatto per gli Stati più potenti. Come aveva spiega-
to l'abbé de Mably, a subire gli effetti della guerra di corsa –
in buona parte finanziata con i denari versati dalle principali
potenze – erano soprattutto gli Stati privi di risorse idonee a
stipulare e a far rispettare la pace con le reggenze⁸³. Difatti,
mentre le «grandes Puissances» erano raramente attaccate⁸⁴,
le altre dovevano scegliere se rinunciare alle proprie imprese
o consegnare una parte dei propri guadagni alle «nations dont
ils frètent les vaisseaux, et dont ils empruntent le pavillon»⁸⁵.

Che di fatto le reggenze non necessitassero di una legitti-
mazione formale era stato riconosciuto anche dai ministri sa-
baudi, tra i quali tuttavia prevaleva l'idea che fosse opportuno
sottoscrivere un accordo preliminare con la Sublime Porta, in
modo da avere maggiori garanzie sul mantenimento degli ac-
cordi. Impensieriva il carattere temporaneo dell'investitura di
chi, a capo delle reggenze, come il *dey* e il *bey*, poteva disconoscere gli accordi assunti da altri⁸⁶. Se poi realisticamente Ga-
leani Napione aveva escluso che la Turchia si sarebbe assun-
ta l'onere di far osservare la pace, l'avvallo della Sublime Por-
ta avrebbe potuto consentire di ottenere vantaggi di altro tipo,

⁸³ G. BONNOT DE MABLY, *Droit public de l'Europe*, in ID., *Oeuvres complètes*, XI, À Paris, 1794, c. V, p. 100. Su Mably cfr. B. BADESVANT-GAUDEMET, *Mably Gabriel Bonnot de*, in *Dictionnaire historique des juristes français XX^e-XX^e siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, Paris, 2007², pp. 683-684.

⁸⁴ G. BONNOT DE MABLY, *Droit public de l'Europe*, cit., p. 100.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Nel Promemoria riguardante la pace co' Barbareschi rimessa alla corte con dispaccio militare particolare* [del Porcile] (26 marzo 1779), in AST, Materie politiche, Negoziazioni colla Porta Ottomana, Turchia e Potenze Barbaresche, m. I. Sui vantaggi tratti dalle reggenze in conseguenza dello sfruttamento delle rotte del Mediterraneo resta fondamentale il volume di F. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, Torino, 1986 (trad. de *La Méditerranée et le Monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, 1949). Sulle reggenze in età moderna e sui rapporti tra queste e l'Europa cfr. anche S. BONO, *I corsari barbareschi*, cit., pp. 32-66. Sul tema cfr. anche P. SOAVE, *La rivoluzione americana nel Mediterraneo: prove di politica di potenza e declino delle reggenze barbaresche (1795-1816)*, Milano, 2004.

come aveva spiegato sempre Mably, allorché aveva chiarito che, in caso di contestazioni con le potenze europee, gli accordi con il gran signore sarebbero serviti a evitare che Costantinopoli prendesse le difese dei barbareschi⁸⁷. Stare dalla parte delle reggenze sarebbe, infatti, tornato utile al sovrano turco per estendere il proprio potere.

Resta da comprendere se alla soggettività conquistata di fatto dalle reggenze corrispondesse il riconoscimento della titolarità *juris gentium*. D'altro canto, determinare se i barbareschi fossero o meno soggetti del diritto delle genti aveva conseguenze notevoli sotto il profilo della sottoscrizione e della tutela degli accordi. Nello stesso tempo essa serviva a determinare se la guerra di corsa praticata dai barbareschi fosse legittima e se le reggenze rappresentassero giusti nemici. A illuminarci sul punto è la questione, tutt'altro che nominale, della definizione dei barbareschi come pirati o come corsari.

Poco dopo la metà degli anni Ottanta dell'Ottocento, il tema era stato affrontato dal giurista sassarese Domenico Alberto Azuni⁸⁸. Allora giudice del Consolato di commercio a Nizza, egli si batteva per un uso rigoroso dei due termini. Così, nella voce *Pirata, pirateria e corsaro* del *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile* (1786-1788) egli se la prendeva con chi «favellava da filosofo», come avevano fatto Mably nel *Droit public de Europe* (1748) e l'«eruditissimo» Ferdinando Galiani nel *De' doveri de' Principi neutrali verso i Principi guerreggianti* (1782)⁸⁹. Pur partendo

⁸⁷ G. BONNOT DE MABLY, *Droit public de l'Europe*, cit., p. 99.

⁸⁸ D.A. AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, III, In Nizza, 1788, pp. 290-296. Sulla vita di Azuni, sulla produzione e sul suo apporto scientifico cfr. L. BERLINGUER, *Domenico Alberto Azuni giurista e politico (1749-1827). Un contributo bio-bibliografico*, Milano, 1966 e Id., *Azuni Domenico Alberto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, dirr. I. BIROCCHI ET ALII, Bologna, 2013, pp. 132-135. Si segnala che la copia dell'atto di nomina di Azuni come *juge légal du Magistrat du Consolat de Commerce* è custodita nel fondo 1 B 159 degli *Archives départementales* di Nizza.

⁸⁹ Su Galiani cfr. S. DE MAJO, *Galiani Ferdinando*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 51, Roma, 1998, pp. 456-465, e F. DI DONATO, S. SCOGNAMILIO, *Galiani Ferdinando*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., pp. 933-935.

da una corretta definizione, essi erano arrivati a stigmatizzare la guerra di corsa praticata dalle «colte nazioni», ritenendola contraria «all'umanità, alla ragione del pubblico bene, ed allo Stato»⁹⁰. L'identità dell'«oggetto» – «quello di depredare le navi» in mare aperto⁹¹ – celava, infatti, un'abissale differenza. I pirati «scorreva[no] i mari senza commissione, o patenti d'alcun Principe, o Stato Sovrano» e depredavano «qualunque nave ... incontrata» per «propria, e privata autorità»⁹². Gli altri «armava[no] una, o più navi ... contro i nemici dello Stato, previa un'autentica permissione, o patente del proprio Sovrano»⁹³. In sintesi, i pirati operavano «contro la legge universale delle società», erano *hostes communis omnium* e, a differenza dei corsari, non potevano legittimamente «appropriarsi dei beni» presi in mare⁹⁴. Tra le righe si comprendeva che né la guerra, né la pace con i barbareschi erano tali per il diritto delle genti. Si tratta di idee che egli avrebbe affermato con maggior forza nelle opere successive.

Nel *Sistema universale dei principi del diritto marittimo dell'Europa* (1795-1796), l'opera dedicata ai «diritti de' Popoli relativamente al commercio marittimo»⁹⁵, stesa dopo aver lasciato Nizza in conseguenza dell'occupazione francese del 1792, Azuni avrebbe stigmatizzato le «continue piraterie» che avevano permesso alle reggenze di conquistare una «specie d'imperio sul Mediterraneo [...] depredando indistintamente ogni nave ... e riducendo in ischiavitù gli equipaggi de' ba-

⁹⁰ D.A. AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, III, cit., *Pirata, pirateria e corsaro*, p. 291.

⁹¹ *Ibidem*. Per un inquadramento storico del reato di pirateria cfr. L. MARINI, *Pirateria marittima e diritto internazionale*, Torino 2016, p. 2 ss., mentre per un'efficace sintesi sul diritto di predare e sulla regolamentazione da esso ricevuta nel Regno di Napoli durante il Settecento cfr. F. MASTROBERTI, *La transizione dall'antico al nuovo diritto nel Regno di Napoli. Momenti e letture*, Bari, 2022, pp. 47-66.

⁹² D.A. AZUNI, *Dizionario universale ragionato*, cit., p. 290.

⁹³ *Ivi*, p. 292.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ D.A. AZUNI, *Sistema universale dei principi del diritto marittimo dell'Europa*, I, Firenze, 1796, *Discorso preliminare*, p. 21. L'opera, pubblicata anche a New York nel 1806, apparve con ampie rivisitazioni in lingua francese sotto il titolo *Droit maritime de l'Europe*.

stimenti d'ogni nazione»⁹⁶. Nelle *Recherches pour servir à l'histoire de la piraterie* (1816) egli, invece, aveva voluto riflettere sulle cause che avevano portato al progredire infausto dei barbareschi e sull'inutilità degli esperimenti compiuti per mettere fine alle loro angherie, come comprovavano i recenti episodi che avevano riguardato Nizza nel 1814, Villafranca e Carloforte nel 1815⁹⁷. Nel libretto scritto quando, dopo la stipulazione degli accordi di Vienna, l'Europa pareva «inondata di opuscoli, scritti, articoli di gazzette contro le Reggenze barbaresche»⁹⁸ e prima del bombardamento di Algeri da parte della squadra comandata da Lord Exmouth, Azuni spiegava che per liberare il mare dalle catene era necessario dare vita a una lega. La «destruction de la Piraterie» e l'«extirpation totale des Pirates barbaresques» rappresentavano obiettivi che non potevano essere raggiunti attraverso mere azioni singole; per questa ragione bisognava pensare ad attività coordinate sotto un'unione di forze⁹⁹. La lega a cui egli pensava – guidata dall'Inghilterra, «Gardienne des libertés générales de l'Europe et la Patrone du genre humain»¹⁰⁰ – non avrebbe generato malumori tra le potenze europee, chiamate a difendere l'imprescrittibile diritto di libertà del mare, poiché non sarebbero stati difesi gli interessi dei soli popoli ambiziosi. Così, quel testo non pri-

⁹⁶ D.A. AZUNI, *Sistema universale dei principi del diritto marittimo*, II, cit., § 7, p. 114.

⁹⁷ *Ibidem*. Sulle razzie barbaresche degli anni 1814-15, oltre che sul clamoroso attacco a Carloforte del 1798, cfr. M. ORTOLANI, *Une menace pour le commerce niçois: la présence barbaresque et son règlement diplomatique au début du XIX^e siècle*, in *Nice Historique*, 2017, 1-2, pp. 63-86 e Id., *Des étrangers perçus comme une menace. La question barbaresque dans les États de Savoie et son règlement diplomatique au début du XIX^e siècle*, in *L'intégration des étrangers et des migrants dans les États de Savoie depuis l'époque moderne*, sous la direction de M. ORTOLANI, K. DEHARBE, O. VERNIER, Colloque international de Turin (Pridaës XI), Nice, 2019, pp. 275-295.

⁹⁸ Citazione tratta dal testo anonimo dal titolo *I Barbareschi e i Cristiani*, Ginevra, 1822, p. 7. Sul problema della pirateria durante e dopo il Congresso di Vienna, cfr. T. FILESI, *Un secolo di rapporti tra Napoli e Tripoli: 1734-1835*, cit., p. 142 ss.

⁹⁹ D.A. AZUNI, *Recherches pour servir à l'histoire de la piraterie avec un précis des moyens propres à l'extirpation des Pirates Barbaresques*, À Gênes, 1816, *Aux Puissances Maritimes*, s.n.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 119 (il corsivo è dell'Autore).

vo di errori grossolani¹⁰¹, assumeva la coloritura di «una spontanea e generosa missione ... a favore dell'umanità»¹⁰², benché lo sguardo di Azuni fosse rivolto alla Sardegna, a Nizza e alla Liguria, recentemente entrata a far parte dei domini sabaudi.

Largamente circolante anche all'interno dell'*entourage* di governo, l'idea di dare vita a una lega per combattere i barbareschi rispondeva per Azuni fundamentalmente all'esigenza di affermare il mutato orientamento del diritto delle genti. Recuperato da Emer de Vattel il principio secondo cui le nazioni erano tenute a cooperare in difesa del sommo criterio della giustizia¹⁰³, egli si faceva promotore della salvaguardia delle leggi della società umana, affermando che non era più tempo di assistere impunemente alle violazioni delle invalicabili norme del diritto naturale. Quella di Azuni non era una battaglia solitaria. Prima di lui lo stesso Vattel aveva collocato i barbareschi fuori dal *jus gentium* in ragione della contrarietà delle loro azioni ai principi generali del diritto delle genti¹⁰⁴. Ciò spiega perché ne *Les droit des gens* (1758), troviamo affermato in più luoghi che era brigante chi diffondeva il terrore in mare o in terra con il mero scopo di fare razzia di beni o di catturare schiavi. Le norme stabilite dal *droit des gens* per le *guerres en forme* – rimedio estremo, esperibile dai legittimi Stati contro

¹⁰¹ S. COCCO SOLINAS, *Domenico Alberto Azuni e la pirateria*, in D.A. AZUNI, *Intorno alla pirateria, Stato naturale dell'uomo, opere tradotte dal francese per cura di S. Cocco Solinas*, Sassari, 1892, p. 6.

¹⁰² L'espressione è di P. TOLA, *Vita di Domenico Alberto Azuni scritta in occasione dell'inaugurazione del monumento pubblico eretogli in Sassari il XIII agosto 1862*, Genova, 1862, p. 26.

¹⁰³ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Washington D.C., 1916 [= 1758], *Préliminaires*, § 22, p. 12): «Les lois de la Société naturelle sont d'une telle importance au salut de tous les États, que si l'on s'accoutumoit à les soules aus piedx, aucun Peuple ne pourroit se flatter de se conserver et d'être tranquille chés-lui».

¹⁰⁴ È appena il caso di considerare che, poco più di un decennio prima di Azuni, M.-A. BOUCHAUD, *Théorie des traités de commerce entre les nations*, À Paris, 1777, p. 78, aveva invitato a considerare «les Africains» come pirati in quanto nemici del commercio. Su Bouchaud, collaboratore dell'*Encyclopédie* cfr. F.A. KAFKER, *Notices sur les auteurs des dix-sept volumes de «discours» de l'Encyclopédie*, in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 7, 1989, p. 131.

«l'injustice obstinée» di altri Stati¹⁰⁵ – niente avevano a che fare con la situazione di chi attaccava le navi «sans aucun sujet apparent», se non quello della sete di bottino¹⁰⁶. Collocati fuori dal diritto delle genti, i barbareschi erano nemici del genere umano, con la conseguenza che le Nazioni – anche cristiane¹⁰⁷ – avevano il diritto di associarsi (di «se liguer») e di procedere al loro annientamento¹⁰⁸.

Di differente avviso era stato Cornelius Bynkershoek¹⁰⁹, il quale, interrogatosi sulla qualità degli algerini, dei tripolitani e dei tunisini, non dubitava affatto che essi dovessero essere considerati come corsari. D'altronde, non erano pirati coloro che aveva dato vita a organizzazioni politiche stabilmente stanziate *in certam sedem* e dotate di *imperium*¹¹⁰. In ogni caso, poi, i trattati stipulati con diverse potenze e le pubbliche trattative per il riscatto degli schiavi – condotte anche dai Paesi Bassi – dimostravano chiaramente che i barbareschi erano in grado di concepire e mantenere relazioni di pace e di guerra¹¹¹. Il fatto che essi agissero più ingiustamente di altri non aveva rilievo sotto il profilo del *jus gentium*, come aveva rilevato nel *De jure civitatis* il giurista olandese Hulrich Hüber¹¹². Bynkershoek riconosceva, tuttavia, che non tutti consideravano i barbareschi come giusti nemici: questo era il caso, ad esempio, degli spagnoli. Tale opinione non esprimeva però un convincimento generale¹¹³.

¹⁰⁵ E. DE VATEL, *Le droit des gens*, cit., l. III, c. IV, §§ 67-68, pp. 55-56.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ivi*, c. IV, §§ 67-68, pp. 55-56.

¹⁰⁸ *Ivi*, c. VI, § 78, p. 313.

¹⁰⁹ Sul Bynkershoek cfr. K. AKASHI, *Cornelius van Bynkershoek. His role in the history of international law*, The Hague-London-Boston, 1998.

¹¹⁰ C. BYNKERSHOEK, *Questiones juris publici*, in *Id.*, *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1767, l. I, c. 17, pp. 222-223 (per la traduzione in francese cfr. *Id.*, *Les deux livres des Questions de droit public*, traduction, introduction et notes de D. GAURIER, Limoges, 2010, l. I, c. XVII, p. 175).

¹¹¹ C. BYNKERSHOEK, *Quaestiones juris publici*, cit., p. 223.

¹¹² H. HÜBER, *De jure civitatis, editio plus tertia parte nova*, Franequerae, 1684, l. III, c. XVIII, § 11, p. 607.

¹¹³ C. BYNKERSHOEK, *Quaestiones juris publici*, cit., p. 223, scriveva: «Hispani sorte illos Barbaros justorum hostiam numero non habent, sed, quamvis id verum sit, extra Hispaniam tamen porrigere non licet».

Ripensando poco prima della metà dell'Ottocento alle parole di Bynkershoek, Jean-Félicité-Théodore Ortolan – luogotenente di vascello dalla riconosciuta competenza nel diritto marittimo – avrebbe ammesso che la condizione dei barbareschi non poteva essere assimilata a quella dei «pirates errants sur les mers, dénués de toute nationalité, sans territoire et sans demeure fixes»¹¹⁴. Nonostante ciò, egli era certo che «les attaques de ces Barbaresques contre tous les navires de la chrétienté, sans distinction de l'état de guerre ou de l'état de paix» e contro «toutes les règles du droit des gens» costituissero veri e propri «actes de depredation»: i barbareschi erano «pirates»¹¹⁵. Era stata la «rivalité jalouse» delle «nations les unes envers les autres» a far sì che le maggiori «puissances de l'Europe» avessero reso tributo ai barbareschi, pur di non rischiare di veder ingrandite le altre potenze¹¹⁶.

¹¹⁴ J.-F.-T. ORTOLAN, *Règles internationales et diplomatie de la mer*, I, Paris, 1845, p. 272.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 273.

GIUSEPPINA DE GIUDICI, Il Mediterraneo da conquistare. Vittorio Amedeo III e la ricerca di una «perpetua e duratura pace» con le reggenze barbaresche (1777-1786)

Scongiorare i pericoli provenienti dal mare attraverso la stipulazione di accordi di pace con Algeri, Tunisi e Tripoli fu un obiettivo accarezzato più volte dalla Casa sabauda, interessata a trarre profitto dalla fortunata posizione geografica della Sardegna. Tuttavia la questione divenne oggetto di una lunga e accurata analisi, ricostruibile attraverso la corposa documentazione conservata negli Archivi di Stato di Cagliari e di Torino, solo nel 1777. La formalizzazione degli accordi con il Levante si sarebbe ottenuta solo nel 1816 grazie all'intermediazione dell'Inghilterra e dopo che la Casa sabauda – acquisite Genova e la Liguria – avrebbe finalmente avuto una flotta navale. Lo studio condotto in quegli anni costituisce una fonte preziosa per conoscere le ragioni che allora fecero sperare nella conclusione della pace e di quelle che ne suggerirono il rinvio. Si può anticipare che a segnare le sorti del progetto furono soprattutto i timori delle ripercussioni della pace sulla politica estera della Casa sabauda e la difficoltà di relazionarsi con soggetti di cui era dubbia – come nel caso delle reggenze del Nordafrica – la collocazione all'interno o all'esterno del perimetro del diritto delle genti.

Parole chiave: guerra di corsa, diritto delle genti, pirati barbareschi.

GIUSEPPINA DE GIUDICI, The Mediterranean to be conquered: Victor Amadeus III and the quest for a «perpetual and lasting peace» with the barbary regencies (1777–1786)

Preventing maritime threats through the negotiation of peace agreements with Algiers, Tunis, and Tripoli was an objective frequently pursued by the House of Savoy, drawn by the prospect of leveraging Sardinia's strategic geographical position. However, it was only starting in 1777 that the matter underwent a detailed and systematic analysis, as evidenced by the extensive documentation preserved in the State Archives of Cagliari and Turin. The formalization of agreements with the Levant was achieved only in 1816, facilitated by British mediation and after the House of Savoy – having annexed Genoa and Liguria – secured a naval fleet. Nevertheless, the studies conducted during those years remain a valuable resource for under-

Abstract

standing the reasons that nurtured hopes for peace, as well as those that prompted its postponement. From the outset, the fate of the project was shaped above all by concerns over the potential repercussions of peace on the House of Savoy's foreign policy and by the difficulties of engaging with entities such as the North African regencies, whose standing within or outside the framework of international law remained uncertain.

Key words: corsair warfare, law of nations, barbary pirates.

Laura De Gregorio

LAICO O RELIGIOSO? RIFLESSIONI SUL CENSIMENTO CANADESE DEL 2021*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dal *British North America Act* (1867) al *Constitution Act* (1982). – 3. *Freedom of conscience, religion, belief*. – 4. Laico o religioso? – 5. Mosaico.

1. *Premessa*

Secondo il documento *The Canadian census. A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity*¹ – pubblicato nel 2022 e relativo al censimento del 2021 – sarebbero presenti in Canada più di 450 differenti componenti etniche, culturali, linguistiche e oltre 100 diverse appartenenze religiose. Nel confermare la dimensione multiculturale e la diversità religiosa quali peculiarità del grande Paese nordamericano, il testo offre interessanti spunti di analisi che permettono di indagare e di verificare come e quanto le scelte politiche, costituzionali e giurisprudenziali compiute a partire dagli anni '80 del secolo scorso abbiano contribuito a disegnare la realtà attuale trasformando il Paese delle *Two Solitudes*² in uno Stato che non solo tutela e garantisce a tutti «the freedom of conscience, religion [...] belief», ma altresì promuove «the multicultural heritage of Canadians»³.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Il documento è disponibile sul sito www.statcan.gc.ca.

² È questo il titolo di un notissimo volume di Hugh MacLennan che ben esprime l'iniziale dicotomia canadese: politica (*France-The United Kingdom*), linguistica (*French-English*) giuridica (*Civil Law-Common Law*) e religiosa (*Catholic Church-Protestant Churches*). Cfr. H. MACLENNAN, *Two Solitudes*, Toronto, 2009.

³ Così si esprimono rispettivamente l'art. 1 e l'art. 27 del *Constitution Act* (CA) del 1982. Il testo è disponibile sul sito <https://laws-lois.justice>.

Le note che seguono, ripercorrendo brevemente i passaggi legislativi essenziali e le principali interpretazioni dei giudici (in particolare della Suprema Corte) relativi al diritto di libertà religiosa, formuleranno alcune valutazioni sulla ‘religiosità’ del Paese e sulla sua evoluzione come emergono dalle informazioni e dai dati resi noti con l’ultimo censimento.

2. *Dal British North America Act (1867) al Constitution Act (1982)*

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom: [...]

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America: [...]

Così inizia il preambolo del *British North America Act* (BNA)⁴ approvato dal Parlamento di Westminster il 29 marzo del 1867 che, a metà del XIX secolo, in un periodo di grande fermento internazionale, dava vita non ad un nuovo Stato indipendente e sovrano, ma ad una *Federal Union – Dominion*⁵ – tra alcune province dell’impero britannico (New Brunswick,

gc.ca/eng/const. Utile per un primo studio sul Paese T. GROPPI, *Canada*, Bologna, 2006.

⁴ Il testo del *British North America Act* (BNA) è disponibile sul sito <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const>.

⁵ «The Fathers of Confederation wanted to call the country “the Kingdom of Canada”. The British government was afraid of offending the Americans so it insisted on the Fathers finding another title. They did, from Psalm 72: “He shall have dominion also from sea to sea, and from the river unto the ends of the earth”. It seemed to fit the new nation like the paper on the wall. They explained to Queen Victoria that it was “intended to give dignity” to the Union, and “as a tribute to the monarchical principle which they earnestly desire to uphold”». In questi termini spiega l’origine del vocabolo *Dominion* il documento *How Canadians Govern Themselves* pubblicato dalla Library of Parliament nel 2020.

Nova Scotia, Quebec, Ontario⁶) e la cui nascita veniva solennemente proclamata il 1° luglio 1867 (*Canadian Day*).

Organizzato in 146 articoli suddivisi in 11 capi⁷ il BNA rappresentava la soluzione che le *élites* politiche⁸ avevano ritenuto migliore, o quanto meno più idonea, per superare le difficoltà che quasi un secolo prima l'imporsi definitivo della supremazia inglese su quella francese – ufficialmente sanzionata

⁶ Solo apparente è la contraddizione tra il primo capoverso del preambolo, che fa riferimento alle province di Canada, Nova Scotia e New Brunswick e l'art. 5 del BNA per il quale «Canada shall be divided into four Provinces, named Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick». L'art 6, richiamando sinteticamente gli eventi che caratterizzarono la fine del XVIII secolo e l'inizio di quello successivo, ne spiega infatti il motivo: «The Parts of the Province of Canada (as it exists at the passing of this act) which formerly constituted respectively the Provinces of Upper Canada and Lower Canada shall be deemed to be severed and shall form two separate Provinces. The Part which formerly constituted the Province of Upper Canada shall constitute the Province of Ontario; and the Part which formerly constituted the Province of Lower Canada shall constitute the Province of Quebec». Si veda in questo contributo la nt. 10.

⁷ Precisamente: I *Preliminary*; II *Union*; III *Executive Power*; IV *Legislative Power*; V *Provincial Constitutions*; VI *Distribution of Legislative Powers*; VII *Judicature*; VIII *Revenues; Debts; Assets; Taxation*; IX *Miscellaneous Provisions*; X *Intercolonial Railway*; XI *Admission of Other Colonies*.

⁸ I delegati provinciali presenti alla riunione di Charlottetown (1-9 settembre 1864) e a quella di Quebec (10-27 ottobre 1864) «venivano dagli stessi ambienti sociali, avevano gli stessi interessi, dividevano gli stessi ideali di vita e spesso appartenevano alla medesima professione [...]. Tra loro non vi erano né indiani, né métis, né residenti di origine africana o asiatica, né rappresentanti delle classi inferiori della società di origine europea, né donne». Certo, al tavolo delle trattative avrebbero potuto essere invitati i rappresentanti delle due province della costa del Pacifico – British Columbia e Vancouver Island – tuttavia «il fatto che all'inizio si fosse trattato di una iniziativa di tipo bilaterale tra la provincia del Canada e le province marittime, nonché la successiva rapidità del processo non rese materialmente possibile una loro partecipazione». Quanto alla presenza francocanadese, «innanzitutto va notata l'assenza della minoranza acadiana, segno del suo scarso peso politico nelle province marittime e del disinteresse del Canada est nei loro confronti. Per quanto riguarda i francocanadesi propriamente detti, poiché i delegati votarono per provincia, ma alla provincia del Canada furono concessi due voti, i residenti del Canada est ebbero un peso formalmente identico a quello degli altri delegati provinciali. La loro presenza fu comunque politicamente e socialmente minoritaria»: L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada. Dal primo contatto tra europei e indiani alle nuove influenze nel panorama politico mondiale*, Firenze, 2018, pp. 302-303.

con il Trattato di Parigi del 1763 e con il *Quebec Act* del 1774⁹ – aveva originato. Le scelte in quel frangente compiute e le successive decisioni di dividere e poi di riunire le colonie (ex francesi e inglesi¹⁰) non si erano infatti dimostrate in grado di assicurare la stabilità auspicata (troppo profonde le differenze giuridiche, linguistiche, culturali e non ultime religiose) e avevano convinto Londra ad indirizzarsi verso una opzione di tipo federale. Certo, alla luce degli avvenimenti successivi venne naturale domandarsi se realmente quello del 1867 fosse stato un patto federale come ritenevano di avere stipulato i contemporanei¹¹. Vero è che per oltre un secolo esso permise di assicurare pace e relativa prosperità a quei territori – sia i primi che avevano aderito al *Dominion*, sia gli altri via via aggiuntisi¹² – che solamente alla fine degli anni '70 del secolo successivo ini-

⁹ Con il Trattato di Parigi del 1763 il Canada, l'Illinois e una parte della Louisiana venivano ceduti al Regno Unito lasciando alla Francia alcune basi sia in Louisiana che a Terranova. Il nuovo regime coloniale, definito con il *Quebec Act* del 1774, concedeva il pieno riconoscimento alla Chiesa cattolica – allora ancora illegale sul territorio britannico – reintroduceva il Codice di diritto civile francese – che la proclamazione reale del 1763 aveva sostituito con la *common law* – e assicurava al francese lo status di lingua ufficiale.

¹⁰ Il *Constitutional Act* del 1791 creava due province distinte: l'Alto Canada o *Upper Canada* – a maggioranza inglese e corrispondente all'attuale Ontario – e il Basso Canada o *Lower Canada* – a maggioranza francese e corrispondente all'attuale Quebec. Questa ripartizione, oltre ad accentuare la distanza culturale e giuridica fra le due entità, non risolse le tensioni politiche che culminarono nelle ribellioni armate del 1837 guidate da William Lyon Mackenzie (Alto Canada) e Joseph Papineau (Basso Canada). Nel 1841 si decise così di riunire le due ex province per dare vita ad un'unica provincia unita del Canada. Per un primo approfondimento si rinvia a L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, cit.

¹¹ Nota Massimo Rubboli che «la Confederazione era interpretata in modo diverso: per i francocanadesi era un patto tra due razze che avevano colonizzato una parte del continente nordamericano e fondato una nazione; per i canadesi di estrazione angloceltica, invece, era un accordo politico tra province per difendere la loro indipendenza»: M. RUBBOLI, *Il Canada. Un federalismo imperfetto (1864-1990)*, Firenze, 1992, p. 16.

¹² Tra il 1870 e il 1905 entrarono a far parte della Confederazione con lo status di provincia Manitoba (1870), British Columbia (1871), Prince Edward Island (1873), Alberta e Saskatchewan (1905), Terranova e Labrador (1949); con lo status di territorio Northwest Territories (1870), Yukon (1898), Nunavut (1999).

ziarono a ripensare l'assetto allora raggiunto sollecitati dal referendum promosso dalla provincia del Quebec intenzionata a ridiscutere la sua appartenenza alla Confederazione.

Quale atto del Parlamento britannico – come tale modificabile in ciascuna delle sue parti solo da quest'ultimo¹³ – il BNA disciplinava rispettivamente la forma di Stato (federale) e quella di governo (di tipo parlamentare) della nuova entità politica e definiva le competenze legislative della federazione (art. 91) e delle province (art. 92)¹⁴ rimanendo, invece, silente a proposito dei diritti¹⁵, ciò che spiega, tra l'altro, perché anche sulla libertà religiosa non si trovi nel testo costituzionale alcuna disposizione e neppure alcun riferimento quanto alle relazioni e ai rapporti tra le istituzioni (federali e provinciali) e i gruppi religiosi, più o meno numerosi e noti, ovvero di più antico o più recente insediamento nel Paese.

¹³ Pur trattandosi di una Costituzione flessibile la sua superiorità rispetto alle leggi canadesi era dovuta al carattere di legge imperiale come tale in grado di prevalere sulla legislazione delle singole province in base al *Colonial Laws Validity Act* del 1865.

¹⁴ Il BNA individuava nei ventotto numeri dell'art. 91 e nei diciotto numeri dell'art. 92 le materie rispettivamente di competenza della federazione e delle province (emblematici di questa peculiare ripartizione e d'interesse per il profilo religioso sono il n. 26 dell'art. 91 *Marriage and Divorce* – di competenza federale – e il n. 12 dell'art. 92 *The Solemnization of Marriage in the Province* – di competenza provinciale). Ognuna delle due norme veniva completata da una clausola generale: per la federazione tale clausola precisava che «It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces»; per le province la clausola generale contenuta nell'art. 92 statuiva che «In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated».

¹⁵ L'assenza di un catalogo di diritti (il BNA del 1867 fa un breve cenno a questo tema nell'art. 91 n. 13 che riserva i *Property and Civil Rights* alla competenza delle province) non deve peraltro stupire perché la nuova legge non era una vera e propria Costituzione, ma un atto del Parlamento britannico che definiva il funzionamento di una sua colonia e i limiti della sua capacità di autogoverno. Come tale il BNA garantiva essenzialmente la separazione, anche territoriale, dei poteri disciplinando il riparto di competenze tra centro e periferia.

Un'unica norma offre – in tema di religione – utili informazioni: l'art. 93. Inserito nel paragrafo dedicato all'istruzione e rubricato *Legislation respecting Education*, concretizzava quel compromesso iniziale tra le due componenti fondatrici del Canada (la francese e l'inglese) distinte per lingua, cultura, sistema giuridico, religiosità e tuttavia unite da alcune esigenze comuni: quelle dell'istruzione e più dell'istruzione scolastica – spesso affidata, non a caso, alle confessioni religiose – dei propri giovani fedeli-cittadini¹⁶. Si trattava di esigenze che ovviamente avevano pure altre comunità – in particolare quella ebraica – a cui però quel diritto non venne allora riconosciuto tanto da richiedere l'intervento successivo delle Corti¹⁷. Nell'optare infatti per un sistema di tipo federale, i padri costituenti canadesi avevano assegnato alle province la competenza in materia scolastica riconoscendo, solo in favore dei due gruppi fondatori, garanzie costituzionali che prescindevano dalla suddivisione territoriale e fissando al contempo limiti precisi alla potestà legislativa provinciale. Un primo vincolo – art. 93 c. 1¹⁸ – obbligava le province a rispettare i diritti e i privilegi delle scuole confessionali riconosciuti dalla legge nel loro territorio al momento della costituzione del *Dominion* del Canada; un secondo – art. 93 c. 2¹⁹ – equiparava espressamente poteri, privilegi e doveri dei sudditi cattolici dell'*Upper Canada* a quelli dei sudditi protestanti nel *Lower Canada*. Contro atti del legislatore provinciale lesivi del sistema delineato si prevedeva la possibilità di ricorrere in appello al *Governor*

¹⁶ Si rinvia per un primo studio a L. PALATUCCI, *La disciplina dell'istruzione tra Federazione e Province*, in *Amministrare*, 2002, 1-2, pp. 69-81.

¹⁷ Si veda in proposito la sentenza *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners* [1926] SCR, pp. 246-271. Si veda anche D. FRASER, "Honorary Protestants". *The Jewish School Question in Montreal, 1867-1997*, Toronto, 2015.

¹⁸ «Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union». Art. 93 c. 1 BNA.

¹⁹ «All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and School Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissident Schools of the Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec». Art. 93 c. 2 BNA.

General in Council – art. 93 c. 3²⁰. Infine, qualora non si fosse dato seguito alle decisioni di quest'ultimo, il Parlamento federale – art. 93 c. 4²¹ – avrebbe potuto adottare una *remedial law* al fine di rimuovere gli effetti delle leggi provinciali adottate in violazione delle disposizioni di cui ai commi precedenti.

Ora, come sopra accennato l'assetto costruito dal BNA è rimasto per oltre un secolo essenzialmente immutato. Nel contesto da esso disegnato si inserirà, a partire dal 1875, quella Corte suprema destinata ad assumere nel tempo – specialmente dopo il 1949²² – un ruolo decisivo anche sulle questioni

²⁰ «Where in any Province a System of Separate or Dissident Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any Act or Decision of any Provincial Authority affecting any Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education». Art. 93 c. 3 BNA.

²¹ «In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any Appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this Section». Art. 93 c. 4 BNA.

²² La Corte suprema del Canada non viene istituita con il BNA nel 1867 ma in una fase immediatamente successiva, nel 1875. L'art. 101 del BNA non prevedeva infatti una disciplina apposita per la Corte assegnando al Parlamento la facoltà di provvedere alla costituzione e organizzazione di una Corte generale di appello per tutto il Canada. Ciò si spiega perché nel 1867 già esisteva, di fatto, una Corte di appello di ultimo grado: questo ruolo veniva svolto per tutte le colonie inglesi dal *Privy Council*, organo consultivo composto da membri nominati dal/dalla sovrano/a inglese su proposta del primo ministro. Solo nel 1949 il potere del *Privy Council* quale giudice di appello sarà abolito. Soltanto da tale data la Corte suprema è venuta a porsi al vertice del potere giudiziario canadese configurandosi quale interprete ultimo di tutte le leggi federali e provinciali. A questo proposito è interessante rilevare che la Corte, secondo quanto dispone il *Supreme Court Act* RSC, 1985, c. S-26, è composta da 9 giudici – che durano in carica fino al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età – di cui almeno 3 della provincia del Quebec, laddove gli altri 6 provengono rispettivamente dalla provincia dell'Ontario (3), dalle province dell'Ovest (2) e da quelle dell'Atlantico (1). Quanto alla nomina del *Chief Justice*, vige il principio dell'alternanza tra presidenti francofoni e anglofoni.

religiose. Nel 1960, poi, in un periodo di grande cambiamento in tutto il Paese (soprattutto in Quebec²³) sarà il *Canadian Bill of Rights* ad *aggiungersi* al BNA così sanando il *deficit* sui diritti che la Costituzione del 1867 presentava. Si trattava propriamente di un atto del Parlamento canadese – gerarchicamente subordinato al BNA e modificabile con maggioranze semplici – *For the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* tra le quali, all’art. 1 lett. c, figurava la libertà religiosa²⁴:

It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms namely:

[...]

c) *freedom of religion.*

Cfr. P. McCORMICK, *Supreme at Last: the Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, 2000.

²³ Il decennio che va dal 1957 al 1967 è stato forse uno dei più turbolenti della storia politica canadese con cinque elezioni federali, due cambi di governo e quattro esecutivi di minoranza. Ciò non può essere addebitato semplicemente alla rivalità personale tra il *leader* del partito conservatore John Diefenbaker e quello del partito liberale Lester Pearson, piuttosto deve ascriversi ai profondi mutamenti avvenuti in quegli anni nelle aspirazioni e aspettative della popolazione. In Quebec la situazione si presentava ancora più particolare perché, a partire dagli anni '60, era iniziato un processo di modernizzazione della struttura politica, sociale ed economica che prese il nome di *Révolution tranquille/ Quiet Revolution* e che investì anche l'aspetto religioso con conseguenze profonde per la Chiesa cattolica e il ruolo da essa sempre rivestito nella provincia francofona. Per un primo approfondimento si rinvia a P.A. LINTEAU, R. DUROCHER, J.C. ROBERT, *Histoire du Québec contemporain. De la Confédération à la crise (1867-1929)*, t. I, Montréal, 1989 e a P.A. LINTEAU, R. DUROCHER, J.C. ROBERT, F. RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, t. II, Montréal, 1989; *La Révolution tranquille en héritage*, sous la direction de G. BERTHAUME, C. CORBO, Montréal, 2011.

²⁴ Il *Canadian Bill of Rights* sanciva – oltre al diritto di libertà religiosa – il diritto degli individui alla vita, alla libertà, alla sicurezza personale, al godimento della proprietà e, ancora, i diritti di parola, associazione e riunione e la libertà di stampa, stabilendo, inoltre, che la privazione di questi diritti sarebbe potuta avvenire in seguito ad un *due process of law*.

Composto di 6 articoli, era preceduto da un preambolo che riconosceva la nazione canadese «founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institution» ed affermava che «men and institutions remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law».

La sua approvazione, certamente significativa, ebbe tuttavia un impatto relativo dato che esso si applicava soltanto alla giurisdizione federale e che in genere le Corti tendevano a considerarlo mero canone interpretativo non tale, tuttavia, da assurgere a parametro di legittimità per le leggi federali e provinciali²⁵. A ciò si aggiunge che il Parlamento avrebbe potuto invocare la *clausola notwithstanding*, di cui all'art. 2, per sospendere i diritti in esso tutelati (come accadde nell'ottobre del 1970 in occasione dell'emergenza terroristica in Quebec²⁶).

Dovrà dunque trascorrere ancora un ventennio perché veda la luce un 'nuovo'²⁷ testo costituzionale: quel *Constitution Act* (CA) che segnerà un momento decisivo per il Canada rappresentando la tappa finale del progetto politico che aveva trovato in Pierre Elliott Trudeau il suo ideologo e il suo più strenuo sostenitore e che condurrà – non senza difficoltà²⁸ – il 17

²⁵ Nella storia dell'applicazione del *Bill of Rights* si segnala un unico caso in cui la Corte Suprema dichiara esplicitamente che la contrarietà ad esso di disposizioni legislative determini la nullità di queste ultime: si tratta del caso *Drybones v. The Queen* [1970] SCR, pp. 282-307. Annota Eleonora Ceccherini che «la Corte suprema aveva sempre ribadito che il *Bill of Rights* proteggeva solo i diritti esistenti al momento della sua promulgazione e non poteva essere utilizzato come canone interpretativo in senso dinamico, attento agli sviluppi sociali, politici e storici della società canadese»: E. CECCHERINI, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, in *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, a cura di G. ROLLA, Milano, 2000, p. 45.

²⁶ Cfr. L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, cit. e M. RUBOLI, *Il Canada*, cit.

²⁷ Il CA non abroga il BNA ma lo 'completa', come è specificato nell'introduzione alla versione consolidata di CA e BNA non a caso titolata «The Constitution Acts».

²⁸ Per una prima comprensione del percorso articolato che portò all'approvazione del CA e dell'iniziale difficoltà che la sua applicazione ed attuazio-

aprile del 1982 ad approvare contemporaneamente il *Canada Act* e, appunto, il *Constitution Act* da parte del Parlamento inglese a seguito di una risoluzione del Parlamento di Ottawa²⁹.

Tre gli obiettivi fondamentali che guidavano il *leader* liberale: far cessare sul territorio canadese l'efficacia delle leggi approvate dal Parlamento di Westminster (cd. *Patriation*³⁰); modificare la Costituzione da flessibile a rigida introducendo procedure di revisione aggravate per quest'ultima e attribuendo alla Corte suprema la funzione di giudice costituzionale; costruire un'identità nazionale servendosi di un catalogo dei diritti attraverso cui una pluralità di individui – divisi da lingua, cultura e religione – potesse divenire una comunità di cittadini.

Il CA del 1982 si proponeva quale risposta a queste esigenze diventando lo strumento che avrebbe definitivamente transitato il Canada in una nuova fase storica.

Composto di 61 articoli, il testo si articola in 7 capi dedicati rispettivamente a: I *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; II *Rights of the Aboriginal Peoples of Canada*; III *Equalization and Regional Disparities*; IV *Constitutional Conference*; V *Procedure for Amending Constitution of Canada*; VI *Amendment of the Constitution Act 1867*; VII *General*.

Utile appare soffermarsi in questa sede sui primi due capi.

ne comportò, soprattutto a causa dell'atteggiamento della provincia del Quebec, si rinvia a M. RUBBOLI, *Il Canada*, cit.; L. BRUTI LIBERATI, *Rene Levesque vs. Pierre Trudeau. The Road to the Charter of Rights and Freedom*, in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Twenty Years/La Charte canadienne des droits et libertés: les premiers vingt ans*, edited by M. RUBBOLI, Genova, 2003, pp. 11-19; E. CECCHERINI, *Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe*, in *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, a cura di G. ROLLA, Milano, 2008, pp. 3-49; L. CODIGNOLA, L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, cit.

²⁹ Il CA è l'allegato B del *Canadian Act* del 1982 che costituisce l'ultimo atto del Parlamento inglese avente forza di legge in Canada.

³⁰ Già l'11 dicembre del 1931 il Parlamento britannico approvava una legge in virtù della quale a sei *Dominions*, tra cui il Canada, riconosceva la completa indipendenza legislativa lasciando tuttavia a ciascuno di essi scegliere se e quando applicare nei fatti il deliberato (più noto come 'Statuto di Westminster'). Sarà nel 1982 che il Canada, appunto con la risoluzione rivolta al Parlamento di Londra, attuerà la legge del 1931. Cfr. *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, a cura di E. CECCHERINI, Genova, 2013.

Innanzitutto sul contenuto della *Charter*³¹. È all'art. 2 – in combinato disposto con l'art. 1 – che occorre dedicare attenzione. Rubricato *Fundamental Freedoms*, il primo precisa:

- Everyone has the following fundamental freedoms:
- a) freedom of conscience and religion;
 - b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
 - c) freedom of peaceful assembly; and
 - d) freedom of association.

Il secondo, *Rights and freedoms in Canada*, afferma:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

La formulazione delle norme invita ad alcune valutazioni.

In sintonia con le carte e le dichiarazioni internazionali la *Canadian Charter* da un lato identifica in quel 'Everyone' i titolari delle libertà (compresa quella religiosa) sancite nell'art. 2 – denotando la volontà di estendere a chiunque la tutela prevista – d'altro canto conferma che tale diritto non è assoluto³² ma, come tutti gli altri diritti e libertà, *ex art. 1*, «subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

³¹ Per un primo studio si rinvia a R.J. SHARPE, K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 2009⁴.

³² Peculiare della *Canadian Charter* è l'art. 33 – che esprime la *clausola notwithstanding* – in base alla quale il legislatore, federale e provinciale, può «expressely» dichiarare di voler conservare in vigore per un quinquennio (termine prorogabile ulteriormente per cinque anni) una normativa contraria alle previsioni di cui all'art. 2 e agli artt. da 7 a 15 della *Charter* medesima. Per un primo studio si veda G. GERBASI, *La clausola notwithstanding quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali*, in *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, cit., p. 135-161.

Sempre in sintonia con i testi internazionali, inoltre, deve segnalarsi il riconoscimento della *freedom of religion*, ma oltre della *freedom of conscience* e della *freedom of belief*, libertà che si inseriscono in un contesto di garanzie comprensivo, all'interno dello stesso art. 2, altresì delle libertà di pensiero, opinione, espressione, riunione pacifica e associazione e, più in generale nell'ambito della *Charter*³³, rispettivamente dei *Democratic, Mobility, Legal, Equality*³⁴, *Minority Language Educational*³⁵ e *Aboriginal Rights*.

Quanto a questi ultimi e venendo al secondo capo del *Constitution Act – Rights of the aboriginal peoples of Canada*³⁶ – particolarmente rilevante appare la loro prescrizione soprattutto se si considera che nel BNA il tema *indigeno* era catalogato quale materia di competenza della federazione ex art. 91 n. 24 (*Indians and Lands reserved for the Indians*). Nel proporre una definizione di *aboriginal peoples of Canada* comprensiva di «Indian, Inuit and Métis»³⁷, le norme del 1982 si preoccupano di ribadire la vigenza delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla *Royal Proclamation* del 7 ottobre 1763 e di quelli «that now exist by way of land claims agreements or

³³ In proposito va ricordato che il catalogo dei diritti in Canada non è limitato a quelli espressamente sanciti nella *Charter*. Ai sensi dell'art. 26 infatti «the guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada».

³⁴ Nell'art. 15 rubricato *Equality before and under law and equal protection and benefit of law* compare un riferimento alla dimensione religiosa in tema di divieto di discriminazione «based – appunto – on religion».

³⁵ È significativo che la *Charter*, unitamente alla tutela della *Language of instruction* (art. 23), confermi all'art. 29 i *Rights respecting certain schools preserved* statuendo che «nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools». Si tratta di una previsione che, nelle novità introdotte dal testo del 1982, evidenzia la necessità di tenere fermi e non rimettere più in discussione due nodi storico-culturali relativi alla lingua e all'istruzione.

³⁶ Per alcune prime informazioni si veda R. DUPUIS, *La Question indienne au Canada*, Montréal, 1991; D. DELÂGE, J.P. WARREN, *Le piège de la liberté. Les peuples autochtones dans l'engrenage des régimes coloniaux*, Les Montréal, 2017.

³⁷ Cfr. l'art. 35(2) del CA del 1982.

may be so acquired»³⁸, estendendone la tutela «equally to male and female persons»³⁹. Di più, all'art. 35.1 introducono una prescrizione che impegna i governi federale e provinciali – in occasione di una modifica dell'art. 91 n. 24 del BNA, dell'art. 25 e del capo secondo del CA – ad operare in modo concertato con i rappresentanti delle popolazioni aborigene:

- a) a constitutional conference that includes in its agenda and item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada and
- b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.

Due ulteriori considerazioni – oltre a quanto sin qui rilevato – sembra interessante formulare guardando al testo costituzionale del 1982.

La prima in merito alla presenza – al tempo stesso – del preambolo per il quale «Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law» e dell'art. 27 secondo cui «This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians». Se, quanto alla *Supremacy of God*, la dottrina è concorde nel riconoscerle un mero significato evocativo, differente rilievo assume il *multicultural heritage* che, nell'offrire un canone interpretativo della *Charter*, indica la specificità dell'approccio canadese alla diversità: non la *laïcité française* e neppure l'assimilazionismo statunitense ma, pur con l'eccezione Quebec⁴⁰, il multicultu-

³⁸ Cfr. l'art. 25 e l'art. 35(3) del CA del 1982.

³⁹ Cfr. l'art. 35(4) del CA del 1982.

⁴⁰ «Quebec interculturalism a) institutes French as the common language of intercultural relations; b) cultivates a pluralistic orientation that is concerned with the protection of rights; c) preserves the necessary creative tension between diversity, on the one hand, and the continuity of the French-speaking core and the social link, on the other hand; d) places special emphasis on integration and participation; and e) advocates interaction». Così tratteggia e riassume la politica di integrazione della provincia francofona del Canada

ralismo⁴¹ quale modello di integrazione più adatto alla real-

il *Report Bouchard-Taylor Building the Future. A Time of Reconciliation* del 2008 (pp. 121-122) spiegando i motivi che rendono il multiculturalismo non adatto al Quebec: «Canadian multiculturalism, inasmuch as it emphasizes diversity at the expense of continuity, is not properly adapted to Quebec's situation, for four reasons: first, language-related anxiety is not as important a factor in English Canada as in Quebec [...]; second, and more generally speaking, the existential anguish of the minority is not found in English Canada [...]; third, there is no longer (at least demographically speaking) a majority ethnic group in Canada. [...] Based on the foregoing observations, it follows that there is less concern in English Canada for the continuity or preservation of an old founding culture but much more for national unity or cohesion». Le peculiarità della provincia francofona sono ritornate alla ribalta in un primo tempo nel 2008, proprio dopo la pubblicazione del *Report* che, tra l'altro, aveva tracciato un quadro del malcontento dei cittadini del Quebec a proposito di quelle «harmonization practices» pensate come risposta alle criticità della società rispettosa delle diversità, un metodo, insomma, «of managing coexistence based on an ideal of intercultural harmonization». Cresciuto negli anni, quel malcontento si era manifestato apertamente dopo la pronuncia di alcune sentenze della Corte Suprema (in particolare di quella relativa al cd. *Multani Case*) che, interpretando in modo eccessivamente ampio il concetto di *reasonable accomodation*, sembravano minare un equilibrio sempre non facile da raggiungere nella provincia. Un secondo momento di popolarità, più recente, si riferisce alla promulgazione nel 2019 di quel *Bill 21* recante *An Act respecting the laicity of the State* che sembra indirizzare il Quebec non più verso una *Laïcité ouverte/Open Secularism* (diversa da quella francese, si leggeva nel rapporto del 2008, per almeno tre motivi «is not appropriate for Quebec: a) it does not truly link institutional structures to the outcomes of secularism; b) the attribution to the school of an emancipatory mission directed against religion is not compatible with the principle of State neutrality in respect of religion and non-religion; c) the integration process in a diversified society is achieved through exchanges between citizens, who thus learn to get to know each other – that is the philosophy of Québec interculturalism –, and not by relegating identities to the background») ma verso una *Laïcité restrictive/Restrictive Secularism* più simile a quella della ex madre patria. Cfr. G. BOUCHARD, C. TAYLOR, *Building the Future. A Time of Reconciliation*, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008; J. HEINRICH, V. DUFOUR, *Circus Quebecus. Sous le chapiteau de la commission Bouchard-Taylor*, Montréal, Montréal, 2008; *Religion, Culture and the State. Reflections on the Bouchard-Taylor Report*, edited by H. ADELMAN, P. ANCTIL, Toronto, 2011; G. BOUCHARD, *L'interculturalisme. Un point de vue québécois*, Montréal, 2014.

⁴¹ Si veda W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Oxford, 1995; ID., *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, 2003; A. FERRARA, voce *Multiculturalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Torino, 2004, pp. 599-601; E. CECCHERINI, voce *Multiculturalismo (dir. comp.)*, in *Digesto delle*

tà del Paese. Non a caso, pochi anni dopo l'entrata in vigore del CA, l'adozione del *Canadian Multiculturalism Act* avvalorò le scelte del 1982 e ribadisce che il governo canadese, riconoscendo «the diversity of Canadians as regards race, national or ethnic origin, colour and religion as a fundamental characteristic of Canadian society», si impegna ad adottare una politica multiculturale allo scopo di preservare e valorizzare «the multicultural heritage of Canadians» e di garantire «the equality of all Canadians in the economic, social, cultural and political life of Canada»⁴².

Una seconda riflessione riguarda la 'classificazione religiosa' del Canada. Utilizzando le tradizionali categorie dottrinali – che distinguono tra Paesi con regime separatista, con religione di Stato e concordatari – esso viene a collocarsi all'interno del primo gruppo, cioè all'interno di quelle realtà politiche in cui sono assicurate le libertà di coscienza, religione e credenza ai cittadini-fedeli; alcuna religione è individuata come ufficiale dello Stato; nessuna relazione è prevista tra le istituzioni (federali e provinciali) e i soggetti religiosi che operano giuridicamente come *voluntary associations* e spesso agiscono come gruppi di pressione⁴³. Esemplificativa l'esperienza della Conferenza episcopale canadese che interviene con lettere, comunicati, memorie, *dossier* sui temi più sensibili in discussione nelle aule parlamentari ovvero in occasione delle elezioni federali (non per esprimere preferenza per un partito o per un candidato, ma per orientare al bene comune il voto degli elettori cattolici⁴⁴) e, d'altro canto, si propone come *amicus cu-*

discipline pubblicistiche. Aggiornamento, Torino, 2008, pp. 486-500; J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2010².

⁴² Cfr. *Canadian Multiculturalism Act* RSC 1985, c.24 (4th Supp.), in <https://laws-lois.justice.gc.ca>.

⁴³ Cfr. J.S. MOIR, *Church and State in Canada 1627-1867*, McClelland & Stewart Inc., Toronto, 1967; *Law and Religious Pluralism in Canada*, edited by R. MOON, Vancouver, 2008; M.H. OGILVIE, *Religious Institutions and the Law in Canada*, Toronto, 2010³.

⁴⁴ Per un approfondimento si rinvia al sito della *Canadian Conference of Catholic Bishops/Conférence des évêques catholique du Canada* (CCCB/CECC), www.cccb.ca o www.cecc.ca. Interessanti in proposito le due lettere pastorali della Conferenza sulla libertà religiosa, pubblicate nel 2012 e

riae davanti alla Corte suprema⁴⁵ nei giudizi su casi ritenuti di particolare rilievo (non necessariamente inerenti alla Chiesa o alle religioni cattoliche).

3. Freedom of conscience, religion, belief

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

In questi termini nel 1985, pochi anni dopo l'entrata in vigore della *Charter of Rights and Freedoms*, il giudice R.G.B. Dickson – per giustificare la decisione della Corte suprema di rigettare all'unanimità il ricorso proposto contro Big M. Drug accusato di avere violato il *Lord's Day Act* per aver venduto merci nel giorno di domenica⁴⁶ – introduceva la sua argomentazione iniziando a delineare il contenuto⁴⁷ di quella *Freedom of conscience, religion and belief* di cui all'art. 2 della *Charter* letto per la prima volta insieme all'art. 1 della medesima⁴⁸.

nel 2023, e la dichiarazione, sempre sulla libertà religiosa, del 2016, elaborata dal *Canadian Council of Churches/Conseil Canadien des Églises* (gruppo consultivo interreligioso cristiano di cui la Conferenza episcopale canadese è membro).

⁴⁵ Si rinvia a L. DE GREGORIO, *La Conferenza episcopale canadese come "amicus curiae" della Corte Suprema*, in *Pluralismo religioso, forma di Stato e autonomia privata*, a cura di E. CECCHERINI, L. DE GREGORIO, Tricase (Le), 2018, pp. 219-255.

⁴⁶ Cfr. *R v. Big M. Drug Mart Ltd* [1985] 1 SCR, pp. 295-362.

⁴⁷ In assenza di una definizione del diritto di libertà religiosa viene affidato ai giudici e in particolare alla Corte Suprema il compito di 'riempire' di significato questo diritto il cui studio non può quindi prescindere dall'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza.

⁴⁸ Già nel 1963 la Corte aveva affrontato la questione della compatibilità dell'art. 4 del *Lord's Day Act* – che impediva l'esercizio di attività commerciali nel giorno di domenica – con l'art. 1 del *Bill of Rights* del 1960. Con la sentenza *Robertson and Rosetanni v. The Queen* la Corte rigettava allora il ricorso ravvisando, nell'obbligo di chiusura domenicale degli esercizi commerciali im-

Per un verso Dickson affermava che «a truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms». D'altro canto ribadiva come «freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free».

Concludeva precisando:

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbors or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously held beliefs and manifestations and are therefore protected by the Charter. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious nonbelief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit.

posto appunto dal *Lord's Day Act*, l'intento di tutelare la *Sanctity of Sunday* e ritenendo che la legge in questione, anziché violare la libertà di religione, assicurasse piena attuazione al principio di cui all'art. 1 del *Bill of Rights*. Cfr. *Robertson and Rosetanni v. The Queen* [1963] SCR, pp. 651-662.

Le parole del 1985 costituiscono una pietra miliare nell'interpretazione del diritto di libertà religiosa da parte della Corte suprema che, all'indomani della sentenza *R v. Big M. Drug Mart Ltd* – sempre a nome del giudice R.G.B. Dickson – elabora un test (*Oakes Test*⁴⁹) mediante il quale vagliare la ragionevolezza e la giustificazione *in a free and democratic society* dei limiti all'esercizio dei diritti tutelati dalla *Charter* – incluso, evidentemente, quello qui in esame –, dirimere le controversie bilanciando interessi in conflitto e, in ultima analisi, contribuire a sancire la reale portata di ciascuna delle previsioni contenute nel testo costituzionale.

Nel 1985, a partire dal concetto di *truly free society*, la Corte indica alcune coordinate essenziali per comprendere e modellare il diritto di libertà religiosa. Nel soffermarsi da un la-

⁴⁹ Secondo il cd. *Oakes Test* (dal nome del caso nell'ambito del quale è stato elaborato, *R v. Oakes* [1986] 1 SCR, pp. 295-362) l'esame della ragionevolezza delle restrizioni legislative dei diritti costituzionali nel quadro di una società libera e democratica deve soddisfare due fondamentali condizioni. In primo luogo l'obiettivo che si vuole perseguire limitando un diritto costituzionale deve essere sufficientemente importante e deve riguardare questioni urgenti e sostanziali per una società, come quella canadese, che si identifica con gli ideali di libertà e democrazia («First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. [...] At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important»). In secondo luogo i limiti imposti dalla legge all'esercizio di un diritto garantito nella *Charter* devono essere «reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society». I limiti, cioè, devono soddisfare un test di proporzionalità che si articola in tre passaggi successivi: deve esistere una connessione razionale tra lo scopo che la legge vuole perseguire ed il contenuto della normativa stessa; la limitazione necessaria al conseguimento dell'obiettivo deve procurare la minima restrizione possibile all'esercizio del diritto; gli effetti della limitazione di quest'ultimo non devono essere sproporzionati rispetto allo scopo che la legge vuole perseguire («To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective – the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be»).

to sui concetti di *religion*⁵⁰, *variety of beliefs, dignity, equality, right to declare openly and to manifest religious beliefs and religious non beliefs*, dall'altro sull'*absence of coercion or constraint* da parte di singoli, di gruppi e dell'autorità statale, essa infatti propone una interpretazione estensiva e soggettiva del diritto di libertà religiosa garantito dall'art. 2 della *Charter* al cittadino/fedele, accompagnandola ad un obbligo di neutralità a carico delle istituzioni pubbliche⁵¹. Confermando tale approccio e la validità dell'*Oakes Test*, negli anni successivi – in particolare durante la presidenza della *Chief Justice McLachlin*⁵², la Corte aggiungerà un nuovo elemento nelle proprie argomentazioni sul diritto di libertà religiosa e i suoi limiti: quello della sincerità dell'individuo nel praticare la propria fede «in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith», proprio attraverso quelle «practices and harbor beliefs» che devono avere «a nexus with religion» indipendentemente dal fatto, tuttavia, che esse siano «required by official religious dogma» o siano «in conformity with the position of religious officials». Poiché «this understanding is consistent with a personal or subjective understanding of freedom of religion», colui che invoca il diritto di libertà religiosa (il cittadino-fedele) non è tenuto a fornire le prove dell'esistenza oggettiva di precetti e regole religiose della propria fede: «it is the religious or spiritual essence of an

⁵⁰ «Defined broadly, religion typically involves a particular and comprehensive system of faith and worship. In essence, religion is about freely and deeply held personal convictions or beliefs connected to an individual's spiritual faith and integrally linked to his or her self-definition and spiritual fulfillment, the practices of which allow individuals to foster a connection with the divine or with the subject or object of that spiritual faith». Così si esprimono i giudici nel cd. *Amselem Case*. Cfr. *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] 2 SCR, p. 576.

⁵¹ Nella elaborazione successiva all'entrata in vigore della *Charter* la Corte distinguerà due tipologie di casi: i *freedom for religion* e i *freedom from religion*. Nei primi l'esercizio della libertà religiosa viene assicurato garantendo una tutela specifica per varie forme di espressione religiosa; nei secondi, la tutela del diritto transita dalla garanzia della separazione tra lo Stato e le istituzioni religiose.

⁵² In carica dal 7 gennaio 2000 al 15 dicembre 2017, Beverley McLachlin è stata la prima donna a ricoprire il ruolo di *Chief Justice*.

action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance that attracts protection». In questa prospettiva se, da un lato lo Stato «is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma» anche il ruolo della Corte deve limitarsi ad assicurare «that a presently asserted belief is in good faith neither fictitious nor capricious and that it is not an artifice». La valutazione della sincerità della fede, sarà quindi compiuta solo sulla credibilità e la coerenza con le attuali espressioni religiose di chi chiede tutela, rimanendo irrilevanti la percezione che gli altri fedeli hanno delle stesse pratiche e credenze, il parere di eventuali esperti, la religiosità precedente dell'individuo⁵³.

Ora, alla luce di questa breve riflessione relativa ad alcuni dei momenti salienti dell'interpretazione della Corte suprema sulla libertà religiosa, una lettura delle sentenze pronunciate prima della sua entrata in vigore e un confronto con quelle successive appare utile perché permette di cogliere la varietà delle controversie che nel corso del tempo la sensibilità religiosa del paese ha espresso, la frequenza di alcune criticità relative al diritto *de quo*, le denominazioni religiose/areligiose rispetto alle quali più sovente quelle criticità si manifestano, le province canadesi dove le controversie religiose più spesso raggiungono l'attenzione della Suprema Corte di Ottawa.

Rinviando per un approfondimento alle rassegne biennali pubblicate sulla rivista *Giurisprudenza Costituzionale*, una prima ricognizione individua nell'istruzione e, soprattutto, nell'istruzione scolastica nelle diverse sfaccettature, l'oggetto su cui fin dagli inizi⁵⁴ la Corte dedica maggior tempo ed ener-

⁵³ I riferimenti sono tratti dalla sentenza *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] 2 SCR, pp. 551-649. La Corte conferma questa impostazione anche nelle sentenze successive (emblematica la sentenza *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 SCR, pp. 256-325) giungendo talvolta a soluzioni diverse (come in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 SCR, pp. 567-650 in cui la sincerità della fede dei ricorrenti non impedisce ai giudici di rigettare l'appello proposto). Per una critica sull'operato della Corte si veda M. MICHAEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, 1996.

⁵⁴ La prima sentenza che si occupa in senso lato di religione deve in realtà rinvenirsi in *Brassard and others v. Langevin* avente ad oggetto una contro-

gia, come dimostrano sia le molte sentenze di appello che i giudizi di *references* del 1894, 1926 e, più di recente, del 1987 e 1993⁵⁵. Può poi segnalarsi, a fronte della costante diminuzione dei casi riguardanti le violazioni del *Lord's Day Act*, un aumento di quelli sulle discriminazioni, principalmente nei luoghi di lavoro, nonché su temi eticamente sensibili come il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la fecondazione assistita⁵⁶. Ancora, ad offrirsi con più frequenza all'attenzione del giurista, sono le controversie inerenti a una pagina buia e per molto tempo dimenticata della storia canadese – che in questi ultimi anni sta riemergendo in tutta la sua gravità e il suo dolore – relativa gli abusi perpetrati nelle *residential schools* gestite da congregazioni religiose cristiane⁵⁷.

versia relativa alla presunta *clerical undue influence* da parte di alcuni sacerdoti in occasione delle elezioni politiche nella contea di Charlevoix in Quebec. Cfr. *Brassard and others v. Langevin* [1877] SCR, pp. 145-234.

⁵⁵ Cfr. *In Re Certain Statutes of the Province of Manitoba Relating to Education* [1894] SCR, pp. 577-721; *In the matter of a Reference by his Honour the Lieutenant Governor of the Province of Quebec in Council to the Court of King's Bench (appeal side) of certain questions relative to the Educational System in the Island of Montreal* [1926] SCR, pp. 246-271; *Reference: An Act to amend the Education Act* [1987] 1 SCR, pp. 1148-1211; *Reference: the Education Act to S.Q. 1988, c. 84 the* [1993] 2 SCR, pp. 511-598.

⁵⁶ *Reference Same-Sex Marriage* [2004] 3 SCR, pp. 698-731 e *Reference Assisted Human Reproduction Act* [2010] 3 SCR, pp. 457-584.

⁵⁷ Cfr. *Blackwater v. Plint* [2005] 3 SCR, pp. 3-40; *E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia* [2005] 3 SCR, pp. 45-98; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. Of Canada* [2006] 1 SCR, pp. 744-771; *Canada (Attorney General) v. Fontaine* [2017] 2 SCR, pp. 205-249. Per alcune note si rinvia a F. LOMBARDI, *Perché il Papa in Canada? I popoli indigeni e le "scuole residenziali"*, in *La Civiltà Cattolica*, 2022, 4129, III, pp. 10-23; M. RAMSTEDT, *Religious Proselytization of Indigenous Peoples*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2022, 2, pp. 389-411; A. SPADARO, *Memoria, guarigione, riconciliazione. Il viaggio apostolico di papa Francesco in Canada*, in *La Civiltà Cattolica*, 2022, 4133, III, pp. 390-404; A. INGOLIA, *A proposito di una recente Nota formale della Santa Sede in merito alla dottrina giuridica 'della scoperta'. Verso un revirement del tradizionale orientamento?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), fascicolo n. 17 del 2023, pp. 55-72.

Sempre da un primo studio emerge altresì che in Quebec⁵⁸, Ontario e British Columbia maggiormente il fattore religioso è causa di tensioni provocate da dissapori espressi dalle confessioni religiose di più antica presenza sul territorio canadese, ma anche dai gruppi di più recente insediamento, nonché da quella componente autoctona che pure rivendica una propria spiritualità chiedendone tutela⁵⁹.

4. *Laico o religioso?*

L'interrogativo formulato – che nella sua apparente semplicità nasconde in realtà una intensa complessità – sembra quello più adeguato per condurre uno studio sul censimento canadese del 2021.

La prospettiva di analisi considerata dal documento già citato – *The Canadian census. A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity* – e dal report *Religiosity in Canada and its evolution from 1985 to 2019*⁶⁰ – pubblicato il 28 ottobre del 2021 – è duplice.

Da un lato sono infatti censite le origini etniche o culturali definite quali «ethnic or cultural origins of the person's ancestors. Ancestor – spiega il testo – may have Indigenous origins, origins that refer to different countries or other origins

⁵⁸ È in Quebec, non a caso, che si registra un caso (ad oggi l'unico) avente ad oggetto le criticità cui possono dare luogo *Freedom of conscience and religion* e *Principle of religious neutrality of State* (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*) [2015] 2 SCR, pp. 145-234).

⁵⁹ Da ultimo si veda *Ktunaka Nation v. B.C* [2017] 2 SCR, pp. 386-455. Con riguardo alla richiesta di tutela della 'spiritualità indigena' interessante è il report del 2022 dello *Special Rapporteur on Freedom and Religion or Belief* Ahmed Shaheed (A/77/514) che, nel rilevare le violazioni in molti paesi del globo di quella forma di spiritualità, evidenzia le difficoltà di leggerla con la categoria giuridica 'libertà religiosa' così come elaborata nelle Carte e dalle Corti internazionali, nonché in molte Costituzioni nazionali e dalle giurisprudenze dei singoli Paesi. Il testo del report è disponibile sul sito www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-religion-or-belief.

⁶⁰ Il documento è disponibile sul sito www.statcan.gc.ca.

that may not refer to different countries». Dall'altro è indicato il dato religioso:

Religion refers to the person's self-identification as having a connection or affiliation with any religious denomination, group, body or other religiously defined community or system or belief. Religion is not limited to formal membership in a religious organization or group. [...] Persons without a religious connection or affiliation can self-identify as atheist, agnostic or humanist, or can provide another applicable answer⁶¹.

Quanto alle origini etnoculturali sono la canadese (5,7 milioni), l'inglese (5,3 milioni), l'irlandese (4,4 milioni), la scozzese (4,4 milioni) e la francese (4 milioni) quelle più frequentemente dichiarate dalla popolazione. Nel 2021 figuravano spesso origini europee tedesche (3 milioni), italiane (1,5 milioni), ucraine (1,3 milioni), olandesi e polacche (circa 1 milione), nonché asiatiche cinesi (1,7 milioni), indiane (1,3 milioni) e filippine (circa 1 milione), evidenziando una diversità maggiore rispetto al censimento precedente peraltro molto variegata tra provincia e provincia. Consistenti scarti si rilevano infatti tra Atlantic provinces (Newfoundland and Labrador, Prince Edward Island, Nova Scotia, New Brunswick), Quebec, Ontario, Prairie Provinces (Manitoba, Saskatchewan, Alberta), British Columbia e Territories (Yukon, Northwest Territories, Nunavut), a riflettere «the image Canadians have of themselves, as well as the knowledge and understanding of their family's ethnic and cultural heritage at a given moment»⁶². Significativi, tra i dati del 2021, quelli relativi alle popolazioni aborigene che rappresentano il 6,1% della popolazione del paese. Si tratta dei discendenti di *First Nations* (*North Ameri-*

⁶¹ *Ivi*, p. 24.

⁶² «The origins reported by respondents – recita il documento *The Canadian census. A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity* – are subjective in nature and multidimensional [...]. The ethnic or cultural origins that respondents choose mirror the predominant characteristics of the history of ethnic or cultural groups that can be linked to a country, a region, a language, a religion or a culture». Cfr. *The Canadian census. A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity*, p. 6.

*can Indians*⁶³), *Métis* e *Inuit*, ossia delle tre principali denominazioni riconosciute dal CA del 1982⁶⁴.

Per quanto concerne i dati inerenti all'elemento religioso – utili perché consentono di conoscere le specificità dei fedeli-cittadini, le loro diverse esperienze quali singoli e come membri di gruppi e confessioni religiose e perché «can influence important demographic factors such as marriage, divorce and fertility» e «can help foster inclusion and social cohesion in Canada» – dal censimento del 2021 emerge che un po' più della metà della popolazione canadese (53,3%) dichiara di essere di religione cristiana (con una prevalenza di cattolici 29,9%, seguiti da anglicani, ortodossi, pentecostali e altri gruppi carismatici, battisti e membri della *United Church*); più di un terzo di non essere affiliato ad alcuna realtà religiosa o di riconoscersi in una dimensione secolare (atei, agnostici, razionalisti); 1,8 milioni di canadesi – ossia una persona su venti – di essere seguace dell'islam; circa il 2,3% di essere di religione induista; poco meno di un milione rivendica la sua appartenenza al sikhismo; circa 335.000 all'ebraismo e quasi 360.000 al buddismo. Quasi 81.000 persone, pari allo 0,2% dell'insieme della popolazione, asseriscono di avere una spiritualità autoctona tradizionale: tra questi, circa la metà (47%) indica di non avere una affiliazione religiosa e più di un quarto (26,9%) dichiara invece di essere di religione cattolica⁶⁵.

I dati del censimento, nel confermare la pluralità religiosa del Canada, possono essere integrati da alcuni indicatori che si dimostrano molto interessanti.

Si allude in primo luogo a quello relativo alle singole province e ai territori che rivela grandi diversità e differenze so-

⁶³ Tra i discendenti dei *North American Indians* le etnie dichiarate con più frequenza sono state quelle Cri, Mi'kmaq, Ojibwé e Algonquin.

⁶⁴ Interessanti da un punto di vista statistico le spiegazioni riportate a p. 6 del documento *The Canadian census* sulle differenze dei dati raccolti in merito alle origini etniche o culturali rispetto ai censimenti precedenti. Tali differenze sarebbero dovute non solo ai diversi metodi di presentazione dei quesiti, ma anche al differente «understanding respondents have of ethnocultural concepts and of the social environment at the time of the census».

⁶⁵ La proporzione di cattolici varia da un gruppo autoctono all'altro: 31,6% di Métis, 24,5% di First Nation, 17,4% di Inuit.

prattutto tra Est e Ovest: ad eccezione del Nunavut, il cattolicesimo è l'affiliazione religiosa più spesso dichiarata; il Quebec si distingue per essere il luogo in cui ancora più della metà della popolazione (53,8%) dichiara di essere cattolica (con una riduzione significativa tuttavia nel corso dell'ultimo decennio che vedeva la percentuale di fedeli attestarsi intorno al 74,7%); è invece la *United Church* ad essere prevalente nelle province atlantiche in particolare Newfoundland e Labrador (12,1%), Prince Eduard Island (9,7%), Nova Scotia (7,5%) e Saskatchewan (7,4%); in Yukon e in British Columbia la maggioranza della popolazione si esprime piuttosto nel senso di escludere qualsiasi appartenenza a gruppi religiosi.

Un secondo indicatore che i documenti qui analizzati prendono in considerazione è quello che monitora, per così dire, l'andamento della religiosità nel tempo. Al riguardo il rapporto del 2021 nota che ad eccezione degli ortodossi e di coloro che hanno dichiarato di essere semplicemente cristiani, tutte le denominazioni collegate al cristianesimo hanno visto diminuire i propri fedeli. Viceversa è più che raddoppiato il numero di coloro che non si riconoscono in alcuna sigla religiosa (in venti anni la percentuale è passata dal 16,5% nel 2001 al 23,9% nel 2011 al 34,6% nel 2021), come è aumentato il numero di quanti aderiscono all'islam (passando dal 2,0% nel 2001 al 4,9% nel 2021) e alla religione induista (oggi al 2,3% laddove nel 2001 si attestava all'1%). Se certamente l'immigrazione è uno dei fattori della crescita delle religioni non cristiane⁶⁶, la ragione dell'aumento di quanti dichiarano di non avere alcuna affiliazione religiosa deve ascriversi piuttosto al fatto che «many people who reported a religious affiliation in the past now report no religious affiliation». Questo dato – molto simile peraltro a quello che si riscontra nelle statistiche relative alla religiosità del continente europeo – assume una connotazione importante perché se da un lato pare avvalorare la minore attrattività delle religioni di più antica presenza in Nordamerica, dall'altro ribadisce sia quella che ormai da tempo è

⁶⁶ Gli immigrati rappresentano la maggioranza tra i fedeli buddisti (68,9%), musulmani (63,1%), induisti (62,9%) e sikhs (53,8%).

diventata la modalità più frequente con cui il fedele-cittadino preferisce esprimere la sua dimensione spirituale – *to believe but not to belong* – sia l'importanza ridotta – soprattutto tra i più giovani – «of religious or spiritual beliefs in their lives».

In tale prospettiva i quattro elementi presi in considerazione per leggere il dato della religiosità e della sua evoluzione nel tempo – l'affiliazione a una religione; la frequenza nella partecipazione alle attività religiose di gruppo; la frequenza nella pratica di attività religiose e spirituali individuali; l'importanza della fede e delle convinzioni religiose nell'orientare il proprio stile di vita – consentono ulteriormente di evidenziare differenze di religiosità legate al genere, all'età e al luogo di nascita (se all'interno del Paese o all'estero).

5. *Mosaico*

All'inizio di queste note ci si proponeva – dopo una breve panoramica sulle scelte compiute a partire dagli anni '80 da parte sia del legislatore che dei giudici – di leggere i dati del censimento canadese del 2021 per valutare quale religiosità l'ex Nordamerica britannico stesse esprimendo nel primo ventennio del secolo attuale. L'indagine compiuta sembrerebbe comprovare l'importanza cruciale per la storia del Canada di quelle scelte che, sia pure con qualche iniziale difficoltà, sono state decisive per trasformare il Paese senza, per così dire, cancellarne le origini (significative al riguardo le differenze ancora oggi esistenti tra provincia francofona e province anglofone, tra Est e Ovest e rispetto alle popolazioni autoctone).

Se si dovesse, con alcune parole, raccontare la vicenda del Paese prima e dopo l'adozione del CA del 1982, prima e dopo l'interpretazione sulla libertà religiosa formulata dal giudice Dickson, potrebbero accostarsi per il prima: *France-The United Kingdom; Civil Law-Common Law; French-English; Catholic Church-Protestant Churches; British North America*

Act; Distinct Societies; per il dopo: *Canada; Bijuralism*⁶⁷; *Linguistic plurality; Religious and Ethnic diversity; Constitution Acts*⁶⁸; *Multiculturalism-Interculturalism*.

Termini quelli indicati che ben possono considerarsi quali tasselli di un mosaico che evoca al tempo stesso differenze identitarie⁶⁹, specificità religiose e culturali, uguaglianza, pari dignità e non discriminazione dei singoli e dei gruppi e che il censimento del 2021 ben mette in evidenza.

L'equilibrio sancito dal *Constitution Act* del 1982 e, in particolare dalla *Charter of Rights and Freedoms* in esso contenuta, si proponeva di comporre tutti questi elementi: costituiva cioè una risposta a due interrogativi essenziali: «come bilanciare diritti della persona e tradizioni delle collettività locali contemperando la garanzia delle posizioni soggettive a valenza universalistica con il riconoscimento di diritti territorialmente localizzati»⁷⁰ e quali strumenti istituzionali scegliere per «garantire le diverse identità, [...] favorire l'integrazione senza omologazione, [...] coniugare il rispetto del pluralismo con la salvaguardia dei valori e dei caratteri unitari dello Stato»⁷¹. Agli stessi interrogativi, nel corso del tempo, hanno provato a rispondere anche i giudici – in particolare la Corte Suprema – modellando via via i diritti garantiti dalla *Charter* – come si è illustrato in queste note quanto al diritto di libertà religiosa – così da confermare gli equilibri raggiunti o da individuare di nuovi.

⁶⁷ Con il termine *Bijuralism* si indica la coesistenza all'interno del Paese di due sistemi giuridici distinti: *Common law* e *Civil law*.

⁶⁸ Nel testo consolidato del BNA del 1867 e del CA del 1982 si precisa che «This consolidation contains the text of the *Constitution Act, 1867* (formerly the *British North America Act, 1867*)» oltre a quello del *Constitution Act* del 1982.

⁶⁹ «Il riconoscimento, accanto ai diritti individuali, di diritti riconducibili all'identità culturale dei gruppi – scrive Giancarlo Rolla – sembra costituire un elemento caratterizzatore che separa le carte costituzionali elaborate al termine del secondo conflitto mondiale da quelle più recenti successive agli anni '70»: G. ROLLA, *La tutela costituzionale delle identità culturali*, in *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, cit., p. 113.

⁷⁰ *Ivi*, p. 115.

⁷¹ *Ibidem*.

È sempre stata (e probabilmente continuerà ad essere) in fondo questa la sfida del Canada – non a caso definito spesso dalla dottrina vero e proprio ‘laboratorio’⁷² –: cercare un punto di incontro tra le differenze e scegliere, in ogni momento della propria storia, quello più adeguato alle sue peculiarità⁷³.

⁷² Utilizzano per primi la parola ‘laboratorio’ Silvio GAMBINO e Carlo AMIRANTE nel volume da essi curato dal titolo *Il Canada un laboratorio costituzionale. Federalismo, diritti, corti*, Padova, 2000.

⁷³ Cfr. E. CECCHERINI, *Cittadinanza, immigrazione e integrazione: l’approccio multiculturale canadese in bilico*, in *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, a cura di G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO, Napoli, 2018, pp. 345-383.

LAURA DE GREGORIO, Laico o religioso? Riflessioni sul censimento canadese del 2021

Le note che seguono, ripercorrendo brevemente i passaggi legislativi essenziali e le principali interpretazioni dei giudici (in particolare della Suprema Corte) relativi al diritto di libertà religiosa, formuleranno alcune valutazioni sulla 'religiosità' del Paese e sulla sua evoluzione come emergono dalle informazioni e dai dati resi noti con l'ultimo censimento.

Parole chiave: Canada, censimento, religiosità.

LAURA DE GREGORIO, Secular or religious country? Some remarks on the last Canadian census (2021)

The following notes, briefly reviewing the essential legislative passages and the main interpretations of the courts (in particular the Supreme Court) concerning the right to religious freedom, will formulate some assessments of the country's 'religiosity' and its evolution as they emerge from the information and data released with the last census.

Key words: Canada, census, religiosity.

Angelina Cirillo

CRITICITÀ DELLA CARTA FONDAMENTALE DELL'ITALIA UNITA: CONFRONTI SCIENTIFICI SUI REATI DEI MINISTRI (1895)*

1. Tra gli ultimi decenni dell'Ottocento e le prime decadi del secolo successivo ebbe luogo un dibattito scientifico focalizzato sui reati commessi dai ministri del giovane Regno d'Italia. Si trattava di un tema, quello della responsabilità ministeriale, che per uno dei più venerati maestri della scienza giuspubblicistica italiana, Vittorio Emanuele Orlando, costituiva un argomento che in qualche maniera finanche 'reggeva e sosteneva tutto il sistema' costituzionale nazionale, non foss'altro perché ogni istituto del governo parlamentare, a suo dire (forse con un po' troppa enfasi), avrebbe dovuto regolare i conti con esso, dalle prerogative del capo dello Stato al diritto di controllo del Parlamento: la «teorica della responsabilità ministeriale [...] in un certo senso, comprende in sé e riassume tutto il diritto costituzionale moderno»¹.

Questo dibattito fu una discussione colta, intensa e consapevole, svoltasi appunto in un arco temporale assai lungo – segno dell'immutato permanere del grave problema costituzionale individuato – fra accademici, spesso anche politici, e magistrati, e di cui oggi rimane traccia interessante nella copiosa e corposa produzione editoriale del tempo². All'interno di essa, talune posizioni tutt'altro che scialbe – che per questo occorre analiticamente seguire e confrontare senza lasciarsi distrar-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Così V.E. ORLANDO, *Prefazione*, in V. TEIXEIRA DE MATTOS, *Accusa parlamentare e Responsabilità Ministeriale*, Milano, 1909, p. IX.

² Uno studio d'insieme di tale cospicua produzione scientifica, bisognevole di prosecuzione e approfondimento, è il mio *Responsabilità penale ministeriale*, I, *Statuto e posizioni dottrinali tra '800 e '900*, Bari, 2023.

re dalla lettura dei coevi dibattiti parlamentari (o, nel caso, dall'analisi delle connessioni con la storia costituzionale del Paese) – furono quelle espresse da studiosi di notevole spessore in un singolare contesto socioculturale: uno scenario, nel tratto conclusivo del XIX secolo, collegato a una clamorosa vicenda che avrebbe visto processualmente coinvolto, in un allarmante caso politico-finanziario di rilievo nazionale, uno dei futuri protagonisti della storia del Paese.

Tra queste posizioni, quasi tutte contrastanti in modo reciproco vuoi per le generali opzioni di politica normativa sostenute, vuoi su specifiche questioni giuridiche di contorno, alcune – veri e propri campioni (qui selezionati, com'è ovvio, con scelta assolutamente opinabile³) del diversificato sforzo intellettuale realizzato in quel preciso torno di tempo – sollecitano un'attenzione speciale. E questo, al di là dello spazio scientifico già ottenuto dai protagonisti europei del dibattito continentale dell'epoca (basti ricordare il diffuso e mai sopito interesse per il pensiero di Henri-Benjamin Constant de Rebeque⁴), perché posizioni di fatto perfettamente contemporanee a talune decisioni giudiziarie riguardanti, nell'ambito del cosiddetto scandalo della Banca Romana, persino l'allora presidente del Consiglio dei Ministri Giovanni Giolitti.

³ Trattasi di una scelta, è il caso di precisare, non solo motivata dalla qualità delle pagine prescelte di questi autori, peraltro analiticamente focalizzati, e da posizioni diverse, sui fatti relativi alla 'vicenda-Giolitti', ma pure dal minore spazio a costoro normalmente attribuito dalla ricerca storico-giuridica rispetto, per esempio, ad altri studiosi come (selezionando) E. PESSINA, *Manuale del diritto pubblico costituzionale*, Napoli, 1849; P. PEVERELLI, *Comenti intorno allo Statuto del regno di Sardegna*, Torino, 1849; L. BORSARI, *Dell'azione penale*, Torino, 1866; P.O. VIGLIANI, *Questioni sulla giurisdizione penale del Senato del Regno: articoli 36, 37 e 47 dello Statuto*, in *Annali della giurisprudenza italiana* 1, 1867; P. ROSSI, *Cours de droits constitutionnel*, 4 voll., a cura di M.A. PORÉE, Paris, 1866-1867; G.B. UGO, *Il Senato nel Governo costituzionale: ragioni di sua esistenza, sue varie specie, sue attribuzioni (politiche e giudiziarie)*, Torino, 1881; G. ARANGIO RUIZ, *Delle guarentigie costituzionali*, 1, Napoli, 1886; R. CRESPOLANI, *Dei delitti contro i poteri dello Stato*, in *Rivista penale*, suppl. 7, 1898; F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento dello Statuto del Regno*, 2, Torino, 1909; adde gli autori cit. *infra* alle ntt. 11, 13, 14, 21, 77.

⁴ Una sorta di 'carotaggio bibliografico' è consultabile in <http://bfp.sp.unipi.it/constbib/constbib.htm>.

Un'articolata e vivida espressione del pensiero scientifico di quel momento, nella prospettiva di ricerca testé indicata, fu certo quella di Alessandro Stoppato, avvocato e professore di diritto e procedura penale, deputato per più legislature e poi senatore a vita del Regno, attivo sia nel governo locale del territorio nazionale sia ai più alti livelli delle istituzioni statali, e autore di importanti lavori di diritto sostanziale e di studi relativi alla struttura e al funzionamento degli organismi giudiziari. Tra essi, il saggio su *I reati ministeriali e l'articolo 47 dello Statuto*, redatto quand'egli insegnava ancora a Padova prima del definitivo trasferimento a Bologna (dove fu anche Preside di Giurisprudenza), e licenziato per la stampa mesi avanti alla data che lo studio avrebbe poi esibito nel periodico *La Giustizia Penale*⁵, presenta aspetti di particolare interesse; esso, tra l'altro, benché approntato tempo prima della primavera del 1895 – come l'autore stesso puntualizzava in una delle sedi di pubblicazione del contributo –, apparve quasi a ridosso della sentenza emessa sul 'caso-Giolitti', il 6 marzo di quell'anno, dalla Sezione d'accusa presso la Corte d'Appello di Roma⁶. Questa aveva respinto l'eccezione d'incompetenza sollevata dall'uomo politico per le vicende che lo avevano visto incriminato, mentre era capo del governo e ministro dell'Interno, per aver determinato altri a commettere i reati previsti dagli articoli 201 e 202 del codice penale⁷. E lo studio di Stoppato, nel clima politico veramente drammatico dello scorcio del secolo e, nonostante non avesse potuto tenere conto

⁵ Vd. A. STOPPATO, *I reati ministeriali e l'art. 47 dello Statuto*, in *La Giustizia Penale*, 1, 1895, p. 225 ss., da cui d'ora innanzi cito.

⁶ La nota 1 dell'articolo di Stoppato pubblicato come estratto tratto da *Giustizia Penale* (così è indicata la rivista nel frontespizio del lavoro), e dunque come libriccino del tutto autonomo edito a Città di Castello nel 1895 (e che oggi si legge in https://books.google.it/books?id=XqFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false), informa il lettore che le ultime bozze del contributo inserito nel periodico erano già state definitivamente licenziate alla data del 6 marzo '95; viceversa, il testo dello studio poi presente in *La Giustizia Penale* (e oggi consultabile, per esempio, in www.google.it/books/edition/La_Giustizia_penale/1Vc0AQAAAJ?hl=it&gbpv=1&dq=LA+giustizia+penale+1895&printsec=frontcover) non riporta tale opportuna avvertenza.

⁷ Per la sentenza vd. in *La Giustizia Penale*, 1, 1895, p. 249 ss.

di queste decisioni che da lì a poco avrebbe assunto la Sezione d'accusa (e poi, come vedremo, anche la Cassazione), rappresentava un deciso spartiacque tra due diverse prospettive d'esame dell'istituto dell'accusa parlamentare.

Due sentenze della Corte di Cassazione, prima sezione penale, del 22 e 24 aprile 1895, furono conclusive delle vicende giolittiane, e fecero sorgere un conflitto negativo di giurisdizione tra la magistratura ordinaria e il Parlamento, attirando su tale questione procedurale l'attenzione degli studiosi⁸. Ed è appena il caso di sottolineare la circostanza che in ben quarantasei anni dall'entrata in vigore dello Statuto Albertino mai alcun ministro era stato sottoposto ad accusa da parte della Camera dei deputati, come pure nessuno di essi era stato denunciato per reati commessi per abuso di potere. Solo col 'caso-Giolitti', dunque, formalmente avviatosi tra la fine del 1893 e l'inizio dell'anno seguente, la norma statutaria dell'articolo 47 – «La Camera dei Deputati ha il diritto di accusare i Ministri del Re, e di tradurli dinanzi all'Alta Corte di Giustizia» – divenne oggetto di uno studio minuzioso da par-

⁸ Cfr. le due sentenze in *La Giustizia Penale*, 1, 1895, p. 457 ss.; vd. per tutti, all'interno di una folta letteratura, G. ARANGIO RUIZ, *I Reati dei Ministri e la Corte di Cassazione*, in *Rivista Penale*, 1, 1895, p. 123. La vicenda di Giolitti, come si sa, ebbe inizio con la richiesta da parte dell'autorità giudiziaria dell'autorizzazione a procedere nei suoi confronti ex articolo 45 dello Statuto, nonché dell'attivazione, in via subordinata, della procedura per la messa in stato d'accusa dell'ex-Ministro ai sensi dell'articolo 47 dello stesso Statuto con l'accusa di aver fatto sottrarre dagli uffici della Banca d'Italia alcuni documenti, sequestrati in occasione di perquisizioni effettuate da parte delle forze di pubblica sicurezza. Sulle dichiarazioni di Giolitti, che presentò i documenti incriminati alla Camera assicurando di esserne venuto in possesso non per sottrazioni da lui ordinate, ma in via d'ufficio, venne avviato nei suoi confronti un secondo procedimento penale per altre quattordici imputazioni e, in conseguenza di ciò, furono emesse ben quattro sentenze; l'aspetto più sorprendente della vicenda fu il netto contrasto tra le due sentenze emanate il 6 marzo 1895 dalla Sezione d'accusa presso la Corte di Appello in Roma e le due sentenze date dalla prima sezione penale della Suprema Corte il 22 e 24 aprile del medesimo anno. Su questi fatti insiste il classico fiume di inchiostro; una sintesi scientifica e largamente documentaria tra le tante, capace di ben contestualizzare e forse qui sufficiente, è quella curata da Guglielmo Negri, per Laterza, in occasione del primo centenario dell'istituto d'emissione nazionale: *Giolitti e la nascita della Banca d'Italia nel 1893*, Roma-Bari, 1989.

te dei giuspubblicisti (il che non toglie che anche le successive pronunce della Corte di Cassazione sulle risonanti vicende giudiziarie coinvolgenti i ministri Francesco Crispi e Nunzio Nasi avrebbero comunque inciso sulle diverse direzioni di studio della figura dell'accusa parlamentare⁹).

La tesi di Stoppato era che la responsabilità penale del ministro andasse considerata secondo criteri particolari relativamente alla perseguibilità per il reato ascrittogli e al giudizio da emettere per tale condotta. Egli affermava che l'uguaglianza della legge repressiva era indicatore di grande civiltà civile

⁹ Per la vicenda giudiziaria di Francesco Crispi, Ministro della Pubblica Istruzione, cfr. sentenza 8 novembre 1897, in *Il Foro Italiano*, 22, 1897, p. 497 ss.; vd. A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, 2, Torino, 1900, p. 463 ss.; N. QUILICI, *Fine di secolo. Banca romana*, Milano, 1935; ID., *Fine di secolo, II, Il dramma di Crispi*, in *Nuovi problemi di politica, storia ed economia*, 6, 1935, pp. 409-498 e 7, 1936, pp. 147-168; S. CARDARELLI, *Il ruolo degli istituti di emissione nella concezione crispina* e M. GRAZIOSETTO, *Francesco Crispi tra politica estera e politica sociale*, in *Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione*, a cura di A.G. RICCI, L. MONTEVECCHI, Roma, 2009, rispettivamente pp. 299-318, qui p. 309; pp. 199-209, qui p. 207. Il processo Nasi si concluse con una sentenza del 10 giugno 1907, emessa dalle Sezioni Unite penali della Cassazione, le quali sanzionarono, definitivamente, l'incompetenza assoluta della giurisdizione ordinaria in tema di reati ministeriali (L. MUSSO, *Cronache dalla Minerva. Nunzio Nasi ministro della Pubblica istruzione (15 febbraio 1901 - 3 novembre 1903) e le carte del procedimento giudiziario Nasi-Lombardo - Parte prima*, in *MemoriaWeb - Trimestrale dell'Archivio storico del Senato della Repubblica*, 32 n.s., dicembre 2020: www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/file/Cronache_dalla_Minerva_Nunzio_Nasi.pdf); cfr. la sentenza in *Il Foro Italiano*, 32, 1907, p. 281 ss.; sull'intera 'questione-Nasi' vd. per es. R. FERRARI ZUMBINI, *L'incidente Nasi». Cronaca di una vicenda dell'Italia politica d'altri tempi (1903-1908)*, Padova, 1981, spec. pp. 71-172; S. GIRGENTI, *La vicenda Nasi e i suoi riflessi sull'opinione pubblica italiana*, Trapani, 1985; M. PACELLI, *Lo scandalo Nasi*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, 7, Roma, 1990, p. 19 s.; E. D'AMICO, *Il potere come giudice: l'arresto dell'ex ministro Nunzio Nasi*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento: modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, Milano, 2015, pp. 429-457; A. BLANDO, *Corti e lunghi circuiti politici. Il caso Nunzio Nasi*, in *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 90, 2017, pp. 171-197; adde G. ARANGIO RUIZ, *Accusa e arresto dell'ex-ministro Nasi*, in *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 66, 1907, 3, pp. 298-317; E. MISERENDINO MORELLI, *Il processo Nasi. Storia sensazionale documentata. Resoconto dell'Alta Corte*, Palermo, 1907; F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento dello Statuto del Regno*, 2, Torino, 1909, p. 559 ss.

e politica, ma nel contempo teneva a sottolineare che «il trattamento della giustizia penale deve riguardare non soltanto e sempre gli uomini, ma bene anche le cose»¹⁰. Tali cose, nell'accezione di accadimenti, in considerazione di ciò che li aveva originati, dei luoghi in cui si erano sviluppati, di come si erano manifestati, necessitavano di criteri speciali per essere valutate, perseguite e giudicate: la giurisdizione, dunque, doveva essere non *propter personas sed propter rem*. Queste premesse consentivano di comprendere quanto sostenuto da Adodato Bonasi una ventina d'anni prima, ovvero che «per professare l'opinione contraria al rito ordinario bisognerebbe non tener conto dell'indole affatto straordinaria di questi giudizi e della pratica invalsa in tutti i paesi che si reggono a libertà, compresi quelli che per la definizione dei reati e la determinazione delle pene si attennero al diritto comune»¹¹. E dunque, l'individuazione di un'assemblea politica (Camera dei deputati) titolare dell'azione penale per il reato ministeriale e di una magistratura politica (Senato costituito in Alta Corte di giustizia) legittimata a giudicare l'azione stessa era criterio di alta ragione politica, ed era tale *ratio* a giustificare una procedura straordinaria per il rito accusatorio e il giudizio, poiché straordinario era anche il fatto costituente reato.

Stoppato, in sostanza, riteneva che la magistratura ordinaria ben comprendesse che non avrebbe potuto giudicare le condotte criminose dei ministri secondo le norme ordinarie del diritto. Diveniva interessante, pertanto, determinare il significato giuridico-politico del reato ministeriale e, assieme, il raggio d'azione della giurisdizione straordinaria, la quale «può essere assai raramente provocata». Una conseguenza naturale di un'interpretazione ampia della norma statutaria sarebbe stata la conversione della 'guarentigia' politica in una deviazione fastidiosa dal diritto comune; contestualmente, però, si faceva notare, una legge fondamentale andava comun-

¹⁰ A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 225.

¹¹ A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Bologna, 1874, p. 88.

que applicata indipendentemente dal probabile verificarsi di contrasti con il diritto ordinario.

L'articolo 47 dello Statuto disciplinava i reati ministeriali, che erano quelli «consumati per movente politico da un ministro, sia che egli abusi nel commetterli del potere che tale carica gli attribuisce, sia che per commetterli si valga delle facoltà o dei mezzi inerenti alla funzione della quale è investito»¹², e in proposito Stoppato puntualizzava che l'atto di un ministro poteva sì essere politicamente inopportuno, tanto che a quegli si poteva certo imputare una responsabilità politica, ma che qualora tale atto avesse però configurato una fattispecie di reato la responsabilità del ministro, allora, non avrebbe potuto che essere quella penale. E nel sottolineare che il reato ministeriale aveva natura politica, non foss'altro perché il motivo politico costituiva nel ministro la premessa, il contesto, determinante a delinquere, si sosteneva che non potesse affatto essere il Pubblico Ministero a proporre l'accusa: il ministro, infatti, nella scala istituzionale rimaneva in una posizione senz'altro gerarchicamente preminente, e dunque la legittimazione attiva all'accusa non poteva che spettare alla Camera dei deputati.

In effetti, il sistema italiano applicava il principio secondo cui il giudizio sul reato ministeriale richiedeva una valutazione d'ordine politico, e questa esulava dalla competenza della magistratura ordinaria a favore, per l'appunto, della Camera elettiva. Nel riportare la definizione di reato ministeriale data da Luigi Palma, quale quello consumato «avvalendosi della carica e dell'autorità che essa conferisce nei limiti della legge o fuori di essa», perché «il fatto deve dirsi compiuto nell'esercizio delle funzioni tutte le volte che costituisce un abuso qualunque del potere che le medesime gli conferiscono, e sia compiuto nella qualità e in virtù del suo mandato»¹³, si faceva notare che l'opinione espressa in merito da Benjamin Constant doveva ritenersi incompleta. Questi, come sappiamo, era convinto che la responsabilità ministeriale scaturisse solo dal cattivo uso del potere e per atti autorizzati dalla legge, non certo

¹² A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., pp. 226-227.

¹³ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, 2, Firenze, 1884, p. 561 s.

da quelli illegali commessi grazie all'usurpazione di un potere che la legge non aveva affatto conferito al ministro¹⁴. L'abuso di potere, anche se per scopi illeciti, rappresentava comunque, appunto, l'esercizio di un potere; dunque, per quanto illegittimo, l'abuso del ministro non ci sarebbe stato in assenza di potere, e per Stoppato «poco importa[va] poi che il Ministro abusi del potere suo in modo e per fini illeciti per ragione privata, purché rimanga il movente politico».

Di questa definizione del reato ministeriale, di cui non si può non notare quanto essa appaia assai ampia, il motivo politico costituiva un elemento palesemente essenziale.

Ebbene, vien fatto di chiedersi come si adattasse la qualificazione di reato ministeriale al comportamento criminoso consumato per scopi privati. Al riguardo Stoppato affermava «che se il ministro [...] avesse ad agire per fine privato non verrebbe meno la guarentigia politica, per quanto moralmente e politicamente, oltre che giuridicamente, si aggravasse per tal guisa la responsabilità di lui. Questo è un precetto di diritto comune contro del quale non si può opporre alcun concludente argomento, perché è al mezzo più che al fine che si guarda, essendo che il primo prevale al secondo nella sua intensità di lesione al pubblico diritto»¹⁵. In tale prospettiva, il reato per abuso di autorità non poteva che sussistere anche qualora il pubblico ufficiale, e dunque il ministro, agisse per una finalità privata, anzi lo scopo privato ancor più avrebbe offeso l'amministrazione pubblica. Inoltre, se l'abuso del potere o dell'autorità fosse stato commesso dal ministro per il raggiungimento di un interesse privato, come per esempio una vendetta personale, a maggior ragione egli avrebbe dovuto essere accusato dalla Camera dei deputati, poiché quel suo agire andava inquadrato come la massima espressione della violazione dei suoi doveri politici, il tradimento maggiore dei poteri che gli erano stati demandati.

¹⁴ Vd. B. CONSTANT, *De la responsabilité des ministres*, in *Oeuvres complètes*, 9.1, a cura di O. DEVAUX, K. KLOOCKE, Tübingen, 2001, *passim*.

¹⁵ Qui e sopra A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 228 s.

Tuttavia, non si faceva menzione della qualifica di quegli atti ministeriali che violavano la Costituzione o le leggi per ipotesi non disciplinate dal codice penale, come nel caso dell'usurpazione dei poteri legislativi con decreti che imponevano, per esempio, imposte non approvate dal Parlamento. Si potrebbe magari dedurre che tali ipotesi, molto probabilmente, avrebbero dato luogo alla sola responsabilità politica e non a quella penale: forse si poteva intendere che gli illeciti commessi dal ministro in assenza d'uso o abuso di poteri, o mezzi o facoltà scaturenti dalla sua posizione istituzionale, non si sarebbero potuti qualificare ministeriali.

Un altro aspetto della questione generale allora ugualmente indagato riguardava l'applicazione della garanzia, sancita dall'articolo 47 dello Statuto, sia quando il ministro spontaneamente rinunciava alla carica, presentando dimissioni regolarmente accettate dal Re, sia quando, come previsto dall'articolo 65 dello Statuto, egli veniva revocato dal Sovrano¹⁶.

Le ipotesi prospettate erano due. La prima riguardava il caso in cui il reato ministeriale fosse stato consumato al tempo in cui il ministro non ricopriva più il suo ruolo istituzionale, sebbene egli avesse preparato in precedenza la consumazione di esso: in tale circostanza si riteneva giusto applicare la disposizione della norma statutaria dell'articolo 47, la quale si ribadiva essere stata emanata *propter rem* e non *propter personam*. L'altra ipotesi concerneva l'eventualità che la Camera dei deputati non avesse esercitato il diritto d'accusa in costanza del mandato del ministro, oppure che la notizia relativa al reato emergesse dopo la cessazione dalla carica: in entrambi questi casi si optava per un'unica soluzione. La responsabilità ministeriale sarebbe permasta anche dopo le dimissioni accettate dal Re «seguitando il ministro dimissionario a spedire gli affari»¹⁷, così come sostenuto, per esempio, pure da Luigi Palma: «non cessa [la responsabilità ministeriale] nemmeno colla dimissione accettata dal Re, ma, seguitando il ministro dimissionario a spedire gli affari colla effettiva cessazione

¹⁶ Cfr. articolo 65: «Il Re nomina e revoca i suoi Ministri».

¹⁷ A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 230.

dall'ufficio, e sostituzione nel medesimo»¹⁸. Forse non si sbaglia nell'affermare che in tale ultimo caso ci si riferiva, probabilmente, alla responsabilità politica, poiché la ragione della responsabilità penale appariva diversa, tanto che differente era anche l'atteggiamento della Camera dei deputati rispetto alle due distinte responsabilità.

Stoppato pensava che il reato ministeriale commesso prima delle dimissioni, o prima dell'accettazione delle stesse o dell'eventuale revoca da parte del Re, dovesse essere oggetto dell'accusa da parte della Camera dei deputati; l'esercizio di tale azione rimaneva imprescindibile per poter perseguire il ministro dopo la cessazione dalle funzioni, e ciò, ossia l'esercizio dell'accusa, si giustificava per le caratteristiche oggettive del reato, che ovviamente non 'sparivano' col cessare dalla carica di ministro. Questo modo di inquadrare il reato ministeriale consentiva di salvare da ogni possibile critica la garanzia sancita dall'articolo 47 dello Statuto, che individuava nella Camera dei deputati l'organo chiamato a giudicare qualora i motivi politici prevalessero sulle questioni di legalità, e poiché essa decideva se esercitare il diritto di accusare così come le spettava anche la decisione finale sulla stessa perseguibilità del ministro. In effetti, pure secondo le leggi ordinarie il funzionario dello Stato che cessava dal proprio ufficio rispondeva degli atti compiuti prima della cessazione; e dunque, tale principio del diritto ordinario non poteva che restare senz'altro immutato anche nella procedura straordinaria prevista dall'articolo 47: quest'articolo, come pure l'articolo 36¹⁹, disciplinavano «l'azione, l'ordinamento, il rito, la sentenza; soltanto vi è una modificazione negli organi ai quali tali funzioni sono affidate»²⁰.

Sul diritto di accusa della Camera da esercitarsi nei confronti del ministro cessato dalla carica, Stoppato riferiva l'o-

¹⁸ L. PALMA, *Corso*, cit., p. 563.

¹⁹ Cfr. articolo 36: «Il Senato è costituito in Alta Corte di Giustizia con decreto del Re per giudicare dei crimini di alto tradimento, e di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i Ministri accusati dalla Camera dei Deputati. In questi casi il Senato non è capo politico. Esso non può occuparsi se non degli affari giudiziarii, per cui fu convocato, sotto pena di nullità».

²⁰ A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 231.

pinione di Bonasi, Nocito e quella di Garelli; per quest'ultimo l'accusa non era esperibile per il ministro dimissionario, mentre per i primi due essa andava senza meno esercitata anche dopo la cessazione dalla carica, non foss'altro che per impedire eventuali dimissioni elusive della responsabilità medesima²¹. Pur ritenendo tale motivazione indubbiamente importante, questa non appariva tuttavia decisiva poiché la disposizione procedurale straordinaria dell'articolo 47 era di indubbio interesse pubblico, e pertanto il ministro non poteva rifiutare tale peculiarità statutaria: essa non era prevista *ad personam* ma creata «come una garanzia per il mantenimento della sicurezza e della libertà». Lo studioso sottolineava che non ci potesse essere alcun equivoco nell'applicazione di tale prescrizione normativa alla luce della definizione del reato ministeriale, ossia che il ministro non potesse rinunciare alla prerogativa statutaria e al privilegio del foro.

In definitiva, è indiscutibile che Stoppato vedesse nella prerogativa dell'articolo 47 un esercizio del diritto di accusa della Camera dei deputati non limitato alla costanza della carica ministeriale. Egli reputava, forse giustamente (benché quest'oggi non appaia essere tale la regola), che l'accusa dell'uomo di governo per reato ministeriale dovesse essere preceduta da un «tale clamore ed eccitamento pubblico da produrre la cessazione delle funzioni ministeriali per voto di quella stessa maggioranza che, disponendosi alla formulazione dell'accusa provoca costituzionalmente le dimissioni del ministro»²².

Dopo aver trattato della natura e dell'estensione della 'garanzia politica' ai reati ministeriali, Stoppato manifestava la sua opinione circa la competenza della giurisdizione parlamentare a conoscere in via esclusiva, e non alternativa, ri-

²¹ Vd. A. BONASI, *Della responsabilità penale*, cit., p. 108 ss.; P. NOCITO, *Alta Corte di giustizia*, Torino, 1886, p. 317 (ma, in generale anche ID., *Del Senato costituito in Alta Corte di giustizia*, Bologna, 1872; ID., *I reati Stato con speciale riguardo all'alto tradimento: esaminati nella Legislazione, nella Giurisprudenza e nella Storia*, Torino, 1893; ID., s.v. *Alta Corte di Giustizia*, in *Digesto Italiano*, 2, Torino, 1893, p. 587 ss.); G.E. GARELLI, *Il diritto costituzionale italiano. Lezioni*, Torino, 1872², p. 222 s.

²² Qui e sopra A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 231 s.

spetto a quella dei tribunali ordinari, tenuto conto che taluni atti ministeriali, per il loro specifico contenuto politico, necessitavano di un giudice straordinario con capacità politiche speciali: un'attitudine, com'è ovvio, non riscontrabile nella magistratura ordinaria, e tale il motivo della relativa preclusione. In conseguenza di ciò, perciò, in casi di concorrenza di talune circostanze politiche eccezionali il giudice parlamentare avrebbe anche potuto conoscere dei reati comuni.

Il diritto di accusa della Camera dei deputati non poteva che essere esercitato in modo esclusivo. Esso rappresentava, in considerazione dello spirito dell'articolo 47, la *condicio sine qua non* dell'esercizio dell'azione penale, che poteva essere ostacolato solo dall'assenza dell'accusa parlamentare, e peraltro, la motivazione di un'eventuale inopportunità ad avanzare l'accusa – ovviamente non rigettando l'ipotesi della legittimità della proposta stessa – era perfettamente rispondente alla *ratio* della norma statutaria: il fine della straordinarietà della procedura, infatti, non veniva vanificato qualora la procedura non fosse attivata, purché il relativo 'fermo' fosse giustificato, in un determinato momento storico-politico, da un interesse superiore e generale. Le leggi fondamentali, come la norma statutaria in questione, andavano accettate per come erano formulate, e sarebbe stato controproducente tentare una considerazione di stretta legalità; questo perché frequentemente i criteri della giustizia ordinaria non corrispondevano a quelli previsti per i reati di indole politica, per i quali l'interesse astratto della norma doveva cedere all'interesse contingente della società politicamente costituita. L'accento era posto sulla titolarità del diritto di accusa, in quanto esclusivo della Camera dei deputati, per cui la magistratura ordinaria «deve tacere»²³; se quest'ultima avesse cercato di supplire all'inerzia della Camera avrebbe violato lo Statuto, mettendo in pericolo l'equilibrio tra i poteri dello Stato: l'atto si sarebbe configurato come un'usurpazione, una situazione caratterizzata dal contrapporsi di un potere contro un altro.

²³ *Ibidem*, l. u. cit.

In realtà, non accusando il ministro, la Camera dei deputati esercitava un diritto riconosciutole dalla disposizione dell'articolo 47, poiché l'essenza di tale diritto le offriva anche la possibilità di optare, appunto, per non attivare l'accusa; al contrario, nel caso in cui la magistratura ordinaria si fosse sostituita alla Camera qualora questa non avesse esercitato la propria facoltà, essa avrebbe senz'altro 'ferito' la Camera stessa e, contestualmente, la carta fondamentale.

Il diritto della Camera di accusare i ministri, e di tradurli innanzi all'Alta Corte di giustizia, era definito in tal modo: «non è un semplice diritto di querela o di denuncia, non una semplice autorizzazione, è una vera e propria accusa formale, ciò che costituisce un passo in avanti nel cammino della persecuzione»²⁴. Non si trattava solo di un'accusa intesa quale dimostrazione imponente di un potere di un'autorità pubblica, ma di un atto formale, nel senso che con essa si presentava ai giudici dell'Alta Corte il ministro accusato: era, cioè, un formale rinvio a giudizio. Solo dopo, con l'esercizio del diritto di accusa, si poteva passare alla fase cognitiva del merito.

In buona sostanza, l'idea era che essendo tutto ciò così normato dallo Statuto, il diritto d'accusa non potesse che essere competenza esclusiva della Camera dei deputati. Poiché nella legge penale ordinaria era disciplinato, oltre che il diritto di querela, anche quello affine di autorizzazione o di richiesta²⁵,

²⁴ *Ibidem*, p. 233.

²⁵ Cfr. per esempio del c.p.: articolo 124 («Per i delitti preveduti nei due precedenti articoli non si procede che dietro autorizzazione del Ministro della Giustizia nei casi indicati nell'articolo 122, e del Senato o della Camera dei deputati nei casi indicati nell'art. 123»); articolo 129 («Chiunque toglie, distrugge o sfregia, in luogo pubblico o aperto al pubblico, la bandiera o altro emblema di uno Stato estero, per fare atto di disprezzo contro lo stato medesimo, è punito con la detenzione sino ad un anno. Non si procede che a richiesta del Governo dello Stato estero»); articolo 130 («Per i delitti commessi contro i rappresentanti degli Stati esteri accreditati presso il Governo del Re, a causa delle loro funzioni, si applicano le pene stabilite per gli stessi delitti commessi contro pubblici ufficiali a causa delle loro funzioni. Qualora si tratti di offese, non si procede che a richiesta della parte lesa»); articolo 400 («Per i delitti preveduti in questo capo non si procede che a querela di parte. Se la parte offesa muoia prima di aver dato querela, o se i delitti siano commessi contro la memoria di un defunto, possono dare querela il coniuge, gli ascendenti, i di-

e se tale diritto non veniva esercitato dal soggetto titolare dello stesso «l'azione penale rimane[va] immota ed il P.M. inattivo», non diversamente si sarebbe dovuto pensare per l'accusa ministeriale.

Veniva respinta anche l'obiezione di chi immaginava che le disposizioni statutarie fossero eccezionali, e che, quindi, la loro interpretazione non dovesse che essere restrittiva. E anzitutto si notava che non si trattava di disposizioni eccezionali secondo il comune sentire, come nel caso ci si riferisse a una legge ordinaria: il procedimento relativo al reato ministeriale era definibile straordinario poiché ben diverso da quello previsto dal normale ordinamento penale, nonché eccezionale per le modalità di esercizio dell'azione penale se paragonate a quelle dell'azione penale ordinaria, «ma tutto ciò in via formale ed esterna, perché una legge fondamentale dello Stato non è e non può mai dirsi legge eccezionale senza evidente errore di concetto»²⁶. E sembrava persino scontata la necessità di impiegare un'estrema cautela nell'attuazione del principio secondo cui le disposizioni eccezionali andavano applicate restrittivamente, poiché nel caso dell'articolo 47 dello Statuto si trattava di prescrizioni procedurali volte a garantire la libertà politica e non di disposizioni limitative, in generale, della libertà: straordinario era il rito procedurale, e straordinario era l'oggetto dello stesso, pertanto a quella materia non si potevano applicare i criteri ordinari dell'interpretazione restrittiva di una legge eccezionale. In caso di dubbio circa la norma da applicare tra quella straordinaria e quella ordinaria bisognava senza meno dare attenzione alla guarentigia politica, e ciò «in omaggio allo scopo» per cui essa era stata creata; era evidente che non vi fosse peggiore scelta che risolvere tali questioni di natura straordinaria «ponendo di fronte i criteri del

scendenti, i fratelli, le sorelle e i figli di essi, gli affini in linea retta, e gli eredi immediati. Nel caso di offesa contro un Corpo giudiziario, politico o amministrativo, od una sua rappresentanza, non si procede che dietro autorizzazione del Corpo stesso, o del suo capo gerarchico quando si tratti di Corpo che non sia costituito in collegio».

²⁶ A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 234.

diritto comune e quelli di un diritto politico, sia pure eccezionale, quasi a titolo di sfida e di confusione»²⁷.

Alla luce di tali premesse, appariva auspicabile risolvere qualsiasi inconveniente potesse nascere circa l'esercizio esclusivo del diritto di accusa della Camera elettiva per i casi di connessione personale o reale del reato ministeriale con altri reati non ministeriali, o con soggetti terzi corresponsabili ma non ministri. Nel caso di consumazione del reato da parte di un ministro con la compartecipazione di un *quivis de populo*, il primo non avrebbe perduto il privilegio di cui all'articolo 47 dello Statuto e il comune cittadino avrebbe usufruito della competenza speciale; l'Alta Corte di giustizia, dunque, sarebbe stata competente a giudicare anche i complici dei senatori e dei ministri, e il principio della connessione dei reati si sarebbe dovuto applicare pure a quelli compiuti dai ministri o da coloro che fossero stati imputati d'attentato alla sicurezza dello Stato, e sottoposti sempre al giudizio dell'Alta Corte.

In conclusione, Stoppato non escludeva che, interpretando così come faceva la norma statutaria dell'articolo 47, si sarebbero potuti verificare degli inconvenienti, ma reputava accettabili quei possibili 'inciampi' in considerazione dello scopo della norma stessa, e prospettava il caso di una procedura ordinaria contro un comune cittadino che avesse visto coinvolto un ministro per complicità (salvo l'eventuale applicazione dell'articolo 49 n. 1 c.p.²⁸) «senza che contro il ministro si procedesse per difetto di esercizio del diritto di accusa spettante alla Camera». Un argomento era che a tali impedimenti si potesse ovviare con disposizioni straordinarie di una legge fondamentale; detti imprevisi, per esempio, potevano scaturire da un conflitto, nel momento dell'applicazione delle norme, tra i criteri di «stretta legalità» e lo scopo della politica costituzionale, oppure essere il prodotto di voti agitati, di «passioni parlamentari»: anche in tal caso, comunque, non si poteva violare la disposizione fondamentale dell'articolo 47 «sotto apparenza

²⁷ *Ibidem*, l. u. cit.

²⁸ Articolo 49 n. 1: «Non è punibile colui che ha commesso il fatto: 1 per disposizione della legge, o per ordine, che era obbligato ad eseguire, dell'Autorità competente».

di una rivendicazione del diritto comune»²⁹. Ancora, un inconveniente poteva anche nascere per il caso disciplinato dall'articolo 45 dello Statuto, la 'guarentigia' dei deputati³⁰: l'inerzia della Camera e i motivi che l'avevano determinata si sarebbero potuti valutare come argomenti di prova, e quindi a difesa, nella procedura ordinaria a carico di terzi.

2. Più o meno in contemporanea all'apparizione del saggio di Alessandro Stoppato, Ranieri Falcone³¹, che era pretore a Napoli, pubblicò lo studio *I ricorsi Giolitti in Cassazione*: tale lavoro, editorialmente datato al 1893 ma, com'è evidente, perfettamente coevo alle pronuncie 'giolittiane'³², è da annoverare tra i molti cui le due sentenze del 22 e 24 aprile 1895 diedero la stura. Falcone, nel clamore mediatico suscitato dalla due pronunce giudiziarie (al cui riguardo scriveva «io non mi sarei aspettato di sentire così vivamente discussi da ogni classe di cittadini i responsi della Cassazione romana per i ricorsi Giolitti, e di vederli assorgere all'altezza di un grande avvenimento giuridico»³³), affrontava nelle sue pagine l'importante discussione riguardante l'esatta interpretazione degli articoli 45, 47 e 51 della carta costituzionale del Regno³⁴.

Si potrebbe affermare che egli, fors'anche naturalmente in quanto appartenente all'ordine giudiziario, si erse a paladino

²⁹ A. STOPPATO, *I reati ministeriali*, cit., p. 235.

³⁰ Articolo 45: «Nessun Deputato può essere arrestato, fuori del caso di flagrante delitto, nel tempo della sessione, né tradotto in giudizio in materia criminale, senza il previo consenso della Camera».

³¹ Ranieri Falcone fu magistrato nei territori d'oltremare e studioso di diritto coloniale; notizie esaustive si rintracciano in L. MARTONE, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del regno d'Italia*, Milano, 2008, p. 46 s.

³² È singolare che in un lavoro datato 1893 si commentino sentenze, peraltro socialmente eclatanti, pubblicate nel 1895 (tuttavia si sa bene quali siano ancora oggi i tempi, e dunque i ritardi, delle pubblicazioni delle riviste scientifiche): R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti in Cassazione*, in *Il Foro Penale*, 3, 1893, p. 261 ss.

³³ *Ibidem*, p. 261.

³⁴ Per gli articoli 45 e 47 vd. *supra*, nt. 30 e p. 4; cfr. articolo 51: «I Senatori ed i Deputati non sono sindacabili per ragione delle opinioni da loro emesse e dei voti dati nelle Camere».

dell'indirizzo scelto dalla Corte di Cassazione nelle due sentenze di aprile, così da sostenere che l'inesistenza di una legge interpretativa autentica delle norme statutarie rendeva plausibile ogni eventuale interpretazione, inclusa com'è ovvio quella della Suprema Corte romana. Più specificamente, denunciava la negligenza del potere legislativo, sottolineando come esso non ottemperasse a suoi compiti principali, ossia quello di legiferare e quello di interpretare le leggi, con efficacia cogente per tutti, *ex* articolo 73 dello Statuto³⁵. Gli appariva anomalo il comportamento del Parlamento negli ultimi anni, i cui membri, nelle sedute istituzionali, piuttosto che, come previsto dall'ordine del giorno, discutere «di un codice o di altro disegno importante», demandavano «al Governo del Re la facoltà di pubblicare il Codice o la legge», con la conseguente nomina di commissioni, costituite anche da non parlamentari, chiamate a «fare quello che i legislatori non han voluto o saputo fare». E notava, senza alcuna indulgenza, come ciò costituisse la ragione per cui i cittadini non stimavano più l'assemblea nazionale che comunque li rappresentava, al punto da «implorarne l'abolizione» sulla base della convinzione che «quando il corpo legislativo [...] non fa più leggi e non interpreta nemmeno le più sibilline, non si sa davvero per che cosa ci sia».

Falcone osservava che, venendo meno il legislatore al compito di legiferare e di interpretare la legge, si affidava implicitamente tale compito al «giudice, il quale non può interpretare che nel solo interesse delle parti! E poi si grida che i giudici errino, e che la Corte di Cassazione proclami delle massime sbagliate, e che i Tribunali inferiori fanno male a seguire ciecamente le dottrine del Magistrato supremo!»³⁶.

In relazione al lamentato atteggiamento inerte del potere legislativo, egli ricordava le innumerevoli discussioni svoltesi nell'aula parlamentare per adottare dettagliati provvedimenti attuativi del diritto di riunione, così come previsto dallo Statuto, senza che tuttavia si approvasse mai alcunché. Ancora,

³⁵ Cfr. articolo 73: «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo».

³⁶ Qui e sopra R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 262 s.

rammentava l'inesistenza di una legge apposita che desse attuazione al principio statutario della responsabilità ministeriale (articolo 67)³⁷, non a caso paragonata all'araba fenice, nonostante ripetute volte fosse stato formalmente trattato l'argomento; in conseguenza di ciò, allora, sembrerebbe fors'anche lecito potersi dedurre che non vi fosse, ovviamente, alcuna possibilità che la Camera elevasse un'accusa contro i ministri, non essendoci appunto una legge attuativa, e inoltre che i fatti oggetto della responsabilità di cui all'articolo 67 fossero diversi da quelli previsti dal codice penale, per i quali, invece, la legge esisteva.

Lo studioso, soffermandosi sempre sull'inerzia del legislatore, e quasi come una partecipata difesa d'ufficio dell'ordine giudiziario, affermava che «sarebbe incivile arrecare biasimo ed onta al Magistrato, il quale deve desumere dalla legge quello che vi manca, e non può rifiutarsi d'interpretare, in quanto al caso concreto, il testo più astruso e più imperfetto». Invero, le molteplici discussioni e le relazioni della Camera dei deputati in merito all'interpretazione degli articoli 45, 47, 51 certamente non sopperivano alla vera e propria inerzia del legislatore, poiché il magistrato aveva l'obbligo di applicare la legge e non certamente le relazioni o le discussioni parlamentari, visto che queste ultime «hanno sul Giudice la stessa importanza che può avere la opinione di qualunque altro scrittore»³⁸. E causa principale dell'assenza di un'interpretazione autentica dei tre suddetti articoli era sostanzialmente intravista nell'inerzia legislativa delle Camere, nei fatti radicata sia dai periodi frequenti e prolungati delle vacanze rispetto a quanto accadeva, per esempio, negli altri paesi europei, sia per la brevità della durata delle assise di lavoro; a ciò, peraltro, si sarebbe potuto aggiungere anche una sorta di responsabilità degli stessi ministri, i quali, non esistendo nello Statuto una disposizione che disponesse una data fissa per la

³⁷ Cfr. articolo 67: «I Ministri sono risponsabili. Le Leggi e gli Atti del Governo non hanno vigore, se non sono muniti della firma di un Ministro».

³⁸ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 262 s.

convocazione annuale delle Camere, quasi colpevolmente ritardavano la convocazione sino agli ultimi giorni di novembre.

Si passavano in rassegna i tre articoli richiamati dalla Suprema Corte nelle note pronunce 'giolittiane', per i quali si reputava urgente, appunto, se non finanche improcrastinabile, una interpretazione autentica da parte del legislatore. E, specificamente in relazione all'articolo 47, si riassumevano le tre opinioni interpretative emerse alla luce della vicenda giudiziaria centrata su Giolitti.

Anzitutto la prima, quella espressa dalla Suprema Corte di Cassazione e (ovviamente) condivisa dal Nostro, riconosceva alla Camera elettiva il diritto esclusivo di accusare i ministri. La seconda riteneva che, in assenza dell'esercizio del diritto della Camera dei deputati di tradurre i ministri innanzi all'Alta Corte di giustizia, il Pubblico Ministero potesse esercitare l'azione penale, evidentemente equiparando l'uomo di governo a un qualsiasi cittadino: tale era stata l'opinione della Sezione d'accusa presso la Corte d'Appello di Roma espressa con le sentenze del 6 marzo 1895³⁹. La terza, che parzialmente modificava la seconda – e ritenuta corretta dal Procuratore Generale Francesco Auriti nella requisitoria pronunciata, sui ricorsi di Giolitti, nell'udienza del 22 aprile presso la Corte di Cassazione⁴⁰ –, prevedeva quale presupposto per l'agire del Pubblico Ministero che la Camera elettiva fosse comunque stata messa nelle condizioni di esercitare il proprio diritto d'accusa.

La prima opinione sembrava essere quella più conforme allo spirito della legge e quella di più facile attuazione. In qualche misura, essa ribadiva che l'esatta interpretazione di una legge implicava di cogliere il vero intento del legislatore al momento della sua emanazione, un intento, tuttavia, che avrebbe potuto nel tempo non essere più rispondente alle nuove esigenze sociali, e che in tal caso avrebbe spinto a modificare o ad abrogare la legge stessa.

Ciò premesso, Falcone si chiedeva se, come del resto ritenuto da molti, la Suprema Corte con le sue pronunce avesse

³⁹ Vd. *supra*, p. 3, nt. 7.

⁴⁰ La requisitoria è consultabile in *La Giustizia Penale*, 1, 1895, p. 492 ss.

in qualche modo stabilito che l'impunità dei ministri costituisse «un principio antiliberal». In argomento, egli affermava che il principio dell'inviolabilità del Re, riconosciuto in tutte le Costituzioni, rappresentava l'essenza del governo monarchico: se il Re era sacro e inviolabile, come previsto dalla norma statutaria dell'articolo 4, e se i ministri nominati dal Re erano per Statuto responsabili delle proprie azioni (articolo 67), era allora pacifico che qualsiasi azione promossa contro il governo avrebbe, di per sé, arrecato pregiudizio al potere regio, e che «la prerogativa ministeriale [fosse] il necessario completamento della inviolabilità del Sovrano». Occorreva «il coraggio di proclamare a viso aperto talune verità: l'articolo 47 dello Statuto fu dettato appunto per proteggere l'esercizio delle funzioni ministeriali», e tale 'completamento' non rappresentava certo sinonimo di impunità dei ministri per le loro condotte, ma di sostanziale immunità, nel senso che essi non potevano essere giudicati dai tribunali ordinari, così come cittadini qualsiasi fra cittadini («per noi è cosa tale, che ripugna»), «nel silenzio od anche col consenso della Camera dei deputati».

Si trattava, quindi, di un'immunità da un giudizio ordinario; salvo individuare poi il soggetto ammesso ad accusare i ministri, le relative modalità, nonché il legittimato a giudicare le loro condotte. E qui Falcone trovava quasi naturale affermare che il soggetto legittimato ad accusare un ministro non poteva essere il giudice ordinario, non foss'altro che per la dipendenza del potere giudiziario dal ministro medesimo: era solo «un bel gridare che la Magistratura [fosse] un potere indipendente dello Stato», poiché, invece, nella prassi ne era palese il rapporto di dipendenza. A suo parere, nessuno auspicava davvero una magistratura totalmente indipendente; oltretutto, se «il Pubblico Ministero continua[va] ad essere l'organo del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria»⁴¹, ci si doveva chiedere come fosse possibile che sempre il Pubblico Ministero potesse poi esercitare l'azione penale, di cui era titolare, contro lo stesso potere, e a conferma della non indipendenza dei giudici, quasi *ad abundantiam*, egli ricordava la loro amo-

⁴¹ Qui e sopra R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 266 s.

vibilità, nel caso semplicemente provocata dalla suscettibilità di un qualsiasi deputato per il loro operato.

Non si può non notare come l'affermazione forte che riteneva la prerogativa ministeriale il necessario completamente dell'invulnerabilità del sovrano si fondasse, in realtà, su argomentazioni contraddittorie. Dapprima si dichiarava che la speranza di una magistratura indipendente che trovasse in se stessa il coraggio di procedere contro un ministro non poteva che essere vana – poco innanzi, infatti, si è parlato dell'ammovibilità dei giudici –, poi si sosteneva che ai ministri occorresse riconoscere l'immunità per proteggerli dalle persecuzioni quotidiane degli avversari politici e dei partiti, i quali altrimenti li avrebbero oppressi con querele infondate e partigiane. Ma cosa avrebbe potuto mai temere un ministro dalle querele degli avversari politici, se si era detto che nessun giudice avrebbe mai avuto l'ardire, appunto, di accusarne qualcuno? In più, il Nostro riassumeva il proprio ragionamento, obiettivamente conservatore e fors'anche retrivo, con questa conclusione: «ai tempi che corrono Principi e ministri sono più liberali dei popoli, i quali ostentano tendenze reazionarie ed oscurantiste ed invocano il ritorno al regime paterno: senza parlare delle numerose plebi, le quali secondo il loro antico e naturale costume, ai digiuni della libertà preferiscono i destinatari del servaggio»⁴².

In ogni caso, tornando all'opinione manifestata dalla Corte di Cassazione circa l'esclusività del diritto d'accusa della Camera⁴³, Falcone ricordava il disposto dell'articolo 37 c.p.p.: questo prescriveva che nessun magistrato potesse essere giudicato dal tribunale cui afferiva, o al quale era in qualche modo gerarchicamente superiore. Ebbene, si domandava lo studioso, come era possibile pensare, alla luce di tale norma, che un ministro potesse essere giudicato dalla magistratura ordinaria? Se davvero tale fosse stato lo spirito dello Statuto, egli si sarebbe personalmente attivato per farlo modificare: la competenza del magistrato ordinario a giudicare i ministri, in

⁴² *Ibidem*, p. 270.

⁴³ Sulla natura giuridica del diritto d'accusa della Camera dei deputati vd., per esempio, L. BORSARI, *Dell'azione*, cit., p. 431; A. BONASI, *Della responsabilità penale*, cit., p. 97 ss.; P. NOCITO, *Del Senato*, cit., p. 77 ss.

un caso del genere, avrebbe trasformato l'ordine giudiziario in corpo politico. Ed efficacemente, sempre a sostegno della tesi secondo cui la magistratura dipendeva dal governo, il Nostro prospettava l'eventualità in cui proprio il Guardasigilli avrebbe potuto essere l'ipotetico ministro imputato, e al riguardo affermava «l'argomento nostro calzerebbe a capello».

Un aspetto ulteriore della questione trattato dalla Suprema Corte e, *more solito*, condiviso da Falcone era la circostanza che non tutti i ministri dovessero necessariamente essere deputati o senatori, e quindi beneficiari delle 'guarentigie' statutarie: ragione per la quale chi non fosse tecnicamente appartenuto al ceto politico si sarebbe visto riservare, ingiustamente, un trattamento diverso dagli altri.

Inoltre, lo studioso si soffermava ancora su un altro indirizzo della Corte di Cassazione, quello secondo cui l'azione giudiziaria, stando a un'ipotesi tutt'altro che impossibile, avrebbe potuto determinare una crisi ministeriale. Riteneva che nel corso di un procedimento penale il ministro imputato molto probabilmente avrebbe potuto dimettersi, con la naturale conseguenza di una crisi che avrebbe rischiato di investire l'intero governo; egli, in realtà, descriveva uno scenario 'variegato', con il ministro che dimettendosi non comportava tutte le conseguenze esposte, oppure che si dimetteva provocando un arresto dell'attività ministeriale, e in tal caso richiamava la recente vicenda del ministro Crispi, che nel relativo procedimento penale era solo querelante (ma, contro Giolitti, per reati vari quali abuso d'autorità, falso, calunnia, ecc.) «eppure si era osato intimargli la resa a discrezione». Poiché sicuramente nessun cittadino avrebbe tollerato un ministro che, imputato e destinatario di un mandato di comparizione, continuasse a svolgere le sue funzioni, così come forse nessun ministro avrebbe avuto l'ostinazione di non dimettersi, appariva quasi ovvio che un'azione giudiziaria contro un ministro avrebbe comunque investito la funzione del governo e quindi, di conseguenza, il potere sovrano; un tale processo di 'contagio induttivo' non sarebbe invece avvenuto se ad accusare il ministro fosse stata la Camera dei deputati *ex* articolo 47, perché la crisi sarebbe stata così provocata «nelle vie e coi mezzi costituzionali».

Falcone sottolineava che, in realtà, non si parlava di impunità delle condotte ministeriali ma di immunità, poiché il diritto di non accusare da parte della Camera elettiva era certamente motivato dalla «ragion di Stato» e, d'altro canto, perché negare alla Camera il diritto normalmente riconosciuto a un giudice ordinario, ossia l'opzione per decidere il non luogo a procedere. E a coloro che obiettavano essere la Camera dei deputati un corpo politico in seno al quale chi decideva era la maggioranza, egli muoveva l'appunto che proprio tale era la ragione per cui i ministri non dovevano essere giudicati dalla magistratura ordinaria ma, appunto, dalla Camera elettiva; questa, quale rappresentante del popolo, esercitava quel «diritto di grazia o di amnistia singolare e speciale accordato al popolo», un diritto «da farne uso per alte ragioni di Stato, per gravi motivi politici, o per impedire mali maggiori di quelli che possano derivare dalla impunità di un reato»⁴⁴. In buona sostanza, si ribadiva che gli inconvenienti evidenziati erano tutti eliminati grazie al riconoscimento esclusivo alla Camera elettiva del potere di accusare i ministri.

Lo studioso rimarcava le deduzioni della Suprema Corte, che egli riteneva esaustive, relativamente ai contenuti normativi dell'articolo 47, e tuttavia, nello stesso tempo, poneva in luce la necessità di un intervento del legislatore per una interpretazione autentica dello Statuto. Sgradevole sarebbe stato il ripresentarsi di una situazione quale quella creatasi relativamente ai ministri allora al governo, per i contrastanti pareri del Pubblico Ministero e del giudice, della Corte d'Appello e della Corte di Cassazione, ma anche per i dubbi che non potevano non suscitare le importanti sentenze del 22 e 24 aprile. Egli poneva l'accento su alcune affermazioni contenute in queste decisioni, che lasciavano l'esperto lettore alquanto sconcerato, come per esempio: «la locuzione larga e indeterminata dell'articolo 47 senz'alcuna maggiore specificazione sull'esercizio del diritto della Camera, e la mancanza di una legge che definisce la responsabilità ministeriale, suscitarono molte dubbiezze sulla sua applicazione così in Italia come negli altri pae-

⁴⁴ Qui e sopra R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 268 s.

si retti a sistema rappresentativo, aventi una disposizione statutaria dell'indole nostra», o «in verità la locuzione usata dallo Statuto, che la Camera ha *diritto di accusare* può, anche senza la parola *solo o soltanto*, importare la esclusione di questo diritto in altri. Però essendosi adoperata una formola che esprime facoltà colla conseguente competenza dell'alta Corte di giustizia, mentre quando le leggi vollero attribuire una competenza assoluta ed esclusiva, dissero *appartiene o spetta giudicare*, potrebbe indurre a ritenere che non si sia voluto escludere l'azione ordinaria del magistrato, ma piuttosto dare alla Camera un diritto di prelazione o di avocazione, anche per evitare un'offesa alla giustizia, supremo dei bisogni sociali, col rendere possibile, per mancanza di accusa della Camera, la impunità di un reato, solo perché commesso da un Ministro»⁴⁵.

In realtà, i dubbi paventati dalla Corte romana non sembravano essere stati fugati dalle decisioni prese dalla stessa, e alcune perplessità erano riconducibili anche all'inesattezza di talune argomentazioni addotte dalla Corte medesima. Per esempio, in riferimento all'articolo 36, essa aveva argomentato che tale disposizione «attribuisce al Senato del Regno una vera competenza a giudicarli; e siccome l'attribuzione di competenza porta per sé la conseguente impossibilità di un'altra competenza simultanea e concorrente, così ne viene che è un errore il ritenere che l'autorità giudiziaria possa giudicare di fatti commessi dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni»⁴⁶. Falcone, per una volta critico nei confronti della Cassazione, metteva in evidenza l'inesatta affermazione circa l'impossibilità di una competenza concorrente, poiché il concorso di competenze non era antigiuridico; al riguardo, per esempio, ricordava la disposizione dell'articolo 18 del codice di procedura penale, che ammetteva la competenza concorrente di due autorità giudiziarie 'limitrofe', nel caso in cui un reato fosse stato commesso sul confine di due giurisdizioni⁴⁷. Altro caso di com-

⁴⁵ Vd. *La Giustizia Penale*, 1, 1895, pp. 461-462.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 467.

⁴⁷ Articolo 18 c.p.p.: «Se il reato è stato commesso sul confine di due giurisdizioni, avrà luogo la prevenzione. La prevenzione rimane stabilita o dal mandato di cattura, o da quello di comparizione».

petenza concorrente, poi, era quella desumibile dal confronto tra l'articolo 36 dello Statuto e il n. 1 dell'articolo 9 c.p.p. così come modificato dal regio decreto n. 6509 del 1° dicembre 1889, secondo cui per gli attentati alla sicurezza dello Stato la competenza era dell'Alta Corte di giustizia, ma anche della Corte d'Assise se il Senato non fosse regolarmente convocato in Alta Corte⁴⁸. Egli, prendendo spunto da tali non corrette interpretazioni delle norme da parte della Corte romana (in specie in relazione all'articolo 36 dello Statuto), sottolineava come il potere giudiziario non potesse sostituirsi a quello legislativo nell'interpretare le leggi, non foss'altro perché l'interpretazione autentica della norma da parte del potere legislativo rimaneva obbligatoria per tutti mentre quella del potere giudiziario non poteva che essere variabile e dunque incerta.

Nel passare ad analizzare le altre due ipotesi di interpretazioni dell'articolo 47⁴⁹, il Nostro notava che sia la seconda sia la terza teoria avevano in comune, per fondamento, che il Senato costituito in Alta Corte di giustizia non avesse l'esclusiva competenza a giudicare i ministri accusati dalla Camera elettiva. La terza teoria aggiungeva alla seconda che «la giurisdizione ordinaria non [potesse] agire, se prima la Camera dei deputati non [fosse stata...] in grado di esercitare la sua facoltà d'invviare il Ministro imputato innanzi al Senato»⁵⁰. Nel ponderare le due teorie, egli metteva l'accento sull'urgenza di chiarire un equivoco: si era fomentata una questione di competenza circa la titolarità del diritto di giudicare i ministri accusati dalla Camera dei deputati, mentre era evidentissimo come essa appartenesse al Senato, costituito in Alta Corte di giustizia. Viceversa, ciò su cui occorreva soffermarsi era la natura dell'azione penale, ovvero se fosse pubblica quella volta contro i ministri,

⁴⁸ Cfr. la *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 285 del 2 dicembre 1889, 4080, articolo 28: «Le disposizioni degli articoli 9, 10 [...] del codice di procedura penale sono modificate come segue: (art.) 9 Appartiene alla corte d'assise con l'intervento dei giurati la cognizione: 1° dei delitti contro la sicurezza dello Stato, e di istigazione o provocazione a commetterli, anche avvenuta col mezzo della stampa, salvo che il Senato fosse stato costituito in alta corte di giustizia, ai termini dell'articolo 36 dello Statuto».

⁴⁹ Le si riveda *supra*, p. 19 s.

⁵⁰ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 272.

e se fosse auspicabile esercitarla senza l'istanza, il consenso, l'autorizzazione della Camera elettiva: più semplicemente, se nel caso dell'articolo 47 si dovessero applicare i principi generali previsti per quei reati per i quali non si poteva procedere senza richiesta, querela, autorizzazione⁵¹.

Tali principi, in realtà, andavano senz'altro applicati all'ipotesi di accusa parlamentare ai ministri. Il termine 'consenso', usato nella norma statutaria dell'articolo 45, indubbiamente significava autorizzazione, così come le parole 'diritto di accusare' presenti nell'articolo 47 comportavano il diritto di esercitare l'azione penale. Pertanto, come la legge ordinaria, quando stabiliva che l'azione penale era esercitata dagli ufficiali del Pubblico Ministero essa intendeva precisare che tale diritto rimaneva esclusivo⁵², allo stesso modo, quando lo Statuto riconosceva alla Camera elettiva il diritto di accusare, esso intendeva sancire come di fatto si trattasse di una facoltà assolutamente esclusiva.

La seconda e terza teoria affermavano poi che il diritto di accusare della Camera dei deputati era un diritto di preferenza o di prelazione e che, nell'eventualità che l'assemblea non si avvallesse della sua facoltà o che si trovasse nell'impossibilità di poterla esercitare, il Pubblico Ministero era autorizzato a esercitare l'azione penale. In realtà, tali teorie non consideravano l'ipotesi che la Camera investita respingesse la proposta di accusare con la conseguente pronuncia di non luogo a procedere; tale ipotesi, secondo Falcone, coincideva con una fattispecie di estinzione dell'azione penale, e nessuno avrebbe poi agito contro un ministro, anche perché colui che avesse il diritto di accusare doveva avere pure quello di ordinare il non luogo a procedere.

In verità, a leggere bene, l'opinione della Sezione d'accusa presso la Corte d'Appello di Roma esternata con le sentenze del 6 marzo 1895 era 'dividibile' in due. La Corte riteneva che sia la Camera elettiva sia il Pubblico Ministero avessero il diritto di esercitare l'azione penale contro i ministri; ebbene, o si riconosceva alla Camera il diritto di prelazione o di avoca-

⁵¹ Cfr., per esempio, articolo 88 c.p.; articoli 7, 118, 120 e 808 c.p.p.

⁵² Cfr. articolo 2 c.p.p.

zione, oppure si ammetteva che, stante l'inerzia o il silenzio della Camera, sarebbe nato per il Pubblico Ministero il diritto esclusivo di esercitare l'azione penale.

Secondo il primo sistema, il Pubblico Ministero avrebbe agito liberamente fino a quando la Camera non si fosse avvalsa del suo diritto, o fino a quando non avesse avvocato a sé il procedimento: era infatti evidente che la prelazione o l'avvocazione facevano cessare l'azione dell'autorità ordinaria. Ma era un grave errore pensare che fosse la Camera dei deputati a decidere se il ministro imputato dovesse essere tradotto innanzi all'Alta Corte di giustizia o giudicato dalla giurisdizione ordinaria. Falcone notava che la Camera o accusava o non accusava, e quando decideva di non accusare era perché non si configurava la fattispecie di reato o perché per ragioni politiche non si dovesse procedere. Dunque, ciò che si definiva diritto di prelazione o di avvocazione era il solo e unico diritto esclusivo della Camera elettiva, ossia quello di accusare; era la ragione per cui Pietro Nocito sosteneva che l'atto di accusa attribuiva *de iure* al Senato la potestà di agire, senza la necessità del decreto di convocazione o l'intervento di qualsiasi altro potere⁵³.

La facoltà di avocare della Camera era considerata anti-giuridica e possibile causa di scandali. Di fatto, esisteva nel sistema giudiziario la possibilità per un giudice superiore di avocare a sé un procedimento ma per motivi specifici. Nel caso dell'articolo 47 il primo interrogativo era determinare il termine *ad quem* per esercitare l'avvocazione: che ciò potesse essere fatto sino alla sentenza passata in giudicato, quindi anche dopo aver notificato la citazione a comparire, o anche dopo una sentenza di assoluzione o condanna appellata, era da ascrivere alle «mostruosità giuridiche che nessuno vorrà accettare»⁵⁴.

Per quanto atteneva al secondo sistema sarebbe stata una corsa al più veloce fra il Pubblico Ministero e la Camera, poiché non esisteva una disposizione legislativa che statuisse il termine entro il quale la Camera era obbligata a esprimere la sua volontà, e quale fosse il termine di attesa da parte del Pub-

⁵³ Vd. P. NOCITO, *Alta Corte*, cit., p. 318.

⁵⁴ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 274.

blico Ministero. Peraltro, sarebbe bastato attendere lo scioglimento della Camera per attaccare un ministro, che in tale situazione sarebbe rimasto privo della 'guarentigia' statutaria.

Questi gravi impedimenti erano stati avvertiti dal Procuratore Generale Francesco Auriti, che infatti elaborò una formula conciliante, ossia che il Pubblico Ministero non avrebbe potuto agire se prima la Camera non fosse stata messa nella condizione di esercitare il suo diritto. Tuttavia, il grave vizio di tale proposta del Procuratore consisteva nella limitazione del diritto della Camera all'esercizio dell'accusa, perché, formalizzata la denuncia o sporta la querela contro un ministro, la Camera stessa non avrebbe potuto impedire il procedimento, e avrebbe solo avuto la facoltà di scegliere tra la competenza della magistratura ordinaria o quella dell'Alta Corte di giustizia: a tanto si sarebbe ridotta la garanzia dell'articolo 47. Chiaramente la Camera non avrebbe mai accettato tale stato di cose, perché diversamente si sarebbero prospettati nuovi scenari di conflittualità fra la Camera elettiva e la magistratura ordinaria. Inoltre, esistevano pure obiezioni che troncavano tale proposta conciliativa: quale termine stabilire per mettere in mora la Camera, così da farle esercitare il suo diritto, se il decorso del termine avrebbe implicato decadenza, e cosa sarebbe accaduto se la Camera avesse risposto che non intendeva rispondere? Falcone osservava che la possibilità che la Camera facesse prescrivere l'azione penale era la prova dell'esclusività di tale diritto, e ribadiva che nessuno poteva costringerla a fare ciò che essa non voleva; infine, metteva in evidenza che, se la prescrizione si sospendeva per il disposto del capoverso dell'articolo 92 c.p.⁵⁵, non si poteva che dedurre che il diritto di accusare i ministri fosse esercitabile solo dalla Camera elettiva, e che

⁵⁵ Articolo 92 c.p.: «La prescrizione decorre, per i reati consumati, dal giorno della loro consumazione; per i reati tentati o mancati, dal giorno in cui fu commesso l'ultimo atto di esecuzione; per i reati continuati o permanenti, dal giorno in cui ne cessò la continuazione o la permanenza. Se l'azione penale non possa essere promossa o proseguita che dopo una speciale autorizzazione, ovvero dopo che sia risolta una questione deferita ad altro giudizio, la prescrizione rimane sospesa, e non riprende il suo corso che dal giorno in cui l'autorizzazione sia data o la questione sia stata definita».

questa, così come aveva il diritto di autorizzare il procedimento, allo stesso modo poteva pure vietarlo.

Un'altra affermazione importante era quella secondo cui, per taluni, l'articolo 47 aveva generato una giurisdizione straordinaria non *ratione personae aut propter personam*, sed *ratione materiae aut propter rem*. Senza esitazione si dichiarava che la suddetta garanzia si applicava per la consumazione di delitti ministeriali, cioè quelli che solo un ministro poteva commettere, o per quei comportamenti antigiuridici determinati da un movente politico, oppure consumati quale mezzo per il raggiungimento di uno scopo politico. Da qui i sostenitori di tale punto di vista traevano la conclusione che il ministro soggetto attivo nella consumazione di «reati comuni, affatto estranei alle sue funzioni, non può essere soggetto che al diritto comune», per cui i reati che «nulla avendo che fare con la qualità di Ministro, soggiacciono alla giurisdizione dei tribunali ordinari»⁵⁶. Del resto, come peraltro osservava Falcone, la stessa idea era stata espressa dalla Suprema Corte, tanto che il Procuratore Auriti aveva concluso che per i reati compiuti dal ministro senza abusare della propria carica sussisteva senz'altro la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

In verità, l'articolo 47 dello Statuto non prevedeva una distinzione tra reati ministeriali e non ministeriali, tra reati politici e comuni. Lo spirito della carta fondamentale del Regno non autorizzava tale distinguo: quale poteva essere, dunque, l'appiglio nella norma che giustificasse questa ripartizione della 'tipologia' di reati, come si poteva limitare il diritto d'accusa della Camera solo perché il reato appariva previsto dal diritto ordinario? A parere di Falcone l'articolo 47 si estendeva anche al reato 'comune'; e dunque l'unico appunto da muovere alla teorica di cui alle sentenze della Corte di Cassazione era quello di aver voluto limitare la competenza accusatoria della Camera dei deputati e quella giurisdizionale dell'Alta Corte di giustizia ai reati commessi dai ministri nell'esercizio delle proprie funzioni: non a caso, la Corte aveva giustamente argomentato che sarebbe stato più appropriato collocare l'articolo 47 dello Statuto, per un criterio logico, subito dopo

⁵⁶ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 275.

l'articolo 67, poiché i ministri rispondevano alla Camera elettiva dei loro atti attinenti alle funzioni ministeriali⁵⁷. E allora, molto probabilmente, la mancata collocazione del disposto dell'articolo 47 dopo quello dell'articolo 67 palesava la volontà del legislatore di estendere la competenza esclusiva della Camera di accusare i ministri a tutti i reati da essi commessi senza alcuna distinzione, tanto che il Nostro asseriva: «noi sosteniamo che il diritto esclusivo di accusare i Ministri sia meno una garanzia del Governo, che una prerogativa della Camera». Egli affermava con forza che il popolo, in un Paese a sistema rappresentativo, governava se stesso per il tramite dei propri rappresentanti: senza la fiducia della Camera elettiva nessun governo avrebbe potuto governare, e che questo, avendo ricevuto la fiducia, aveva il dovere di continuare a reggere la cosa pubblica nonostante gli attacchi esterni. Il governo era espressione della maggioranza della Camera, che a sua volta lo era del Paese; questo era il motivo per cui lo Statuto aveva posto i ministri sotto la protezione della Camera dei deputati. Pertanto, non sarebbe stato pensabile processare un ministro senza il consenso della Camera, perché ciò avrebbe costituito un attentato ai rappresentanti del Paese; ancora una volta si affermava «l'art. 47, lo ripetiamo, è una prerogativa più della Camera che dei Ministri»⁵⁸.

E qui non si può non cogliere, in un certo senso, una sorta di incoerenza da parte di Falcone che, solo poco prima, aveva affermato essere la prerogativa ministeriale l'evidente e necessario completamento dell'inviolabilità del Re, mentre ora, in un diverso contesto, la diceva senz'altro 'appartenere' alla Camera dei deputati. Si pensava, in buona sostanza, che per disposizione statutaria non si potesse procedere liberamente contro i ministri per i reati comuni: non sarebbe stata una scelta prudente assoggettare costoro alla competenza dei giudici ordinari.

In più, andava sollecitato l'intervento interpretativo del legislatore per stabilire quale fosse la disciplina da applicare al correo o al complice del ministro. E, vista l'inesistenza di una legge specifica, si riteneva potersi avviare ricorrendo ai princi-

⁵⁷ Vd. *La Giustizia Penale*, 1, 1895, p. 461.

⁵⁸ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 277.

più generali del diritto o a qualche speciale disposizione; in particolare, l'attenzione era richiamata sul contenuto degli articoli 19 e 20 c.p.p. disciplinanti la connessione oggettiva e soggettiva tra i reati⁵⁹. Ed è opportuno sottolineare come l'interesse per i soggetti complici nasceva allora in considerazione dei fatti, come narrati dalla Suprema Corte nella 'questione-Giolitti', riguardanti i documenti sequestrati a Bernardo Tanlongo, governatore della Banca Romana dal 1891 e poi finito a Regina Coeli (ma in ultimo, difeso da Enrico Pessina, assolto dalle accuse rivoltegli⁶⁰). Nella circostanza, si era pensato di poter procedere nei confronti del questore Edoardo Felzani e di altri funzionari pubblici, esecutori materiali della sottrazione a ciò determinati da Giolitti, ministro degli interni, senza attendere, come previsto dall'articolo 47, la deliberazione della Camera dei deputati nei riguardi dello stesso⁶¹; contrariamente a tale 'interpretazione' si riteneva che, nel concorso di più persone imputate, se per una di esse era necessaria un'autorizzazione, fino a che questa non fosse stata concessa, non si

⁵⁹ Articolo 19 c.p.p.: «Se una persona è imputata di uno o più crimini commessi nel distretto giurisdizionale di una Corte, e di uno o più delitti commessi o nel medesimo distretto o in quello di un'altra Corte, e se questi delitti sono connessi coi crimini, la cognizione di tali delitti appartiene alla Corte nel cui distretto furono commessi i crimini. La stessa norma è applicabile nel caso che trattisi di persona imputata di que o più delitti tra loro connessi, de' quali gli uni siano di competenza delle Corti d'Assisie e gli altri di competenza dei Tribunali di Circondario. La Corte conoscerà inoltre delle contravvenzioni connesse o coi crimini o coi delitti sopra indicati. In questi casi si procederà pei delitti e per le contravvenzioni nel modo stesso che pei crimini»; articolo 20 c.p.p.: «Vi ha connesità fra i crimini, e fra questi, i delitti e le contravvenzioni. 1° Quando sono stati commessi nello stesso tempo da più persone riunite, o da diverse persone anche in tempi e luoghi diversi, ma previo concerto tra di esse; 2° Quando gli uni furono commessi per procurarsi i mezzi di commettere gli altri, o per facilitarne e consumarne l'esecuzione od assicurarne l'impunità».

⁶⁰ Per il cd. 'plico-Giolitti' cfr. i documenti che sono reperibili nel *web*, nell'Archivio storico della Camera: <https://archivio.camera.it/inventari/scheda/commissione-d-inchiesta-sulle-banche-e-commissione-plico-giolitti-1893-marzo-22-1894-dicembre-13/CD180000227/carte-del-plico-giolitti.html?fromTree=1>.

⁶¹ È interessante la lettura della lunga difesa, poi pubblicata, presentata da Vito Sansonetti a favore di Felzani dinanzi alla Sezione d'accusa: https://books.google.it/books?id=l0IWAAAAYAAJ&printsec=frontcover&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.

poteva procedere nei confronti delle altre, e nel caso di negata autorizzazione l'azione penale si doveva estinguere per tutte. Peraltro, tutti usufruivano del foro privilegiato se previsto, e, nel caso di specie, il foro riservato al ministro e tutte le prerogative ivi presenti si applicavano, ovviamente per fatti commessi durante l'espletamento del mandato, anche qualora costui fosse cessato dalla carica.

Un ulteriore interrogativo sul quale riflettere era: l'autorità giudiziaria aveva la facoltà d'inquisire il ministro, compiendo atti istruttori, prima che si verificasse la condizione che autorizzava il procedimento così da renderlo legale? La Suprema Corte, in linea col proprio orientamento, non poteva che dare una risposta negativa, anche se, invero, in una proposizione incidentale essa dichiarava: «conviene vedere se la competenza speciale, creata dagli articoli 47 e 36 dello Statuto, escluda nell'autorità giudiziaria, non la facoltà d'inquisire, che non può essere contesa, ma quella di tradurre in giudizio un ministro responsabile di un reato commesso abusando delle sue funzioni»⁶². Era pensabile che l'inciso della Corte «[...] non la facoltà d'inquisire, che non può essere contesa [...]» fosse sfuggito alla penna del redattore della sentenza, sebbene poi la Corte non annullò gli atti di istruzione precedenti l'emanazione della Sezione d'accusa. Di parere contrario, viceversa, erano stati il Procuratore Generale Auriti e la Sezione d'accusa presso la Corte d'Appello nelle due sentenze del 6 marzo 1895: entrambi non annullarono i precedenti atti istruttori. E tale assenza di puntualità e linearità procedurali, come del resto rilevava Falcone, richiedeva appunto un intervento legislativo con norme chiare e precise.

Ispirandosi ai principi generali del diritto, non si poteva non concludere che la 'guarentigia' si doveva estendere anche agli atti tecnicamente definiti istruttori; cioè, il diritto della Camera elettiva di accusare i ministri e di tradurli innanzi all'Alta Corte di giustizia, non solo implicava la preventiva e necessaria autorizzazione della Camera per la validità della fase del dibattimento, ma anche per quella a questa precedente. Era evidente che se si reputava esclusa dall'autorizzazio-

⁶² Vd. *La Giustizia Penale*, 1, 1895 p. 461.

ne della Camera la fase predibattimentale, sarebbe pure stato possibile notificare un mandato di comparizione a un ministro, come d'altronde avvenuto nei confronti dell'onorevole Giolitti (e tale chiamata a comparire non fu annullata dalla Suprema Corte). Secondo Falcone, per assurdo, dall'articolo 805 c.p.p., con la sua disposizione circa la necessità dell'assenso sovrano per spiccare un mandato di cattura contro un funzionario per il quale era previsto una 'guarentigia', si poteva forse dedurre che anche per un ministro si potesse ritenere necessaria l'autorizzazione⁶³: unico dato certo era che, comunque, col precedente codice di procedura penale non vi era stata alcuna disposizione specifica al riguardo, e solo con il codice del 1865, l'articolo 805 aveva disciplinato il caso di autorizzazione sovrana per procedere contro un funzionario protetto da 'guarentigia'.

In buona sostanza, l'idea era che «per non far disperdere le tracce del reato, sono sufficienti gli atti che si possono compiere dagli ufficiali della polizia giudiziaria, in conformità del Codice di procedura penale»⁶⁴. Dunque, consentire un processo contro un ministro senza l'autorizzazione della Camera elettiva sarebbe qui valso a snaturare lo spirito, lo scopo e l'utilità della prerogativa parlamentare: un qualsiasi uomo di governo sottoposto a processo penale sarebbe stato politicamente perduto, non foss'altro perché la stampa pubblicava e commentava tutti gli atti, anche quelli più segreti, della eventuale fase istruttoria.

Un altro tema interessante appariva quello dell'efficacia temporale delle garanzie statutarie. Alcuni studiosi, tra cui Falcone e Bonasi, affermavano una operatività delle stesse per i reati consumati durante l'espletamento delle funzioni (il 'caso Giolitti' ne era un esempio) anche dopo le dimissioni del ministro. Secondo altri, venuta meno la funzione, si esauriva

⁶³ Articolo 805 c.p.p.: «Allorché, per la natura del reato e per la qualità della persona imputata, è vietato di procedere senza l'autorizzazione del Re, si osserveranno le norme seguenti: Il giudice incaricato dell'istruzione dovrà anzitutto assumere le prime informazioni e procedere ai primi atti per accertare se sia il caso di rilasciare mandato di comparizione o di cattura. Se questi indizi non si raccolgono, si potrà senz'altro dal procuratore del Re richiedere e dal giudice istruttore dichiarare non farsi luogo a procedere».

⁶⁴ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 281.

la ragione politica e quindi cessava il diritto eccezionale per fare spazio a quello ordinario, così che il Pubblico Ministero avrebbe potuto 'riprendere le redini' cedute alla Camera elettiva. Falcone testualmente affermava: «in tutto il corso de' nostri ragionamenti svolti innanzi, non abbiamo creduto utile, nonché necessario, di avvertire che le garentie statutarie proteggono i Ministri, anche dopo la dimissione, pe' reati ministeriali compiuti durante il tempo delle loro funzioni. Crediamo che nessuno possa seriamente dubitarne, perché la garentia è data alla funzione e non alla persona»⁶⁵. E in merito a tali dichiarazioni si deve notare come con l'affermazione secondo cui le «garentie statutarie proteggono i Ministri» egli ancora una volta procedeva a un cambio di rotta: la guarentigia tornava di nuovo a essere dei ministri e non più della Camera, un atteggiamento in qualche modo rapsodico, così come altrove, per altro aspetto della questione già rilevato⁶⁶.

Quesito ulteriore, poi, era quello che concerneva l'applicabilità della prerogativa costituzionale a favore dei ministri per i reati commessi prima dell'assunzione della carica, ma denunciati solo nel corso dell'espletamento del mandato. Falcone precisava che in tale ipotesi il reato non poteva che essere quello previsto dal diritto penale e, a suo modo di vedere, dovendosi tutelare la funzione dello Stato, occorreva difenderlo anche da attacchi dell'«opposizione faziosa, la quale voglia turbare l'opera del Governo, o provocare una crisi extra-parlamentare, sarebbe facile trovare e scagliare l'accusa per un fatto anteriore all'assunta funzione di Ministro»⁶⁷; egli puntualizzava, però, che la prerogativa ministeriale non poteva essere riconosciuta, per i reati comuni in qualunque tempo commessi, una volta terminato il mandato ministeriale.

In definitiva, a valle delle sue articolate riflessioni condotte partendo dalle sentenze della Suprema Corte, ma tenendo lo Statuto come riferimento normativo, Falcone pensava che fosse necessario chiarire in via legislativa: a) se la Camera dei deputati avesse essa sola il diritto di accusare i ministri; b) se

⁶⁵ *Ibidem*, p. 284.

⁶⁶ Vd. *supra*, p. 30.

⁶⁷ R. FALCONE, *I ricorsi Giolitti*, cit., p. 285.

la garanzia statutaria dell'articolo 47 si dovesse estendere anche ai reati non ministeriali commessi, ovviamente, dai ministri; c) se, in caso di risposta negativa per il punto precedente, il ministro imputato dovesse essere soggetto totalmente alla giurisdizione ordinaria o, viceversa, dovesse essere giudicato con disposizioni speciali; d) se la garanzia di cui al punto b, o le disposizioni speciali di cui al punto precedente, si dovessero estendere ai reati comuni commessi dal ministro prima della sua nomina; e) se prima del consenso o dell'accusa della Camera dei deputati si potesse procedere con gli atti tipici della polizia giudiziaria o anche alla formale istruzione processuale; f) se il rifiuto al consenso o all'accusa della Camera elettiva determinasse la fine dell'esercizio dell'azione penale; g) se si potesse procedere nei confronti di un correo del ministro con giudizio separato e senza l'autorizzazione della Camera. Appariva assolutamente necessario, cioè – pure per evitare quel ruolo succedaneo della magistratura, magari socialmente non del tutto gradito –, un intervento del potere legislativo per rimuovere le diverse incertezze interpretative dello Statuto: dubbi, perplessità, esitazioni di natura senz'altro scientifico-ordinamentale ma ora, di fronte a 'episodi' come quelli contemporanei coinvolgenti i vertici di governo del Regno, con importanti risvolti pragmatico-operativi, e massime per un operatore del diritto nel quotidiano come il giudice Falcone.

3. Contemporanei delle 'partecipate' pagine di Ranieri Falcone furono un paio di lavori pubblicati da Domenico Ruiz, anch'egli alto magistrato del Regno⁶⁸ e attento indagatore di temi allora di grande interesse dottrinale e, proprio in quegli anni, rilevanti oltre misura: la responsabilità ministeriale *ex* articolo 67 dello Statuto Albertino, l'accusa parlamentare disciplinata dall'articolo 47, le attribuzioni giudiziarie del Senato⁶⁹.

⁶⁸ Domenico Ruiz, sostituto procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma, divenne avvocato generale della stessa Corte il 27 settembre 1908: cfr. *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* del 2 luglio 1909 n. 153, 3588.

⁶⁹ Si vd. spec. D. RUIZ, *Sulle attribuzioni giudiziarie del Senato*, Castrovillari, 1895; Id., *Sull'art. 47 dello Statuto*, in *Temi Calabrese*, 1, 1895, 5, p. 171 ss.

Con lo studio sui poteri giudiziari del Senato, per esempio, egli aggiungeva una seria ricerca ai tanti lavori già esistenti relativi alle prerogative dell'organo; dopo un *excursus* storico-giuridico sul *dies a quo* della competenza giudiziaria del Senato, il saggio era mirato a dibattere sulla natura del tribunale politico chiamato a giudicare i ministri, e sull'idoneità del Senato, i cui componenti erano di nomina regia (articolo 33 dello Statuto), ad adempiere a tale compito. Ermergevano, in primo luogo, tutte le criticità della norma statutaria dell'articolo 47 apparse la prima volta che si era verificato un caso, quale quello del ricorso dell'onorevole Giolitti, in cui era stato necessario applicarla; l'orientamento assunto in quell'occasione dalla Suprema Corte non appariva affatto sufficiente a costituire un'opinione giurisprudenziale dominante vuoi per l'ovvia libertà individuale di ciascun magistrato, vuoi per l'unicità del caso verificatosi, vuoi per la non esaustività delle motivazioni alle obiezioni contrarie.

Le questioni giuridiche di cui si era occupata la Corte di Cassazione, risolte non sempre conformemente ai dettami vigenti del diritto pubblico, erano nate per il silenzio statutario degli articoli 36 e 47 circa la tipologia dei reati per i quali i ministri potevano essere accusati dalla Camera elettiva, sulla titolarità esclusiva di quest'ultima ad avviare un procedimento penale e sulla legittimazione unica a giudicare del Senato costituito in Alta Corte di giustizia. Ciò che sembrava unanime era l'opinione nel ritenere il reato ministeriale oggetto del diritto di accusa della Camera dei deputati, ossia la capacità di essa di 'conoscere' d'un eventuale comportamento anti-giuridico tenuto nell'esercizio delle funzioni e con l'abuso delle stesse; il disaccordo, invece, nasceva sul come conciliare la responsabilità politica ministeriale con quella penale che, naturalmente, andava ad aggiungersi alla prima. E Domenico Ruiz reputava che, indipendentemente dalle diverse opinioni, dovesse essere pur sempre l'Alta Corte di giustizia a decidere sull'accusa promossa dalla Camera elettiva, e quindi a pronunciarsi sulla reale consumazione del reato, cioè sulla sussistenza della responsabilità penale dei ministri.

Un argomento cruciale, e dunque da chiarire, rimaneva la stretta correlazione tra il disposto della norma statutaria

dell'articolo 47 e quello dell'articolo 67; una connessione che aveva indotto taluni ad affermare che la responsabilità di cui all'articolo 67 fosse soltanto «quella in conseguenza della quale si possa andar soggetti all'accusa giusta l'art. 47». Una tale interpretazione, però, poteva forse determinare una confusione tra la figura della responsabilità ministeriale e quella del reato ministeriale: in verità, la responsabilità disciplinata dall'articolo 67 non si riferiva solo ai reati commessi dai politici «come ministri, ma a tutti gli atti di governo che essi compiono e dei quali son chiamati a render conto: questa è responsabilità morale e responsabilità politica, ma non penale»⁷⁰. Perciò, solo nel caso in cui uno di tali atti avesse costituito reato, soltanto allora si sarebbe potuto parlare di reato ministeriale: il 'fatto' anti-giuridico sarebbe rimasto comunque un reato comune, mentre l'attributo ministeriale sarebbe disceso dalla circostanza che l'autore di esso fosse un ministro che si era avvalso della sua qualifica e dunque delle sue funzioni.

In realtà, l'accusa della Camera era prevista solo per le condotte dei ministri costituenti reato; poiché tuttavia sussisteva l'intravista confusione tra responsabilità ministeriale e reato ministeriale, la Corte romana sembrava agevolata nel dichiarare che i ministri dovessero rispondere dei propri atti e della loro condotta solo innanzi alla Camera elettiva, giacché solo essa rimaneva titolare del diritto di avviare un procedimento penale mediante l'accusa. Stando così le cose ci si chiedeva se fosse incontrovertibile che solo un potere politico potesse esprimersi sull'operato dei ministri nell'esercizio delle funzioni, ossia se il fatto delittuoso del ministro dovesse sempre essere giudicato come fatto politico. In altri termini, se la Camera non avesse esercitato il diritto di accusa per un fatto costituente reato, il ministro avrebbe potuto essere tradotto innanzi al magistrato ordinario per un reato commesso nell'esercizio delle funzioni e abusando delle stesse⁷¹?

⁷⁰ D. RUIZ, *Sull'art. 47*, cit., p. 172.

⁷¹ Sul punto D. RUIZ, *ibidem*, l. u. cit., ricordava l'opinione di Stoppato secondo cui ciò non era auspicabile: vd. *supra* pp. 5 e 6.

La domanda ‘scottante’ era anche: nel caso in cui un ministro avesse commesso un reato, il mancato esercizio del diritto di accusa della Camera avrebbe determinato l’impunità del ministro? Le ragioni di opportunità politica giustificative di tale mancato esercizio del diritto d’accusa avrebbero potuto far venir meno il reato; così, la società e gli stessi offesi dal comportamento antigiuridico del ministro non avrebbero avuto la possibilità di reclamare la punizione del politico, che in tal modo, però, sarebbe stato un *civis* privilegiato rispetto a tutti gli altri *cives* e, se ben si rifletteva, privilegiato pure rispetto alla stessa legge dello Stato.

Vi era chi argomentava che la Camera, sebbene avesse il diritto d’accusa, aveva anche il dovere di esercitarlo in ragione del caso concreto, ragion per cui il mancato avvio di una procedura penale non poteva che essere il risultato di una ponderata valutazione. Ruiz, tuttavia, replicava che una tale teoria non poteva affatto essere condivisibile, perché col non esercizio del diritto in questione, se è vero che ci si esprimeva sull’importanza politica giustificativa del non luogo a procedere, certamente non ci si pronunciava sull’imputabilità penale del fatto; egli precisava che il legislatore, con la disposizione dell’articolo 47, aveva di sicuro inteso non riconoscere una posizione privilegiata, ma con «l’interpretazione che ora gli si è voluto dare, la maggiore responsabilità dei ministri si traduce[va] in un brevetto d’impunità: il seggio ministeriale nell’asilo di altri tempi»⁷². L’idea era che l’astensione della Camera, l’opzione per una vera e propria «*inazione politica*», non avrebbe dovuto sottrarre il ministro colpevole all’*iter* sanzionatorio della legge penale.

Il Nostro, poi, non mancava di confutare la teoria dei sostenitori della competenza speciale. A chi affermava che il diritto di accusa della Camera elettiva e il diritto di giudicare del Senato, costituito in Alta Corte, riconosciuti dal legislatore statutario, escludevano la giurisdizione ordinaria poiché, com’era ovvio, l’attribuzione di una competenza poneva da parte l’altra, così come una giurisdizione eccezionale escludeva qualsiasi altra,

⁷² D. RUIZ, *Sull’art. 47*, cit., p. 175.

egli faceva notare quanto tali affermazioni fossero in realtà contraddette dalle prescrizioni della norma statutaria dell'articolo 36; la disposizione, infatti, prevedeva la competenza del Senato sia a giudicare i ministri accusati dalla Camera, sia, qualora vi fosse il decreto reale, i reati di alto tradimento e attentato alla sicurezza dello Stato. In assenza del richiamato decreto, sarebbe sussistita la competenza della magistratura ordinaria per i reati di alto tradimento e attentato alla sicurezza dello Stato, e lo stesso doveva dedursi per i reati ministeriali stante l'inattività della Camera elettiva: nel primo caso la deroga alla giurisdizione ordinaria dipendeva dal Re, ossia dall'emanazione del decreto, nel secondo dalla determinazione della Camera medesima.

I sostenitori della teoria speciale, però, affermavano pure che «col sottoporre alla giurisdizione ordinaria il ministro, potrebbe questo o facilmente esimersi da un giudizio o la passione dei partiti vincere la mano della giustizia», così da provocare ripercussioni d'ordine pubblico: questo era il motivo per cui il legislatore aveva previsto una giurisdizione speciale. Effettivamente, affidando soltanto alla Camera, espressione dei partiti politici, il diritto di punire i ministri rei, «essi, sorretti dalla maggioranza, potrebbero impunemente delinquere sia per ragione politica [...] sia per ragioni personali», e ciò chiaramente in direzione contraria allo spirito dei principi costituzionali. Ancora, un ulteriore rilievo dei fautori della teoria speciale riguardava il reale conflitto che si sarebbe verificato tra la Camera elettiva e il Pubblico Ministero nell'ammissione della duplice giurisdizione, poiché la scelta tra le due sarebbe ovviamente dipesa da chi per primo si fosse attivato. Ma Ruiz giustamente obiettava come tale inconveniente, in realtà, non fosse che 'immaginario', poiché la giurisdizione ordinaria doveva senz'altro cedere il passo all'esercizio del diritto di accusa della Camera dei deputati; l'azione penale sarebbe stata esercitata innanzi alla magistratura ordinaria solo allorché la Camera non si fosse attivata, tanto che se l'accusa da parte di essa «non sia in condizione di manifestarsi, perché chiusa o prorogata, anche il procedimento penale pel reato ministeriale deve

rimanere sospeso fino alla riconvocazione»⁷³, poiché non si poteva assolutamente impedire alla Camera elettiva di esercitare il diritto di accusa nei confronti dei ministri per i reati commessi nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.

La conseguenza naturale della teoria della competenza speciale per i reati ministeriali era l'impunità dei ministri, perché, se la Camera non avesse esercitato il diritto d'accusa, il ministro non sarebbe stato punito. In verità, affermata l'incompetenza giudiziaria ordinaria a sindacare i reati ministeriali, restava da chiarire chi avesse la titolarità a stabilire se il fatto delittuoso fosse stato commesso nell'esercizio delle funzioni ministeriali, e di certo non l'autorità giudiziaria ordinaria, in quanto essa avrebbe invaso la competenza esclusiva della Camera, unica legittimata a valutare se l'agire del ministro fosse giustificato da un movente politico: sarebbe stato sufficiente, allora, che il ministro avesse dichiarato di aver agito per un fine politico, e nell'esercizio delle proprie funzioni, per non essere giudicato dall'autorità ordinaria.

Domenico Ruiz, perciò, ne traeva la conseguenza che tale teoria non poteva che condurre all'impunità del ministro. Infatti, allorché la Camera elettiva avesse deciso di non procedere nei confronti del ministro in ragione di un pubblico interesse, il Pubblico Ministero non avrebbe potuto esercitare l'azione penale. E in tale ottica, egli pensava che forse l'impunità fosse giustificata quando il reato, per esempio, offendeva lo Stato e non quando ledeva per una qualsiasi ragione politica il privato cittadino. Per la prima ipotesi, come nel caso dell'alto tradimento del ministro, una motivazione superiore di ordine pubblico, magari evitare lo scandalo, poteva pure giustificare il non avvio di un procedimento penale; nella seconda, invece, quando il ministro, col pretesto di agire per lo Stato, commetteva quello che un tempo era definito assassinio politico e si sbarazzava di un individuo pericoloso per il Paese (un sequestro realizzato dagli agenti di cui egli disponeva), ci si chiedeva se esistesse o meno il diritto di chiedere la punizione del ministro. Peraltro, di sicuro andava pure considerato che, di frequente, dietro il

⁷³ Qui e sopra D. RUIZ, *Sull'art. 47*, cit., p. 176 s.

preteso interesse pubblico del mancato esercizio dell'accusa da parte della Camera dei deputati si potevano ovviamente anche celare perniciose posizioni di corruzione politica.

Un ulteriore argomento a favore dell'insostenibilità della teoria sull'esclusiva competenza speciale per i reati ministeriali era costituito dallo scenario giuridico che si prospettava quando per procedere fosse richiesto un atto di parte, come per esempio una querela. L'interrogativo era «a chi dovranno rivolgersi gli offesi per querelarsi? Ai giudici ordinari no, perché incompetenti per il legame di connesità, riconosciuto con la teorica della Cassazione, tra il fatto delittuoso e la qualità di ministro dell'autore di esso che è stato causa a commetterlo»⁷⁴, e certamente non alla Camera, perché nessuna norma statutaria prevedeva una procedura del genere. Per ovviare a tale eventuale situazione di stallo si era prospettava la possibilità, per l'autorità giudiziaria ordinaria a cui il delitto commesso dal ministro fosse stato denunciato, di trasmettere la notizia alla Camera affinché essa si pronunciasse; tuttavia, con questa soluzione si confondeva l'autorizzazione a procedere (nel caso di un ministro che fosse anche deputato occorre appunto tale autorizzazione da parte dell'assemblea) col diritto di accusare i ministri: in sostanza, ammettere che l'autorità giudiziaria avesse il potere di informare la Camera del reato equivaleva di fatto a riconoscerle un potere di accusa politica e, com'era evidente, non esisteva alcuna norma statutaria o legge del Regno che conferisse a essa tale facoltà.

Il Ruiz ribadiva con tenacia che, nel momento in cui la valutazione politica della Camera si fosse indirizzata nel non dover procedere penalmente nei confronti del ministro, il reato continuava comunque a sussistere. E sul punto i sostenitori della teoria speciale reputavano che, riconoscendo al Pubblico Ministero di poter esercitare l'azione penale, si sarebbe avuto un grave inconveniente: costui si sarebbe potuto trovare a giudicare un suo diretto superiore, e molto probabilmente il suo agire non sarebbe stato libero da condizionamenti. Il Nostro pensava che l'eventuale non imparzialità del giudice si potesse tuttavia 'ri-

⁷⁴ D. RUIZ, *Sull'art. 47*, cit. p. 179.

solvere' col sottrarre la magistratura «alla burocrazia, e le sue sorti si affidassero ad un consiglio supremo di magistrato»: così «non si avrebbe a temere di perplessità di giudizio, di debolezza, di deferenza, di influenze partigiane nel caso il giudicabile sia un ministro». E, infine, sottolineava una contraddizione presente nella teoria dei sostenitori della competenza speciale. Questi ritenevano che per i reati commessi dai ministri, ma non nell'esercizio delle loro funzioni, fosse competente il giudice ordinario; ebbene, la domanda da porsi era: in questo caso il ministro giudicabile non rimaneva sempre un superiore del giudice ordinario («non si troverà il giudice nello stesso stato di soggezione verso il giudicabile, che se dovesse giudicarlo di un reato commesso abusando delle sue funzioni?»)? E, ancora, egli richiamava l'attenzione su un ultimo punto, ossia sul caso che il ministro fosse querelante durante l'espletamento del proprio mandato; al riguardo egli affermava che, se alla magistratura «si garentisse la sua completa autonomia, non si avrebbe più a sospettarla di deferenza o di debolezza, sia che giudichi delle querele dei ministri, sia che giudichi i ministri colpevoli»⁷⁵.

Grazie alla disamina minuziosa di tre importanti posizioni scientifiche tra quelle espresse per così dire a caldo, ovvero pressoché coeve alle vicende giudiziarie – e una, quella di Stoppato, finanche immediatamente precedente, anche solo per pochissimo – che avevano visto implicato un personaggio del calibro di Giovanni Giolitti, si può osservare come, ad appena trent'anni dalla nascita dell'Italia unita, rimanessero problemi fortemente sentiti, e all'apparenza di non facile soluzione, sia quello del riconoscimento delle istituzioni legittimate a valutare la responsabilità penale dei ministri del Regno, sia, e forse prima, quello della stessa identificazione dei comportamenti penalmente rilevanti degli uomini di governo. E, come si è visto, si trattava di problemi dal rilievo tale da susci-

⁷⁵ Qui e sopra D. RUIZ, *Sull'art. 47*, cit., p. 180 s.

tare convinzioni assai differenziate non solo a causa di speculazioni di natura strettamente scientifica, ma pure, come non è improbabile, per l'estrazione professionale degli autori, laddove appare evidente, per esempio, come le opinioni del magistrato Ranieri Falcone – peraltro tutte sviluppate con buon rigore (nonostante alcune incoerenze argomentative), bene articolate nella loro successione logica e di sicuro in buona fede –, emergessero assolutamente allineate, e in maniera più che evidente (si potrebbe osservare quasi con orgoglio d'appartenenza), alle decisioni del supremo tribunale del Regno.

Le questioni connesse alla responsabilità penale dei ministri – dalla definizione stessa di reato ministeriale alla legittimazione processuale attiva, ai rapporti tra competenze della Camera, del Senato e della magistratura ordinaria, alla natura dell'Alta Corte di giustizia, ai conflitti di giurisdizione, alla prassi indagatoria, ecc. –, per così dire già scientificamente 'attenzionate' ben prima del sorgere del formale sospetto di connivenza (e di corruzione) del governo nell'assai irregolare gestione della Banca Romana, sarebbero rimaste a lungo presenti all'attenzione degli studiosi italiani, di sicuro fino agli anni della Grande Guerra, quasi alle soglie del nascere e rapido consolidarsi dello Stato fascista⁷⁶. Sulle prime accademici e politici di peso come Pietro Nocito, e prima ancora Cesare Balbo, Pietro Peverelli, Enrico Pessina, Luigi Borsari, Paolo Onorato Vigliani, e poi, con molti altri che qui si evita di elencare, Giuseppe Mantellini, Adeodato Bonasi, Giuseppe Manfredini, Giovanni Vacchelli, Pasquale Grippo, Giuseppe Saredo, Gaetano Arangio Ruiz⁷⁷, fino ai decenni d'esordio del secolo XX con un lavoro di mole pressoché monumentale pubblicato dal ma-

⁷⁶ Si vd. pure B. PETRONE, *Il problema giuridico-politico della responsabilità ministeriale*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 95, 1923, 364, pp. 326-338.

⁷⁷ Vd. *supra*, ntt. 3, 21, cui adde C. BALBO, *Della monarchia rappresentativa in Italia. Saggi politici*, Firenze, 1857; G. SAREDO, *Principii di diritto costituzionale*, 2, Parma, 1862; G. MANFREDINI, s. v. *Alta Corte di giustizia*, in *Dizionario di giurisprudenza pratica penale*, 1, Padova, 1876, p. 99 ss.; G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, 1, Firenze, 1880; P. GRIPPO, *Il potere giudiziario in rapporto alla costituzione dello Stato*, Napoli, 1881; G. VACCHELLI, *La responsabilità ministeriale*, Cremona, 1896.

gistrato Vittore Teixeira de Mattos⁷⁸ avrebbero dato vita, quasi sull'ideale scia dall'antica riflessione giuridica dei *Romani auctores*, a una sorta di sfaccettato *ius controversum*.

Il dato che in questa produzione più di ogni altro emerge evidente, e ciò al di là delle personali prese di posizione di politica del diritto di ciascuno degli studiosi ora cursoriamente menzionati, come dei tre selezionati in qualità di significativi campioni di un ragionare sinceramente volto a offrire soluzioni scientifiche per il problema dato, è l'estremo bisogno, allora urgente ma in realtà rimasto insoddisfatto, di definitivi e seri interventi normativi⁷⁹. Ciò che si chiedeva, in definitiva, erano leggi dirette a 'interpretare autenticamente' segmenti oscuri, contraddittori o anche solo indeterminati della Carta fondamentale del nuovo Stato unitario (per esempio gli articoli 45, 47, 67), non foss'altro, anzitutto, per non creare ingiuste e inaccettabili situazioni di privilegio.

E allora, proprio in virtù di questo variegato sforzo scientifico ampiamente testimoniato dalla ricca letteratura giuridica del lungo tratto a cavaliere dei secoli XIX e XX, occorre avvicinare, sia pure in maniera non sistematica ma con consapevole interesse, quanto giunto sino a noi: si tratta di un deposito culturale esuberante e contraddittorio che, forse proprio per queste stimolanti caratteristiche, va esaminato, posto a confronto e oggi, in anni di accese polemiche su talune delle

⁷⁸ Su questa imponente monografia mi permetto di rinviare, perché recenziatore, al mio *L'accusa parlamentare tra classificazione e comparazione: il metodo storico-giuridico di Vittore Teixeira de Mattos*, in *Jus-online*, 9, 2023, 3, pp. 85-113.

⁷⁹ Ancora agli inizi del secolo XX rimaneva rimarchevole, tanto da essere abbracciato *in toto* da Vittore Teixeira de Mattos (vd. *Accusa Parlamentare*, cit., p. 744), il progetto dell'onorevole Riccardo Sineo, risalente alla metà del secolo precedente; per tale progetto cfr. <https://archivio.camera.it/resources/are01/pdf/CD1100022610.pdf>.

attività dei membri dei nostri recenti governi repubblicani⁸⁰, scientificamente rimeditato⁸¹.

⁸⁰ Senza richiamare i gravi fatti degli anni '70 del secolo passato (basti ricordare l'«affare-Lockheed», ingiustamente compromettente anche il Capo dello Stato, e il successivo processo dinanzi alla Corte Costituzionale; cfr. la sentenza n. 10/1979, in <https://giurcost.org/decisioni/1979/0010s-79.html>), è sufficiente riandare, per esempio (senza soffermarsi sulle vicende recenziori coinvolgenti uomini e donne del «governo-Meloni»), all'attenzione diffusa dei *mass media*, e dunque pure all'interesse sviluppatosi nel cittadino comune, a quanto dal 2019 in avanti è stato scritto sulle questioni sollevate a proposito dei ben noti fatti coinvolgenti le navi Diciotti e Gregoretti e sulle conseguenze delle decisioni assunte dall'allora Ministro dell'Interno Matteo Salvini.

⁸¹ In argomento (ma il tema è indagato dai nostri studiosi anche per la realtà di altri paesi: ad esempio, G. TARLI BARBIERI, *La disciplina della responsabilità penale dei Ministri in Francia dopo la recente revisione dell'articolo 68 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1, 1997, pp. 131-154; T. GIOVANNETTI, *La disciplina della responsabilità penale dei titolari del potere esecutivo in Francia*, in *Consultaonline*, 2023 (<https://giurcost.org/studi/giovanetti.htm>) e, sugli aspetti più diversi, vd., per esempio, con selezione ovviamente non condivisibile (e senza richiamare i contributi meno vicini, come per esempio P. VIRGA, *I reati ministeriali*, in *Jus n.s.*, 5, 1954; G. SCARLATO, *I reati ministeriali*, Padova, 1982) all'interno di una bibliografia vieppiù «schiacciante», E. FURNO, *Profili della responsabilità penale ministeriale*, in *Diritto e Società*, 1993, p. 611 ss.; ID., *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, Padova, 1997; A. CIANCIO, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, 2000; ID., *Le nuove sentenze «gemelle» della Corte costituzionale sui reati ministeriali: un finale di partita?*, in *Consultaonline*, 2023 (<https://giurcost.org/studi/furno.pdf>), con ricco e puntuale *apparatus*; G. TARLI BARBIERI, *La responsabilità penale dei ministri*, Torino, 2005; M. PATI, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, 3, 2014; O. BRUNO, *Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da «rivedere»*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2019, pp. 450-515; L. MASERA, *Immunità della ploitica e diritti fondamentali. I limiti dell'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020; L. TRISOLINO, *L'Alta Corte di Giustizia. Sulla funzione giurisdizionale del Senato in epoca statutaria*, in *Historia et ius*, 18, 2020; l'informato C. SAGONE, *Profili ricostruttivi della responsabilità penale dei ministri tra modello astratto e prassi applicativa*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2021, pp. 379-413; T. FACCIOLETTI, *La responsabilità giuridica e politica dei ministri*, in *Iusniti-nera*, 2021 (www.iusniti-nera.it/la-responsabilita-giuridica-e-politica-dei-ministri-40650); T. GIUPPONI, *La responsabilità penale dei ministri alla stregua dei principi costituzionali e nella prassi. Legittima prerogativa o illegittimo privilegio?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2021 (www.dirittoimmigrazione-cittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-2-2021-1/758-la-responsabilita-penale-dei-ministri-alla-stregua-dei-principi-costituzionali-e-nella-prassi-legittima-prerogativa-o-illegittimo-privilegio).

ANGELINA CIRILLO, Criticità della carta fondamentale dell'Italia unita: confronti scientifici sui reati dei ministri (1895)

Nel 1895, a ridosso delle vicende giudiziarie nate dallo scandalo della Banca Romana, che avevano visto coinvolto Giovanni Giolitti, allora presidente del Consiglio dei Ministri del Regno, fra gli studiosi si svolse un vivace confronto scientifico sulla responsabilità penale dei ministri, da cui emerse una criticità delle norme dello Statuto del Regno d'Italia. In questo lavoro si esaminano e si confrontano le posizioni, particolarmente interessanti perché espresse per così dire 'a caldo', di Alessandro Stoppato, Ranieri Falcone e Domenico Ruiz.

Parole chiave: responsabilità penale dei ministri, scandalo Banca Romana, Giovanni Giolitti, Alessandro Stoppato, Ranieri Falcone, Domenico Ruiz.

ANGELINA CIRILLO, Critical aspects of the Constitution of united Italy: scientific comparisons on the crimes of ministers (1895)

In 1895, close to the legal events arising from the Banca Romana scandal, which had involved Giovanni Giolitti, then president of the Council of Ministers of the Kingdom, a lively scientific debate took place among scholars on the criminal responsibility of ministers, from which emerged a criticality of the provisions of the Statute of the Kingdom of Italy. In this work, the positions of Alessandro Stoppato, Ranieri Falcone and Domenico Ruiz are examined and compared, particularly interesting because they were expressed so to speak 'on the spot'.

Key words: criminal responsibility of ministers, Banca Romana scandal, Giovanni Giolitti, Alessandro Stoppato, Ranieri Falcone, Domenico Ruiz.

Ida D'Ambrosio

LA CESSIONE DEI CREDITI IN BLOCCO E LA SUA ATTITUDINE FUNZIONALE: DAL PROFILO CAUSALE DELL'ISTITUTO ALLA QUESTIONE DELLA PROVA DELLA CESSIONE*

SOMMARIO: 1. Dalla cessione atomistica alla cessione dei crediti in blocco: l'attitudine funzionale dell'istituto. – 2. Il fenomeno della cartolarizzazione dei crediti e i suoi tratti peculiari. – 3. L'art. 58 del TUB e la questione della prova della cessione dei crediti in blocco. – 4. Conclusioni.

1. *Dalla cessione atomistica alla cessione dei crediti in blocco: l'attitudine funzionale dell'istituto*

L'art. 1260 del codice civile proclama espressamente il principio della libera cessione dei crediti¹, statuendo che il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ La cedibilità del credito non era conosciuta dal diritto romano in quanto contrastante con l'originaria concezione dell'obbligazione quale vincolo personale. Cfr. G. ASTUTI, *Cessione del credito*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 805. Con l'evolversi dell'obbligazione nel senso di un rapporto patrimoniale di dare ed avere si avvertiva l'esigenza di poter disporre del credito quale diritto patrimoniale e di poterlo quindi attribuire ad altri. Risultati analoghi alla cessione potevano essere conseguiti mediante la novazione soggettiva, che però richiedeva il consenso del ceduto, e del mandato a riscuotere, che però esponeva il mandatario alla revoca del mandato. Occorreva, piuttosto, poter alienare direttamente il credito e a questa operazione si giunse grazie ad una pratica che ebbe la sua tutela nel diritto onorario mediante la concessione al cessionario di un *actio utilis*. Vedi, tra gli altri, B. BIONDI, *Cessione di crediti e di altri diritti. Diritto romano*, in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, p. 152. Il diritto giustiniano, infine, riconobbe in via generalizzata il ricorso all'*actio utilis*, ma non proclamò formalmente il principio della libera cedibilità dei crediti. Il Pothier poteva quindi ancora affermare che in linea teorica il credito è un diritto che inerisce alla persona e che è insuscettibile di cessione, ma che nella pratica il credito può essere trasferito ad altri a qualsiasi titolo mediante il ricorso ad espedienti come quello del mandato nell'inte-

anche senza il consenso del debitore, salvo che il credito abbia carattere strettamente personale o che sussista un divieto legale² o negoziale³ di cessione.

Il principio della libera cessione dei crediti risponde alla generale esigenza di circolazione dei beni e con riguardo specifico ai crediti tale esigenza si traduce in un'anticipata utilizzazione del diritto alla prestazione.

In una economia basata principalmente sulla produzione industriale e sugli scambi commerciali il credito è un fattore primario di impulso economico e gli imprenditori tendono a dilazionare il pagamento dei loro beni e servizi per ampliare il volume degli affari, acquisendo crediti in luogo di pagamenti

resse del mandatario, cfr. R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Œuvres, Les traités du droit français*, I, Bruxelles-Amsterdam, 1829, p. 412.

Anche nella letteratura tedesca del XIX secolo si riproponeva il problema dell'ammissibilità in via di principio del trasferimento del credito e la soluzione positiva veniva ricercata o in via di interpretazione delle fonti romane o nell'affermazione di una regola nuova. Particolarmente importante è al riguardo l'apporto di B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Stadpunkte des heutigen Rechts*, Aalen, 1969, p. 120, il quale, a prescindere dal problema se il diritto romano avesse o no conosciuto la cessione del credito, osservava che è un'esigenza del commercio che si possa disporre del credito come degli altri beni: e poiché la coscienza sociale (propriamente 'la coscienza giuridica del popolo' – *die Rechtsanschauung des Volkes*) riconosce questa esigenza, ne consegue che il debitore deve considerare il cessionario come proprio creditore. Certo è che la regola era stata già proclamata dal codice francese (art. 1689) e sarebbe stata poi recepita dai codici moderni, ivi compreso il codice tedesco.

² Un tradizionale divieto legale di cessione è quello che ha per oggetto i crediti litigiosi di cui all'art. 1261 c.c. Vedi, tra gli altri, V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 855; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, p. 105; P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 83.

³ Sul divieto negoziale di cessione del credito v. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, il quale sostiene che il divieto negoziale di cessione del credito non incontra i limiti entro i quali è ammesso il divieto pattizio di alienazione della proprietà, validamente stipulabile solo se contenuto entro convenienti limiti di tempo e se risponde ad un apprezzabile interesse di una delle parti (*ex art. 1379 c.c.*). In tal senso anche C.M. BIANCA, *Diritto civile: L'obbligazione*, IV, Milano, 1990, p. 578. Diversamente P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 20, secondo cui è arbitrario attribuire all'art. 1379 c.c. natura eccezionale ed escludere in tema di cessione del credito l'utilizzazione dell'art. 1379 considerato di portata generale.

contestuali. Questa negoziazione a credito è a sua volta agevolata dalla pronta realizzabilità del valore dei crediti per estinguere passività e per effettuare nuovi investimenti. Strumento generale di anticipata utilizzazione del credito è appunto il negozio di cessione.

Pur avendo conosciuto notevole successo nella pratica, l'istituto della cessione del credito è di difficile inquadramento teorico. Il riferimento codicistico a qualsiasi «titolo oneroso o gratuito» capace di reggere la cessione pone all'interprete il problema di una corretta ricostruzione della sua natura giuridica e della causa del negozio che realizza la sostituzione nel lato attivo dell'obbligazione. La specifica normativa che il codice civile dedica all'istituto (art. 1260 ss. c.c.) non è risolutiva sotto questo profilo, poiché si caratterizza per la contestuale presenza di disposizioni che si riferiscono ora alla cessione quale fattispecie negoziale traslativa⁴, ora alla cessione quale effetto negoziale. Tutto ciò ha portato la dottrina a vedervi una natura giuridica ibrida tra fatto giuridico ed effetto giuridico, partecipe dei caratteri ora dell'uno, ora dell'altro⁵.

L'attuale collocazione della cessione del credito fra le norme che disciplinano le obbligazioni in generale (e non più, come nel codice civile del 1865, tra quelle dedicate alla disciplina della vendita)⁶ riflette invero la volontà del legislatore di attribuire all'istituto una valenza più generale rispet-

⁴ Così gli artt. 1263-1265 c.c., ove si parla più volte di effetti ed efficacia della cessione; cfr. U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 2020, p. 3.

⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (Art. 1260-1267 c.c.)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia della solvenza*, Milano, 2003, p. 18 ss.; A. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, p. 15 ss.; in particolare A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 319, riconduce la cessione del credito nell'ambito della categoria degli atti di disposizione volontaria dei diritti.

⁶ La cessione era trattata agli artt. 1538 ss., nel titolo dedicato al contratto di vendita (sulla falsariga degli artt. 1689 ss. del *Code civil*). Cfr. U. STEFINI, *op. cit.*, p. 4.

to a quella di negozio di alienazione⁷. Del pari non sembrano condivisibili le teorie ricostruttive che parlano della cessione del credito in termini di negozio con causa «non tipicamente determinata»⁸, o addirittura di negozio astratto⁹: basti considerare che nel nostro ordinamento non si conosce il «nudo atto traslativo del credito per sé considerato»¹⁰, distinto dal sotteso negozio obbligatorio causale, a differenza di quanto accade in Germania, anche in materia di cessione del credito¹¹. Non pare pienamente rispondente alla natura dell'istituto nemmeno la tesi che individua nella cessione del credito un contratto autonomo dotato di una «causa generica» costante – l'interesse al trasferimento del credito – e di una «causa specifica», variabile da caso a caso, che insieme vanno a comporre la «causa» della cessione¹². E ciò si afferma in quanto se manca il cor-

⁷ Tale qualificazione della cessione è da evitare, anche perché, altrimenti, diventerebbero inspiegabili alcune forme di cessione che non perseguono finalità di puro trasferimento, ma (anche) di garanzia o solutoria. Cfr. A. NATALE, *Le vicende traslative del credito*, Milano, 2020, p. 19 ss. Sotto altro profilo si osserva che la cessione del credito non deve essere sorretta necessariamente da una causa di scambio, dal momento che l'art. 1268 c.c. prevede, più genericamente e ampiamente, che «il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito». Dal dato normativo si può allora dedurre che qualsiasi causa, onerosa o gratuita, sia causa sufficiente del trasferimento del credito. Cfr., sul punto, U. STEFINI, *op. cit.*, p. 4.

⁸ Così T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 10. Secondo l'Autore, la cessione del credito è comunque un negozio autonomo.

⁹ Così S. SOTGLIA, *Cessione di crediti e di altri diritti*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1938, p. 71; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 366; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 247, ove si dà conto anche della teoria della causa generica variabile.

¹⁰ Così come, del resto, non esiste nel diritto italiano un negozio di trasferimento dei diritti reali: così A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 76. Tale filone dottrinale trova peraltro il supporto di costante giurisprudenza.

¹¹ R. CICALA, *Cessione del credito (come comune contratto traslativo)*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2001, p. 3.

¹² Seguono questa teoria F. FERRARA JR, *La girata della cambiale*, Roma, 1935, p. 300; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. La struttura*, I, Milano, 1948, p. 289; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Prassi. Saggi*, Milano, 1951, p. 98; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del*

rispettivo, o la forma solenne della donazione, o un'altra causa gratuita non liberale, o comunque un interesse che giustifichi causalmente il trasferimento, il negozio è nullo per mancanza di causa e l'effetto traslativo non si realizza, senza che rilevi la presenza del generico interesse alla cessione¹³.

Sembra preferibile la teoria secondo cui il meccanismo delineato dagli artt. 1260 e seguenti del codice civile si limita a disciplinare un determinato effetto giuridico – ovvero il trasferimento di un diritto di credito – che può trovare la propria giustificazione in un qualunque contratto, tipico o atipico, idoneo, per causa propria, a reggere l'effetto traslativo: ne deriva che la cessione del credito si caratterizza per l'oggetto – quale il trasferimento di un diritto di credito – a prescindere da una determinata causa¹⁴. Ciò vuol dire che la cessione del credito è dotata di un'estrema duttilità causale, ossia della capacità di inserirsi negli assetti d'interesse più svariati, adattandosi e modulandosi a seconda della fattispecie in cui è incorporata. Esiste quindi una strumentalità *in re ipsa* della cessione del credito, tale per cui la cessione, quale effetto giuri-

trasferimento, Milano, 1955, p. 19 ss.; Id., *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 849 ss. Tale è la linea interpretativa costante della giurisprudenza di legittimità. Secondo le numerose pronunce della Suprema Corte sul punto, la cessione del credito esprimerebbe un negozio incompleto, da integrare con il contratto – a titolo oneroso o gratuito – di riferimento, il quale conferirebbe alla cessione del credito la relativa causa. In particolare, secondo Cass., 3 aprile 2009, n. 8145, la cessione del credito sarebbe priva di causa tipica, essendo un «negozio a causa variabile o generica, che può assolvere a diverse funzioni (vendita, donazione, adempimento e garanzia), nel quale il trasferimento del credito può avvenire a titolo gratuito od oneroso ed al quale si applica, come per tutti i negozi non formali, il principio della presunzione di causa, che può anche non essere indicata nello stesso negozio». Si vedano anche Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1096; Cass., 31 luglio 2012, n. 13691; Cass., 9 luglio 2018, n. 18016, in *Foro it.*, voce *Cessione dei crediti*, n. 9; Cass., 16 novembre 2018, n. 29608, *ivi*, n. 11.

¹³ Così U. STEFINI, *op. cit.* Peraltro cfr. L. CARRARO, *Recensione a Vincenzo Panuccio, La cessione volontaria dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 117 ss., R. CICALA, *op. cit.*, p. 6, e P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti (diritto civile)*, cit., p. 34 ss., osservano che non si comprende perché dovrebbe essere ravvisabile un interesse astratto al trasferimento del credito, mentre non si attribuisce alcuna rilevanza all'astratto interesse a trasferire diritti reali.

¹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile: L'obbligazione*, cit., p. 586.

dico, risponde al titolo, ossia alla causa del negozio da cui la stessa scaturisce, potendo addirittura arrivare ad assolvere a finalità ben diverse dalla pura e semplice trasmissione del diritto di credito¹⁵.

Pertanto, la causa della cessione – intesa come l'intento pratico che il negozio è diretto a realizzare – non va ravvisata nel trasferimento del credito, ma deve essere ricercata nel titolo del trasferimento, ossia nel contratto (o nell'atto unilaterale) che quella prestazione comporti¹⁶. Si assiste, dunque, ad un collegamento tra l'effetto traslativo del credito e le singole figure contrattuali idonee a produrlo, che permette sempre di cogliere gli interessi giuridici ai quali il negozio di trasferimento del credito di volta in volta risulta finalizzato e impone l'integrazione delle norme dettate dal codice civile in materia di cessione del credito con la disciplina propria del negozio che realizza la cessione¹⁷.

L'attitudine funzionale della cessione del credito si riscontra non solo nel caso in cui ad essere ceduta sia un'unica posizione creditoria, ma anche nel caso in cui vengano ceduti più crediti in blocco. Anche in questa ipotesi la cessione non costituisce negozio autonomo dotato di una causa tipica¹⁸, ma può assumere funzionalità ulteriori rispetto alla semplice trasmissione di una pluralità di crediti, influenzando così la di-

¹⁵ F. CORLETTO, A. LILLO, *La cessione dei crediti funzionale: una nuova teoria ricostruttiva? Il "caso AMCO" e la liquidazione delle banche venete*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2022, 6, p. 904.

¹⁶ Potrà trattarsi di un contratto tipico, quale la vendita o la donazione, ma anche di un contratto atipico, diretto a realizzare uno degli «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» di cui all'art. 1322 c.c., come nel caso della cessione del credito in funzione di garanzia. Cfr. sul punto, Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1209 ss.

¹⁷ Cfr. in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 23 luglio 1953, n. 2492, in *Giust. Civ.*, 1953, p. 2596 ss.; Cass., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 309 ss.; Cass., 15 maggio 1974, n. 1396, in *Banca borsa tit. cred.*, 1974, II, p. 295 ss.; Cass., 3 luglio 1980, n. 4213; Cass., 6 marzo 1991, n. 2343, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2088 ss.; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, *ivi*, 2002, I, 1758; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1096.

¹⁸ L. PICARDI, *Cessione dei crediti e diritto di informazione del debitore ceduto fra disposizioni della Banca d'Italia e orientamenti dell'ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, p. 203.

disciplina della cessione stessa. Ne costituisce conferma l'evoluzione della prassi maturata negli ultimi decenni in campo finanziario, ove l'istituto della cessione dei crediti ha trovato applicazione in una pluralità di operazioni dalla peculiare disciplina. Si pensi alla legge 21 febbraio 1991, n. 52¹⁹, in materia di *factoring* (il cui art. 3 menziona espressamente la cessione 'in massa' di crediti pecuniari d'impresa, esistenti o futuri, in favore di una banca o di un intermediario finanziario autorizzato) e, soprattutto, alla legge 30 aprile 1999, n. 130, che sulla cessione 'in blocco' di crediti monetari innesta la cosiddetta cartolarizzazione²⁰ (o '*securitization*'). Si tratta di ipotesi in cui la cessione dei crediti è il perno su cui si innestano plurime operazioni, destinate ad assolvere a molteplici funzioni economiche ed anche a prevalere sulla cessione stessa. Ne deriva che nelle ipotesi di cessioni massive di crediti è la disciplina speciale a prevalere, supportata in via sussidiaria dalle disposizioni di diritto comune. Il modello di cessione predisposto dal codice civile risulta inadeguato a tutelare da solo le diverse sfere di interesse sottese ad una vicenda traslativa del credito sempre più complessa e per questo motivo il legislatore ha adottato disposizioni normative settoriali.

2. Il fenomeno della cartolarizzazione dei crediti e i suoi tratti peculiari

La legge 30 aprile 1999, n. 130, come già accennato, ha introdotto e regolamentato le 'operazioni di cartolarizzazione', realizzate a favore di particolari soggetti e secondo specifiche

¹⁹ Da ultimo modificata dal decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito nella legge 30 giugno 2016 n. 119, che estende l'ambito dei possibili cessionari, ai fini dell'applicabilità della disciplina in questione, anche alle società non bancarie. Cfr. L. PICARDI, *op ult. cit.*

²⁰ Ossia l'emissione da parte del cessionario di titoli, i cui proventi (derivanti dalla loro sottoscrizione) sono destinati al pagamento del corrispettivo della cessione e il cui rimborso ai sottoscrittori (insieme all'attribuzione in loro favore dei rendimenti promessi) deriva dalla riscossione presso i debitori dei crediti ceduti.

modalità attuative attraverso la cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari, sia presenti sia futuri, individuabili anche in blocco²¹.

La 'cartolarizzazione' del credito (*securitization*) è un'operazione complessa concepita per smobilizzare una serie di crediti pecuniari (presenti o futuri) di cui è titolare un'impresa, chiamata *originator*, individuabili secondo criteri omogenei. Questa operazione avviene attraverso la loro cessione in bloc-

²¹ In argomento, tra i molti, G. DE NOVA, C. LEO, *La securitization in Italia (commento alla l. 30 aprile 1999 n. 130)*, in *Contratti*, 1999, p. 711 ss.; F. DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, a cura di R. PARDOLESI, Milano, 1999, p. 51 ss.; C. PETRAGLIA, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevi riflessioni*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1071 ss.; C. PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Il Fallimento*, 1999, 11, p. 1173 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La revocatoria fallimentare nella legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Vita not.*, 1999, I, p. 1167 ss.; C. RUCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 411 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla l. 30 aprile 1999, n. 130, recante "Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 489 ss.; E. SPANO, *Apunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 436 ss.; A. FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 19 ss.; F. MAIMERI, *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 329 ss.; R. RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, 2000, p. 1163 ss.; G. RUMI, *Securitization in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 438 ss.; P. GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 512 ss.; C. RUCELLAI, *La cartolarizzazione in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 392 ss.; P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 265 ss.; M. BESSONE, *Cartolarizzazione dei crediti. "Soggetti", disciplina delle attività, garanzie di pubblica vigilanza*, in *Dir. borsa e merc. fin.*, 2002, I, p. 3 ss.; L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002, p. 29 ss.; D. GALLETTI, G. GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, 2002; F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 5 ss.; D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione" dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 101 ss.; M. SACCHI, *Trust e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 530 ss.; D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, p. 211 ss.; V. TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003, p. 27 ss.

co a titolo oneroso (normalmente *pro soluto*) a favore di un soggetto, denominato 'società per la cartolarizzazione' o '*Special Purpose Vehicle*' (*SPV*), che esercita esclusivamente l'attività di cartolarizzazione. La *SPV*, direttamente o tramite una terza società denominata *issuer*, emette titoli incorporanti i crediti ceduti (considerati strumenti finanziari a tutti gli effetti *ex art. 2*, comma 1, legge n. 130/1999) e li colloca sul mercato dei capitali per ottenere la liquidità necessaria a pagare il corrispettivo della cessione e le spese dell'operazione. Il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi sui titoli emessi sono garantiti agli investitori dall'ammontare complessivo dei crediti ceduti, da ogni altro credito maturato dalla *SPV* nel contesto dell'operazione, dai relativi incassi (cioè dai pagamenti dei debitori ceduti) e dalle attività finanziarie acquistate con i medesimi titoli.

La cartolarizzazione risponde quindi a diverse esigenze e persegue vari obiettivi: dal punto di vista dell'*originator*, essa rappresenta una forma specifica di finanziamento che consente di 'monetizzare ricchezza virtuale' e di diversificare le fonti di approvvigionamento della liquidità²², distribuendo così in modo più ampio il rischio all'interno del sistema finanziario dell'Unione Europea. Dal punto di vista del sottoscrittore, essa rappresenta una nuova opportunità di investimento, in cui il rendimento dipende dall'esito dell'attività di liquidazione. Il livello di rischio associato a tale investimento viene valutato preventivamente da un'agenzia di *rating* terza attraverso un'analisi statistico-attuariale, particolarmente utile per gli investitori privati.

Per la *Special Purpose Vehicle*, infine, la *securitization* rappresenta un'opportunità specifica di *business* e profitto, diventata sempre più comune, e la sua attrattività per un operatore accorto dipende dalla differenza tra il ricavo ottenuto dal collocamento degli strumenti finanziari e il corrispettivo pagato per la cessione, considerando anche i costi dell'operazione.

²² Si veda il Reg. 2017/2402/UE. In dottrina si veda W. VIRGA, *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenze del capitale finanziario*, in *Contratto e Impresa*, 2007, p. 1027.

Uno degli aspetti più rilevanti della cartolarizzazione è rappresentato dall'esigenza di tutelare i sottoscrittori dei titoli emessi, tutela che trova espresso riconoscimento nell'art. 47 della Costituzione, laddove sancisce la tutela del risparmio in tutte le sue forme²³. La legge n. 130/1999 realizza tale protezione garantendo che i crediti riscossi siano destinati esclusivamente ai portatori dei titoli e al pagamento delle spese dell'operazione, costituendo un 'patrimonio separato'. L'art. 3, comma 2, della citata legge stabilisce che «i crediti relativi a ciascuna operazione (sia quelli nei confronti del debitore o dei debitori ceduti, sia ogni altro credito maturato dalla società nel contesto dell'operazione), i relativi incassi e le attività finanziarie acquistate con essi costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni». Di conseguenza, su ciascun patrimonio separato non possono essere avanzate azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi. Inoltre, l'art. 1, comma 1, lett. b) della legge n. 130/1999 richiede che «le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi dalla stessa o da altra società per finanziare l'acquisto dei crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione».

Per quanto riguarda l'efficacia della cessione dei crediti cartolarizzati, l'art. 4, comma 2, della stessa legge dispone che «dalla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti di cui all'art. 1, comma 1, lettera b)», cioè a favore dei diritti incorporati nei titoli emessi e dei costi dell'operazione. Pertanto, i crediti che entrano a far parte del patrimonio della società cessionaria a seguito della cessione costituiscono garanzia patrimoniale esclusiva per i portatori dei titoli emessi, ai quali soltanto è attribuito il potere

²³ F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, cit., p. 17.

di escutere tale 'patrimonio separato' per realizzare le proprie pretese, mentre tale potere è precluso agli altri creditori.

La tecnica della 'separazione patrimoniale' è quindi prevista per proteggere il patrimonio della *Special Purpose Vehicle* sia dal rischio d'impresa proprio, sia da quello del cedente, garantendo così quella 'neutralità' che è uno dei requisiti necessari delle operazioni di cartolarizzazione. Questa tecnica rappresenta uno strumento efficace per rafforzare il vincolo di destinazione impresso sulle somme ricavate dalla realizzazione dei crediti a beneficio dei portatori dei titoli. La modalità della separazione patrimoniale è replicabile in maniera 'seriale' quando la stessa società compie più operazioni di cartolarizzazione, ciascuna delle quali corrisponde (*ex art. 3, comma 2, della legge n. 130/1999*) ad un distinto 'patrimonio separato', a garanzia delle rispettive categorie di portatori dei titoli emessi.

In altri termini, il flusso di liquidità che l'incasso dei crediti è in grado di generare è «funzionale, in via esclusiva, al rimborso dei titoli emessi, alla corresponsione degli interessi pattuiti ed al pagamento dei costi dell'operazione»²⁴. Alla luce di queste notazioni si comprende come, in un simile contesto, consentire al debitore ceduto di opporre in compensazione al cessionario controcrediti da lui vantati verso il cedente²⁵ o addirittura consentire la proposizione di domande riconvenzionali, significherebbe incidere, in modo imprevedibile, sul patrimonio separato a destinazione vincolata, scaricandone le conseguenze sul pubblico dei risparmiatori, ai quali, invece, spetta, in via esclusiva, il valore del medesimo²⁶. I possessori dei titoli emessi dalla *SPV* verrebbero così indebitamente esposti al rischio che, sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa, generati dalla riscossione dei crediti cartolarizzati, possano soddisfarsi anche altri creditori, con negazione, peraltro,

²⁴ Cass., 2 maggio 2022, n. 13735.

²⁵ Nascenti da vicende relative al rapporto con questo intercorso ed il cui importo, lungi dall'essere noto alla società veicolo al momento della cessione, deve essere accertato giudizialmente: cfr. Cass., 2 maggio 2022, cit.

²⁶ Cfr. Cass., 2 maggio 2022, cit., e Cass., 30 agosto 2019, n. 21843.

del meccanismo della separazione di cui art. 1, comma 1, lett. b), della legge n. 130 del 1999²⁷.

Nelle operazioni di cartolarizzazione si riscontra, dunque, una cessione massiva di crediti in favore di una società che si rende solo 'funzionalmente' titolare dei crediti ceduti in quanto essi confluiscono in un patrimonio destinato, costituito in capo alla società stessa, al fine di assicurare il soddisfacimento in via esclusiva dei portatori dei titoli con i flussi finanziari derivanti dalla riscossione dei crediti medesimi.

La funzione cui mira la cessione si sostanzia nella realizzazione di un utile a favore di soggetti diversi dal cessionario e non in un'attribuzione patrimoniale definitiva a favore del cessionario; tale funzione governa l'intera operazione, rendendo ogni elemento della stessa strumentale (in questo senso «funzionale») alla sua attuazione.

Va poi osservato che nell'operazione di cartolarizzazione il ruolo del debitore ceduto tende a rimanere in secondo piano, pur essendo cruciale. La redditività dell'operazione e il *rating* dei titoli emessi, infatti, dipendono significativamente dal debitore ceduto: il suo adempimento consente alla società di car-

²⁷ Quando invece l'unico rischio a cui i possessori dei titoli possono essere esposti è quello derivante dal mancato incasso dei crediti cartolarizzati, perché non soddisfatti dai debitori, ovvero perché inesistenti o già estinti per compensazione: cfr. Cass., 2 maggio 2022, cit. Inoltre, ad avviso della Cass., 30 agosto 2019, cit., la conclusione proposta «trova un indiretto conforto nel dettato normativo, ed esattamente nell'art. 4, comma 2, della legge n. 130 del 1999». Esso infatti, per un verso, stabilisce che dalla «data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti di cui all'art. 1, comma 1, lett. b)», nonché, per altro verso, che «in deroga ad ogni altra disposizione, non è esercitabile dai relativi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i crediti di tali debitori nei confronti del cedente sorti posteriormente a tale data». Risulta evidente come il divieto, posto a carico del debitore ceduto, di compensazione dei crediti sorti posteriormente alla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale (o alla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte del corrispettivo della cessione), risponde alla logica di salvaguardia del patrimonio separato a destinazione vincolata cui dà vita l'operazione di cartolarizzazione.

tolarizzazione di rimborsare i titoli emessi, mentre la sua inadempienza obbliga la cessionaria a recuperare coattivamente il credito, intraprendendo nei suoi confronti azioni monitorie ed esecutive, oppure intervenendo in quelle già promosse dal cedente. Anche la legge n. 130/1999 non attribuisce al debitore un ruolo di particolare rilievo e si ritengono applicabili anche al debitore ‘cartolarizzato’ i principi generali desumibili dall’art. 1260 c.c., come la possibilità di opporre al cessionario le stesse eccezioni che poteva opporre al cedente, sia relative alla fase esecutiva del rapporto sia attinenti al momento di formazione del titolo. Ciò risulta coerente con il principio secondo cui il debitore, non partecipando alla cessione e non potendo impedire la sostituzione del creditore, non deve trovarsi in una posizione peggiore rispetto a quella originaria, potendo quindi esercitare nei confronti del cessionario le stesse azioni che avrebbe potuto esercitare contro il creditore originale.

3. L’art. 58 del TUB e la questione della prova della cessione dei crediti in blocco

La cartolarizzazione costituisce uno dei principali strumenti attraverso cui gli istituti bancari si liberano dei propri crediti deteriorati, ma spesso ne deriva un contenzioso, generato prevalentemente dalle opposizioni promosse strumentalmente dai debitori ceduti, incentrate sulla inopponibilità della cessione al debitore e sulla contestazione della titolarità del credito in capo al cessionario.

Il primo punto di contestazione – vale a dire l’inopponibilità della cessione al debitore – non crea particolari problemi per i cessionari poiché l’art. 58 del Testo Unico Bancario deroga alle norme generali, ordinariamente previste in tema di efficacia e di opponibilità dei contratti di cessione²⁸, stabilendo che l’efficacia delle cessioni ‘in blocco’, attuate dagli istitu-

²⁸ La deroga vale sia con riferimento alla cessione di crediti (la cui efficacia verso il debitore ceduto richiede, di regola, la notifica al medesimo ex art. 1264 c.c.) sia per la cessione di contratti (che presuppone il consenso del con-

ti di credito, si produca mediante avviso dell'avvenuta cessione, da pubblicarsi sul registro delle imprese e nella Gazzetta Ufficiale²⁹.

Diversa, invece, è la questione della prova della titolarità del credito, spesso impropriamente sollevata come eccezione preliminare di rito per contestare la legittimazione attiva del cessionario. In realtà, questa riguarda la titolarità attiva del rapporto obbligatorio e deve essere trattata come una questione di merito preliminare, non risolvibile sulla base della mera prospettazione di essere creditore effettuata dall'attore nella propria domanda³⁰.

La natura impugnatoria delle controversie sollevate dai debitori ceduti (come l'opposizione a decreto ingiuntivo o le opposizioni in ambito esecutivo) comporta un'inversione della posizione processuale, imponendo al creditore opposto, che vede contestata la titolarità attiva del rapporto obbligatorio, l'onere di fornire la prova della sua legittimazione.

A tal fine è necessario che il cessionario, come sostenuto dalla consolidata giurisprudenza³¹, produca in giudizio il con-

traente ceduto ex art. 1406 c.c., salvo che i contratti stessi non siano inclusi in una cessione di azienda, ex art. 2558 c.c.).

²⁹ A sua volta l'art. 4, comma 2, della legge n. 130/1999 deroga alla disciplina comune della cessione, stabilendo che l'iscrizione nel registro delle imprese e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di un estratto della cessione equivalgono a una notifica, conferendo al debitore ceduto una conoscenza legale del trasferimento del credito, senza possibilità concreta di provare il contrario.

³⁰ Si veda Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951.

³¹ In tal senso si è espressa consolidata giurisprudenza. Si veda Cass., 2 marzo 2016, n. 4116; Cass., 12 maggio 2016, n. 9768, pur in materia di cessione del credito 'comune'; Cass., 20 maggio 2016, n. 10518, secondo le quali, a fronte di contestazione, il cessionario è tenuto a produrre i documenti idonei a dimostrare l'inclusione del credito nell'operazione di cessione; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4453; Cass., 13 settembre 2018, n. 22268, che distingue tra avviso di cessione – necessario ai fini dell'efficacia del negozio verso il debitore ceduto – e prova dell'esistenza del contratto di cessione; Cass., 31 gennaio 2019, n. 2780, che ha richiesto la produzione della cessione in originale; Cass., 6 febbraio 2024, n. 3405; Cass., 29 febbraio 2024, n. 5478. Tra le pronunce di merito, Trib. Treviso, decr. 28 aprile 2016; Trib. Padova, decr. 3 giugno 2016; Trib. Napoli, 24 maggio 2019, n. 5377, che esclude possa essere sufficiente la sola pubblicazione su apposito sito *web*.

tratto di cessione vero e proprio, da cui possa desumersi che lo specifico credito azionato è stato inequivocabilmente assoggettato a cartolarizzazione.

L'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, di cui all'art. 58 del TUB, non sarebbe idoneo a dimostrare l'esistenza del contratto di cessione di crediti e/o di rapporti giuridici³²: la disposizione dell'art. 58, comma 4, TUB possiede una funzione diversa e di portata ben più modesta rispetto a quella negoziale di trasferimento del diritto. Invero, la pubblicazione interviene solo in relazione al disposto dell'art. 1264, comma 2, c.c.: vale, cioè, unicamente ad impedire l'eventualità di pagamenti liberatori per il caso che il ceduto, nonostante la sopravvenuta cessione, esegua la propria prestazione nelle mani del cedente. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale o l'iscrizione nel Registro delle Imprese «non attengono al perfezionamento della fattispecie traslativa, né alla produzione del relativo effetto; non hanno valenza costitutiva e neanche di sanatoria di eventuali vizi dell'atto; non fanno parte della documentazione contrattuale inerente appunto alla fattispecie traslativa». Ne deriva che il cessionario del credito bancario, che agisce per il recupero nei confronti del debitore ceduto, ha l'onere di provare il contratto da cui deriva la cessione e l'inclusione dello specifico rapporto azionato nell'operazione di cartolarizzazione cui si riferisce l'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

È chiaro, quindi, che una cosa è la legittimazione ad agire, che vale ad individuare la titolarità del diritto di agire in giudizio e che mancherà tutte le volte in cui dalla prospettazione della domanda emerga che il diritto vantato in giudizio non appartiene all'attore³³; altra cosa è la titolarità del diritto sostanziale, oggetto del processo, che attiene al merito e alla fondatezza della domanda. In sede di legittimità rileva il secondo profilo, per cui la titolarità della posizione soggettiva, atti-

³² Si veda in tal senso: Cass., 22 febbraio 2022, n. 5857; in senso conforme, Trib. Milano, 5 maggio 2022, n. 3894; Trib. Torino, 12 ottobre 2022, n. 3943; Trib. Napoli, 18 ottobre 2022.

³³ Ai sensi dell'art. 81 c.p.c. «nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio».

va o passiva, vantata in giudizio, è elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, sicché spetta a chi la invochi allegarla e provarla, salvo il riconoscimento o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione ad opera della controparte; le contestazioni da parte di quest'ultima della titolarità del rapporto controverso hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti. La carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile d'ufficio dal giudice, se risultante dagli atti di causa.

Ebbene, alla luce di tali argomentazioni, il soggetto che proponga l'impugnazione o vi resista nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase del giudizio, subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, deve non solo allegare la propria *legitimatio ad causam*, ma anche fornire la prova (la cui mancanza è rilevabile d'ufficio) delle circostanze costituenti i presupposti di legittimazione alla sua successione nel processo, ai sensi degli artt. 110 e 111 del codice del rito civile³⁴.

In sostanza, il requisito della 'notificazione' della cessione al debitore ceduto, necessario ai fini dell'efficacia della cessione, non deve essere confuso con la prova della effettiva avvenuta stipulazione del contratto di cessione e, quindi, del concreto trasferimento della titolarità di quel credito, che costituisce una prova necessaria per dimostrare la reale legittimazione sostanziale ad esigerlo in capo al preteso cessionario, laddove tale qualità sia contestata dal debitore ceduto.

In conclusione, sulla prova della cessione del credito, benché non sia, di regola, necessaria la prova scritta, non può ritenersi idonea, di per sé, la mera notificazione della stes-

³⁴ In tal senso, Cass. 29 settembre 2006, n. 22244; Cass., 26 settembre 2019, n. 24050.

sa operata al debitore ceduto dal preteso cessionario ai sensi dell'art. 1264 c.c., quanto meno nel caso in cui, sul punto, il debitore ceduto stesso abbia sollevato una espressa e specifica contestazione, trattandosi, in sostanza, di una mera dichiarazione della parte interessata.

Tale assunto vale anche per l'ipotesi della cessione di credito che sia avvenuta nell'ambito di un'operazione di cessione di crediti in blocco, da parte di istituti bancari a ciò autorizzati e la notizia della cessione dei crediti in blocco sia stata data dalla banca cessionaria mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 58 TUB³⁵.

4. Conclusioni

La cessione dei crediti in blocco costituisce senza dubbio un potente strumento finanziario che offre significativi vantaggi in termini di efficienza, gestione del rischio e liquidità.

³⁵ Sul punto v. Cass., 29 febbraio 2024, n. 5478. Questo il principio di diritto espresso: «Il soggetto che propone impugnazione oppure vi resista nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase di giudizio, deve non soltanto allegare la propria *legitimatio ad causam* per essere subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, ma altresì fornire la prova – la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione, è rilevabile d'ufficio – delle circostanze costituenti i presupposti di legittimazione alla sua successione nel processo ex artt. 110 e 111 cod. proc. civ.; ne discende che [la società cessionaria dei crediti in blocco: N.d.A.] benché gravata del corrispondente onere fin dal momento del deposito del proprio “controricorso”, non ha dimostrato adeguatamente la propria qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso della [banca cedente: N.d.A.], posto che la sola documentazione dalla prima prodotta contestualmente al deposito del suo “controricorso” è inidonea a provare il contratto di cessione in suo favore dei crediti: tale documentazione prova solo la “notificazione” della cessione al debitore ceduto, necessario ai fini dell'efficacia della cessione stessa nei confronti di quest'ultimo e dell'esclusione del carattere liberatorio dell'eventuale pagamento dal medesimo effettuato in favore del cedente, ma non anche l'effettiva avvenuta stipulazione del contratto di cessione e, quindi, dell'effettivo trasferimento della titolarità di quel credito».

Innanzitutto, permette alle istituzioni finanziarie di trasferire un gran numero di crediti con una sola operazione, riducendo drasticamente i costi amministrativi e operativi rispetto alla cessione atomistica; facilita la pulizia dei bilanci dalle esposizioni deteriorate, migliorando la qualità del credito dell'istituto e riducendo il rischio di insolvenza; consente alle banche di ottenere liquidità immediata, che può essere reinvestita o utilizzata per rafforzare la posizione finanziaria dell'istituto.

Tuttavia, l'operazione, pur offrendo significativi vantaggi in termini di liquidità e gestione del rischio per gli istituti di credito, pone sfide rilevanti in termini di trasparenza, complessità legale e impatto sociale.

Va osservato che la cessione in blocco, sebbene semplifichi il trasferimento di crediti, può risultare complessa da gestire dal punto di vista legale e amministrativo.

I debitori possono contestare la legittimità della cessione, richiedendo prove dettagliate del trasferimento del credito e questo può portare a lunghe dispute legali, complicando le operazioni di recupero crediti.

La regolamentazione gioca un ruolo cruciale nel garantire che lo strumento della cessione in blocco sia utilizzato in modo trasparente ed equo. La trasparenza è un aspetto critico. È essenziale che i contratti di cessione e le operazioni di cartolarizzazione siano chiaramente documentati e accessibili alle parti interessate, compresi i debitori ceduti. Una regolamentazione rigorosa e chiara concorre a mitigare i rischi associati, garantendo che le cessioni di crediti siano effettuate in modo equo e trasparente. Le disposizioni del Testo Unico Bancario, che richiedono la pubblicazione delle cessioni in blocco, muovono in questa direzione, ma potrebbe essere necessario fare di più per garantire la piena trasparenza.

Infine, è importante considerare l'impatto economico e sociale dell'operazione. Se da un lato essa può migliorare l'efficienza del mercato creditizio, dall'altro può anche portare ad una gestione più aggressiva dei crediti da parte dei cessionari, potenzialmente a discapito dei debitori. È quindi cruciale trovare un equilibrio che consenta di sfruttare i benefici della

cessione in blocco senza compromettere la stabilità del sistema finanziario e la protezione dei diritti dei debitori.

Solo attraverso una combinazione di trasparenza, regolamentazione efficace e pratica prudente, la cessione dei crediti in blocco può contribuire a un sistema finanziario stabile e resiliente.

IDA D'AMBROSIO, La cessione dei crediti in blocco e la sua attitudine funzionale: dal profilo causale dell'istituto alla questione della prova della cessione

L'articolo offre una riflessione sul fenomeno della cessione dei crediti in blocco e si propone, in particolare, di evidenziare un'attitudine funzionale dell'istituto, mettendo in luce come la sua strumentalità rispetto alla causa del negozio da cui scaturisce fa sì che l'istituto sia idoneo ad assolvere a finalità diverse dalla pura e semplice trasmissione del diritto di credito. Tratteggiati i contorni del profilo causale della cessione dei crediti in blocco, si analizza l'operazione da un punto di vista non solo sostanziale ma anche processuale, sotto il profilo della legittimazione attiva del cessionario.

Parole chiave: cessione dei crediti, crediti in blocco, cartolarizzazione del credito, prova della cessione, legittimazione ad agire.

IDA D'AMBROSIO, The bulk assignment of receivables and its functional aptitude: from the causal profile of the institution to the issue of proof of assignment

The article offers a reflection on the phenomenon of the bulk assignment of credits and aims, in particular, to highlight a functional attitude of the institution, showing how its instrumentality with respect to the cause of the contract from which it arises makes the institution suitable for fulfilling purposes other than the mere and simple transmission of the credit right. Having outlined the causal profile of the bulk assignment of credits, the operation is analysed from a substantive as well as a procedural point of view, in terms of the active legitimization of the assignee.

Key words: assignment of receivables, bulk credits, credit securitization, proof of assignment, legal standing to sue.

Aldo Rocco Vitale

NOTAZIONI SUI PRINCIPALI PROFILI PROBLEMATICI DELLA MATERNITÀ SURROGATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La definizione della genitorialità e l'individuazione dello *status filiationis*. – 3. L'aborto contrattualizzato e l'*enforcement* contrattuale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

«La civiltà tecnica non riesce a stabilizzare l'ambiente naturale, così come non riesce a stabilizzare l'ambiente sociale»¹: così ha osservato Arnold Gehlen, pur dalla sua prospettiva sostanzialmente tecno-ottimistica, riconoscendo l'indelebile segno distintivo della tecnica, cioè la sua inevitabile capacità di indebolire le strutture dell'umano, sia nel senso naturale, sia nel senso socio-culturale.

Il mondo moderno, del resto, è specificamente dominato dalla tecnica; le nuove tecnologie dell'automazione robotica e dell'intelligenza artificiale non fanno che ampliare e rinsaldare il legame tra il mondo contemporaneo e la dimensione sempre più pervasiva della tecnica, la quale si insinua sempre più profondamente all'interno della vita umana fino a fondere e confondere la natura umana e la tecnologia, l'essere e la prassi, l'uomo e la macchina².

La tecnica diventa assistente dell'umano per sollevarlo dalla fatica del lavoro, per velocizzare i processi decisionali o di calcolo, per esaudire tutti i desideri che l'uomo può immaginare, poiché la tecnica consente, in modo praticamente illimitato, di appagare le umane necessità.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ A. GEHLEN, *L'uomo nell'era della tecnica*, Roma, 2003, p. 78.

² M. O'CONNELL, *Essere una macchina*, Milano, 2021.

In questa direzione Emanuele Severino, non a caso, ha precisato come «la tecnica mira non a uno scopo specifico e escludente, bensì all'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è insieme incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni»³.

La tecnica, infatti, è caratterizzata da una intrinseca doppiezza: certamente, da un lato, consente all'uomo di fuoriuscire dallo stato di originario primitivismo, ma, dall'altro lato, tende a diventare totale e totalizzante fino ad impossessarsi dell'intera dimensione umana stravolgendo i tempi della vita, le strutture delle relazioni, la stessa natura umana, poiché come ha rilevato Nikolaj Berdjaev, «la macchina storpia l'uomo e vuole plasmarlo a sua immagine e somiglianza»⁴.

Martin Heidegger, infatti, ebbe a osservare che «l'essenza della tecnica è in alto grado ambigua»⁵, poiché l'uomo inizia a usare la tecnica allo scopo di plasmare a propria immagine e somiglianza il mondo circostante, ma finisce con l'essere plasmato dalla tecnica che si impossessa dell'intera sua esistenza.

La tecnica, peraltro, viene intesa, nell'ambito della odierna cultura occidentale, sempre più come svincolata da ogni limite: di ordine epistemologico, etico, giuridico.

La semplice onticità del ritrovato tecnico viene considerata sufficiente ai fini della legittimazione della sua applicazione, così che tutto ciò che diviene tecnicamente possibile è considerato aproblicamente fattibile, senza doversi interrogare sulle conseguenze di ordine sociale, etico o giuridico che potrebbero derivarne.

Ci si ritrova così nella prospettiva dell'ideologia del 'possibilismo tecnicistico', o del 'tecnomorfismo', così giustamente criticato da Francesco D'Agostino per il quale, infatti, «diventa ingenuo evocare il detto comune secondo il quale non è lecito fare tutto ciò che è possibile fare, perché il fondamento del-

³ E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009, p. 35.

⁴ N. BERDJAEV, *L'uomo e la tecnica*, Rapallo, 2005, p. 35.

⁵ M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in Id., *Saggi e discorsi*, Milano, 1980, p. 25.

la liceità coincide col fondamento stesso della possibilità. Posso dunque devo»⁶.

In un tale contesto le energie della tecnica sono oramai sgusciate fuori dal perimetro del controllo umano, ed anzi esse stesse divengono strumento di controllo dell'umanità, di manipolazione della sua natura, di violazione della sua libertà, e, ultimativamente, spesso anche di lesione della sua dignità.

Soltanto all'interno di questa cornice si possono valutare criticamente le tecniche di procreazione artificiale e le problematiche biogiuridiche correlate come la maternità surrogata.

2. La definizione della genitorialità e l'individuazione dello status filiationis

«Mater semper certa est»⁷ recitava l'antico brocardo latino espressione della sapienza giuridica classica che per secoli ha fondato la scienza giuridica occidentale cristallizzando la certezza della maternità secondo la legge di natura la cui coerenza si rifletteva necessariamente nell'ordinamento dello Stato al quale era demandato soltanto il compito di regolare lo *status* paterno.

Da quando, invece, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (da ora PMA), incrociate con la pratica lucrativa della maternità surrogata (da ora MS)⁸, hanno aperto la via del controllo umano della generazione e della riproduzione mediante il potenziamento degli strumenti artificiali all'uopo predisposti prescindendo dalle afferenti questioni di giustizia che li coinvolgono⁹, la genitorialità in genere, e la maternità in

⁶ F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, p. 197.

⁷ Digesto 2,4,5.

⁸ «L'uso sempre maggiore delle tecniche di fecondazione in vitro ha fatto crescere in molti Paesi una fiorente attività commerciale attorno alle maternità surrogate»: J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Milano, 1998, p. 63.

⁹ M. RHONHEIMER, *Etica della procreazione*, Roma, 2000.

particolare, scissa tra maternità sociale, biologica e genetica¹⁰, *non est semper certa, sed sicut Gallia caesariana est omnis divisa in partes tres*¹¹, se non in più parti considerando lo sviluppo del trasferimento citoplasmatico¹², cioè il procedimento grazie al quale si può estrarre il nucleo da un ovocita ‘difettoso’ per impiantarli nel citoplasma di un altro ovocita sano de-nucleizzato facendo sì che ben due donne possano concorrere al titolo di madre genetica¹³, una tramite il nucleo ed una tramite il citoplasma messi a disposizione, dovendosi così ulteriormente distinguere, all’interno della maternità genetica, quella nucleica, e quella citoplasmatica¹⁴.

In un tale scenario, non si possono non notare tutte le difficoltà relative allo scorporo e alla diffusione del concetto di maternità come autorevolmente è stato osservato: «Ovviamente la questione “chi è la madre” non può trovare risposta da un

¹⁰ «Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall’altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura “genetica” e quella “sociale”. La maternità surrogata, a sua volta, rende possibile un’ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all’interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, un’inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale»: B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di biodiritto*, 2014, 2, p. 159.

¹¹ «Gallia est omnis divisa in partes tres»: G. CESARE, *Le guerre in Gallia*, I, 1, Milano, 1991, p. 41.

¹² Cfr. a titolo informativo: www.corriere.it/salute/08_febbraio_05/emrbrione_tre_genitori_1471836c-d3f1-11dc-b97b-0003ba99c667.shtml; e anche www.independent.co.uk/news/science/medical-dilemma-of-three-parent-babies-fertility-clinic-investigates-health-of-teenagers-it-helped-9690058.html.

¹³ Cfr. R. LEVY, *Cytoplasmic transfer in oocytes: biochemical aspects*, in *Human Reproduction*, 2004, 3, pp. 241-250; T. RULLI, *What is the value of three-parent IVF?*, in *The Hastings center report*, 2016, 4.

¹⁴ Pratica recentemente autorizzata dal Ministero della Salute britannico: www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/July-2014/22%20July%202014/21.HEALTH-Gov-REsp-Mitochondrial-donation.pdf.

punto di vista scientifico, poiché entrambi i soggetti appaiono casualmente necessari al processo che conduce al parto»¹⁵.

Sul punto occorre precisare che se in Italia l'abilità dell'interpretazione e dell'applicazione sistematica delle norme codicistiche sembra offrire una possibile, sebbene tortuosa, soluzione al problema della definizione dello *status* paterno e materno¹⁶, anche nella prospettiva del *best interest* del minore coinvolto¹⁷, non così accade all'estero, per esempio negli Stati Uniti¹⁸, in cui la MS ha creato non poche alterne e contraddittorie vicende giudiziarie sul punto, dimostrando l'incertez-

¹⁵ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 119. Cfr. anche: A. OHS, *The power of pregnancy: examining constitutional rights in a gestational surrogacy contract*, in *Hastings constitutional law quarterly*, 2002, 2, pp. 339-372.

¹⁶ «In conclusione, va detto che il limite dell'ordine pubblico, che pure impedisce di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre committente in caso di surrogazione di maternità realizzata al di fuori del territorio nazionale, non impedisce invece il riconoscimento del rapporto di filiazione instauratosi all'estero con il padre committente, sia egli o meno genitore biologico del nato. Una volta riconosciuto il rapporto di filiazione dal lato paterno, sarà poi possibile anche un "recupero" del rapporto di filiazione con la donna committente in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. b) della l. 184/1983, allorché la donna, unita da vincolo di coniugio con il padre legale del bambino, chieda di adottare il figlio del coniuge, oppure in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. a) allorché, rimasto il minore orfano di padre, la madre "sociale" faccia valere il "preesistente rapporto stabile e duraturo" instaurato (di diritto nell'ordinamento straniero, ma solo di fatto nell'ordinamento italiano) con il primo al fine di ottenerne l'adozione»: B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, pp. 62-63.

¹⁷ «In siffatte circostanze, il *best interest* del minore a conservare, assieme allo *status* acquisito all'estero, l'affettività nei confronti dei genitori sociali, che lo Stato ha l'obbligo di garantire quale espressione della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, si colora di un aspetto ulteriore – anch'esso evidenziato dalla Corte di Strasburgo, seppur con riguardo al padre – che attiene più specificamente alla protezione della vita privata: quello alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che realizza l'identità personale»: S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 23.

¹⁸ C. SPIVACK, *The law of surrogate motherhood in the United States*, in *The american journal of comparative law*, 2010, pp. 97-114.

za che ovunque regna nell'ambito della definizione dei rapporti giuridici¹⁹.

La Corte Suprema del New Jersey, infatti, ha sancito la maternità della donna surrogante ancorando la genitorialità al criterio biologico (nel caso *Baby M*)²⁰, la Corte d'Appello dell'Ohio, invece, ha statuito la genitorialità della coppia committente che ha fornito i gameti fondando così la genitorialità sul criterio genetico (nel caso *Clark v. Belsito*)²¹; la Corte Suprema della California, infine, ha ritenuto riconoscibili come madri entrambe le donne coinvolte²², cioè sia la donna surrogante che la donna surrogata-committente (nel caso *Johnson v. Calvert*)²³.

Appare arbitrario, dunque, ritenere fondata, come certa dottrina reputa, «l'idea di escludere che la gestante per altri concorra alla formazione del patrimonio genetico del nascituro»²⁴, soprattutto alla luce dei molteplici studi che non solo dimostrano il legame bio-psichico tra la gestante e il feto²⁵, ma che han-

¹⁹ Cfr. l'ampia casistica commentata in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, pp. 279-317.

²⁰ Cfr. www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html.

²¹ Cfr. www.biojuris.com/natural/4-1-2.html.

²² «In base alla legge, potevano essere considerate madri sia la donna che aveva determinato la nascita di un bambino con l'intenzione di crescerlo, sia la donna che lo aveva portato in grembo e partorito»: M. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, VIII, Napoli, 2015, p. 265.

²³ Cfr. <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>.

²⁴ A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 149.

²⁵ Cfr. E.Z. ZIMMER, W.P. FIFER, Y.I. KIM, H.R. REY, C.R. CHAO, M.M. MYERS, *Response of the premature fetus to stimulation by speech sounds*, in *Early human development*, 1993, pp. 207-215; B.S. KISILEVSKY, S.M.J. HAINS, K. LEE, X. XIE, H. HUANG, H. HUI YE, K. ZHANG, Z. WANG, *Effects of experience on fetal voice recognition*, in *Psychological science*, 2003, 3, pp. 220-224; J.A. DiPIETRO, K.A. COSTIGAN, E.D. GUREWITSCH, *Fetal response to induced maternal stress*, in *Early human development*, 2003, 2, pp. 125-138; J.C. CICCARELLI, L.J. BECKMAN, *Navigating rough waters: an overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of Social Issues*, 2005, 3, pp. 21-24; H. AHMARI TEHRAN, S. TASHI, N. MEHRAN, N. ESKANDARI, T. DADKHAH TEHRANI, *Emotional experiences in surrogate mothers: a qualitative study*, in *Iran Journal of reproductive medicine*,

no addirittura comprovato, più di recente²⁶, il *linking* genetico al livello di mRNA tra il nascituro e la gestante lasciando intendere che quest'ultima sia ben altro che una semplice 'portatrice', ben più di una 'mera' madre biologica, concorrendo al livello genetico, percentualmente minimo, sebbene pur sempre presente, parimenti alla donna (il più delle volte la committente) che fornisce l'ovocita.

La differenza tra maternità biologica e genetica insomma non è poi così netta, e la definizione di un tale confine si complica, come già visto, se alla formazione dell'ovocita concorrono due donne distinte.

Qualunque sia la soluzione del problema, seguendo la strada del *favor legis*, cioè rimettendo all'ordinamento (tanto *ope legis* quanto *ope iudicis*)²⁷ la decisione di chi debba essere considerato genitore indipendentemente da eventuali legami affettivi, biologici, genetici con il figlio, oppure seguendo la strada del *favor veritatis*, cioè riferendosi ai criteri biologici e/o genetici per la determinazione dei rapporti giuridici tra il generato e i genitori, sembra che la diffusione del ruolo genitoriale derivata dalla MS, attraverso la moltiplicazione delle figure chiamate a condividere un tale *status*²⁸, ne diffonda e ne disperda il senso esistenziale, la verità antropologica, la rile-

2014, 7, pp. 471-480; K. WERMKE, Y. RUAN, Y. FENG, D. DOBNIG, S. STEPHAN, P. WERMKE, L. MA, H. CHANG, Y. LIU, V. HESSE, H. SHU, *Fundamental frequency variation in crying of mandarin and german neonates*, in *Journal of voice*, 7 luglio 2016.

²⁶ F. VILELLA, J.M. MORENO-MOYA, N. BALAGUER, A. GRASSO, M. HERRERO, S. MARTÍNEZ, A. MARCILLA, C. SIMÓN, *Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*, in *The Company of biologist*, 2015, 10, pp. 3210-3221.

²⁷ Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana cfr. Tribunale di Monza, 1989; Tribunale di Roma, 2000; Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

²⁸ La sola incertezza circa l'incardinazione dello *status* personale e l'impossibilità razionale di venirne a capo evitando abusi e arbitri dovrebbe lasciare intendere al prudente giurista i dubbi circa la giuridicità, o meglio l'antigiuridicità, della pratica di MS. Del resto, le nuove tendenze e gli sviluppi recenti delle dinamiche sociali sembrano dirigersi verso il superamento dello stesso concetto di genitorialità per l'utilizzo del concetto ben più ampio di co-genitorialità, riflesso diretto ed estensione inevitabile della cosiddetta genitorialità sociale, come dimostra la prassi delle coppie che vogliono allevare un figlio in un regime di 'multiproprietà', cioè secondo un vero e proprio sche-

vanza giuridica in una adespotizzante moltiplicazione dei soggetti titolati ad esercitare la responsabilità genitoriale con il paradosso di poter giungere a non considerare nessuno di essi come genitore proprio in quanto tutti potenzialmente tali²⁹.

Lo scenario, già di per sé articolato e complesso, tuttavia, si complica ulteriormente in una duplice direzione: per un verso a causa dei reiterati tentativi, nel corso del tempo, volti a far riconoscere per via giurisprudenziale lo *status* genitoriale del *partner* del genitore biologico del nato; per altro verso, provando a far recepire direttamente nell'ordinamento italiano l'atto di nascita confezionato all'estero del minore nato attraverso le procedure di MS.

Su entrambi i profili non sono mancate le pronunce, anche di segno opposto.

Così, mentre le Corti di merito hanno generalmente riconosciuto sia la possibilità di attribuire la genitorialità anche al *partner*, perfino del medesimo sesso, del genitore biologico³⁰, e la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero³¹, la Corte di Cassazione, invece, ha prevalentemente escluso la legittimità sia della prima pratica, cioè il riconoscimento della genitorialità del cosiddetto 'genitore d'intenzione'³², sia la seconda, cioè la trascrizione dell'atto di nascita straniero proprio in virtù del divieto di maternità surrogata vigente nell'ordinamento italiano ai sensi e per gli effetti dell'articolo 12 della legge 40/2004³³.

ma turnario (<http://nypost.com/2015/08/30/inside-new-yorks-complicated-new-world-of-custody-cases/>).

²⁹ S. JASANOFF, *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano, 2008, p. 201.

³⁰ *Ex plurimis* cfr.: Tribunale di Bologna, 6 luglio 2018; Corte d'Appello Perugia, 22 agosto 2018; Tribunale di Milano, 25 ottobre 2018; Tribunale di Genova, 13 giugno 2019; Tribunale di Milano, 23 settembre 2021; Tribunale di Roma, 9 settembre 2022; Tribunale di Brescia, 16 febbraio 2023.

³¹ *Ex plurimis* cfr.: Tribunale di Pisa, 15 marzo 2018; Corte d'Appello di Perugia, 18 novembre 2019; Tribunale di Cagliari, 28 aprile 2020; Tribunale di Brescia, 16 febbraio 2023; *contra*: Tribunale di Arezzo, 10 novembre 2022.

³² *Ex plurimis* cfr.: Cassazione civile, 21 settembre 2023, n. 26967; Cassazione civile, 3 gennaio 2024, n. 85.

³³ *Ex plurimis* cfr.: Cassazione civile, 23 agosto 2021, n. 23320; SS.UU. Cassazione civile, 30 dicembre 2022, n. 38162.

Già nel 2019, del resto, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12193, avevano ribadito che nell'ordinamento italiano non si sarebbe potuto recepire l'atto di nascita estero di nato tramite maternità surrogata proprio perché il divieto sancito dalla suddetta normativa costituisce un inderogabile e centrale principio di ordine pubblico che non può essere aggirato consentendo la registrazione anagrafica dell'atto di nascita straniero.

L'unico rimedio, dunque, è rappresentato dal ricorso alla disciplina dell'articolo 44 della legge 184/1983 disciplinante l'adozione in casi particolari che è stato vagliato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2021 tramite la quale la Consulta ha ritenuto che il legislatore avrebbe dovuto esplicitamente disciplinare la *vacatio legis* relativa al rapporto tra il genitore non biologico dell'unione civile e il nato da maternità surrogata al fine di tutelare il *best interest* del minore.

Proprio la Corte Costituzionale, non a caso, con la sentenza n. 79/2022 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 55 della predetta legge 184/1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*) nella parte in cui stabilisce che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli articoli 3, 31 e 117, comma 1 della Costituzione soprattutto alla luce dell'articolo 8 della CEDU che tutela il diritto alla vita privata e familiare estendendo il limite dei vincoli famigliari.

La stessa Corte Costituzionale, tuttavia, già da tempo ha evidenziato, con la sentenza n. 272/2017, l'infondatezza della doglianza di illegittimità costituzionale dell'articolo 263 del Codice Civile, sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, nella parte in cui non consente di valutare il concreto interesse del minore a mantenere l'identità relazionale e lo *status* di una riconosciuta filiazione materna impedendo che tale interesse possa essere realizzato con l'ampiezza di tutele riconosciute da plurimi principi costituzionali (articoli 2, 3, 30, 31 Cost.).

La Consulta, in quest'ultima pronuncia, pur facendo salvo e ribadendo il *favor* dell'ordinamento per il superiore interesse del minore, ha specificato che per quanto oramai non vi sia un necessario *favor* dello *status filiationis* sulla base del crite-

rio biologico (come dimostrano l'evoluzione del concetto di relazione familiare e lo stesso istituto della adozione e della fecondazione eterologa), tuttavia, specifica e chiarisce come nel caso dello *status filiations* in seguito a maternità surrogata effettuata all'estero e vietata da norma penale di rilevanza pubblica in Italia (maternità surrogata che la Corte esplicitamente precisa essere una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»), il bilanciamento tra l'interesse del minore e l'interesse alla verità deve e può essere effettuato dal giudice senza risolvere il caso con l'automatica prevalenza dell'interesse del minore sull'interesse alla tutela della verità poiché, scrivono i giudici costituzionali, «se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro».

Incidentalmente, occorre riconoscere, peraltro, come un problema non secondario si presenterebbe nel caso in cui si fosse riconosciuto l'atto di nascita straniero, come auspica da alcuni arresti giurisprudenziali, poiché si rischierebbe di arrecare un *vulnus* di non poca incidenza alla sistematicità dell'ordinamento che da un lato prevederebbe una sanzione penale per un comportamento, cioè la pratica di maternità surrogata, ma, dall'altro lato, consentirebbe allo stesso tempo l'efficacia 'sanante' dei suoi effetti civili con una evidente e grottesca antinomia.

In questo senso, non a caso, già la Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 24 gennaio 2017, aveva avuto modo di osservare che «se la Convenzione non sancisce alcun diritto di diventare genitore, la Corte non può comunque ignorare il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto. Tuttavia, l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accet-

tare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano».

In buona sostanza, non si potrebbe aggirare civilisticamente il divieto penale, almeno senza rischiare di sconvolgere l'intera razionalità dell'ordinamento giuridico italiano, creando peraltro un significativo precedente che potrebbe essere invocato – come metodologia ermeneutica – per ‘sanare’ gli eventuali effetti civili di altri reati che, a questo punto, non si vede perché dovrebbero essere esclusi da una simile creativa *ars interpretandi*.

Da quanto fino ad ora considerato, sia alla luce della ragione giuridica, che dei principi generali dell'ordinamento, che della giurisprudenza, emerge un evidente paradosso: le tecniche di PMA e MS utilizzate per esercitare il diritto alla genitorialità, che secondo alcuni è espressione del diritto al figlio³⁴, diritto che secondo altri non è giustamente configurabile³⁵, si risolvono nella determinazione opposta integrando la negazione più radicale e totale della genitorialità medesima,

³⁴ «Avere diritto a qualcosa può anzitutto significare che lo Stato non può impedirmi di perseguire ciò che desidero. Così con “diritto di avere figli” si potrebbe intendere come prima cosa che lo Stato non può impedire la realizzazione del mio desiderio di figli con divieti di matrimonio, leggi razziali o interventi chirurgici. Rispetto ad una tale accezione come mero diritto “di non interferenza”, avere un diritto può però, in secondo luogo, anche significare che lo Stato ha il dovere di prendere determinate misure positive che vengano incontro al desiderio di figli. Riferito al “diritto di avere figli” ciò significherebbe, ad esempio, che lo Stato deve mettere a disposizione un’infrastruttura di medicina riproduttiva o assumersi i costi di misure medico-riproduttive»: K. SEELMANN, *Dalla bioetica al biodiritto*, Napoli, 2007, p. 63.

³⁵ «Ad una più attenta analisi, peraltro, sembra di poter dire che la surrogazione di maternità (così come, in certa misura, la fecondazione eterologa, e ogni combinazione delle due pratiche di PMA) trovi le sue radici in una mentalità ben diversa da quella che fonda l’idea stessa dell’adozione: mentre infatti l’adozione è un rimedio volto a dare una famiglia ad un minore che ne è privo, le procedure di PMA sono volte a dare un figlio a dei genitori che lo desiderano, nell’ottica di quel “diritto alla procreazione” che (avvallato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza che ha eliminato il divieto di fecondazione eterologa) rischia di trasformarsi in un “diritto al figlio” ad ogni costo, con il grave pericolo di trasformare il (futuro) figlio da soggetto di diritti a oggetto

in quanto, come ha sottolineato Francesco D'Agostino, «non può apparire etico che il desiderio di genitorialità di una coppia venga a trovare soddisfazione attraverso una pratica che obiettivamente indebolisce l'identità personale del figlio destinato a nascere, creandogli – almeno potenzialmente – una molteplicità di referenti esistenziali diversi, se non conflittuali tra loro»³⁶.

Ne consegue la necessità di riconoscere in capo alla prole non soltanto il diritto alla bigenitorialità – diritto non configurabile data la difficoltà della definizione del ruolo materno collettivizzato in favore di più soggetti³⁷ –, ma anche e soprattutto quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche.

Su quest'ultimo profilo, però, è necessario un ulteriore passo nella riflessione, dovendosi distinguere la segretezza dall'anonimato.

La segretezza, infatti, riguarda il celare le tecniche utilizzate per essere concepiti, mentre l'anonimato riguarda il celare l'identità di coloro che hanno preso parte alle tecniche sud-

di un diritto di altri»: B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *Rivista di biodiritto*, 2016, 2, p. 124.

³⁶ F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1996, p. 140.

³⁷ Di seguito alcuni dei principali riferimenti bibliografici consultati a fini delle presenti riflessioni: F. BUSNELLI, *Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000*, in *Bioetica*, 2000, 4, pp. 674-680; L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Diritto di Famiglia*, 2000, 2, pp. 706-722; V. FINESCHI, P. FRATI, E. TURILLAZZI, *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, 2, pp. 603-609; L. CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 1, pp. 377-404; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, *ivi*, pp. 179-202; C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 3, pp. 251-279; M. DELL'UTRI, *La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2, pp. 349-385; V. CARBONE, *Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Il Corriere giuridico*, 2013, 7, pp. 940-946.

dette per essere concepiti (per esempio i donatori/venditori di gameti, la madre surrogante, ecc).

Posta una tale differenza, il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche è sicuramente esperibile per superare l'anonimato, ma più problematico in riferimento alla dimensione della segretezza, date le ripercussioni che si possono registrare nell'ambito delle relazioni familiari; è tuttavia necessario ammettere che da un punto di vista logico scavalcare l'anonimato presuppone necessariamente abbattere anche il muro della segretezza.

Su questo delicato problema afferente alla PMA ed alla MS ha avuto modo di esprimersi il Comitato Nazionale per la Bioetica (da ora CNB) con un parere del 25 novembre 2011.

In questa sede il CNB ha evidenziato che «occorre notare che eludere la richiesta di conoscere la verità implica una specifica forma di violenza: la violenza di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere. Ulteriore rilievo ha questa argomentazione quando questo soggetto sia lo Stato: si deve ricordare il tema individuato da Kant del principio supremo del diritto pubblico, che non può che essere quello della pubblicità, dell'abolizione degli *arcana imperii* in qualsiasi forma. Lo Stato non ha il diritto e non dovrebbe mai avere il potere di precludere l'accesso alla verità non solo ai propri cittadini, ma a qualsiasi essere umano, in particolare quando questa verità ha per oggetto l'identità personale»³⁸.

In tale prospettiva appare doverosa l'applicazione analogica della tutela del diritto alla conoscenza delle proprie origini, già ufficialmente riconosciuta per i soggetti adottati³⁹, a

³⁸ Cfr. http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/2Conoscere_le_proprie_origini.pdf.

³⁹ «Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»: Corte Costituzionale, sentenza n. 278/2013.

favore dei soggetti eventualmente nati tramite MS, sebbene proprio il predetto kantiano diritto alla verità si sostanzia in quest'ultimo caso non solo e non tanto nel semplice superamento dell'anonimato e della segretezza, ma nella rivelazione, appunto, della verità nella sua totalità, cioè che vi sono più genitori, che alcuni di essi sono arbitrariamente misconosciuti come tali (dalla legge, dal giudice o dal contratto di surrogazione) e che la MS lede proprio il diritto alla bigenitorialità in quanto esercizio del potere (contrattuale) dei committenti sul soggetto nato.

3. *L'aborto contrattualizzato e l'enforcement contrattuale*

Altre due problematiche rilevanti sono strettamente connesse con il tema della MS, cioè il tema delle clausole abortive negli accordi di maternità surrogata da un lato, e dall'altro l'*enforcement* contrattuale dei suddetti accordi.

Per quanto riguarda l'aborto si possono teoricamente verificare due ipotesi: quella in cui, dopo la stipula del contratto e l'inizio della gravidanza, sia la stessa donna surrogante a non voler più continuare la gestazione volendo porvi fine (per i motivi più disparati legati alla tutela della propria integrità psico-fisica così come ad altre motivazioni), oppure sia la coppia committente a non voler più procedere, per esempio in caso di divorzio intervenuto nel frattempo, o per le eventuali malformazioni scoperte nel feto⁴⁰.

Dei quesiti si impongono come inevitabili: trattandosi di contratti, l'eventuale interruzione volontaria della gravidanza (da ora IVG) scelta dalla donna sarebbe un inadempimento contrattuale? E trattandosi di operazioni che riguardano il corpo della donna, l'IVG potrebbe essere eseguita su ordine della coppia committente? E qualora la donna gestante non volesse sottoporsi ad IVG si tratterebbe ancora di un ulteriore suo inadempimento? E la eventuale nascita potrebbe es-

⁴⁰ Cfr. R. WALKER, L. VAN ZYL, *Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality*, in *Bioethics*, 17 febbraio 2015.

sere invocata dalla coppia committente come un caso risarcibile (da parte della gestante che si è rifiutata di abortire) di *wrongful birth*⁴¹?

Le clausole abortive servirebbero proprio a disciplinare simili evenienze, ma come dovrebbero essere eseguite a loro volta?

Il ricorso alla tutela della *privacy* è stato fin dall'inizio lo strumento con cui si è tutelata la facoltà di autodeterminazione della donna di salvaguardare il proprio diritto all'integrità psicofisica mediante IVG, come dimostra l'ampia giurisprudenza statunitense che per prima ha affrontato il problema⁴².

Tuttavia, se c'è chi pensa che non si può negare alla donna surrogante la libertà di procedere ad IVG, in quanto se può farvi ricorso anche contro il parere del marito non vi è motivo per cui non possa ricorrervi nonostante il parere contrario della coppia committente⁴³, è anche pur vero che c'è, invece, chi nutre un'opinione opposta, come nel caso di Carmel Shalev la quale ritiene che nel «caso della situazione di maternità surrogata in cui sia stata diagnosticata un'anomalia del feto, il medico ha sicuramente l'esperienza necessaria ad interpretare i risultati degli esami clinici, ma certamente non ha competenza per risolvere la questione sull'attribuzione del potere di decidere le misure da adottare. Io ritengo che il potere giuridico di decidere debba essere riconosciuto alle persone committenti, in quanto sono costoro che saranno responsabili per la cura del bambino dopo il parto. Più in particolare, suggerisco che il

⁴¹ *Ex plurimis* cfr.: R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 5; G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata*, in *Responsabilità Civile*, 2005, 3; M.J. FONTANELLA, *Il risarcimento del danno da nascita indesiderata*, in *Iustitia*, 2006, 3; V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e Responsabilità*, 2007, 10; P. GUALNIERA, S. SCURRIA, C. CRINÒ, *Il danno da wrongful birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2009, 3; G. BELTRAME, *Wrongful birth. Il danno da nascita indesiderata nella giurisprudenza italiana*, in *Studium Juris*, 2010, 10.

⁴² Cfr. *Roe v. Wade* (1973); *Planned Parenthood v. Danforth* (1976); *Bellotti v. Baird* (1979).

⁴³ T. EATON, *Comparative responses to surrogate motherhood*, in *Nebraska Law Review*, 1986, pp. 720-723.

contenuto del diritto alla privacy – vale a dire l’allocazione del potere decisionale – venga determinato tenendo conto dei rapporti sociali in gioco»⁴⁴.

Insomma, la decisione spetterebbe, in presenza di un contratto di surrogazione, sempre e comunque alla coppia committente, tanto che, qualora la coppia committente volesse interrompere il corso della gravidanza, ma la madre surrogante volesse comunque continuarla, «il suo rifiuto a soddisfare le richieste delle parti committenti potrà tuttavia avere delle conseguenze giuridiche qualora, come ho già accennato, a quelle parti sia riconosciuto il potere formale di operare delle scelte. Se, ad esempio, la surrogata [*rectius* ‘surrogante’: N.d.A.] intende far nascere il bambino, contro l’intenzione della coppia committente, allora la conseguenza giuridica sarà la sua esclusiva responsabilità nei confronti del minore»⁴⁵.

In Italia una sorta di ‘diritto di ripensamento’ della donna surrogante è stato delineato dalla Corte d’Appello di Milano che ha riconosciuto la possibilità della gestante di tenere per sé il nascituro «non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre»⁴⁶.

Tale problema è strettamente connesso con il secondo, cioè l’*enforcement* dei contratti di surrogazione⁴⁷.

Sul punto Richard Epstein ritiene che il contratto di MS sia *enforceable* in quanto la donna surrogante avrebbe soltanto un interesse di breve termine per il nascituro, mentre i genitori biologici (supponendo che la coppia committente abbia fornito i gameti) hanno un interesse duraturo⁴⁸.

Richard Posner, dal canto suo, reputa che i contratti di surrogazione siano soggetti ad *enforcement* come tutti gli al-

⁴⁴ C. SHALEV, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵ C. SHALEV, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁶ Corte d’Appello di Milano, ordinanza, 25 luglio 2016 (www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/app-milano-25-luglio-2016.pdf).

⁴⁷ D. LASCARIDES, *A plea for the enforceability of gestational surrogacy contracts*, in *Hofstra law review*, 1997, pp. 1-40.

⁴⁸ R. EPSTEIN, *Surrogacy: the case for full contractual enforcement*, in *Virginia law review*, 1995, pp. 2305-2341.

tri contratti, in quanto questo garantisce e tutela gli interessi della coppia committente e stimola il mercato della MS che non può essere limitato dall'ordinamento neanche se soltanto le classi più economicamente avvantaggiate potessero ricorrere alla MS, in quanto «la società non vieta i contratti per i beni di lusso o i contratti che prevedono l'acquisto di servizi da parte di persone che sono al più basso livello nella scala di reddito»⁴⁹.

La prima controversia giudiziaria su un tale problema, e che merita attenzione per i paradossali risvolti giuridici che la caratterizzano, è stata decisa dalla Superior Court della Pennsylvania il 23 novembre 2015 nel caso *Baby S* che ha visto coinvolta la nota attrice americana Sherri Shepherd (da ora S.S.)⁵⁰.

S.S. sposata con il marito L.S. nell'agosto del 2011 si è rivolta ad una agenzia del New Jersey nel 2012 per usufruire dei servizi che questa offriva nel campo della riproduzione artificiale. I coniugi sono così entrati in contatto con la giovane della Pennsylvania di 23 anni J.B., madre *single* di altri due figli propri, per stipulare con quest'ultima un contratto di maternità surrogata. La giovane J.B., già alla sua seconda esperienza del genere per poter mantenere i propri figli, avrebbe dovuto condurre la gravidanza dell'embrione creato con lo sperma di L.S., il marito di S.S., e con l'ovulo di una donatrice anonima, in cambio di centomila dollari.

Il 12 settembre 2013 viene stipulato il contratto tra le parti; il 7 novembre 2013 viene trasferito l'embrione nell'utero di J.B; il 18 novembre 2013 alla coppia committente viene data la notizia del buon esito dell'impianto e dell'inizio della gravidanza.

Nel corso dei mesi successivi, tuttavia, la coppia committente, mentre la ragazza conduce la gravidanza, inizia ad avere problemi matrimoniali fino a giungere alla decisione di divorziare.

⁴⁹ R. POSNER, *The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood*, in *Journal of contemporary health law and policy*, 1989, 5, p. 26.

⁵⁰ Cfr. <http://www.pacourts.us/assets/opinions/Superior/out/J-A28015-15o%20-%201024461805731818.pdf>.

Intanto il 5 agosto 2014 la donna surrogante J.B. partorisce e viene alla luce il piccolo Baby S. del quale adesso si deve decidere lo *status* personale.

La donna committente S.S. però manifesta la sua contrarietà visto il divorzio con il marito L.S. e quindi inizia la controversia giudiziaria che si inoltra fino alla Superior Court of Pennsylvania.

Dinnanzi a quest'ultimo organo giudiziario, avendo perduto nei precedenti gradi, la donna committente S.S. appella le precedenti condanne che l'hanno riconosciuta come madre legale del neonato Baby S., fondando il proprio ricorso su quattro motivazioni principali: 1) la legge della Pennsylvania riconosce soltanto due modalità per l'instaurarsi della genitorialità, cioè il rapporto genetico o biologico da un lato, e l'adozione dall'altro, e non contempla la genitorialità mediante contratto; 2) il ricorso alla tecnica della maternità surrogata è un mezzo illegale per aggirare la normativa sull'adozione dello Stato della Pennsylvania per cui la madre legale di Baby S. è la giovane J.B. che lo ha partorito e non la ricorrente; 3) il contratto di maternità surrogata viola la *public policy* e la legge dello Stato della Pennsylvania perché crea un rapporto genitoriale senza adozione o provvedimento giudiziale; 4) il contratto di maternità surrogata è nullo e non può essere eseguito poiché in contrasto con l'ordinamento, dovendo quindi la Corte riconoscere che la donna committente non può essere la madre legale del nato.

La Corte, anche basandosi sul precedente del caso *Ferguson v. McKiernan* (in cui una donna che aveva contrattualmente esentato il donatore di sperma dal mantenimento del figlio aveva poi cambiato idea, chiedendo il co-mantenimento al suddetto donatore venendo poi condannata dalla Corte Suprema della Pennsylvania)⁵¹, ha respinto tutte le osservazioni della ricorrente e ha specificato che essendo mancante in Pennsylvania una normativa sulla maternità surrogata che sancisca la nullità dei contratti per contrarietà all'ordine pubblico, il vuoto può essere colmato dalla contrattazione privatistica che come tale è sempre vincolante ed eseguibile, per cui

⁵¹ Cfr. <http://caselaw.findlaw.com/pa-supreme-court/1033446.html>.

una parte non può sottrarsi arbitrariamente alle obbligazioni derivanti dal contratto di MS avendo sottoscritto tale impegno contrattuale liberamente e volontariamente.

La donna committente dunque può, prosegue la Corte, decidere di non avere nessun ruolo di madre e di non partecipare per nulla alla vita del figlio che ha deciso di far nascere con il contratto di maternità surrogata, ma non può decidere di sottrarsi, dopo aver avviato l'intera procedura, alla responsabilità finanziaria ed economica che tale iniziativa comporta, dovendo mantenere il figlio fino alla sua maggiore età.

Emergono quindi tutte le incredibili peculiarità di simili evenienze che per motivi di spazio devono essere riassunte in tre punti molto sintetici.

In primo luogo: è paradossale che i migliori argomenti sulla costitutiva antiggiuridicità della maternità surrogata siano esposti proprio dalla donna committente che ha avviato l'intera procedura.

Poiché non si tratta di mera abilità forense dei suoi legali, ma di alcuni dei veri e propri motivi giuridici sostanziali che rendono nullo il contratto di maternità surrogata, desta stupore in prima battuta che tali motivi la donna committente non abbia individuato prima di dar vita all'intera procedura e, in seconda battuta, che proprio tali motivi ella abbia esposto in tribunale dopo essersi dichiarata contraria all'assunzione della sua maternità.

In secondo luogo: emerge in tutta la sua tragica consistenza la confusione che viene a crearsi. Si rivendica l'accesso alla MS come espressione del presunto diritto di diventare genitori; poi si pretende di poter esercitare una sorta di diritto di recesso dal vincolo contrattuale a cui si è partecipato; infine si nega la possibilità che la genitorialità comporti degli obblighi nei confronti della prole venuta al mondo tramite le suddette tecniche.

Insomma, da un lato la genitorialità viene reclamata come diritto, dall'altro viene negata come dovere e come fonte di effetti obbliganti che discendono in relazione ai figli.

È doveroso chiedersi se si possa usare ed abusare del diritto (anche di quello contrattuale) in tal maniera per asse-

condare tutti i capricci dei soggetti che ne richiedono l'applicazione.

In terzo luogo: proprio il tribunale che avrebbe dovuto dichiarare la nullità di un simile contratto si risolve, invece, per affermarne la validità e la idoneità per colmare, addirittura, il vuoto legislativo dello Stato della Pennsylvania in tema di maternità surrogata e di *enforcement* dei relativi contratti.

Infine, la stessa Supreme Court of Pennsylvania ha sancito che la donna committente può decidere di non avere il ruolo di madre del soggetto nato mediante contratto di maternità surrogata, pur senza specificare a chi competa dunque tale ruolo in una simile *vacatio*, ma deve soltanto limitarsi a finanziare la vita e il sostentamento del nato fino alla sua maggiore età, quasi ritenendo il rapporto genitoriale come qualcosa di meramente economico o finanziario che prescinde dalla relazionalità personale e intersoggettiva.

4. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto fin qui considerato si possono trarre alcune, seppur parziali, conclusioni di ordine generale.

In primo luogo: le tecniche di PMA e MS lungi dall'assicurare il rispetto dei principi generali del diritto e della dignità umana diventano lo strumento d'elezione con cui proprio i diritti fondamentali e la dignità umana dei soggetti in esse coinvolti vengono a trovarsi vulnerabili e tragicamente vulnerati.

Ad essere violate sono anche la natura e l'integrità del diritto che da presidio di tutela del più debole – cioè del nascituro nel caso di specie della MS – diviene strumento di esercizio del potere per la realizzazione dei desideri dei più forti – cioè la coppia committente.

Il diritto, infatti, in un tale contesto si riduce allo strumento legale con cui si porta a compimento il sacrificio della dignità del soggetto più fragile – il nascituro, appunto – il quale viene reificato in quanto considerato come vera e propria *res in commercio*.

Il diritto smarrisce, così, ogni suo fondamento umano, si tramuta in manifestazione diretta della perdita di qualsivoglia capacità del senso del limite, divenendo cioè mera espressione di arbitrio individuale o collettivo, come tale in contrasto con la reale oggettività del diritto⁵², e, quindi, negazione dell'autentica razionalità giuridica⁵³.

In secondo luogo: l'applicazione delle nuove tecniche riproduttive deve sempre essere affiancata dalla problematizzazione etica e giuridica poiché non soltanto non si può rinunciare all'esigenza del pensiero che si interroga sulla realtà che lo circonda, ma soprattutto non si può pretendere che le applicazioni tecniche siano silenziose rispetto alla responsabilità morale e giuridica dei soggetti che sono chiamate ad applicarle o subirle.

La tecnica, infatti, necessita sempre di essere indirizzata dalla valutazione etica, e ancor più da quella giuridica, poiché, come ha osservato Hans Jonas, «la difficoltà è questa: non solo quando la tecnica è malvagia, vale a dire quando se ne fa un uso indebito per scopi cattivi, ma anche quando è impiegata con buona volontà per i suoi scopi veri e profondamente legittimi ha in sé un lato minaccioso, che a lungo termine potrebbe avere l'ultima parola ... La sua dinamica interna, che la spinge così avanti, nega alla tecnica la zona franca della neutralità etica, in cui basta preoccuparsi dell'efficienza. Il rischio del troppo è sempre presente»⁵⁴.

Il potere tecnico è un potere che, come ogni altro potere, deve essere meditato, riconosciuto nei suoi limiti e, quindi, indubbiamente disciplinato, specialmente quando si ritrova ad essere compenetrato nell'esistenza dell'umano nella sua dimensione di massima fragilità come la vita nascente o la condizione patologica.

⁵² R. DI MARCO, *Diritto e "nuovi" diritto. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, 2021.

⁵³ A.R. VITALE, *Orbite veloci intorno al diritto. Scorci di universo giuridico osservati da un rionauta*, Torino, 2024.

⁵⁴ H. JONAS, *Perché la tecnica moderna è oggetto dell'etica*, in *Tecnica, medicina ed etica*, Torino, 1997, pp. 28-29.

Con le parole di Jeremy Rifkin, infatti, «la questione non è essere o meno contrari alla scienza e alla tecnologia, ma piuttosto quale tipo di scienza e di tecnologia desiderare ... Ogni strumento che abbiamo creato rappresenta un aumento di potere, un modo di avere un vantaggio sulle forze della natura o sul nostro prossimo. L'esercizio di questo tipo di potere non è mai neutrale: nell'utilizzo del potere inerente ad ogni nuovo strumento che modelliamo, qualcuno o qualcosa nell'ambiente è compromesso, diminuito o sfruttato per aumentare o assicurare il nostro personale benessere. Il punto è che il potere non è mai neutrale. Ogni volta che il potere viene applicato ci sono sempre dei vincitori e dei vinti»⁵⁵.

Infine, le pratiche di MS comportano una rivoluzione di ordine antropologico in cui gli esseri umani vengono prodotti praticamente su scala industriale rovesciando il valore intrinseco della persona che non soltanto è un caposaldo di ordine etico, ma anche e soprattutto l'orizzonte teleologico dell'intera fenomenologia giuridica.

In tale contesto, allora, non possono che venire alla mente le perplessità sollevate da Muriel Fabre-Magnan: «La question cruciale du droit est celle de savoir si nous voulons instituer une société où les enfants sont fabriqués et vendus comme des produits, et si nous sommes conscients des conséquences sur le regard que nous porterons sur eux, ainsi que sur les relations humaines et sociales qui en résulteront»⁵⁶.

⁵⁵ J. RIFKIN, *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, cit., pp. 357, 361-362.

⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*, Paris, 2013, p. 76.

ALDO ROCCO VITALE, Notazioni sui principali profili problematici della maternità surrogata

L'articolo, dopo una riflessione introduttiva sulla tecnica come tema etico-giuridico, affronta il tema della maternità surrogata come problema biogiuridico. La maternità surrogata, infatti, porta con sé tre ordini di problemi: la definizione della genitorialità e l'individuazione dello *status filiationis*; l'introduzione delle clausole abortive nei contratti di surrogazione; l'*enforcement* contrattuale nel contesto degli accordi di surrogazione. Il tutto viene esaminato alla luce della giurisprudenza passata e recente, nazionale e internazionale, di merito e di legittimità.

Parole chiave: maternità surrogata, aborto, *enforcement* contrattuale, diritto, dignità umana.

ALDO ROCCO VITALE, Notes on the main problematic aspects of surrogacy motherhood

The paper, after an introductory reflection on the technique as an ethical-legal theme, addresses the topic of surrogate motherhood as a bio-legal problem. Surrogacy, in fact, brings with it three sets of problems: the definition of parenthood and the identification of the *status filiationis*; the introduction of abortion clauses in surrogacy contracts; contractual enforcement in the context of subrogation agreements. Everything is examined in the light of past and recent jurisprudence, national and international jurisprudence, substantive and legitimacy jurisprudence.

Key words: surrogacy, abortion, contractual enforcement, law, human dignity.

Cesare Edoardo Varalda

IL ‘CONSIGLIERE SPIRITUALE’ DELLE ASSOCIAZIONI PRIVATE DI FEDELI. UNA PRIMA LETTURA DEL CAN. 324 § 2*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disposizione del Codice latino vigente: il can. 324 § 2. – 2.1. Il presupposto *ecclesiologicalo*: il Concilio Vaticano II. – 2.2. Il processo di codificazione. – 2.3. Gli elementi fondamentali della norma. – 3. La dottrina. – 4. La prospettiva della Conferenza Episcopale Italiana. – 5. La possibilità di ricorrere a un’analogia utile e fuorviante al contempo. – 6. Primi esiti ricostruttivi della disciplina: alla ricerca di un rapporto ‘equilibrato’ fra associazioni private di fedeli e autorità ecclesiastica. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La svolta riformatrice che il pontificato di Francesco sta imprimendo alla vita della Chiesa¹, soprattutto con riguardo ai profili più strettamente istituzionali², ha toccato e tocca anche le associazioni, i movimenti e le nuove comunità³ sorte

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Una lettura canonistica dell’attuale fase della vita della Chiesa è stata operata da G. BONI, *La recente attività ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Bologna, 2021.

² Il riferimento è senz’altro rivolto alle possibili – probabili – determinazioni che saranno assunte dal Pontefice a valle delle due assemblee sinodali dell’ottobre 2023 e dell’ottobre 2024.

³ Sul tema dei movimenti e nuove comunità la bibliografia è assai significativa e trasversale. In ambito teologico, presupposto fondamentale per qualsiasi considerazione teorica è la lettura di H.U. VON BALTHASAR, *Riflessioni per un lavoro sui movimenti laicali nella Chiesa*, in *I laici e la missione della Chiesa*, Milano, 1987, pp. 85-106 e J. RATZINGER, *Movimenti ecclesiali e loro collocazione teologica*, in *Rassegna di Teologia*, 40, 1999, pp. 805-826. In ambito canonistico si veda: P. LOMBARDIA, *Carisma e Chiesa istituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D’Avack*, II, Milano, 1976, pp. 759-988; J.B. BEYER, *Motus ecclesiales*, in *Periodica*, 75, 1986, p. 615; sullo stesso argomen-

contestualmente o successivamente al Concilio che oggi, a valle del Decreto generale del Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita che regola l'esercizio del governo nelle associazioni internazionali di fedeli del 2021⁴, hanno intrapreso un cammino

to, cf. anche *ibidem*, 78, 1989, 437-452; ID., *I movimenti ecclesiali*, in *Vita Consacrata*, 23, 1987, pp. 143-156; ID., *De motu ecclesiali quoesita et dubia*, in *Periodica*, 78, 1989, pp. 437-452; L. GEROSA, *Carisma e diritto nella Chiesa. Riflessioni canonistiche sul «Carisma originario» dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano, 1989; ID., *Carismi e movimenti ecclesiali: una sfida per la canonistica postconciliare*, in *Periodica*, 82, 1993, pp. 431-476; G. GHIRLANDA, *Questioni irrisolte sulle associazioni di fedeli*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 49, 1993, pp. 73-102; A. CATTANEO, *I movimenti ecclesiali: aspetti ecclesiologicali*, in *Annales Theologici*, 11, 1997, pp. 401-427; E. CORECCO, *Profili istituzionali dei movimenti nella Chiesa*, in *Ius et Communio*, a cura di G. BORGONOVO, A. CATTANEO, Lugano-Casale Monferrato, 1997, ora accessibile al sito internet: www.eugenio-corecco.ch/scritti/scritti-scientifici/ius-et-communio/; A. CATTANEO, *Los movimientos eclesiales. Cuestiones eclesiológicas y canónicas*, in *Ius Canonicum*, 38, 1998, pp. 571-594; E. COLAGIOVANNI, *I Movimenti Ecclesiali tra Istituzione e Carisma*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 123, 1998, pp. 528-540; A. CATTANEO, *La inserción de los movimientos eclesiales en las Iglesias particulares*, in *XIX Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1999, pp. 621-635; G. FELICIANI, *Quale statuto canonico per le nuove comunità?*, in *Informationes S.C.R.I.S.*, 2000, 1, p. 140 ss.; P. VANZAN, *Elementi comuni e identificativi dell'attuale fenomeno movimentista intraecclesiale con cenni a rischi e speranze*, in *Fedeli. Associazioni. Movimenti*, a cura di GRUPPO ITALIANO DOCENTI DIRITTO CANONICO, Milano, 2002, pp. 187-206; A. CATTANEO, *Per un proficuo rapporto fra parrocchia e movimenti*, in *La varietà dei carismi nella Chiesa una e cattolica*, Cinisello Balsamo, 2007, pp. 83-106; L. NAVARRO, *Nuevos movimientos eclesiales. Naturaleza de los carismas, cuestiones jurídicas y límites*, in *Ius Canonicum*, 58, 2018, pp. 611-634. Circa la tematica della 'adeguatezza' della configurazione di associazione privata dei fedeli come per i movimenti e le nuove comunità ecclesiali molto è stato detto e molto ancora resta da dire. Ad ogni buon conto le considerazioni più attente e pertinenti rimangono quelle di Eugenio Corecco, il quale ha dedicato al tema molta parte della sua riflessione scientifica. Per penetrare nel pensiero del canonista svizzero su tali profili si veda la sezione IV di *Ius et Communio* intitolata *Istituzione e carisma*: www.eugenio-corecco.ch/scritti/scritti-scientifici/ius-et-communio/.

⁴ *Decreto generale che regola l'esercizio del governo nelle associazioni internazionali di fedeli, private e pubbliche, e negli altri organismi dotati di personalità giuridica sottoposti alla diretta vigilanza dello stesso Dicastero*, 3 giugno 2021, in <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2021/06/11/0375/00816.html>. Al Decreto generale il Dicastero ha fatto seguire una *Nota esplicativa* nella quale ha illustrato i profili genetici e lo scopo del documento. A oggi la dottrina si è espressa con reticenza sul pun-

che potrebbe definirsi di 'rifondazione' giuridica⁵. Tale 'stagione costituente' deve attraversare il processo di revisione sta-

to, tuttavia meritano speciale menzione per l'approccio problematico i contributi di: P. CONSORTI, *La tentazione dell'istituzionalizzazione. Sul decreto che impone la rotazione delle cariche nelle Associazioni laicali internazionali*, in https://people.unipi.it/pierluigi_consorti/la-tentazione-dellistituzionalizzazione-sul-decreto-che-impone-la-rotazione-delle-cariche-nelle-associazioni-laicali-internazionali/, 14 giugno 2021; L. MARTÍNEZ SISTACH, *Comentario del Decreto "Las asociaciones de fieles", del Dicastero para los Laicos, la Familia y la Vida de 11 junio de 2021*, in *Jus communionis*, 9, 2021, pp. 219-229; A. VIANA, *Tempo ed età nell'ufficio ecclesiastico. Il Decreto del Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoe-chiese.it), 2022, 8, pp. 49-71; da ultimo C.M. REDAELLI, *Il decreto generale del Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita del 3 giugno 2021 sull'esercizio del governo nelle associazioni internazionali: un primo passo verso un inquadramento teologico-canonico complessivo dei movimenti ecclesiali?*, in *Periodica*, 113, 2024, pp. 81-123.

⁵ Ecco una sintetica definizione delle associazioni private di fedeli: «sono enti costituiti dai fedeli mediante un accordo privato tra di loro per perseguire, tramite l'azione comune, finalità di natura ecclesiale. Godono di una marcata autonomia di governo: la stessa associazione si dà gli statuti, nomina i moderatori, può scegliere un assistente spirituale, e amministra i propri beni. Tutte le associazioni private devono avere i loro statuti approvati o almeno esaminati dall'autorità ecclesiastica competente; alcune riceveranno la lode, la raccomandazione dell'autorità ecclesiastica o il titolo di "cattolica" o le verrà concessa la personalità giuridica privata. Tutte queste associazioni sono soggette alla vigilanza e al regime dell'autorità ecclesiastica competente» (L. NAVARRO, *Le forme tipiche di associazione dei fedeli*, in *Le associazioni nella Chiesa*, Roma, 1999, pp. 8-9). Più in generale sul tema si veda: A. DÍAZ DÍAZ, *Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, Pamplona, 1972; *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht*, München, 1987, St. Ottilien, 1989; *Asociaciones canónicas de fieles. Simposio celebrado en Salamanca*, Salamanca, 1987; A. MONTAN, *Le associazioni dei fedeli nel Codice di diritto canonico*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 3 1990, pp. 324-344. Fra le monografie: J. AMOS, *Associations of the Christian Faithful in the 1983 Code of Canon Law: a canonical Analysis and Evaluation*, Washington, 1986; W. SCHULZ, *Der neue Codex und die kirchliche Vereine*, Paderborn, 1986; W. AYMANS, *Kirchliche Vereinigungen*, Paderborn, 1988; L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano 1991; V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, Milano, 2003; ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, *Esperienze associative nella Chiesa: aspetti canonistici, civili e fiscali* (45° Congresso nazionale di diritto canonico, Salerno, 2-5 settembre 2013), Città del Vaticano 2014; M. MOSCONI, *Le associazioni canoniche: tipologia; riconoscimento canonico o erezione; esame degli statuti*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 27, 2014, pp. 321-351.

tutaria⁶ che molte realtà associative pubbliche e private hanno iniziato a percorrere.

Fra le altre disposizioni sulle quali le associazioni private di fedeli - su cui si concentrerà l'attenzione in questo contributo - sono chiamate a riflettere ve n'è una di particolare interesse sotto il profilo ecclesiologico e canonistico, vale a dire quella riguardante la figura del 'Consigliere spirituale'. Tale figura, sarà, dunque, oggetto del presente studio.

2. *La disposizione del Codice latino vigente: il can. 324 § 2*

La disposizione oggetto di esame si colloca nel Capitolo III, Titolo V della Parte I del Libro II del Codice e si occupa specificamente nel primo paragrafo dei moderatori dell'associazione e nel paragrafo secondo del 'Consigliere spirituale'. La collocazione della disposizione nel medesimo canone in cui si tratta dei moderatori non deve, tuttavia, trarre in inganno. Di per sé, infatti, è chiaro che il canone, nei suoi due paragrafi, non si occupa del governo dell'associazione, ma ha come denominatore comune il concetto di libera scelta, tanto dei moderatori, quanto del Consigliere spirituale.

Il canone, infatti stabilisce che: '§1. L'associazione privata di fedeli designa liberamente il moderatore e gli ufficiali a norma degli statuti. /§2. L'associazione privata di fedeli può scegliere liberamente, se lo desidera, un consigliere spirituale fra i sacerdoti che esercitano legittimamente il ministero nella diocesi; tuttavia colui che è scelto deve avere la conferma dell'Ordinario del luogo'.

La figura del 'Consigliere spirituale' delle associazioni private di fedeli è dunque prevista dal can. 324 § 2. Si osserve-

⁶ Sulle caratteristiche generali degli statuti delle associazioni si veda J.O. GUERÍN, *Las características jurídicas de los estatutos según el c. 94*, in *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht* (München, 14-19 September 1987), St. Ottilien, 1989, pp. 313-319; in generale sui profili connessi a questa fase si veda: E. KOUVEGLO, *Principio di rappresentatività e accesso al voto nelle associazioni dei fedeli. Profili canonistici*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 63, 2023, pp. 743-761.

rà la norma in oggetto nella prospettiva del rapporto fra la gerarchia e le associazioni di fedeli in generale e private di fedeli in particolare⁷. Infatti, l'atto di 'conferma' del soggetto scelto dall'associazione dell'Ordinario del luogo si colloca accanto agli altri atti dell'autorità competente riguardanti la vita delle realtà associative private: l'*agnitio*, conseguente alla previa *recognitio* degli statuti (can. 299), l'attribuzione della personalità giuridica (can. 322 § 1), la concessione della *laudatio* e della *commendatio* (cann. 298 § 2 e 299 § 2), l'attività di vigilanza (cann. 323 § 1, 305 e 325) e, da ultimo, al potere di procedere alla soppressione (can. 326 § 1). Un tale approccio, sebbene non sia l'unico possibile, consente una visione d'insieme del problema dello statuto del 'Consigliere spirituale' delle associazioni private di fedeli.

2.1. *Il presupposto ecclesiologico: il Concilio Vaticano II*

Avendo scelto di studiare le norme oggetto di esame secondo il peculiare angolo prospettico dei rapporti della gerarchia con le associazioni di fedeli, occorre dunque riferirsi e menzionare i passi del Concilio Vaticano II⁸ ove questo tema è affrontato *ex professo*. In particolare sono tre i passaggi rilevanti in questo senso: il n. 36 di *Lumen gentium*, laddove preve-

⁷ L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., pp. 108-133. Sulla tematica del rapporto gerarchia e associazioni si veda per la paradigmaticità dell'angolo visuale: J.T. MARTÍN DE AGAR, *Gerarchia e associazioni*, in *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht* (München, 14-19 September 1987), cit., pp. 303-311; L. SPINELLI, *Rapporto tra gerarchia e associazioni dei fedeli*, *ivi*, pp. 291-301; P.A. BONNET, *La "recognitio" degli statuti delle associazioni private quale garanzia di pluralismo nella Chiesa (c. 299 §3 CIC)*, in *Periodica*, 89, 2000, pp. 531-563; da ultimo, rilevante in tale ambito è lo studio di M. BILLERI, *Conflitti tra associazioni private dei fedeli e autorità ecclesiastica. Uno studio sulla tensione tra autonomia e legittima vigilanza*, Roma, 2022.

⁸ In merito si veda: A. DEL PORTILLO, *Ius associationis et associationes fidelium iuxta Concilii Vaticani II doctrinam*, in *Ius canonicum*, 8, 1968, pp. 5-28; G. FELICIANI, *Il diritto di associazione dei fedeli dal Concilio al Codice*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3, 1990, pp. 313-323.

de che «... I pastori, da parte loro, riconoscano e promuovano la dignità e la responsabilità dei laici nella Chiesa; si servano volentieri del loro prudente consiglio, con fiducia affidino loro degli uffici in servizio della Chiesa e lascino loro libertà e margine di azione, anzi li incoraggino perché intraprendano delle opere anche di propria iniziativa. Considerino attentamente e con paterno affetto in Cristo le iniziative, le richieste e i desideri proposti dai laici e, infine, rispettino e riconoscano quella giusta libertà, che a tutti compete nella città terrestre ...». Inoltre, il n. 24 di *Apostolicam actuositatem* stabilisce che: «Spetta alla gerarchia promuovere l'apostolato dei laici, fornire i principi e gli aiuti spirituali, ordinare l'esercizio dell'apostolato medesimo al bene comune della Chiesa, vigilare affinché la dottrina e le disposizioni fondamentali siano rispettate ...». Da ultimo, il n. 25 di *Apostolicam actuositatem* sottolinea: «Ricordino i vescovi, i parroci e gli altri sacerdoti dell'uno e dell'altro clero, che il diritto e il dovere di esercitare l'apostolato è comune a tutti i fedeli, sia chierici sia laici, e che anche i laici hanno compiti propri nell'edificazione della Chiesa. Perciò lavorino fraternamente con i laici nella Chiesa e per la Chiesa, ed abbiano una cura speciale dei laici nel loro lavoro apostolico. Si scelgano con diligenza sacerdoti dotati delle qualità necessarie e convenientemente formati per aiutare i laici in speciali forme di apostolato»⁹.

⁹ L'articolato tema del rapporto clero e movimenti non può essere affrontato in modo superficiale. In questa sede preme soprattutto porre l'accento, anche in prospettiva *de iure condendo*, sulla tematica rilevante dell'incardinazione dei chierici nei movimenti e nelle nuove comunità. Si veda per un primo approccio alla materia: L. NAVARRO, *L'incardinazione nei movimenti ecclesiali? Problemi e prospettive*, in *Fidelium iura*, 15, 2005, pp. 63-96, anche in *L'istituto dell'incardinazione. Natura e prospettive*, a cura di L. NAVARRO, Milano, 2006, pp. 219-260; Id., *La incardinación de los clérigos de los nuevos movimientos asociativos*, in *Ius Canonicum*, 48, 2008, pp. 247-276; Id., *Clergy and New Ecclesial Movements*, in *Studia Canonica*, 46, 2012, pp. 375-400; Ph. MILLIGAN, *Commentary on the Decree of Election and Statutes of the Clerical Association of the Emmanuel Community*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 132, 2017, pp. 347-354; M. DELGADO GALINDO, *Movimenti ecclesiali e incardinazione dei chierici: a proposito dell'erezione di un'associazione clericale con facoltà di incardinare*, in *Ius Ecclesiae*, 30, 2018, pp. 651-674.

Senza pretendere di sintetizzare il pensiero ricco e altamente ispirato del Concilio, occorre proporre una sottolineatura riguardante la natura della 'preoccupazione' dei padri conciliari verso i laici e verso le iniziative loro proprie, fra le quali implicitamente possono essere collocate le attività delle realtà associative. Tale 'preoccupazione' si sostanzia in tre profili complementari: (1) la libertà dei laici *uti singuli* e associati; (2) l'attenzione paterna nei loro confronti della gerarchia che, percependo la propria responsabilità, è chiamata a esercitare una prudente vigilanza; e (3) la sollecitazione alla fraterna collaborazione e aiuto da parte del clero¹⁰.

2.2. Il processo di codificazione

La menzione del 'Consigliere spirituale' è già presente nello schema provvisorio discusso dai consultori nella riunione del 26-30 marzo 1968 del *Coetus de Laicis*. Al can. 29 § 2 si legge, infatti: «Christifidelium consociatio privata consiliarium spiritualem, si quendam exoptet, libere sibi eligere potest inter sacerdotes ab Ordinario loci adprobatos; qui tamen Ordinarius iusta de causa sacerdoti electo interdiceret potest quominus munus hoc suscipiat atque consociationem invitare ut alium sibi eligat».

Sul punto è interessante notare, fatto non abituale, che di tale previsione viene citata esplicitamente la fonte che è ricondotta a due testi, il primo del XVIII secolo e il secondo del XIX secolo. Questa singolare scelta è, naturalmente, da connettere alla novità di una tale disciplina e alla contestuale necessità di trovare, nella tradizione giuridica, un riferimento solido.

Nello schema del 1969, al can. 32, le parole «inter sacerdotes ab Ordinario loci adprobatos» vengono sostituite con le parole «inter sacerdotes ministerium legitime in dioecesi exercentes». Nello schema del 1970 è espunto solo il termine 'sibi'.

¹⁰ Sul tema risulta imprescindibile la lettura di A. CATTANEO, *I movimenti ecclesiali: aspetti ecclesiologici*, cit., pp. 401-405 e di A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa: le basi dei loro statuti giuridici*, Milano, 1999.

Nello schema del 1975, il can 32 § 2 al secondo capoverso viene mutato come segue: «Ordinarius loci tamen iusta de causa consociationem invitare potest ut alium eligat».

Nella seduta del novembre 1979 sulla norma si registra una modifica così annotata: «Mons. Segretario propone di aggiungere dopo la parola “exercentes” (3a riga) le parole “qui tamen indiget confirmatione Ordinarii loci” e di sopprimere l’ultima parte «Ordinarius loci ...». La proposta del Segretario viene unanimemente accolta.

Così la norma rimane fino alla promulgazione¹¹.

Se si osserva l’evoluzione del canone si nota come una vera e propria modifica sostanziale della disciplina prevista all’inizio dei lavori, di fatto, non sia intervenuta. Nondimeno, le piccole correzioni realizzate sono state rivolte ad una migliore ‘resa’ linguistica della previsione. La sola espunzione del concetto di ‘*iusta causa*’ pare integrare una revisione a livello sostanziale, che tuttavia non è tale da intaccare il complessivo significato della disposizione che risulta chiaro nei suoi elementi essenziali.

2.3. Gli elementi fondamentali della norma

Venendo ora alla disposizione concernente il ‘Consigliere spirituale’, è necessario anzitutto porre in evidenza una nota preliminare che riguarda la scelta operata dal legislatore codiciale del *nomen iuris* ‘Consigliere spirituale’. Tale scelta deriva da una precisa opzione, operata nel corso della redazione della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, volta a precisare la distin-

¹¹ Circa i lavori per la codificazione latina il riferimento è alla rivista *Communicationes*. Sul tema, inoltre, si veda utilmente, J.I. ARRIETA, *Il regime associativo nell’iter della sistematica del Codice di Diritto Canonico, Das konziliative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht* (München, 14-19 September 1987), cit., pp. 439-448. Più in generale, sebbene la bibliografia, anche in quest’ambito risulti decisamente nutrita si veda, per la prospettiva adottata: A. BETTETINI, *A cento anni dalla prima codificazione canonica: dal “de personis” al “de populo Dei”*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 128, 2017, pp. 517-525.

zione di identità e di funzioni fra il cappellano o assistente delle associazioni pubbliche e, appunto, il 'Consigliere spirituale' delle associazioni private. Sul punto preme soltanto precisare ulteriormente che la scelta del termine 'Consigliere' e l'aggettivo 'spirituale' sembra delimitare il servizio sacerdotale alla materia spirituale escludendo, di fatto, una partecipazione diretta al governo dell'associazione. In questa prospettiva, può essere utile mettere in evidenza come l'utilizzo del termine *consilium* e simili, pur avendo grande rilevanza in un orizzonte ampio, è abitualmente usato nell'ordinamento canonico per caratterizzare un ufficio e un incarico a cui non corrisponde la partecipazione effettiva alla potestà di governo¹².

Di seguito un'agile riflessione di natura prettamente esegetica circa gli elementi fondamentali della norma in questione. Benché un tale approccio possa apparire scientificamente insufficiente si ritiene di dover adottare questo metodo così da consentire la comprensione e la 'manifestazione' di tutti gli elementi racchiusi nella previsione:

a) può scegliere liberamente, se lo desidera: non è obbligatorio né *l'an* né il *quomodo*; questo è il primo elemento ed è decisivo in quanto esprime in modo chiaro il prevalente carattere della autonomia di cui gode l'associazione privata di fedeli. Dunque è l'associazione che sceglie il soggetto 'liberamente'. Naturalmente, le modalità della scelta debbono essere dettagliate a livello di statuto¹³, purché sia rispettata chiaramente la volontà dell'associazione stessa.

b) fra i sacerdoti che esercitano legittimamente il ministero nella diocesi: la scelta dell'associazione deve avvenire liberamente, all'interno di un insieme, vale a dire i sacerdoti (non diaconi, ovviamente è in *re ipsa* la possibilità della scelta di un vescovo che gode della pienezza del sacerdozio ministeriale) che esercitano '*legitime*' il ministero all'interno della diocesi. L'avverbio '*legitime*' ha una implicazione soltanto negativa:

¹² Circa l'utilizzo di questo termine e, più in generale, con riguardo ai profili della consultazione nell'ordinamento ecclesiale sia consentito il rinvio a C.E. VARALDA, *Consigliare nella Chiesa fra tradizione e innovazione*, Tortona, 2024.

¹³ Sul punto L. NAVARRO, *Diritto di associazione*, cit., p. 51 ss.

il sacerdote non deve essere stato oggetto di qualsivoglia atto amministrativo o pena canonica che implichi l'esercizio illegittimo del ministero e deve, a nostro parere, poter esercitare il ministero sacramentale in modo integrale, vale a dire deve essere dotato della facoltà di cui al can. 966 § 2.

c) deve avere la conferma dell'Ordinario del luogo¹⁴: tale conferma è data con un atto amministrativo proprio della potestà di governo dell'Ordinario del luogo e ha carattere costitutivo. Senza l'atto di conferma non si perfeziona l'atto di nomina. Tale concetto di 'conferma' riprende il concetto di 'idoneità' di cui al can. 804¹⁵. Naturalmente nel caso del can. 804 il Codice non manca di chiarire i criteri dell'attribuzione dell'idoneità. Nel caso del can. 324 § 2, nulla disponendo in merito il legislatore codiciale intende lasciare al libero apprezzamento dell'autorità dell'Ordinario del luogo¹⁶ la valutazione dell'opportunità della scelta dell'associazione. Tuttavia, sul punto, occorre precisare che lo scopo della conferma pare configurarsi come atto meramente organizzativo e non postula una valutazione di merito, ma integra un limite connesso all'organizzazione ecclesiastica di cui l'Ordinario del luogo è garante.

¹⁴ La dottrina è unanime nel ritenere che per le associazioni nazionali e internazionali le autorità competenti siano, rispettivamente, la Conferenza Episcopale nazionale e la Santa Sede nello specifico il Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita. Circa il rapporto tra associazione canoniche e vescovi diocesani utili le prospettive abbracciate da M. D'ARIENZO, *Rapporti tra associazioni canoniche e vescovi diocesani*, in *Studi sul diritto del governo e dell'organizzazione della Chiesa*, I, a cura di J. MINAMBRES, B.N. EJEH, F. PUIG, Venezia, 2021, pp. 361-370.

¹⁵ Questo tipo di provvedimento è considerato in dottrina come mandato ex can. 818 (G. DALLA TORRE, *La questione scolastica nei rapporti tra Stato e Chiesa*, Bologna, 1989, p. 45 ss.). Per altri si tratta di una *provisio canonica*, quale atto autorizzatorio che legittima allo svolgimento del *munus docendi* (P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, a cura di G. LO CASTRO, Milano, 1985, p. 156 ss.), ovvero di una condizione per l'assunzione di un ufficio ecclesiastico (G. DAMMACCO, *Stato giuridico degli insegnanti di religione e ordinamento italiano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 105, 1994, I, p. 249). Più ampiamente su tali profili si veda M. MADONNA, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica tra diritto della Chiesa e ordinamento dello Stato*, Bari, 2018.

¹⁶ Il riferimento è evidentemente all'autorità che ha provveduto all'*agnitio* dell'associazione mediante la *recognitio* degli statuti.

3. *La dottrina*

Circa la letteratura sul punto, occorre premettere che nessun contributo affronta *ex professo* e in modo esclusivo l'istituto del 'Consigliere spirituale' di una associazione privata. Il tema è trattato in contributi aventi ad oggetto, alternativamente, la tematica generale delle associazioni, oppure la nozione di cappellano o assistente spirituale. Nello specifico, la dottrina sul canone oggetto di trattazione assume una diversità di posizioni, che variano dall'attribuire al 'Consigliere spirituale' compiti esclusivamente di natura pastorale a considerarlo depositario di poteri di rappresentanza della gerarchia.

In particolare, una parte della dottrina assume un profilo 'alto' trattando in modo unitario la figura del 'cappellano' *ex can. 317* e del 'Consigliere' *ex can. 324 § 2* e sottolineando il fatto che «questi ruoli non conferiscono a coloro che li assumono una funzione di governo all'interno dell'associazione, ma piuttosto una mansione di natura prettamente pastorale»¹⁷.

Nella medesima prospettiva taluno ritiene che il consigliere spirituale sia chiamato ad «animare spiritualmente i membri dell'Associazione, contribuire affinché essa mantenga sempre la sua natura e le finalità ecclesiali e favorire la sua partecipazione ai piani pastorali diocesani, secondo gli obiettivi dell'Associazione». Tale autore aggiunge che «gli statuti possono contemplare altri motivi ed è molto consigliabile che venga indicato un periodo di tempo per il quale il consigliere spirituale è eletto o confermato»¹⁸.

Un altro autore assume una posizione meno sfumata. Dopo aver indicato le diverse funzioni del sacerdote nelle associazioni in conformità al n. 25 di *Apostolicam actuositatem* afferma che «Indipendentemente dal tipo di associazione e dalla modalità di nomina, il presbitero avrà nelle varie associazioni la medesima identità; sarà cioè, rappresentante della Gerar-

¹⁷ E. SCOMAZZON, *Associazioni di fedeli: i «movimenti ecclesiali»*. *Carisma, statuti, consacrazione di vita*, Città del Vaticano, 2015, p. 179.

¹⁸ L. MARTÍNEZ SISTACH, *Le associazioni di fedeli*, Cinisello Balsamo, 2006, p. 182 (*Appendice*).

chia e promotore di formazione cristiana»¹⁹; e prosegue sottolineando che «L'identità dell'associazione non viene modificata dalla diversa relazione dell'associazione con la Gerarchia: è sempre il presbitero, con i "tria munera" ricevuti con l'ordinazione sacerdotale, che svolge un ministero nei confronti di laici associati, rispettandone tuttavia la spiritualità e le caratteristiche apostoliche»²⁰.

In un ideale equilibrio fra le diverse prospettive abbracciate dalla dottrina si colloca Luis Navarro dell'Università della Santa Croce, il quale assume una posizione che tende a valorizzare i diversi elementi che compongono il delicato incontro tra autonomia e dipendenza gerarchica e tra teoria e prassi: «Mentre il giudizio sulla necessità del consigliere spirituale spetta all'associazione, la conferma della scelta fatta dall'associazione spetta all'Ordinario del luogo, al quale compete il coordinamento del ministero pastorale nell'ambito della sua giurisdizione. Questa norma del codice deve essere adattata alle caratteristiche di ciascuna associazione, poiché le esigenze riguardo il consigliere spirituale possono essere diverse»²¹.

Come accennato in precedenza le posizioni espresse dalla dottrina in merito al 'Consigliere spirituale' e in particolare alle sue funzioni sono davvero diversificate, soprattutto con riguardo al rapporto con l'autorità, della quale il 'Consigliere spirituale' – da una parte della letteratura esaminata – è visto come sostanziale emanazione. Nondimeno, pare essere comune a tutti gli autori esaminati la consapevolezza della totale assenza di compiti di governo in capo questo soggetto, assenza che peraltro è confermata dalla prima norma del Codice che si occupa delle associazioni private di fedeli che recita: 'Le associazioni private sono dirette e presiedute dai fedeli, secondo le disposizioni degli statuti'²².

¹⁹ G. CABERLETTI, *Il presbitero assistente di un'associazione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2, 1991, p. 266.

²⁰ *Ivi*, pp. 266-267

²¹ L. NAVARRO, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa*, Roma, 2017², p. 257, nota 28.

²² Cfr. can. 321.

Una tale chiara consapevolezza deve essere, come è ovvio, accompagnata da una altrettanto chiara prospettiva della prassi. In questo senso, occorre adeguata attenzione nel disciplinare le funzioni del 'Consigliere spirituale' negli statuti delle associazioni: infatti, anche forme positive e in parte raccomandabili di coinvolgimento dei lavori dei direttivi con funzioni consultive non devono nascondere forme ambigue di eterodirezione della gerarchia sull'associazione, frutto di una mancata composizione della dialettica fra potestà derivante dal sacramento dell'ordine e giusta autonomia e libertà derivante dal battesimo.

4. La prospettiva della Conferenza Episcopale Italiana

La funzione paradigmatica nella vita della Chiesa universale dei documenti della Conferenza Episcopale Italiana (CEI) sollecita una speciale menzione dei più importanti interventi in merito al tema di interesse. Sul punto, infatti, due documenti della CEI debbono essere segnalati: la Nota pastorale *Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti e associazioni* del 1981²³ e la Nota pastorale *Le aggregazioni laicali nella vita della Chiesa* del 1993²⁴.

L'esame di questi documenti consente, pur nella significativa differenza di approcci²⁵, di meglio comprendere e delineare le funzioni, tanto del cappellano di una associazione pubblica, quanto del 'Consigliere spirituale' di una associazione privata.

²³ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Nota pastorale *Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti e associazioni*, in *Notiziario CEI*, 1981, 4, pp. 69-88.

²⁴ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Nota pastorale *Le aggregazioni laicali nella vita della Chiesa*, in *Notiziario CEI*, 1993, 4, pp. 82-119.

²⁵ La storiografia su tale problema è davvero ricca e sovente 'polarizzata'. Pur abbracciando una particolare linea interpretativa risulta essere utile la lettura di: A. MELLONI, *L'occasione perduta. Appunti sulla storia della chiesa italiana, 1978-2009*, in *Il Vangelo basta. Sulla fede e sullo stato della chiesa italiana*, a cura di A. MELLONI, G. RUGGIERI, Roma 2010.

La Nota pastorale del 1981, pubblicata prima del Codice del 1983, si sofferma sulla figura e sul compito del sacerdote nominato dall'autorità ecclesiastica nella prospettiva della valutazione dei requisiti per la riconoscibilità dell'associazione e prevede che: «l'impegno a riconoscere e ad accogliere la presenza e l'azione di sacerdoti idonei e convenientemente formati, nominati dal Vescovo oppure, ai rispettivi livelli, dalla Conferenza Episcopale Regionale o dalla C.E.I., sentiti i responsabili delle associazioni, e dal Vescovo stesso – o dalla rispettiva autorità competente – “mandati” alla associazione, movimento, ecc., come espressione visibile di piena comunione ecclesiale e del positivo raccordo pastorale, oltre che come aiuto offerto dalla Chiesa per una più profonda e completa formazione apostolica degli associati»²⁶.

A commento di questo documento sono di rilevante importanza le considerazioni di Eugenio Corecco, che osservava:

«Un esempio molto importante che documenta l'incongruenza del persistere di una teologia dell'apostolato dei laici, che isola il laico dal suo contesto ecclesiale più ampio – quello del sacerdozio comune –, è dato, nel documento della CEI, dalla figura dell'assistente o del consulente ecclesiastico e dalla problematica inerente alla sua nomina (Nr. 21/c). Nella figura di questo sacerdote il cui compito è quello di essere garante presso il vescovo della “piena comunione ecclesiale” e del “positivo raccordo” pastorale (Nr. 21/c), emerge il dualismo tra chierici e laici, insito alla teologia del laicato, propria anche al Documento. Ne è la prova il fatto che il rapporto dell'autorità con i movimenti “laicali” è affrontato in modo estrinseco e non dall'interno degli stessi. Al di là delle sue intenzioni e della sua buona volontà il prete, prescelto dal vescovo – e che i movimenti devono accettare come condizione “sostanziale” del riconoscimento –, è collocato in una situazione ambigua. Arrischia, infatti di non riuscire a far proprio il carisma della realtà associativa cui è stato inviato, per cui invece di essere un fattore privilegiato di comunione e di “raccordo” di questa con il vescovo, può diventare un diaframma fra questi e l'associazio-

²⁶ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Nota pastorale *Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti e associazioni*, n. 21 c), cit., p. 82.

ne. Anche il caso contrario è possibile: l'assistente è a tal punto assorbito dal movimento da non poter più offrire al vescovo quelle garanzie per cui, secondo la logica della "Nota Pastorale", è stato nominato»²⁷.

Il canonista elvetico, pur riferendosi a un testo specifico relativo a un momento storico determinato, coglie il cuore della problematica generale del rapporto fra autorità ecclesiastica e movimenti laicali e associazioni. In particolare Corecco 'risale la china' delle possibili discussioni sul punto per giungere a identificare nella necessità di superare il 'dualismo tra chierici e laici', l'unica possibilità di evitare il costante riproporsi della situazione di *empasse* connessa alla conflittualità latente fra clero e laicato in ambito potestativo.

La Nota pastorale del 1992²⁸ risponde a un approccio ecclesiologicalo differente rispetto alla Nota del 1981, profondamente ispirato alla esortazione apostolica post-sinodale *Christifideles laici*, di conseguenza adotta un atteggiamento più prudente nel delineare le funzioni del sacerdote 'assistente o consulente ecclesiastico'. In merito prevede: «Il ministero dei Presbiteri nelle realtà aggregative, quali assistenti o consulenti ecclesiastici, è di essere artefici di comunione, educatori nella fede, testimoni di Dio, apostoli di Gesù Cristo, ministri dell'Eucaristia e della vita sacramentale, guide e maestri spirituali. I Presbiteri siano attenti alla modalità propria del loro specifico servizio all'interno delle associazioni di fedeli. In quanto partecipano alla missione del Vescovo nei riguardi di una determinata aggregazione, la loro presenza e il loro ministero derivano dal Vescovo e non sono affatto legittimati dalla aggregazione stessa: diversamente verrebbe trasformato in delega un ministero che, invece, per sua natura è dono di Cristo alla Chiesa, destinato al bene di tutta la comunità»²⁹.

²⁷ E. CORECCO, *Profili istituzionali dei movimenti nella Chiesa*, cit.

²⁸ E. CAPPELLINI, *Le aggregazioni laicali nella Chiesa: sulla nota pastorale della CEL*, in *La Rivista del Clero Italiano*, 74, 1993, pp. 775-785.

²⁹ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Nota pastorale Le aggregazioni laicali nella vita della Chiesa*, n. 47, cit., pp. 116-117.

Appare chiaro che il diverso approccio al tema del rapporto fra autorità ecclesiastica e associazioni deriva da un diverso paradigma ecclesiologicalo: nel 1981 la prospettiva è *dal centro verso l'esterno* e va dalla Chiesa istituzionale verso le associazioni; nel 1992 la prospettiva è contraria, *dall'esterno verso l'interno*, dove al centro è posta la vita ecclesiale che si realizza nelle associazioni, nel rispetto delle prerogative dell'autorità ecclesiastica.

5. *La possibilità di ricorrere a un'analogia utile e fuorviante al contempo*

L'ermetica struttura della norma oggetto di studio offre senz'altro all'interprete l'occasione per ragionare. Da questo punto di vista la domanda di fondo riguarda la natura del silenzio del Codice sulle funzioni del 'Consigliere spirituale': è una lacuna o l'espressione di una scelta del legislatore?

In base al can. 19, alla *lacuna legis* risponde il riferimento alla disciplina di casi simili. In via di prima approssimazione appare evidente l'utilità di affrontare la carenza della norma codiciale *de quo* con riguardo alla identificazione delle funzioni del 'Consigliere spirituale' facendo riferimento alla disciplina di cui al can. 317 § 1³⁰.

Tale canone si colloca, infatti, nel Capitolo II del Titolo V della Parte I del Libro II del Codice che si occupa delle associazioni private di fedeli. Non è questa la sede per un approfondimento della genesi del binomio associazioni pubbliche e private nel vigente codice, basti solo evidenziare che in tale ambito la più eminente dottrina canonistica ha avuto modo di esprimere, in più occasioni, perplessità e problemi³¹.

³⁰ Circa il cappellano delle associazioni pubbliche la letteratura è abbondante. Si veda a riguardo J.L. SANTOS DIEZ, voce *Asistente eclesiástico (en asociaciones de fieles)*, in *Diccionario general de derecho canónico*, I, a cura di J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO, Pamplona, 2012, pp. 507-509 e ivi bibliografia completa.

³¹ Valgano per tutti le osservazioni di G. FELICIANI, *Il diritto di associazione dei fedeli dal Concilio al Codice*, cit.

Tornando alla prospettiva della valorizzazione dell'analogia fra il can. 324 § 2 e il can. 317 § 1, occorre osservare che un tale riferimento agevola fortemente il compito dell'interprete³², ma non è privo di potenziali rischi in ragione della differente natura del rapporto fra la gerarchia e l'associazione nel caso in cui sia pubblica o privata³³ e della conseguente assenza di una specifica *missio canonica* connessa alla *cura pastorale* di una determinata comunità. Se si intende adottare questo approccio – pur non condividendone gli esiti – di grande utilità può essere la consultazione del documento del Pontificio Consiglio per i Laici del 1981 dal titolo *I sacerdoti nelle associazioni di fedeli*³⁴. In esso si delineano i compiti del sacerdote nella associazione di fedeli che sono compendiate in alcune categorie³⁵. Con riguardo al silenzio del Codice nel tratteggiare la figura e i compiti del 'Consigliere spirituale', tuttavia, pare opportuna una puntualizzazione. Un tale scelta, da un lato è dovuta all'opportunità di evitare di disciplinare in modo unitario tale nuova figura; al contempo, pare essere espressione della volontà di non enfatizzarne il ruolo in ragione del rispetto della autonomia dei fedeli consociati.

³² La ragione è ovvia: la figura del cappellano o assistente ecclesiastico gode di una più consistente tradizione (e, di conseguenza, di una più abbondante letteratura) nella storia del diritto canonico, soprattutto con riguardo alle confraternite, oltre a essere esplicitamente disciplinata dal can. 564. Sulla fisionomia giuridica delle confraternite si veda utilmente: A. MANTINEO, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Torino, 2008; A. CATTANEO, *Le confraternite nel diritto canonico*, in *Rivista Teologica di Lugano*, 27, 2022, pp. 37-51.

³³ Nella associazione pubblica è il ruolo dell'autorità ecclesiastica che ha provveduto all'erezione che prevale sulla autonomia dei fedeli consociati, di contro, nella associazione privata, a prevalere è l'autonomia dei fedeli che hanno costituito l'associazione. Inoltre, a tal riguardo, preme sottolineare la scelta di una denominazione diversa scelta per il can. 317 e per il can. 324 § 2.

³⁴ PONTIFICIO CONSIGLIO PER I LAICI, *I sacerdoti nelle associazioni di fedeli. Identità e missione*, 4 agosto 1981, in *Enchiridion Vaticanum*, 7, Bologna, 1982.

³⁵ «Architetto dell'unità, Educatore nella fede (Proclamazione della Parola, Servizio sacramentale), Vero apostolo di Cristo Gesù, Animatore spirituale, Testimone dell'assolutezza di Dio».

6. *Primi esiti ricostruttivi della disciplina: alla ricerca di un rapporto 'equilibrato' fra associazioni private di fedeli e autorità ecclesiastica*

Il can. 324 § 2, di fatto, si presenta come un *unicum paradigmatico* nell'ordinamento della Chiesa: è perfettamente coerente con l'impostazione di fondo della disciplina del Codice riguardo alle associazioni private di fedeli, ponendosi al crocevia fra l'autonomia privata fondata sul sacerdozio battesimale e le prerogative dell'autorità ecclesiastica radicate nel servizio offerto dal sacerdozio ministeriale. In questa prospettiva, appare un dato sufficientemente pacifico il fatto che l'autorità ecclesiastica competente (vale a dire la medesima che opera il riconoscimento degli statuti) è chiamata soltanto a una funzione-limite verso l'associazione³⁶. In analogia a quanto avviene per la vigilanza sulle associazioni private di fedeli (che riguarda la tutela dell'integrità della fede e dei costumi e la necessità che non si insinuino abusi nella disciplina), anche rispetto al sacerdote 'Consigliere spirituale' il ruolo dell'autorità è 'esterno', vale a dire che in tale ambito l'autorità competente è tenuta semplicemente alla conferma della volontà associativa e non può assumere un atteggiamento proattivo. Così delineata la questione, è agevole comprendere come essa ponga in evidenza la necessità di chiarire la natura del potere di governo nelle associazioni private. Se esso si fonda sul sacerdozio battesimale allora la configurazione del 'Consigliere spirituale' dovrà essere ricondotta nell'ambito del *munus san-*

³⁶ Circa la funzione dell'autorità in termini di vigilanza e governo con riguardo alle associazioni pubbliche e private si veda R. SANTORO, F. GRAVINO, *Associazioni di fedeli, commissariamento e rimozione del moderatore*, in *Ius Ecclesiae*, 34, 2022. In particolare, per quanto attiene il problema del 'commissariamento' di associazioni private si veda *ivi*, pp. 249-251, ove si riporta la rilevante giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica sul punto che ragiona in questi termini: «Il combinato disposto dei cann. 305, 323 e 326 § 1 CIC costituisce il fondamento del principio giurisprudenziale in base al quale *plus semper in se continet quod est minus*, da cui potrebbe ammettersi la prassi di estendere l'applicazione del can. 318 CIC anche alle associazioni private di fedeli» (*ivi*, p. 251).

*ctificandi*³⁷ e, di conseguenza, il ruolo dell'autorità competente dovrà essere visto come attività sufficientemente distante e subordinata alla autonomia dei fedeli consociati. Di contro, se nelle associazioni private si ritiene sussistere una forma di *competenza concorrente* fra *sacerdozio battesimale* e *sacerdozio ministeriale* allora il 'peso' dell'autorità ecclesiale sarà assai maggiore, il che comporterà la necessità di una consistente rilevanza del potere del 'Consigliere spirituale' nell'ambito della vita dell'associazione, come emanazione della potestà dell'autorità ecclesiastica.

Un'ultima considerazione deve riguardare la giusta autonomia che il legislatore codiciale ha inteso garantire alle associazioni private rispetto a questa tematica: è oltremodo chiaro che, in linea con la possibilità di non prevedere del tutto la figura di un 'Consigliere spirituale', è senz'altro possibile e, da un certo punto di vista auspicabile, che nei singoli statuti la fisionomia e le attività di tale soggetto possano essere 'colorate' sulla base dell'eventuale carisma fondazionale, della prassi e delle sane tradizioni. La valorizzazione di tali istanze non pare, infatti, contrapporsi alla previsione del can. 324 § 2.

Alla luce delle osservazioni operate appare chiaro che la disciplina di cui al can. 324 § 2 e, più in generale, la disciplina relativa alle associazioni private di fedeli si colloca sul crinale fra autonomia dei fedeli ed esercizio delle prerogative dell'autorità ecclesiastica. Da questo punto di vista è opportuno mettere in luce la posizione di Navarro che, nel comporre istanze potenzialmente confliggenti, ricerca un approccio in grado di valorizzare l'armonia derivante dalla appartenenza alla *communio Ecclesiae*. Sul punto suggerisce: «In questi ambiti la potestà di governo o di giurisdizione non può essere esercita-

³⁷ Naturalmente questo non esclude l'esercizio della potestà di giurisdizione dei vescovi sui fedeli membri di una associazione, ma lo contempera adeguatamente con le prerogative derivanti dal battesimo. Più in generale, la tematica dell'esercizio del potere di governo nelle associazioni di fedeli (in particolare movimenti e nuove comunità) è davvero rilevante e ancora poco affrontata in dottrina. In quest'ambito, come su diverse altri argomenti emersi nel presente studio si ritiene debba svilupparsi una riflessione articolata in cui magistero, dottrina canonistica e dottrina teologica sono chiamate ad avviare un dialogo franco.

ta direttamente», questo, tuttavia, «Non significa che l'autorità ecclesiastica non svolga alcun ruolo»³⁸. Così, sembra logico condividere quanto scrive Del Portillo sul tema. La funzione della gerarchia, tenendo conto dell'autonomia del fedele, si concretizza nel regolare «le azioni esterne nella loro dimensione intersoggettiva: ordinare lo sviluppo di tali ambiti personali di autonomia al bene comune della Chiesa, e vigilare perché siano rispettati la dottrina e l'ordine; tutto ciò rispettando i diritti soggettivi»³⁹. In questa luce si può meglio comprendere, dunque, il ruolo della gerarchia nei confronti delle associazioni private di fedeli: ai sensi del can. 213, la gerarchia è chiamata ad assicurare 'gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto della parola di Dio e dei sacramenti'.

7. Considerazioni conclusive

Si è detto, all'inizio del presente studio, che l'esame della norma riguardante il 'Consigliere spirituale' di cui al can. 324 § 2 si giustifica in ragione della fase di revisione statutaria che molte realtà associative della Chiesa stanno affrontando in questo frangente storico a valle del Decreto generale del Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita che regola l'esercizio del governo nelle associazioni internazionali di fedeli, private e pubbliche. Sembra, dunque, essere questo un banco di prova interessante, non soltanto per le singole realtà chiamate ad adeguare i propri statuti alla mutata disciplina ma, più in generale, per la canonistica che è chiamata, con speciale decisione, a prendere posizione sui molti profili ancora non chiaramente delineati riguardanti i movimenti e le associazioni nella Chiesa. Un tale approccio *laboratoriale* favorirà senz'altro la riflessione e, se del caso, anche il lavoro di revi-

³⁸ Sul punto si veda L. NAVARRO, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa*, cit., p. 239.

³⁹ A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa*, cit., p. 57.

sione della disciplina che il legislatore canonico attuale sembra aver intrapreso⁴⁰.

A tal riguardo, come del resto si è avuto già modo di sottolineare in un altro contributo⁴¹, occorre favorire «una riflessione matura circa la natura giuridica dei movimenti e delle nuove comunità nell'ordinamento canonico e delle peculiarità a essi connesse, e, come conseguenza» e «una sistematizzazione unitaria della materia fondata su una realistica ed equilibrata valorizzazione dell'elemento carismatico come elemento costituzionale e non istituzionale, capace sia di garantire la rilevanza dell'autonomia dei doni carismatici, nonché un'adeguata funzione dell'autorità nei loro confronti, evitando, d'altro canto, pericolose derive nell'uno o nell'altro senso».

Solo alla luce di una chiarezza di fondo sulle prospettive teologiche inerenti le realtà dei movimenti e delle nuove comunità e, soprattutto, sul rapporto fra elemento carismatico e istituzionale e non ultimo tra sacerdozio battesimale e ministeriale, sarà possibile concepire una riflessione canonistica matura e attenta garantendo così al diritto il suo ruolo 'ecclesiale' autentico, quale linguaggio al servizio della *communio* e non quale mero strumento volto all'attuazione di scelte di politica ecclesiastica.

⁴⁰ Propende per questa lettura C.M. REDAELLI, *Il decreto generale del Dicastero per i Laici, la Famiglia e la Vita del 3 giugno 2021 sull'esercizio del governo nelle associazioni internazionali: un primo passo verso un inquadramento teologico-canonico complessivo dei movimenti ecclesiali?*, cit., pp. 81-123.

⁴¹ C.E. VARALDA, "Vino nuovo in otri nuovi": alcune prime note circa le sfide del presente per il diritto canonico e la canonistica, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 2024, 1, p. 24.

CESARE EDOARDO VARALDA, Il ‘Consigliere spirituale’ delle associazioni private di fedeli. Una prima lettura del can. 324 § 2

Il presente contributo intende studiare la natura e le funzioni del ‘Consigliere spirituale’ delle associazioni private di fedeli, così come disciplinato dal can. 324 § 2 del Codice di diritto canonico. Lo studio si dedicherà, in particolare, alla storia redazionale della norma e a una indagine riguardante le diverse prospettive dottrinali in materia. Si giungerà così a delineare, alla luce del testo e del contesto, la fisionomia della fattispecie in oggetto ricostruendone in concreto i profili maggiormente rilevanti.

Parole chiave: associazioni private di fedeli, Consigliere spirituale, Codice diritto canonico, codificazione del 1983.

CESARE EDOARDO VARALDA, The ‘Spiritual Advisor’ of private associations of the Christian faithful. A first reading of can. 324 § 2

This contribution intends to study the nature and functions of the ‘spiritual advisor’ of private associations of the faithful, as regulated by can. 324 § 2 of the Code of Canon Law. The study will dedicate itself in particular to the editorial history of the law and to an investigation regarding the different doctrinal perspectives on the matter. We will thus be able to outline, in the light of the text and the context, the physiognomy of the case in question, concretely reconstructing its most relevant profiles.

Key words: private associations of the Christian faithful, Spiritual advisor, Code of Canon Law, codification of 1983.

Michele Spinozzi

PLURALISMO DELLE FONTI E VALENZA ESPANSIVA DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL DIRITTO DEI CONTRATTI*

La natura eterogenea e multiforme degli interventi normativi di derivazione comunitaria che hanno riguardato la disciplina contrattuale negli ultimi decenni rende alquanto difficoltoso qualsiasi tentativo di tratteggiare un quadro lineare e sufficientemente esaustivo dei profili istituzionali della proporzionalità in ambito negoziale¹.

Le difficoltà si acuiscono, per altri versi, in considerazione del fatto che la tutela dell'equilibrio contrattuale non è mai stata ritenuta una vera e propria prerogativa dell'ordinamento secondo la dogmatica volontaristica tradizionale².

In questa prospettiva non sarebbe di regola predicabile il benché minimo controllo oggettivo in ordine alla proporzionalità dello scambio, in quanto sarebbero soltanto i contraenti gli unici soggetti legittimati a stabilire la soglia di convenienza o, per meglio dire, il punto di equilibrio della contrattazione³;

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Per una riflessione sulla giustizia contrattuale e il suo equilibrio, alla luce del ruolo propulsivo della Costituzione e della normativa comunitaria si v., per tutti, G. VILLANACCI, *Il senso ed il tempo dell'apporto ermeneutico nell'attuale fenomenologia contrattuale*, in *Persona e Mercato*, 2023, 2, p. 340 ss.

² Secondo l'autorevole insegnamento di R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026, «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come fine primario dell'ordinamento»; in senso analogo G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 489 ss., nonché E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 355 ss.

³ Sul punto interessanti riflessioni si riscontrano in M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà*, in *Saggi sull'individualità* (trad. it.), Macerata, 1994, p. 145: «la possibilità di coordinare (le attività economiche) attraverso la cooperazione volontaria poggia sull'asserzione elementare, anche se spesso negata, che

non sarebbe quindi possibile individuare un prezzo o un valore di per sé giusto «che non sia il riflesso di valori soggettivi espressi dalle scelte individuali nelle singole contrattazioni»⁴.

Di conseguenza la proporzionalità nei contratti non verrebbe garantita in via diretta e come valore in sé, quanto piuttosto in via mediata, come un effetto (indiretto) del controllo esercitato sulla correttezza del processo di formazione della volontà negoziale⁵.

Emblematica in tal senso sarebbe la mancata positivizzazione in ambito codicistico di una norma di carattere generale volta a garantire il rispetto della proporzione tra le prestazioni dedotte in contratto⁶.

Nel tentativo di individuare norme che espressamente consentano un sindacato sull'equivalenza negoziale, gli unici riferimenti positivi unanimemente riconosciuti come tali sarebbero infatti soltanto gli articoli 1447 e 1448 c.c., che disciplinano le fattispecie rescissorie, nonché le disposizioni in materia di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; istituti che trovano applicazione in circostanze straordinarie e, quindi, certamente non suscettibili di applicazione analogica⁷.

Tra l'altro, nell'ambito della fattispecie rescissoria non sarebbe neppure la mera sproporzione tra le prestazioni a ri-

entrambe le parti di una transazione economica traggono benefici, ammesso che la transazione sia volontaria e che entrambe le parti siano ben informate». In senso conforme anche R. SACCO, *Contratto, autonomia e mercato*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2005, p. 16, il quale assume che «laddove interviene lo scambio contrattuale, l'autonomia si fa garante di un risultato prezioso. Ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché per lui la prestazione che riceve ha valore maggiore rispetto alla prestazione che esegue. Infatti i beni non hanno un valore identico per tutti i possibili soggetti...»; analogamente P. SCHELESINGER, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 325 ss.

⁴ L'espressione tra virgolette è di R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 310.

⁵ Prezioso, in tal senso, il contributo di S. GATTI, *L'adeguatezza tra le prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 477 ss.

⁶ Si v., per tutti, G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice nella dinamica contrattuale*, Napoli, 2023, p. 133.

⁷ In questi termini F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 419 ss.

levare come ragione perturbante il sinallagma contrattuale quanto, piuttosto, il concorso della stessa con altri presupposti, vale a dire lo stato contingente di bisogno o di pericolo in cui versa il contraente «leso» e la condotta approfittatoria della controparte⁸. In difetto di tali ulteriori requisiti, difatti, il contratto non è rescindibile, nonostante la sussistenza di un'asimmetria, finanche significativa, tra le prestazioni oggetto del negozio medesimo.

Anche la difformità tra prestazioni che giustifica il ricorso al rimedio risolutivo *ex art. 1467 c.c.* non rileva autonomamente, bensì quale conseguenza di accadimenti imponderabili e straordinari, del tutto avulsi dalla sfera del previsto e del voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto a esecuzione continuata o periodica, oppure ad esecuzione differita.

Al netto di queste ipotesi, riconducibili come si è detto a straordinarie, ovvero imprevedibili esigenze di tutela sinallagmatica, un'eventuale sproporzione tra le prestazioni in ambito contrattuale risulterebbe, di regola, priva del benché minimo rilievo.

A fronte di tale (apparente) disinteresse delle norme codicistiche rispetto al principio di proporzionalità, va osservato che la questione è ben più articolata e complessa in quanto, a ben vedere, il nostro ordinamento giuridico è letteralmente permeato da un (sottinteso) principio di proporzionalità⁹.

Si consideri, a titolo esemplificativo, che detto principio è da tempo ritenuto dalla dottrina pubblicistica una regola di applicazione generale nei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione¹⁰.

⁸ In tal senso V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 884, secondo cui il fondamento della rescissione «regge solo grazie al fondamento dei tre requisiti»; E. MINERVINI, *La rescissione*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. contr. di retto* da P. RESCIGNO, II, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999, p. 1466.

⁹ Per tutti, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 450; analogo ordine di considerazioni è accolto da D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 22.

¹⁰ Si v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, p. 1035

Nondimeno è evidente l'incidenza dello stesso anche nei rapporti tra privati. Significativa, in tal senso, appare certamente la normativa di derivazione comunitaria a tutela del consumatore, nonché la disciplina della subfornitura industriale e le più recenti disposizioni volte a stigmatizzare le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, disciplinate dal d.lgs. 198/2021, o quelle funzionali a garantire al professionista un equo compenso nei rapporti negoziali con le grandi imprese o con la Pubblica Amministrazione, introdotte con l. 49/2023.

In questi casi, il postulato che l'autonomia contrattuale sarebbe di per sé sufficiente a garantire un'equa composizione degli interessi tra le parti contraenti, disvela tutta la propria fragilità.

L'obiezione potrebbe essere confutata dal fatto che le citate restrizioni all'autonomia privata altro non sarebbero che mere eccezioni, giustificate dall'alterazione della regolarità formale del gioco contrattuale, ma la replica potrebbe essere più scontata del rilievo stesso.

Data l'assoluta eterogeneità degli strumenti di tutela e, soprattutto, delle ragioni sottese alle c.d. 'asimmetrie' giustificative degli interventi riequilibrativi offerti dall'ordinamento¹¹, appare alquanto semplicistico considerare come eccezionali dette (tangibili) ipotesi applicative del principio di proporzionalità, che nel nostro ordinamento giuridico rappresenta un valore immanente, tutelato anche da varie (ed anche in questo caso, assolutamente eterogenee tra loro) disposizioni codicistiche.

ss.; G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020, p. 45 ss.

¹¹ Si tratta, infatti, di disposizioni che non condividono neppure la stessa *ratio*. Nel caso del consumatore, l'elemento di debolezza rispetto alla controparte attiene sostanzialmente la sfera informativa e conoscitiva; nel caso del c.d. imprenditore debole, il *vulnus* è invece di tipo prettamente economico, come anche per i professionisti nell'ambito dei rapporti con le grandi imprese o con la Pubblica Amministrazione; per le tutele rimediali previste dal d. lgs. 198/2021, invece, la criticità è rappresentata dalla particolare natura o, per meglio dire, dalla tendenziale deperibilità del prodotto offerto.

Rimanendo nell'ambito dei già citati rimedi risolutivi, è sufficiente richiamare l'art. 1455 c.c. che assoggetta espressamente lo scioglimento del contratto a una valutazione di proporzionalità, in virtù della quale il venir meno del vincolo negoziale è legislativamente correlato all'inadempimento di una o più obbligazioni «di non scarsa importanza» nell'economia complessiva del rapporto¹².

Ed ancora l'art. 1384 c.c. riconosce espressamente al giudice il potere di ridurre ad equità la penale manifestamente eccessiva se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se l'ammontare della penale è palesemente sproporzionato, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento¹³.

¹² Nei medesimi termini, *ex multis*, Cass., 7 giugno 1993, n. 6367, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1209; in senso conforme, Cass., 26 ottobre 1985, n. 5277, in *Arch. civ.*, 1985, p. 153 ss. Sempre in tema di risoluzione contrattuale per inadempimento, la giurisprudenza di legittimità ha inoltre rilevato come l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., sollevata nell'ambito di un rapporto locatizio, postuli evidentemente una proporzionalità tra rispettivi inadempimenti, da valutare con riferimento all'intero equilibrio contrattuale. Così Cass., 10 gennaio 2008, n. 261, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1, p. 17: «[i]n tema di locazione al conduttore non è consentito di astenersi dal versare il canone, ovvero di ridurlo unilateralmente, nel caso in cui si verifichi una riduzione o una diminuzione nel godimento del bene, e ciò anche quando si assume che tale evento sia ricollegabile al fatto del locatore; la sospensione totale o parziale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è, difatti, legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti». Nei medesimi termini Cass., 1 giugno 2006, n. 13133, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 1, I, p. 134 nonché Cass., 11 aprile 2006, n. 8425, in *Contratti*, 2007, 1, p. 20 ss.

¹³ La Suprema Corte ha riconosciuto, peraltro, che il potere di riduzione ad equità della penale può essere esercitato dal giudice anche d'ufficio, indipendentemente da un atto di iniziativa del debitore, rappresentando tale potere un «semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia»: così Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, p. 118 ss., con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*; in *Giur. it.*, 2000, c. 1154 ss., con nota di G. GIOIA, *Riducibilità ex officio della penale eccessiva*; in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 507 ss., con nota di U. STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in materia di clausola penale*. In senso difforme, *ex multis*, Cass., 15 gennaio 1997, n. 341, in *Mass.*

Anche nelle norme riservate ai singoli contratti non mancano espressioni del principio di adeguatezza nello scambio, seppure in assenza di una netta formalizzazione all'interno delle stesse¹⁴.

Ad esempio, nelle disposizioni dettate in tema di appalto sono rinvenibili riferimenti espliciti alla proporzione, con particolare riferimento alle ipotesi di rettifica del corrispettivo originariamente pattuito in ipotesi di variazioni in corso d'opera.

L'art. 2225 c.c., in tema di prestazione d'opera, prevede che il compenso, in difetto di preventivo accordo delle parti e nell'impossibilità di determinazione secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito giudizialmente «in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo».

Giust. civ., 1997, p. 62; Cass., 25 gennaio 1997, n. 771, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 129; Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2138; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 104, nonché in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924; Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. giust.*, 2004, p. 104, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 555 ss. Il contrasto è stato poi superato, definitivamente, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la nota sentenza del 13 settembre 2005, n. 18128, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 683, con nota di C. CICALA, *La ridicibilità d'ufficio della penale*; in *Danno resp.*, 2006, p. 411, con nota di C. MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* e di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Foro it.*, 2006, I, c. 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica della clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?* e di A. BITETTO, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*; in *Obbl. contr.*, 2006, p. 415, con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; in *Giur. it.*, 2006, c. 2279, con nota di G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; in *Notariato*, 2006, p. 13, con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*.

¹⁴ Come autorevolmente evidenziato da G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice nella dinamica contrattuale*, cit., p. 134, «non si può tralasciare di considerare che il principio del *pacta sunt servanda* va temperato alla luce della clausola *rebus sic stantibus* coerentemente con un'idea di negozio giuridico non in senso statico, ma piuttosto come esercizio in fieri degli affari e degli interessi che le parti estrinsecano nel regolamento, la cui realizzazione diventa dirimente circa la persistenza del vincolo».

Analogamente l'art. 2233, comma 2 c.c., nell'indicare i criteri per la determinazione del compenso del prestatore d'opera intellettuale, stabilisce che la misura dello stesso deve in ogni caso risultare «adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione».

In tema di compravendita, il secondo comma dell'art. 1500 c.c. prevede che il prezzo indicato nell'ambito di un eventuale patto di riscatto non possa essere maggiore rispetto a quello stipulato per la vendita, pena la nullità dello stesso per l'ecedenza.

Ulteriori espressioni del principio di proporzionalità possono essere rinvenute anche in tema di garanzie, laddove deve sussistere un rapporto di necessaria corrispondenza tra le obbligazioni assunte dal garante e le obbligazioni garantite, quale postulato del principio di accessorietà.

Ai sensi dell'art. 1941 c.c., la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose, enucleando così un inderogabile nesso di proporzionalità tra garanzia fideiussoria e debito garantito. Per l'effetto, la fideiussione trova un limite invalicabile nel *quantum* dovuto dal debitore principale, oltre che nelle condizioni rispetto alle quali l'obbligazione principale è prestata.

Si consideri inoltre la possibilità per il debitore, ovvero il terzo datore, di ridurre le ipoteche ai sensi degli articoli 2872 ss. c.c.¹⁵.

Ipotesi nelle quali ben si coglie l'esigenza di rispettare una regola di adeguatezza tra il debito ed il valore del bene, così come avviene anche nelle dinamiche proprie dell'assegnazione in pagamento del bene oggetto di pegno *ex art.* 2798 c.c.

Analogamente, ai sensi dell'art. 1909 c.c., l'assicurazione deve necessariamente essere rapportata al valore reale della cosa assicurata, tant'è che, ove il contratto fosse stipulato

¹⁵ Sul filo delle medesime argomentazioni sin qui svolte, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato, inoltre, di affermare, per quanto indirettamente, la necessaria sussistenza di una fondamentale rispondenza tra garanzia prestata e debito anche con riferimento alla fattispecie atipica di *sale and lease back*: si v., in tal senso, Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Dir. giust.*, 2006, p. 22 ss.

per una somma eccedente, in mancanza di dolo del contraente, all'assicurato è riconosciuto il diritto di ottenere per l'avvenire «una proporzionale riduzione del premio».

Passando alle norme societarie, è richiesta una piena proporzionalità tra il conferimento dei soci e la partecipazione agli utili e alle perdite, stante la presunzione prevista dall'articolo 2263 c.c.¹⁶.

Come visto, le norme del codice civile che sono espressione del principio di proporzionalità non sono affatto isolate e la loro varietà (e trasversalità) è tale da giustificare un approccio differente nei confronti della problematica dell'adeguatezza dello scambio¹⁷.

Anche e soprattutto in considerazione del fatto che, se da un lato è vero che non risulta positivizzato un generale divieto di sperequazione in ambito negoziale, dall'altro è evidente che la tutela della proporzione rappresenta un principio basilare dell'ordinamento¹⁸.

¹⁶ Si v., per tutti, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 174 ss.

¹⁷ In questo senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 450 ss.; in senso difforme U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 232 ss.

¹⁸ Sull'operatività del principio di proporzionalità, quale regola che governa la riconduzione ad equità, si v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 335 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 233 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 11 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686 ss.; F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 387 ss.; A. BORTOLUZZI, *La radice errante nello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1413 ss.; ID., *Proporzionalità* (voce), in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg.*, II, Torino, 2007, p. 1089 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020⁴, p. 384. Detto principio, che trae origine dal diritto tedesco, è dotato di un indubbio rilievo sia a livello internazionale che, soprattutto, comunitario, ove lo stesso, oltre a risultare espressamente positivizzato (art. 5 Tratt. CE), ha trovato notevole applicazione; sul punto si v., per tutti, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 441 ss. Per una ricostruzione storica del principio, si v. la puntuale e rigorosa disamina di C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 38 ss.

La Costituzione menziona difatti espressamente all'art. 36 il diritto del lavoratore a una retribuzione «proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro» nonché, all'art. 53, il dovere di ogni cittadino di «concorrere alla spesa pubblica» in ragione della propria capacità contributiva.

In particolare, l'art. 36 della Costituzione regola direttamente i rapporti tra privati (datore di lavoro e lavoratore) conformemente ai principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost.¹⁹, mentre l'art. 53 Cost. esprime il medesimo principio di proporzionalità seppure nell'alveo dei rapporti «verticali» tra Stato e cittadino.

In sintesi, l'introduzione delle normative di settore di derivazione comunitaria indirizzate verso profili di equità nello scambio delle prestazioni contrattuali non costituisce una assoluta novità nel nostro ordinamento, in quanto lo stesso risulta(va) già intriso di norme funzionali alla tutela della proporzione in ambito contrattuale (e non solo).

Dal quadro normativo descritto emerge dunque che la tutela della proporzione nei rapporti tra privati e, più nello specifico, nel diritto dei contratti può certamente assumere una valenza espansiva adeguatrice del vincolo negoziale che va ben oltre gli angusti confini della rescissione, della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e delle normative di tutela del consumatore, dell'imprenditore (o del professionista) debole e delle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare.

Contestano, per contro, l'esistenza di un principio generale di proporzionalità U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 323 ss.; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2006, p. 16 ss.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.

¹⁹ Sostiene che il principio di proporzionalità si applichi anche nei contratti tra privati, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., pp. 441 ss. e 449; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., p. 383. In senso conforme R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 145 ss., la quale non manca di ravvisare, in talune pronunce giurisprudenziali, una tendenza evidente dell'interprete a «reagire agli scambi iniqui». L'A. richiama, ad esempio, Trib. Milano, 14 settembre 2000, n. 47120, in *Contratti*, 2001, p. 127, nonché Trib. Milano, 4 agosto 2000, n. 16, citata da C.M. NANNA, *op. cit.*, p. 230, oltre a diversi provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Si tratta di un principio di portata generale, la cui applicazione è funzionale a scongiurare meccanismi distorsivi che alterino la dialettica negoziale, ovvero ad elidere il rischio che un accordo negoziale, benché formalmente corretto, possa produrre risultati abnormi che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono essere ritenute meritevoli di tutela²⁰.

E tutto ciò non nell'ottica di comprimere il principio di autonomia privata o di ridimensionarlo, ma semplicemente per garantirne un'attuazione dello stesso in linea con i dettami dell'ordinamento giuridico mediante lo svolgimento di una funzione di controllo sulla causa in concreto e sull'adeguatezza dello scambio, invalidando rapporti caratterizzati da prestazioni sperequate e da vantaggi sproporzionati cui corrispondono, in una logica di distorsione speculare, sacrifici ingiusti e ingiustificati in capo ad una delle parti²¹.

²⁰ Si v., per tutti, G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, p. 29; ID., *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Torino, 2016, p. 10, sulla valorizzazione dell'aspetto sostanziale della giustizia e del concetto di interesse quale «requisito strutturale di ogni posizione soggettiva fatta valere in giudizio al fine di superare le contraddizioni di un sistema troppo attento ai dettami normativi».

²¹ Lo scambio fissato nel contratto è così sostituito dallo scambio che si sarebbe determinato in un mercato efficiente. Condivisibili, *mutatis mutandis*, appaiono le considerazioni svolte da illuminata dottrina in tema di tutela della concorrenza e dei consumatori: «[è] la dottrina più attenta dell'autentica *ratio legis* dell'art. 41 Cost., che dichiarando "libera" la "iniziativa economica privata" (già con l'enunciazione di principio del suo primo comma) certamente privilegia il sistema economico di mercato. Ma al tempo stesso (con le disposizioni del secondo e del terzo comma) prefigura una intera politica del diritto intesa a riformare il modello del *free market capitalism*. Questa dottrina ha ormai ampiamente precisato in che misura tale politica del diritto secondo le direttive dell'art. 41 deve essere politica legislativa, esistendo nella norma costituzionale una formale riserva agli organi legislativi delle valutazioni occorrenti per stabilire quali sono i limiti alla libertà di impresa da osservarsi nell'interesse generale. Dal legislatore ordinario perciò si attende una disciplina del mercato così evoluta da garantire che l'iniziativa economica non si svolga in contrasto con la "utilità sociale" o "in modo da non recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". E ancora si attendono le programmazioni e i controlli necessari per indirizzare e coordinare "a fini sociali" l'intero contesto delle attività d'impresa»: M. BESSONE, *La disciplina delle attività di impresa e le norme costituzionali a tutela della persona consumatore*, in

Non può esservi infatti antinomia alcuna, ma una relazione di necessaria coesistenza tra il principio di proporzionalità, che giustifica finanche una correzione di natura eteronoma dei rapporti contrattuali gravemente squilibrati, e quello del libero mercato, in concreto alterato da una miriade di fattori disfunzionali²².

Giust. civ., 1981, II, c. 416. Un prezioso approfondimento si deve, inoltre, a P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 271 ss.

²² C.M. NANNA, *op. cit.*, spec. p. 226 ss.

MICHELE SPINOZZI, Pluralismo delle fonti e valenza espansiva del principio di proporzionalità nel diritto dei contratti

Qualificando aprioristicamente come eccezionali e straordinarie tutte le ipotesi in cui è consentito un controllo eteronomo sull'adeguatezza dello scambio, il problema della proporzionalità in materia contrattuale sembra non avere alcuna ragione d'essere. In questa prospettiva liberal-tradizionalista tutte le restrizioni, soprattutto di derivazione comunitaria, all'autonomia privata altro non sarebbero che mere eccezioni alla regola dell'intangibilità dell'accordo negoziale, giustificate semplicemente dall'alterazione della regolarità formale del gioco contrattuale. I molteplici ed eterogenei riferimenti positivi alla proporzione rinvenibili in ambito codicistico (e non solo) giustificano, tuttavia, un approccio differente nei confronti del problema, considerando il rapporto tra autonomia privata e i suoi limiti nella sua evidente complessità e accedendo a un'interpretazione evolutiva del principio di proporzionalità in ambito contrattuale.

Parole chiave: autonomia privata, contratto, proporzione, principi, fonti.

MICHELE SPINOZZI, Pluralism of sources and expansive value of the principle of proportionality in contract law

If we start from the pretested condition that all the hypotheses in which heteronomous control over the adequacy of the exchange is permitted are exceptional and extraordinary, the problem of proportionality in contractual matter seems to have no reason to exist. In this liberal-traditionalist perspective, all restrictions, especially those of community origin, on private autonomy would be nothing more than mere exceptions to the rule of the intangibility of the contractual agreement, justified simply by the alteration of the contractual game's formal regularity. The multiple and heterogeneous positive references to the proportion found in the code field (and not only in there) justify, however, a different approach towards the problem, considering the relationship between private autonomy and its limits in its evident complexity and accessing an evolutionary interpretation of the principle of proportionality in contractual matters.

Key words: private autonomy, contract, proportion, principles, sources.

Benedetta Veronese

LA CONFIGURAZIONE DELL'APPELLO E L'AMMISSIBILITÀ DEI NOVA IN D. 49.1.3.3 (ULP. 1 DE APP.)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'appello nell'età dei Severi alla luce di D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 de app.). – 3. La riconducibilità al modello della *prosecutio prioris instantiae*. – 4. L'ammissibilità dei *nova*, in particolare di nuove eccezioni.

1. Premessa

Questione quanto mai controversa è quella relativa all'ammissibilità dei *nova* – da intendersi come domande, eccezioni e prove nuove – in appello, nell'età dei Severi¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Sull'argomento M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, p. 357 ss.; M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, in *AG, XCVII*, 1927, 2, p. 3 ss. (ora in *Studii e Ricordi*, Napoli, 1983, p. 65 ss.); R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953²; M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958; K. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, IV, in *RIDA*, 15, 1968, p. 228 ss.; N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, in *Studi parmensi*, 21, 1978, p. 3 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem' da Augusto a Diocleziano*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 14, Berlin-New York, 1982, p. 56; J.L. LINARES PINEDA, *Para un estudio de los limites de la apelacion romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, III, Madrid, 1991, p. 107; ID., *'Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit' (Apelación plena y apelación limitada en el proceso civil romano)*, in *Estudios en homenaje al Prof. Francisco Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1994, p. 343 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 25 ss.; ID., *Effetto devolutivo e 'ius novorum' nel processo romano della 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2011, p. 377 ss.; S. LIVA, *'Temere appellare'. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017, p. 29 ss.; ID., *Il procedimento d'appello davanti al giudice 'ad quem': la disciplina del 'novum' probatorio*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XIV, 2021, p. 2 ss.

L'individuazione da parte degli studiosi del periodo compreso tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo d.C. quale punto di osservazione privilegiato per lo studio della questione dei *nova* è dettata dal fatto che, come autorevolmente evidenziato, proprio a partire da questo momento l'appello raggiunge un grado di sviluppo tale da consentire che se ne indaghi la struttura².

Sebbene l'origine dell'appello come rimedio impugnatorio in materia civile possa farsi risalire già all'epoca di Augusto, queste brevi riflessioni sul particolare problema del *ius novorum* muovono, dunque, dall'età dei Severi quale periodo storico in cui l'istituto inizia a delinarsi con sufficiente precisione nei suoi tratti fondamentali³, come fa prova l'elaborazione giurisprudenziale sul punto⁴.

² R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 46 ss.; N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 6.

³ Cfr. E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 178 s.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, p. 91; R. ORESTANO, *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXVI, 1938, p. 151 ss.; ID., *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 186 ss.; R. VIL- LERS, *Appel devant le Prince et appel devant le Sénat au premier siècle de l'Empire*, in *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, p. 373 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, p. 153 ss.; J.M. KELLY, *Princeps iudex*, Weimar, 1957, p. 75; R. ORESTANO, voce *Appello (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, I¹, Torino, 1958, p. 724; ID., voce *Appello (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 708; G. PUGLIESE, voce *Cognitio*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 434; A.H.M. JONES, *Imperial and senatorial jurisdiction in the early Principate*, in *Studies in Roman Government and Law*, Oxford, 1960, p. 57; G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1960, p. 261 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1980, p. 36; N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, 33, 1983, p. 233 ss.; L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*, LIV, 1988, p. 147 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della giurisdizione civile del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, p. 174 ss. Più di recente, V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul 'de appellationibus' di Emilio Macro*, Napoli, 2017.

⁴ Le opere della giurisprudenza classica sull'appello, di cui ci sono giunte notizie e frammenti attraverso il Digesto giustiniano, sono: *Libri quattuor de appellationibus* di Ulpiano; *Liber singularis de appellationibus* di Paolo; *Libri duo de appellationibus* di Marciano; *Libri duo de appellationibus* di Macro.

È nell'ambito della *cognitio extra ordinem* che l'istituto si afferma quale ordinario mezzo di impugnazione⁵, per poi conoscere, come noto, la sua completa maturazione in età giustiniana⁶.

L'opera di maggior mole sull'argomento, dalla quale i compilatori hanno tratto i numerosi frammenti che compongono i titoli del Digesto dedicati all'appello⁷, è rappresentata dai quattro libri *de appellationibus* di Ulpiano, redatti probabilmente tra il 211 ed il 217, sotto l'impero di Caracalla o, al più tardi, tra il 218 ed il 222, sotto Antonino Eliogabalo⁸. Questi libri rispecchiano le soluzioni ai quesiti che si sono presentati nel lungo *iter* di assestamento dell'istituto dell'appello, prima che lo stesso assumesse contorni compiutamente definiti.

Come efficacemente sostenuto nell'ambito del raffronto con i coevi scritti marciali nella medesima materia, l'opera ulpiana si caratterizza per un'elaborazione dogmatica più densa unitamente ad un maggior approfondimento tecnico. E ciò grazie al metodo adottato dal giurista, che in relazione alle varie questioni affrontate non si limita a dar conto del diritto più recente, ma riferisce, per l'appunto, anche le discussioni e i dubbi che lo specifico argomento ha ingenerato⁹.

Ebbene, proprio da quest'opera si intende prendere le mosse per una disamina della tematica del *ius novorum* in sede di appello e, più in particolare, dal frammento D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de app.*).

⁵ Di *ius appellandi* e di *facultas appellandi* si legge, rispettivamente, in D. 49.1.1.1 (Ulp. 1 *de app.*): [...] *est enim quaesitum, an appellandi ius supersit. Quid enim, si in consulendo mentitus est?* ed in D. 49.1.4.3 (Mac. 1 *de app.*): [...] *aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas.*

⁶ Si vedano le ampie trattazioni di R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 197 ss. e di F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 11 ss.

⁷ Lib. XLIX, tit. da 1 a 13.

⁸ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 53.

⁹ L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, cit., p. 160.

2. *L'appello nell'età dei Severi alla luce di D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 de app.)*

Si legga il testo ulpiano che costituisce un fondamentale tassello per la dottrina che giunge a riconoscere l'ammissibilità dei *nova* in appello nell'età dei Severi¹⁰:

D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de app.*): *Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quidam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*

Nel passo, sulla cui autenticità la pressoché unanime dottrina concorda¹¹, il giurista severiano discute il problema relativo alla modificabilità o meno, nel corso dell'appello, degli iniziali motivi dell'impugnazione.

Nonostante la specificità del tema trattato, e pur nella consapevolezza della difficoltà di potersi trarre da un singolo testo conclusioni di carattere generale, reputo che il frammento offra preziosi spunti per tentare di ricostruire quale fosse, nel periodo in esame, la concezione dell'appello. In esso, infatti, pare possibile scorgere una soluzione alla problematica concernente i limiti entro i quali sia consentito introdurre nel giudizio di secondo grado elementi nuovi e diversi da quelli proposti in prime cure. E ciò, a maggior ragione, come meglio si approfondirà nei paragrafi seguenti, ove si consideri che frequentemente l'introduzione di motivi nuovi si realizza con la proposizione di eccezioni.

¹⁰ Si vedano, in particolare, R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 422 ss. e N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 11 ss.

¹¹ Non hanno trovato seguito in dottrina i sospetti avanzati da W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS*, 45, 1925, p. 316, nt. 2, il quale ritiene il testo una parafrasi compilatoria dell'originale ulpiano; per la sostanziale classicità del passo, cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 237.

Nel quadro di questa più ampia prospettiva, dunque, ci si prefigge di analizzare il passo.

Muovendo dalla premessa per cui *causam appellandi certam dixerit*, Ulpiano si domanda se l'appellante abbia facoltà di rinunciare ai motivi di appello inizialmente proposti (*discedere ab hac*) e di allegarne altri (*et aliam causam allegare*) – ossia, in una parola, di mutarli – o se, viceversa, debba rimanere *obstrictus* ad essi.

Nel rispondere all'interrogativo dianzi prospettato, il giurista sembra travalicarne gli stessi limiti. Se, da un lato, infatti, concede al ricorrente di esporre anche altri motivi di appello *in agendo* (*etiam aliam causam provocationis reddere*), attribuendogli così la facoltà di agire anche per altre *causae*, diverse e successive rispetto a quelle inizialmente indicate nell'atto di impugnazione, dall'altro, riconosce (ulteriormente) allo stesso la possibilità di far valere il suo appello in qualunque modo avesse potuto (*persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*).

Proprio quest'ultima parte del passo è la più interessante in relazione al problema del *ius novorum*, in quanto pare ammettere ogni più ampia attività defensionale, quale appunto la proposizione di nuove domande, nuove eccezioni e la deduzione di nuove prove.

In sintesi, dopo aver concesso all'appellante – in una sorta di progressione – di mutare (*discedere et allegare*) in tutto o in parte, nello svolgimento del nuovo giudizio, i motivi per i quali appellava, non rimanendo affatto vincolato (*obstrictus*) a quelli inizialmente enunciati, nonché quella di esporli (*reddere*) per la prima volta *in agendo*, il giurista severiano consente al medesimo di *persequi provocationem suam quibuscumque modis potuerit*.

Prescindendo, per un attimo, dall'approfondimento della parte conclusiva del frammento, giova sottolineare come la soluzione cui perviene Ulpiano non possa sorprendere, mostrandosi essa perfettamente in linea con quanto affermato

dal medesimo giurista in D. 49.1.1.4 (Ulp. 1 *de app.*)¹², dal quale si desume con chiarezza come i requisiti necessari per l'atto di appello scritto – che veniva proposto al giudice *a quo* mediante i c.d. *libelli appellatorii* – fossero unicamente: l'indicazione del nome dell'appellante, l'indicazione del nome della parte contro cui si appellava e l'indicazione della sentenza impugnata¹³. Non era, quindi, necessario enunciare i motivi per i quali si appellava (*causae appellandi*) contestualmente alla proposizione del gravame, ossia al cospetto del giudice *a quo*. Ciò significa che – in sintonia con quanto affermato in D. 49.1.3.3 – la presentazione dei motivi poteva avvenire anche in un momento successivo, peraltro non precisato (*in agendo etiam aliam causam provocationis reddere*), il cui termine ultimo può verosimilmente identificarsi con la fase del giudizio davanti al giudice *ad quem*¹⁴. Entro il medesimo termine, l'appellante avrebbe potuto mutare in tutto o in parte i motivi di appello che avesse (eventualmente) enunciato con la proposizione dell'impugnazione (*discedere ab hac et aliam causam allegare*).

¹² Si tratta di D. 49.1.1.4 (Ulp. 1 *de app.*): *Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellat, et adversus quem et a qua sententia*. Sono stati sollevati dubbi sulla genuinità dell'inciso *qui dantur appellatorii*, non tali però da mutare la sostanza del frammento. Si veda, al riguardo, R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 232.

¹³ Sugli elementi che doveva contenere l'atto di appello scritto si veda, per tutti, R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 231 ss.

¹⁴ Ritengo condivisibili le tesi del Litewski e del Linares Pineda, per i quali la presentazione dei motivi sarebbe potuta avvenire fino al momento del giudizio che si svolgeva davanti al giudice *ad quem*. Cfr. K. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, II, in *RIDA*, 13, 1966, p. 317 e J.L. LINARES PINEDA, *'Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit'*, cit., p. 347. *Contra* F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 375, secondo cui, così facendo, sarebbe divenuto impossibile il preventivo controllo dell'ammissibilità dell'appello demandato al giudice *a quo*. Al riguardo, tuttavia, si noti come la mancata presentazione dei motivi davanti al giudice *a quo* non avrebbe, a ben vedere, impedito al medesimo di svolgere il controllo di ammissibilità dell'atto – il quale, come sopra accennato, investiva anche aspetti ulteriori rispetto a quello del fondamento dell'appello –, piuttosto, in questo modo, l'appellante si sarebbe esposto maggiormente al rischio di vedersi rigettare la sua *appellatio*.

L'appellante, pertanto, al cospetto del giudice *ad quem* – dovendosi leggere in questa prospettiva le parole *in agendo* – avrebbe potuto tanto esporre per la prima volta i motivi di appello, quanto mutare quelli già precedentemente proposti davanti al giudice *a quo*.

La ragione del riconoscimento di una così ampia libertà in relazione alla presentazione dei motivi di appello può essere meglio compresa se la si metta in relazione alla brevità del termine concesso per appellare: nel caso di appello orale, la parte avrebbe dovuto dichiarare il suo proposito di appellare nel momento stesso della lettura della sentenza da parte del giudicante¹⁵; nel caso di appello scritto, era previsto un termine di appena due o tre giorni dalla pronuncia della sentenza, a seconda che l'appellante agisse *in causa propria* oppure *alieno nomine*¹⁶.

Nulla vietava che, tanto nell'appello orale quanto in quello scritto, l'appellante indicasse anche i motivi della sua impugnazione. Anzi, con specifico riferimento all'appello scritto, vi è da credere che le *causae appellandi* fossero usualmente esposte, per consentire al giudice *a quo* – lo stesso che aveva pronunciato la sentenza gravata – di compiere la propria prognosi di ammissibilità, da cui sarebbe dipeso l'ulteriore corso del procedimento innanzi al giudice *ad quem*¹⁷.

¹⁵ La conservazione della forma orale dell'appello nell'età dei Severi è attestata da Macro in D. 49.1.2 (Mac. 1 *de app.*): [...] *si apud acta quis appellaverit, satis erit si dicat 'appello'*. Dalla testimonianza di Macro si ricava che l'atto di appello orale poteva consistere nella sola pronuncia della parola 'appello'. Un'ulteriore conferma in tal senso si rinviene in D. 49.1.5.4 (Marc. 1 *de app.*): *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit* [...]. Sul punto, S. LIVA, 'Temere appellare', cit., p. 11 s.; V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi*, cit., p. 31 ss.

¹⁶ Si vedano D. 49.1.5.4 (Marc. 1 *de app.*): [...] *ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est*; e D. 49.4.1.5 (Ulp. 1 *de app.*): *Biduum vel triduum ex die sententiae latae computandum erit*.

¹⁷ Così R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 237. Secondo l'autore, la circostanza per cui nell'atto di appello scritto non era necessario enunciare i motivi per i quali si appellava comunque non esclude, ma anzi indirettamente conferma che, nella prassi, si usasse esporre le *causae appellandi* nello stesso. Ciò si spiega considerando il fatto che, almeno sino a tutta l'età dei Severi, il giudice *a quo* (ossia il giudice che aveva emesso la sen-

È evidente, tuttavia, per le ragioni sopra esposte, come ciò non dovesse essere affatto agevole. Ecco allora il (ragionevole) riconoscimento in capo al ricorrente della duplice facoltà di mutare i motivi di appello inizialmente – e sommariamente, data la brevità dei termini – indicati al momento dell’impugnazione (*discedere ab hac et aliam causam allegare*) e di presentarne successivamente (*etiam aliam causam provocationis reddere*), dinanzi al giudice *ad quem*¹⁸.

tentia), a cui l’appello era rivolto, aveva ampia facoltà di *non recipere appellationem*. Al medesimo era demandato di svolgere un esame preventivo dell’atto, dal cui esito dipendeva l’aprirsi dell’ulteriore corso del procedimento. Tale esame preliminare investiva tre punti di vista: quello rituale, riguardante forma e termini; quello della legittimazione dell’appellante e dell’idoneità del provvedimento impugnato ad essere oggetto di appello; e infine quello del suo fondamento. Superato positivamente tale vaglio, il giudice *a quo* doveva aver cura di trasmettere l’atto di appello al giudice superiore, insieme ai fascicoli di causa e a una relazione – si parla, al riguardo, di *litterae dimissoriae* – contenente l’indicazione degli elementi fondamentali della controversia su cui avrebbe avuto luogo il giudizio di appello. Ben si comprende, allora, come l’appellante avesse tutto l’interesse ad esporre nell’atto di appello i motivi dell’impugnazione, al (solo) fine di fornire al giudice *a quo* un maggior numero di elementi per una valutazione positiva e ottenere così, più facilmente, che la sua *appellatio* – in sé perfettamente valida seppur priva dell’enunciazione delle *causae appellandi* – venisse *recepta*. Sullo svolgimento della fase avanti al giudice *a quo* e sull’ampiezza dei suoi poteri, si vedano *amplius* R. ORESTANO, *L’appello civile in diritto romano*, cit., p. 364 ss.; F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 391 ss. Con riguardo al procedimento davanti al giudice *ad quem*, l’Orestano sottolinea come, per l’età dei Severi, le fonti siano estremamente carenti sul punto. Cfr. R. ORESTANO, *L’appello civile in diritto romano*, cit., p. 409 ss. Per una più recente indagine sul procedimento di appello innanzi al giudice *a quo* si veda S. LIVA, *Temere appellare*, cit., p. 11 ss., nonché, per un approfondimento della fase svolgente davanti al giudice *ad quem*, con specifico riguardo alla possibilità di introdurre nuovi elementi di prova, Id., *Il procedimento d’appello davanti al giudice ‘ad quem’*, cit., p. 2 ss.

¹⁸ Nell’occuparsi del passaggio dalla forma orale a quella scritta dell’appello, V.M. MINALE, *L’appello nell’ultima età dei Severi*, cit., p. 33 s., osserva che la mancata previsione di un congruo spazio di riflessione porterebbe a pensare che almeno in origine l’effetto devolutivo del ricorso fosse tendenzialmente totale, senza preclusioni. Tale aspetto sarebbe stato ben presto ricalibrato con l’affermarsi della pratica dei *libelli appellatorii*. Nel prosieguo dell’analisi lo stesso autore sollecita, seppur incidentalmente, l’opportunità di una rimediazione del passo ulpiano in esame sul grado di vincolatività

Ciò chiarito, si intende ora riprendere l'analisi della parte conclusiva del passo ulpiano in esame – ove si afferma la possibilità per l'appellante di *persequi provocationem suam quibuscumque modis potuerit* – in quanto essa, come sopra accennato, è quella che presenta maggiore interesse in relazione al problema del *ius novorum*. Tradotte alla lettera, infatti, queste parole attribuirebbero alla parte la facoltà di far valere la sua *provocatio*¹⁹ in qualunque modo avesse potuto.

Ebbene, proprio su questo inciso si è concentrato il dibattito tra gli studiosi: mentre si registra una sostanziale convergenza nel senso della ritenuta improponibilità di domande nuove²⁰, si contrappongono per il resto diverse interpretazioni.

Da un lato vi sono coloro che in esso ravvisano la prova fondamentale dell'ammissibilità in appello non solo di nuove eccezioni, almeno di quelle perentorie²¹, ma anche di nuo-

dell'esposizione dei motivi dell'appello: ID., *L'appello nell'ultima età dei Severi*, cit., p. 39, nt. 160.

¹⁹ I due termini *provocatio* e *appellatio* sono utilizzati indifferentemente per indicare l'appello. Sull'origine della terminologia si vedano R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 154 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'*, cit., pp. 62 ss. e 267 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 238 ss.

²⁰ Si vedano, tra gli altri, N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 17; M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 376 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 425, per il quale a ben vedere «nessun testo, positivo o negativo, si può addurre al riguardo, per un'età anteriore alla cost. del 393 di Valentiniano, Teodosio e Arcadio» con la quale si vietò tassativamente ogni nuova domanda. Tuttavia, una valutazione dell'istituto dell'appello, della sua struttura, della sua funzione e dello svolgimento della procedura avanti al giudice dell'appello, unitamente all'esigenza di economia giudiziaria, che dominò in ogni tempo l'amministrazione giudiziaria imperiale, portano ad escludere la proponibilità di domande nuove anche prima della suddetta costituzione.

²¹ Le eccezioni perentorie sono descritte in Gai 4.121 come quelle che *perpetuo valent nec evitari possunt*. Ad esse si contrappongono le eccezioni dilatorie: la distinzione è posta con chiarezza in Gai 4.120 e, in maniera ancor più dettagliata rispetto alle Istituzioni, in D. 44.1.3 (Gai 1 *ad ed. prov.*). Per un approfondimento in tal senso, si veda T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, p. 25 ss.

vi mezzi di prova²². Questi autori ritengono di poter trarre dal passo ulpiano il riconoscimento dell'ammissibilità di ogni più ampia attività defensionale, consistente in nuove deduzioni o produzioni oltre che nell'opposizione di nuove eccezioni²³.

Sul versante opposto, invece, si colloca l'interpretazione che limita fortemente la portata del frammento in questione,

²² Si vedano in questo senso M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, cit., p. 357 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 423 ss.; M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 81, nt. 187; K. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, cit., p. 228 ss.; N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., pp. 11 ss. e 35 ss. In senso critico, F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 26 s. e ID., *Il processo privato nella legislazione dell'imperatore Diocleziano*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'Impero*, a cura di W. ECK, S. PULIATTI, Pavia, 2018, p. 614 ss., ove, con specifico riferimento alla deducibilità di nuove prove in appello, l'autore osserva come l'espressione in commento sia troppo generica perché vi si possa ravvisare il chiaro riconoscimento della possibilità di ammetterle. Essa, infatti, letta nel contesto del passo – in cui il giurista discute il problema della modificabilità degli iniziali motivi dell'impugnazione – si riferirebbe, unicamente, alla possibilità di ricorrere a tutti i mezzi argomentativi che il mutamento dei motivi di appello poteva comportare, e non anche alla facoltà di dedurre nuove prove. Condivide tale pensiero S. LIVA, *Il procedimento d'appello davanti al giudice 'ad quem'*, cit., p. 5, secondo cui la generica espressione di chiusura del frammento ulpiano, nell'ambito di una discussione estranea al problema del *ius novorum*, non sarebbe sufficiente per scorgere nel testo il riconoscimento della sicura possibilità di introdurre nuovo materiale probatorio nel giudizio di seconde cure. Sul problema dell'ammissibilità di nuove eccezioni in sede di appello, si veda, in particolare, N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 17 ss.

²³ L'interpretazione contraria che giunge ad escludere l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello in età prediocleziana, basandosi a propria volta su un singolo testo del giurista Paolo – trattasi del brano riportato in D. 34.9.5.12 (Paul. 1 *de iure fisci*): *Quidam et praesidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si appellatione intercedente heres scriptus optinuit*, secondo cui il giudice di primo grado che aveva dichiarato la falsità di un testamento sarebbe incorso nell'indegnità se la sua sentenza fosse stata riformata in grado di appello – il quale potrebbe spiegarsi, stando a questa tesi, solo in quanto la sentenza di prime cure fosse stata annullata senza bisogno di prove, è rimasta pressoché isolata in letteratura: M. LAURIA, *Sull'appellatio*, cit., p. 7. Pur ritenendo che un unico testo, che peraltro non fa riferimento diretto alle prove, non sia sufficiente per fissare un principio di portata generale, reputa la tesi del Lauria tutto sommato la più convincente, S. LIVA, *Il procedimento d'appello davanti al giudice 'ad quem'*, cit., p. 5 s.

ritenendo che esso, per la parte che segue le parole *puto tamen*, sia espressione di un'opinione personale del giurista e non di un principio generalmente accolto nell'età dei Severi²⁴.

In senso contrario a questa tesi, tuttavia, è stato opportunamente osservato che Ulpiano, nel passo in argomento, non avrebbe fatto altro che presentare come propria una decisione già assunta nella prassi del tribunale del prefetto pretorio²⁵. E ciò in considerazione sia della sua lunga esperienza in qualità di assessore di Papiniano, quando questi fu prefetto del pretorio sotto Settimio Severo, sia della carica di *praefectus praetorio* che egli stesso ebbe a ricoprire²⁶. Vi è da ritenere, quindi, che anche qualora il giurista si fosse limitato ad esprimere un'opinione, questa sarebbe stata certo non avulsa dalla realtà, bensì frutto della sua diretta esperienza di giudicante fra i più alti²⁷.

²⁴ Si veda F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 27, secondo il quale l'espressione *puto tamen* lascia supporre l'esistenza di opinioni divergenti, probabilmente eliminate dai compilatori giustiniane. Sicché il passo, a detta dell'autore, non potrebbe comunque rappresentare l'espressione di un principio pacificamente accolto, né tanto meno normativamente accettato. Sul punto, analogamente, L. DI PINTO, *Tempi della giustizia e 'veritas' processuale. Alcune linee di lettura nel mondo giuridico romano*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XI, 2018, p. 13 ss.

²⁵ N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 12 ss.

²⁶ Pur non potendo contare su testimonianze incontrovertibili al riguardo, la prefettura al pretorio di Ulpiano viene comunemente collocata nel 222, a far data al più tardi dal novembre dello stesso anno. In tal senso, per tutti, J.-L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma-Bristol, 2021, p. 4, a cui si rinvia, più in generale, per approfonditi ragguagli sulla biografia del giureconsulto. Anche sulla data – 223 ovvero 228 – della sua morte, avvenuta quando si trovava a essere *praefectus praetorio*, in una congiura di palazzo ordita dai pretoriani, non vi è certezza. Sul punto si rimanda a V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi*, cit., p. 12, nt. 32, e all'ampia bibliografia ivi riportata. Per ulteriori approfondimenti sulla vita e sulla produzione del giurista, si vedano recentemente: C. GIACHI, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Ad edictum libri I-III*, Roma-Bristol, 2023; A. ANGELOSANTO, V. MAROTTA, F. PULITANÒ, A. SCHIAVONE, F. TAMBURI, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Ad edictum libri IV-VII*, Roma-Bristol, 2023.

²⁷ Cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 54. Sul tema, seppur incidentalmente, attraverso la comparazione con lo scritto marciano, L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, cit., p. 160.

Già si è accennato in premessa alla considerazione che merita, a detta degli studiosi, l'opera di Ulpiano²⁸. In tale prospettiva, appare indispensabile rammentare che i libri *de appellationibus* del giurista severiano, da cui è tratto il passo in commento, consistono in una raccolta di soluzioni ai quesiti che si erano posti nell'*iter* di formazione dell'appello. Pertanto, il fatto che il frammento in questione sia introdotto dal verbo *puto* potrebbe essere piuttosto letto come la naturale riprova della circostanza che, all'età dei Severi, l'appello è un istituto dai contorni ancora non completamente definiti. Come sopra ricordato, infatti, l'appello raggiungerà la sua completa maturazione solo in età giustiniana.

Il fatto stesso che un giurista del calibro di Ulpiano si pronunci in termini così ampi, allora, potrebbe essere indice di una tendenza – appunto quella di accordare all'appellante nuove allegazioni ed eccezioni – che stava delineandosi proprio in quell'epoca e che si sarebbe di lì a poco definitivamente consolidata.

3. *La riconducibilità al modello della prosecutio prioris instantiae*

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, sembra potersi prospettare una soluzione alla più ampia questione relativa alla configurazione dell'appello nell'età dei Severi.

Al fine di meglio comprendere i termini del problema, vale la pena fare richiamo a due modelli di appello, che non costituirono – all'evidenza – oggetto di dogmatizzazione da parte dei *prudentes*, ma che la dottrina processualciviltistica moderna ha comunque elaborato sulla base delle fonti romane²⁹.

²⁸ Cfr. ntt. 8 e 9.

²⁹ L'inquadramento della problematica relativa alla configurazione dell'appello nell'età dei Severi attraverso il richiamo alle moderne concettualizzazioni dell'appello non è volto a piegare l'istituto in esame alle nostre categorie. Piuttosto, intendo servirmi di queste ultime – per mezzo delle quali i moderni, in quanto giuristi, sono portati a considerare e a formulare il fenome-

Si allude, da un lato, al modello della revisione (o riesame) del giudizio già svoltosi (c.d. *revisio prioris instantiae*), da cui deriva che il giudice di secondo grado può conoscere solo delle questioni già trattate e delle prove già esperite in prime cure; e, dall'altro, a quello della continuazione (o riapertura, rinnovazione) del precedente giudizio (c.d. *prosecutio prioris instantiae*), da cui consegue che possono essere sottoposte al giudice di seconda istanza anche nuove eccezioni e nuove prove, ferma in ogni caso l'improponibilità di nuove domande³⁰.

Ebbene la dottrina romanistica, servendosi delle elaborazioni concettuali prospettate, non è concorde sulla qualificazione, alla luce dell'uno o dell'altro modello, dell'appello nell'età dei Severi. Alla tesi tradizionale che vede nell'appello una vera e propria *prosecutio prioris instantiae*³¹, infatti, si con-

no giuridico – per una migliore comprensione dell'istituto medesimo. Ciò nella consapevolezza di come, da un lato, «i giuristi romani non avessero il gusto delle costruzioni astratte» e di come, dall'altro, «una comparazione che si limitasse a constatare le difformità di istituti romani da quelli analoghi odierni, non sarebbe [...] feconda». Così E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1991, p. 59 ss. Entro questi precisi limiti, dunque, la dogmatica odierna può trovare legittima applicazione al diritto romano.

³⁰ Nella dottrina tedesca la dicotomia è stata rielaborata come contrapposizione tra *Revisionsprinzip* e *Berufungsprinzip*: cfr. J.W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, II, München, 1896, p. 453 ss. e H. WALSMANN, *Die Ausschlussberufung*, Leipzig, 1928, p. 7 ss. Nella dottrina italiana si vedano P. CALAMANDREI, *Appendice alla voce Appello* (1948), ora in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1965, p. 452 ss.; S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1959-1971, p. 100 s.; A. BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 1331 ss.; V. TAVORMINA, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, *ivi*, 1977, p. 653 e Id., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, p. 81; A. NASI, *Sattà e la doppia novità della domanda in appello: analisi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 89 ss.; G. MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 716, nt. 1; G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, pp. 353 ss. e 364 ss.; A. PROTO PISANI, *Note sulla struttura dell'appello civile e suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 109 s.; M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, *cit.*, pp. 110 s. e 148 s.; N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, *cit.*, p. 5, nt. 5.

³¹ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, *cit.*, p. 436 ss., secondo cui l'impugnazione non conduce «soltanto ad un riesame della sentenza im-

trappone quella secondo cui l'*appellatio* non poteva dar luogo ad una riapertura del giudizio³².

Sulla scorta delle riflessioni condotte con riguardo a D. 49.1.3.3, in relazione alla modificabilità in appello degli iniziali motivi dell'impugnazione, nonché al problema del *ius novorum*, si evidenzieranno qui di seguito le ragioni per cui la concezione dell'appello nell'età dei Severi può ritenersi più convincentemente assimilabile al modello della *prosecutio prioris instantiae*. Mi pare, infatti, che il testo ulpiano offra preziose indicazioni in questo senso.

Anzitutto, si consideri la questione della modificabilità o meno, nel corso dell'appello, degli iniziali motivi dell'impugnazione, a cui Ulpiano risponde in senso affermativo. Non vi è dubbio che le ampie facoltà concesse all'appellante di mutare le *causae appellandi* eventualmente indicate davanti al giudice *a quo* (*discedere ab hac et aliam causam allegare*) ed anche di poterle indicare *ex novo* direttamente al cospetto del giudice *ad quem* (*in agendo etiam aliam causam provocationis reddere*) siano sintomatiche di una concezione dell'istituto come riapertura del precedente giudizio. Va considerato, infatti, come già accennato, che solitamente l'introduzione di motivi nuovi avviene tramite l'opposizione di eccezioni.

Il riconoscimento in capo all'appellante della facoltà di mutare gli iniziali motivi di appello e di esporne altri *in agen-*

pugnata, ma ad una vera e propria rinnovazione del giudizio nei suoi elementi di fatto e di diritto: in altre parole l'appello in qualunque grado presentava carattere, come suol dirsi, 'riformatorio', potendo concludersi con una nuova pronuncia di merito e non con una semplice conferma o con un semplice annullamento della sentenza precedente». A favore della concezione dell'appello come *prosecutio prioris instantiae* anche N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 11 s. Più di recente, pur non occupandosi nello specifico della tematica dei *nova*, sembrerebbe incidentalmente ricollegare al solo appello in forma orale un effetto devolutivo tendenzialmente totale V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi*, cit., p. 33 s.

³² M. LAURIA, *Sull'appellatio*, cit., p. 65 ss., il quale ritiene che nell'età dei Severi non si potessero addurre in appello nuove prove e nuove eccezioni, avendo l'appello il solo scopo di riformare la sentenza e non di riaprire la trattazione della lite.

do, dunque, sembra presupporre, a monte, una configurazione dell'appello come *prosecutio prioris instantiae*.

Un'ulteriore e fondamentale conferma di una visione dell'appello quale rinnovazione del precedente giudizio, nel senso in precedenza delineato, è quella che si trae dalla chiusura del frammento D. 49.1.3.3; ivi si afferma, come abbiamo visto, la possibilità per l'appellante di svolgere qualunque attività processuale che sia utile al riconoscimento del suo diritto (*persequi provocationem suam quibuscumque modis potuerit*): il che pare implicare ogni più ampia attività defensionale, quale appunto la proposizione di nuove eccezioni e la deduzione di nuove prove.

Inoltre, risulta particolarmente convincente in questo senso la ricostruzione dell'appello fatta dall'Orestano, che rinvie le origini dell'istituto nella *cognitio extra ordinem*, in cui era invalso l'uso di rivolgersi al principe contro le sentenze rese, appunto, *ex auctoritate principis*³³. Ebbene, in quest'ottica sarebbe quanto meno illogico ritenere che il principe, intervenendo quale giudice di appello, non potesse rivederle, correggerle, modificarle o anche annullarle.

4. *L'ammissibilità dei nova, in particolare di nuove eccezioni*

A questo punto, chiarite le ragioni che ci fanno propendere per la concezione dell'appello nell'età dei Severi quale riapertura (ovvero continuazione) del precedente giudizio, risulta opportuno esaminare da vicino in cosa consista tale rinnovazione, ossia quali e quante possibilità abbiano le parti di dedurre *nova* in questa sede.

³³ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 197 ss. Così anche N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 14, il quale, condividendo la prospettiva dell'Orestano sul punto, reputa problematico ipotizzare che il principe in funzione di giudice d'appello potesse essere costretto negli angusti limiti di riesame che caratterizzano tale mezzo di impugnazione concepito come *revisio prioris instantiae*.

Ferma l'improponibilità di domande nuove, su cui, come si è visto, la dottrina è pressoché unanime³⁴, e la divergenza di opinioni, sopra illustrate, a proposito dell'ammissibilità in appello di nuovi mezzi di prova³⁵, il tema sul quale ci si intende concentrare conclusivamente, è quello, meno indagato, relativo all'ammissibilità di nuove eccezioni in sede di appello.

Anche a tale proposito si registrano divergenze nelle opinioni degli studiosi.

Da un lato si colloca la dottrina che, considerando l'appello come un mezzo limitato alla sola correzione degli errori della sentenza, perviene, per l'età dei Severi, a conclusioni totalmente negative circa l'ammissibilità, oltre che di nuove domande e di nuove prove, di nuove eccezioni (sia dilatorie che perentorie)³⁶.

Di contrario avviso, invece, si mostra l'orientamento che conclude per la proponibilità di nuove eccezioni. Muovendo dal passo ulpiano sopra esaminato e, in particolare, dalla concezione dell'appello da esso ricavabile, si è ritenuto che,

³⁴ Sul punto si rimanda *sub* nt. 20.

³⁵ Si rinvia, al riguardo, *sub* nt. 22.

³⁶ Così M. LAURIA, *Sull'appellatio*, cit., p. 68 ss. Va, inoltre, segnalata un'ulteriore interpretazione che distingue tra *exceptiones dilatoriae*, inammissibili in sede di appello, ed *exceptiones peremptoriae*, sempre proponibili, sulla base della lettura combinata dei rescritti C. 7.50.2 di Diocleziano e C. 2.12(13).13 di Gordiano. Per l'analisi di questi ultimi sia consentito rinviare *funditus* a N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, cit., p. 17 ss., che ricava *a contrario* dal testo di Gordiano – nel quale, in estrema sintesi, si nega l'opponibilità in appello della *praescriptio militiae*, annoverabile tra le eccezioni dilatorie – uno spunto circa la proponibilità *ex novo* già dall'età dei Severi delle eccezioni perentorie. Si veda anche M. LEMOSSE, *À propos du régime des exceptions dans le procès postclassique*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano, 1982, p. 243 ss. Nel senso dell'audacia di estendere l'affermazione contenuta nel rescritto di Gordiano a tutte le eccezioni dilatorie, ricavandone così indirettamente addirittura l'ammissibilità in appello di quelle perentorie, F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 27 s. Ancora, pur occupandosi di *nova* con riferimento precipuamente all'aspetto probatorio, si mostra critico rispetto alla tesi dello Scapini S. LIVA, *Il procedimento d'appello davanti al giudice 'ad quem'*, cit., p. 12 s., che propende tra l'altro per la novità degli interventi dell'imperatore Diocleziano in materia. Sulla distinzione gaiana tra eccezioni perentorie e dilatorie si rimanda *sub* nota 21.

almeno fino all'età dei Severi, non vi fossero preclusioni per quanto riguarda la deducibilità di nuove eccezioni³⁷.

In quest'ottica, viene riconosciuta all'appellante la facoltà di proporre liberamente in appello nuove eccezioni: e, vi è da ritenere, si sarebbe trattato di eccezioni non solo attinenti al rapporto già dedotto, ma anche di quelle che fossero sorte successivamente, dopo il primo giudizio. Solo seguendo questa interpretazione si sarebbe realizzata appieno quella rinnovazione del giudizio di primo grado nel senso in precedenza evidenziato, secondo quanto mi è parso di poter ricavare dal frammento di Ulpiano.

Del resto, non si vede come potrebbero essere altrimenti intese, se non nel senso della libera proponibilità di nuove eccezioni, le ampie facoltà concesse all'appellante di indicare i motivi dell'impugnazione (ossia le *causae appellandi*) anche dopo la presentazione dell'atto di appello al giudice *a quo*, ossia davanti al giudice *ad quem*, ed ivi eventualmente mutarli ovvero aggiungerne di nuovi³⁸. E ciò non foss'altro che per la stretta correlazione esistente tra motivi ed eccezioni: è proprio attraverso la proposizione di nuove eccezioni che, nella prassi, si introducono nuovi motivi; molto spesso, infatti, le prime si concretano nei secondi³⁹.

³⁷ In questo senso R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 422 ss., pur senza indicare fonti al riguardo. Lo stesso F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit., p. 29, sembra ammettere, in definitiva, la possibilità che anche prima di Diocleziano, pur in assenza di precisi dati testuali, fossero deducibili nuove eccezioni e nuove prove in appello sulla scorta delle caratteristiche generali del processo della *cognitio extra ordinem* ed in particolare in considerazione dell'ampia discrezionalità caratterizzata l'attività dei giudici. Per un'indagine sugli apparati giurisdizionali e le prassi giudiziarie in età diocleziano-costantiniana, si rinvia a F. BONIN, *L'organizzazione della giustizia tra Diocleziano e Costantino. Apparati, competenze, funzioni*, Torino, 2023.

³⁸ Queste facoltà sono ricavabili, come abbiamo visto, dalle parole usate da Ulpiano in D. 49.1.3.3: «*discedere ab hac et aliam causam allegare*» e «*in agendo etiam aliam causam provocationis reddere*».

³⁹ Nel sistema processuale italiano, la stretta correlazione tra motivi ed eccezioni è stata, peraltro, confermata dalla necessità, evidenziatasi in via di interpretazione giurisprudenziale, con riferimento all'art. 345 c.p.c. nella versione anteriore alla l. 26 novembre 1990, n. 353 – il quale al terzo comma pre-

Quest'ultima dunque risulta essere, a mio avviso, la soluzione preferibile, in quanto è l'unica che consente di non svuotare di significato il testo del giurista severiano.

Ad opposte conclusioni si potrebbe giungere solo prevedendo a monte l'onere di indicare i motivi dell'impugnazione nell'atto di appello e l'impossibilità di discostarsene. Tale impostazione è quella adottata nel sistema processualcivilistico italiano⁴⁰, in cui l'appello ha la struttura – opposta rispet-

vedeva: «Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio» – di precludere le eccezioni nuove che si fossero tradotte in nuovi motivi, diversi da quelli proposti con l'atto di appello. Con la pronuncia delle Sezioni Unite 8 ottobre 1974, n. 2657, che ha messo fine ad un annoso contrasto, la Corte Suprema ha stabilito che le nuove eccezioni, qualora concreti motivi di appello, in quanto dirette ad ottenere la riforma della sentenza appellata, debbono venir proposte dall'appellante e, a pena di decadenza, con la citazione. Si vedano nello stesso senso, successivamente, Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2005, n. 27574, secondo cui: «ai sensi dell'art. 345 c.p.c., nel testo anteriore alla novella di cui alla legge n. 353 del 1990, in relazione al disposto dell'art. 342 c.p.c., all'appellante era consentita la deduzione di eccezioni nuove soltanto con l'atto di appello, e non anche nell'ulteriore corso del giudizio di gravame»; Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2003, n. 8593, per la quale: «l'art. 345 c.p.c., nel testo previgente, che consente alle parti di proporre nuove eccezioni in appello, deve essere interpretato in collegamento con l'art. 342, che pone la regola della specificità dei motivi di gravame, i quali svolgono la funzione di delimitare l'estensione del riesame e di indicarne le ragioni; pertanto, l'eccezione tesa alla riforma della sentenza impugnata, risolvendosi nella esplicazione del diritto di impugnazione, può essere proposta dall'appellante principale solo nell'atto d'appello»; e ancora, nella medesima direzione, Cass. civ., sez. II, 6 settembre 2002, n. 12976, secondo cui: «l'appellante [...] è tenuto a prospettare tutte le censure, anche quelle che attengono ad eccezioni, con l'atto di appello, e nulla può aggiungere in prosieguo, in quanto il diritto di impugnazione si consuma con il detto atto, che fissa i limiti della devoluzione della controversia in sede di gravame, in conseguenza della regola della specificità dei motivi di appello». Siffatta soluzione interpretativa appariva come l'unica possibile in un sistema come il nostro, al fine di conciliare la libera proponibilità di nuove eccezioni, di cui all'art. 345 c.p.c. (vecchio testo) con il disposto dell'art. 342 c.p.c., il quale poneva (*ante* 2012) – e pone tuttora, dopo la cd. Riforma Cartabia – la regola della specificità dell'impugnazione.

⁴⁰ Si veda l'art. 342 c.p.c. che, nel testo recentemente riformato dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ricodifica, per così dire, la regola della specificità dell'impugnazione, dopo l'espunzione dalla norma con il D.L. 22 giugno 2012,

to a quella dell'*appellatio* romana dell'età dei Severi – di *revisio prioris instantiae*, ossia di riesame del giudizio già svoltosi, con la conseguenza che il giudice dell'impugnazione può conoscere solo delle questioni già trattate e delle prove già esperite in primo grado⁴¹.

n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 settembre 2012, n. 134, del riferimento ai «motivi specifici dell'impugnazione».

⁴¹ L'art. 345 c.p.c. sancisce testualmente: «Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. (2) Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. (3) Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio». Si noti che le varie riforme da cui è stata attinta la norma in questione hanno reso progressivamente più stringente il divieto dei *nova*, assoggettandovi espressamente, dal 2009, le prove documentali e, successivamente eliminando, dal 2012, la possibilità di ammettere le prove nuove ritenute indispensabili ai fini della decisione della causa. Con specifico riferimento al regime delle eccezioni, nonostante il divieto di cui al comma secondo, si ritiene in dottrina che, anche nell'odierna formulazione della norma, residui più di una possibilità per proporle. Mettendo in correlazione il comma secondo con i commi primo e terzo, è stato osservato che il divieto in discorso si riferirebbe alle sole eccezioni deducibili in primo grado e non dedotte. Ciò emergerebbe da una lettura sistematica dell'intero art. 345 c.p.c. nuovo testo, il quale fa sempre salva la possibilità di azione, che include quella di eccezione, rispetto a quanto non poté essere azionato (ed exceptio) in primo grado, sia in riferimento ai danni successivi alla sentenza di primo grado (primo comma), sia in riferimento alle prove incolpevolmente non dedotte (terzo comma). Sul punto C. CONSOLO, F.P. LUISSO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano, 1991, p. 279, nel senso dell'ammissibilità delle eccezioni rese necessarie dalla sentenza appellata. L'opinione è condivisa anche da G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 244. È necessario, poi, ricordare che, in realtà, le eccezioni precluse dalla norma in questione sono soltanto le eccezioni in senso proprio e stretto che, come osservato da Sassani, non sono certo le più numerose, né le più frequenti. Non è, d'altra parte, possibile l'allegazione di nuovi fatti, neppure a sostegno di eccezioni rilevabili d'ufficio, a meno che i fatti non siano avvenuti successivamente alla loro deducibilità in primo grado: si vedano, in questo senso, tra le altre, Cass. civ., 18 aprile 2001, n. 5703 e la più recente Cass. civ., 21 marzo 2022, n. 9011. Al contrario e meno restrittivamente, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 229, per il quale il secondo comma dell'art. 345 c.p.c. è interpretabile nel senso che l'interessato può anche allegare per la prima volta in ap-

Sulla scorta di quanto sin qui emerso – non essendo le parti in alcun modo vincolate a quanto eventualmente enunciato nell'atto di appello – non parrebbero esservi ragioni per negare che al tempo dei Severi fossero liberamente proponibili nuove eccezioni, e così nuovi motivi, nel corso del giudizio di appello.

pello i fatti storici principali che danno luogo ad una questione rilevabile d'ufficio. A tale proposito G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 442, osserva che riguardo ai nuovi fatti allegati verrà esercitato il diritto alla prova, qui indispensabile per definizione. L'apertura a nuove eccezioni rilevabili d'ufficio, prevista dall'art. 345 c.p.c., ove non implichi pure il potere di allegazione per la prima volta in appello delle sottostanti fattispecie impeditive, modificative, estintive, configura null'altro che la doverosa riparazione ad un'omissione del primo giudice: così C. CONSOLO, *Un codice di procedura civile 'seminuovo'*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 436, nt. 14. Viceversa, l'opposta interpretazione finisce per attribuire alla disposizione in esame l'ulteriore funzione di rimedio rispetto ad uno svolgimento incompleto delle difese di primo grado. A sostegno di questa funzione e del giudizio di appello 'aperto' si vedano: A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 533 ss.; C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 272 ss.; C. CONSOLO, *Profili della nuova disciplina delle impugnazioni, con una rinnovata critica all'appello 'chiuso' ai 'nova'*, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, p. 351 ss. Così interpretato il divieto lascerebbe, quindi, intatta la possibilità di proporre nuove eccezioni in senso lato e in senso stretto, non deducibili in primo grado perché indotte, cioè rese necessarie, dalla sentenza appellata. Tali eccezioni andranno però proposte immediatamente, con la citazione d'appello o con la comparsa costitutiva nelle quali infatti, per ciascuno dei motivi di impugnazione, a mente del riformato art. 342 c.p.c., dovranno essere riportate in modo chiaro, sintetico e specifico, a pena di inammissibilità, le indicazioni di cui ai nn. 1), 2) e 3).

BENEDETTA VERONESE, La configurazione dell'appello e l'ammissibilità dei *nova* in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de app.*)

Nell'ambito del più ampio dibattito sull'ammissibilità dei *nova* in appello nell'età dei Severi, il contributo si concentra, in particolare, sulla proponibilità di nuove eccezioni al cospetto del giudice *ad quem*. Gli spunti offerti dal passo ulpiano D. 49.1.3.3 in merito alla modificabilità degli iniziali motivi dell'impugnazione e al problema del *ius novorum*, unitamente alla concezione dell'appello come *prosecutio prioris instantiae* da esso ricavabile, fanno propendere per la soluzione affermativa.

Parole chiave: appello, *ius novorum*, eccezione, *prosecutio prioris instantiae*.

BENEDETTA VERONESE, The configuration of the appeal and the admissibility of *nova* in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de app.*)

In the context of the wider debate over the admissibility of *nova* on appeal during the Severan age, this paper particularly examines the power to raise new objections before the judge *ad quem*. Insights from Ulpian's passage D. 49.1.3.3 regarding the editability of the initial grounds for appeal and the issue of *ius novorum*, along with the configuration of the appeal as *prosecutio prioris instantiae* that can be derived from it, suggest an affirmative response.

Key words: appeal, *ius novorum*, objection, *prosecutio prioris instantiae*.

Christian Giuseppe Comito

TUTELA DEL CONSUMATORE E SUPERAMENTO DEL GIUDICATO: UNA LETTURA CRITICA DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, CAUSE RIUNITE C-693/19 E C-831/19, DEL 17 MAGGIO 2022*

Sommario: 1. Fattispecie. – 2. Temi. – 3. Precedenti.

1. Fattispecie

La presente sentenza consente di porre l'accento su alcune delicate questioni interpretative riguardanti gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tali interrogativi sorgevano all'interno di due diverse controversie giudiziarie, poi riunite, che vedevano contrapposti da una parte, la SPV Project 1503 S.r.l. e la Dobank S.p.A. contro YB (C-693/19); e, dall'altra, il Banco di Desio e della Brianza S.p.A. e altri istituti di credito contro YX e ZW (C-831/19).

Il *petitum* di queste due cause – sulle quali si è pronunciata univocamente il 17 maggio 2022 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in 'Grande Sezione' – ruotava attorno a dei procedimenti di esecuzione forzata, basati su titoli esecutivi muniti dell'autorità di cosa giudicata, volti a far ottenere ai rispettivi creditori il proprio *quantum debeatur*. La vicenda vedeva il Tribunale di Milano – nelle vesti di giudice in ambedue i procedimenti esecutivi – rimettere dinanzi alla Cor-

* Contributo sottoposto a valutazione.

te di Giustizia dell'Unione Europea, ex art. 267 TFUE¹, l'esame della questione pregiudiziale concernente l'interpretazione dei tre articoli di cui sopra.

I magistrati, avendo rilevato in entrambi i casi che talune clausole presenti nei contratti sottoscritti fra i vari istituti finanziari e i consumatori presentavano potenziali caratteri di abusività, si interrogavano al fine di comprendere se fossero legittimati a valutarne il relativo carattere abusivo per poi, se del caso, provvedere alla loro caducazione. E questo ancorché ci si trovasse ormai in una fase non più dedicata al merito della questione, quanto piuttosto all'interno della fase esecutiva. Vero e proprio epilogo di una causa giudiziaria dove, tendenzialmente, si riteneva fosse precluso al giudice intrattenersi ulteriormente sul diritto sostanziale già cristallizzatosi².

I creditori finanziari proprio questo sostenevano e, facendo leva sul concetto di 'autorità di cosa giudicata', asserivano che nulla più il giudice potesse eccepire a riguardo e che i debitori dovessero restituirgli i crediti risultanti dai contratti inadem-

¹ Art. 267 (ex art. 234 del TCE): «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile».

² Cfr. Cass. civ., S.U., 16 novembre 1998, n. 11549, nella quale si affermava che il principio secondo il quale gli effetti del giudicato sostanziale si estendono non solo alla decisione relativa al bene della vita che formi oggetto della domanda, ma anche a quella implicita riguardante l'esistenza e la validità del rapporto sul quale si fonda lo specifico effetto giuridico dedotto, trova applicazione anche con riguardo al decreto ingiuntivo non opposto nel termine di legge.

piuti, senza ulteriore indugio³. Il decreto ingiuntivo, a detta loro, poiché non opposto, era assurto al rango di *res judicata* e perciò l'analisi delle clausole ivi contenute – finanche vessatorie – era ormai preclusa per sempre⁴. In forza del principio del 'giudicato implicito' e del 'contenuto intrinseco' del titolo esecutivo, sempre secondo i professionisti, il giudice non avrebbe più avuto modo di pronunciarsi nel merito di questo.

I giudici, tuttavia, muovendo da una volontà interpretativa peculiare⁵, decidevano di sospendere la procedura e di sottoporre alla Corte sovranazionale due questioni pregiudiziali pressoché simili e perciò affrontate da questo consesso congiuntamente⁶.

Quest'ultimo, è bene premetterlo sin da ora, pur rammentando l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata rivestisse all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale⁷, ha prediletto la via del progresso statuendo che: «... l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa

³ Cfr. F. DE STEFANO, A. VALITUTTI, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, p. 215.

Questi, invero, sostengono che il decreto ingiuntivo non opposto abbia valore di cosa giudicata dal momento che definisce la controversia al pari della sentenza passata in giudicato e, per questo motivo, è impugnabile esclusivamente con la revocazione o con l'opposizione di terzo nei casi di cui all'art. 656 c.p.c.

⁴ Sul punto si veda anche il commento alla normativa di S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 5, p. 1265.

⁵ Di diverso avviso rispetto a De Stefano e a Valitutti si veda L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 24. Ma anche E. GARBAGNATI, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1949, p. 302.

⁶ Per quel che ci riguarda, nel prosieguo del testo, rispetteremo lo stesso *modus operandi* del giudice lussemburghese.

⁷ Cfr. A. BARONE, *Il notaio e le clausole abusive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Notariato*, 2022, 5, p. 495.

- per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole»⁸.

Una decisione sicuramente particolare poiché senza precedenti in materia.

2. *Temi*

La riflessione sollecitata alla CGUE imponeva di comprendere se – ed a quali condizioni – il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva e dell'art. 47 della Carta ostasse ad un ordinamento nazionale, come quello italiano, ove, a fronte di un giudicato implicito e di un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo passato in giudicato, si precludesse al giudice dell'esecuzione di rilevare il carattere vessatorio di una clausola lì trascritta, superando, in tal modo, i notori effetti del giudicato implicito.

In limine, parrebbe conferente sin da subito delimitare il quadro giuridico dentro al quale ci si trova, ossia: un contesto normativo circoscritto, da un lato, dal diritto dell'Unione Europea, il quale, come ricordato da sapiente dottrina, rappresenta una vera e propria *regula iuris*⁹ da osservare dal giudice interno in ogni stato e grado del giudizio¹⁰; dall'altro, dal diritto nazionale italiano, il quale a suo tempo ancora non sembrava pronto ad abbracciare soluzioni simili a quella paventata dall'avvocato generale belga¹¹.

⁸ Paragrafo 68, cause riunite C-693/19 e C-831/19.

⁹ K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, a cura di J.T. NOWAK, Oxford, 2014.

¹⁰ Cfr. F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 65, a proposito del caso *Lexitor*.

¹¹ Conclusioni, relative alla sentenza in commento, presentate il 15 luglio 2021.

Muovendo con ordine dal diritto europeo, allora, è interessante notare come all'interno della direttiva di cui in parola risieda un considerando, il ventiquattresimo, davvero significativo poiché affermativo del principio secondo cui: «le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori». Una norma, questa, non propriamente transigente e capace, dunque, di giustificare *prima facie* la volontà inquisitoria del giudice sovranazionale: incline ad indagare il merito di un decreto ingiuntivo divenuto definitivo.

Tutto ciò assume poi ancor più vigore se letto parallelamente all'art. 6 della direttiva, il quale, in maniera forse generica, asserisce che le clausole abusive «non vincolano il consumatore», prescindendo quindi da una specifica fase processuale in cui la vessatorietà dev'esser rilevata.

Stesso discorso per l'art. 7 del medesimo testo. Quest'ultimo segnatamente, in maniera al quanto lapidaria ma intellegibile, afferma che è dovere degli Stati membri fornire «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive».

Ed ecco quindi individuate le fonti legislative poste alla base della volontà della CGUE: intenzionata a consentire un controllo nel merito anche in una fase processuale del genere e, probabilmente, intenzionata altresì a creare un monito di deterrenza volto a scoraggiare i futuri professionisti dall'inserire clausole come quelle del caso che ci occupa. Pena la loro 'cassazione' in qualunque stato o grado del giudizio.

Una siffatta *voluntas*, peraltro, non sarebbe neppure eccessivamente da biasimare. È vero, difatti, che la tutela della parte debole del sinallagma¹² ha assunto all'interno dell'Unione Europea un ruolo nevralgico. Una vera e propria *mission* primaria del diritto sovranazionale alla quale anche la miglior

¹² Cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale*, Milano, 2021; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008.

dottrina¹³ ha dedicato preziose energie. Ragion per cui, allora, non può ritenersi sconveniente che la Corte di Giustizia decida di innovare – e ammodernare – gli ordinamenti nazionali per il tramite di pronunzie più accomodanti per i consumatori, anche a costo di ‘disobbedire’ alla *diuturnitas* giurisprudenziale nazionale, sovvertendone così l’archetipo. E questo, vista la pervasività di tali sentenze europee, a sicuro vantaggio della parte debole contrattuale che vedrà, appunto, i propri tribunali interni ‘obbligati’ ad uniformarsi a tali *dictat*¹⁴.

La soluzione, tuttavia, presta il fianco a talune osservazioni di segno negativo che sembrerebbe opportuno evidenziare sin da subito. Se infatti è vero che il concetto di ‘certezza del diritto’ sembrerebbe uscir totalmente minato da un’interpretazione sì permissiva della CGUE, è anche vero che militano a favore di una valutazione di immutabilità del decreto ingiuntivo non opposto anche delle ragguardevoli valutazioni connesse al concetto di ‘economia processuale’, qui apparentemente violato.

Innanzitutto, però, si diceva della ‘certezza del diritto’, visto che il fatto di consentire ad un giudice di riaprire una questione giuridica già chiusa lede in ogni caso l’affidabilità che i consociati ripongono in una pronuncia definitiva. L’art. 2909 del Codice civile, infatti, statuendo che «L’ accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa», sembrerebbe essere chiaro a riguardo¹⁵. Da ciò si evince come la reviviscenza di qualcosa di archiviato e risolto non possa esser di certo foriera di buone considerazioni. E ciò non solo per la conseguente

¹³ Cfr. L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. La tutela del consumatore*, Milano, 2008; G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Milano, 2014; nonché A. CATRICALÀ, G. ALPA, in *Diritto dei consumatori*, Milano, 2016.

¹⁴ Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468: «Va, innanzitutto, rammentato che il *dictum* della Corte di Giustizia costituisce una *regula iuris* applicabile dal giudice nazionale in ogni stato e grado di giudizio; con la conseguenza che la sentenza della Corte di Giustizia è fonte di diritto oggettivo». Cfr. Cass., 11 settembre 2015, n. 17994; Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917; Cass., 2 marzo 2005, n. 4466; Cass., 1995, n. 857.

¹⁵ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 558.

violazione pratica del ‘*ne bis in idem*’, ma anche e soprattutto per quel che riguarda la valutazione dell’ora richiamata ‘economia processuale’. Pur trovandoci, invero, dinanzi ad un decreto ingiuntivo – per antonomasia più sommario, più celere¹⁶ e meno dispendioso di un procedimento ordinario – è pur sempre vero che per renderlo definitivo i gangli dello Stato hanno impiegato delle risorse: sia umane, che economiche. Risorse che – in considerazione dell’inutilità di tale fase processuale *ex post* completamente disattesa – sembrerebbero purtroppo essere andate del tutto sciupate.

Insomma, mutuando le parole di un’accorta giurista, meriterebbe un’approfondita riflessione la circostanza secondo cui da un’impostazione del genere deriverebbe «il dispendio dell’inutile attività processuale svolta dagli uffici e dall’autorità giudiziaria, nonché l’aggravio di costi e di tempo in danno al creditore, il quale giungerebbe al procedimento di esecuzione per vedersi porre nel nulla il titolo ottenuto e tutte le operazioni esecutive già poste in essere»¹⁷. Da questo non ci sentiamo sicuramente di dissentire. A maggior ragione considerando che anche la ‘ragionevole durata del processo’ sembrerebbe non uscire indenne da una pronunzia di tale matrice.

Si pensi poi, in secondo luogo, alla volontà di fare impresa dei professionisti: necessariamente avvilita e menomata da una sentenza così riformista. E che dire poi dello strumento del decreto ingiuntivo: considerato da ampia dottrina – oltre che «uno strumento indubbiamente appetibile»¹⁸ – la strada maestra per il recupero di questo genere di crediti ed oggi re-

¹⁶ Sul concetto di ‘celerità’, cfr. R. CONTE, *Considerazioni sulla revoca della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648 e 649 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 288; ovvero G. ASPRELLA, *Revoca e sospensione dell’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 247.

¹⁷ N. MINAFRA, *L’autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, in *GiustiziaCivile.com*, 2022.

¹⁸ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., p. 179.

stituitoci in versione malmessa¹⁹. Non più quindi un mezzo di certezza bensì «una fortezza non più inespugnabile»²⁰.

Tali osservazioni non esauriscono il novero delle riflessioni problematiche scaturenti da tale pronuncia. Ed infatti, seppur remoto, non parrebbe assolutamente inesistente il rischio che taluni avvocati, approfittando della buona fede con cui l'avvocato generale Tanchev ha suggerito le proprie conclusioni alla Corte²¹, possano sistematicamente invogliare il proprio assistito a rimanere inerte per tutta la durata del processo 'sostanziale', riservandosi di attivarsi solo in una fase normalmente postuma a questo: ossia quella esecutiva. La stessa magistratura peraltro sembra riconoscere questi rischi ritenendo che l'applicazione della sentenza *de quo*: «potrebbe persino fornire una giustificazione per comportamenti contrari al generale canone di buona fede, in quanto il consumatore potrebbe decidere, soltanto quando sottoposto all'esecuzione forzata, di eccepire l'abusività delle clausole contrattuali per sé nocive»²².

¹⁹ C. CONSOLO, *Il codice Grandi e i grandi processualisti italiani formati nella stagione aurea della rinascita (insomma, prima di Sarajevo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 1, p. 136.

²⁰ S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. It.*, 2022, 10, p. 2113.

²¹ Cfr. paragrafo 87 delle conclusioni presentate il 15 luglio 2021: «Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano (Italia) come segue: L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata».

²² Cfr. M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile?*, in *Eurojus*, 2022.

3. *Precedenti*

Il pericolo di agevolare strategie defatigatorie e ostruzionistiche di alcuni operatori del diritto e, contemporaneamente, «condonare l'inerzia del consumatore-debitore»²³ non sembrerebbe essere quindi fugato del tutto all'interno di questa pronuncia.

Di tale avviso, nondimeno, sembrava essere altresì la stessa Corte di Giustizia nel 2009. In quell'anno, infatti, con la sentenza *Asturcom*²⁴, ella affermava che non poteva essere esigibile che un giudice interno supplisse integralmente alla passività della parte debole che, avendone facoltà, decideva però di non partecipare al procedimento.

Ciò posto, tuttavia, seppur poco rispettosa del celebre concetto di 'principio del giudicato', la sentenza ora annotata merita comunque diverse note di encomio. Invero, è proprio grazie a statuizioni di questo genere che il diritto riesce a stare al passo con lo spirito dei tempi. Uno spirito che vede oggi ancor più sbilanciato l'asse sul quale si poggiano consumatori e professionisti; a netto vantaggio di quest'ultimi chiaramente. I quali, sia per migliori conoscenze tecniche, sia per maggiore disponibilità di risorse, sono comunque posti su un gradino 'naturale' di tutela più alto.

Ecco allora spiegata la portata innovatrice di una sentenza come questa di oggi all'interno della quale si statuisce che, laddove il giudice non abbia verificato il carattere abusivo delle clausole contrattuali, sia difficile intendere come pregiudicato il principio dell'autorità di cosa giudicata²⁵.

Occorre poi evidenziare che in realtà anche all'interno della precedente sentenza del 2018, *Klohn50*²⁶, la CGUE aveva stabilito che l'autorità di cosa giudicata si estendesse esclusi-

²³ *Ibidem*, nota 17.

²⁴ Cfr. *Asturcom Telecomunicaciones*, causa C-40/08.

²⁵ Cfr. M. J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, in *Dialogue between the Spanish courts and the European Court of Justice regarding the judicial protection of consumers under Directive 93/13/EEC*, Association of Property and Business Registrars of Spain, 2018, pp. 98-99.

²⁶ Causa C-167/17, punto 69.

vamente a quelle pretese sulle quali il giudice si era pronunziato espressamente.

Nondimeno, anche una raffinata dottrina europea sembra già essere in linea con quanto poi ribadito dalla CGUE pochi mesi fa²⁷. Una sentenza che allora non rappresenta esattamente un fulmine a ciel sereno, quanto piuttosto l'acme di una costruzione giurisprudenziale lenta, disorganica e disordinata, ma pur sempre premonitrice²⁸. Si vedano da esempio alcune pronunzie che basandosi sul concetto di 'interesse pubblico' – ritenuto elemento fondante della direttiva – consentivano già da tempo al giudice di valutare d'ufficio l'abusività di una clausola non appena disponesse degli elementi di diritto e di fatto all'uopo necessari²⁹. E questo al precipuo fine di ovviare a quel famoso squilibrio contrattuale insito nei rapporti fra consumatore e professionista.

Emblematica, a suffragio di quanto espresso, la causa *Pannon GSM*, c-243/08, nella quale si affermava, al punto 35, che: «Tale obbligo [di verifica] incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale».

Ma anche la causa c-511/17 *Lintner*, dove, pur parlando severamente dell'inviolabilità del concetto di *ultra petita*³⁰, il

²⁷ Cfr. A. TURMO, in *National Res Judicata in the European Union: Revisiting the Tension Between the Temptation of Effectiveness and the Acknowledgement of Domestic Procedural Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, 375.

²⁸ Cfr. G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003.

²⁹ Causa C-243/08, causa C-511/17, causa C-495/19; ma anche cfr. con sentenze del 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 e del 7 novembre 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18 e C-483/18.

³⁰ Si vedano a tal proposito gli interessanti paragrafi 30 e 31: «Inoltre, l'effettività della tutela che si ritiene concessa dal giudice nazionale interessato, in forza di detta direttiva, al consumatore mediante un intervento d'ufficio, non può spingersi fino a ignorare o eccedere i limiti dell'oggetto della controversia come definito dalle parti con le loro pretese, lette alla luce dei motivi da esse dedotti, di modo che detto giudice nazionale non è tenuto ad estendere tale controversia al di là delle conclusioni e dei motivi presentati dinanzi al medesimo, analizzando individualmente, quanto al loro carattere eventualmente abusivo, tutte le altre clausole di un contratto, soltanto alcune del quale sono oggetto di ricorso dinanzi ad esso. Tale valutazione si giustifica in particolare con la circostanza che il principio dispositivo, secondo il quale le

giudice del caso asseriva che: «... se gli elementi di diritto e di fatto contenuti nel fascicolo sottoposto al giudice nazionale fanno sorgere seri dubbi quanto al carattere abusivo di talune clausole che non sono state prese in considerazione dal consumatore ma che presentano un nesso con l'oggetto della controversia, senza tuttavia che sia possibile procedere a valutazioni definitive al riguardo, spetta al giudice nazionale adottare, se necessario d'ufficio, misure istruttorie necessarie per completare tale fascicolo, chiedendo alle parti, nel rispetto del contraddittorio, di fornirgli i chiarimenti e i documenti necessari a tale scopo».

Oppure, ancora, la causa c-495/19³¹, *Kancelaria Medius*, nella quale così si proferiva: «osta all'interpretazione di una

parti definiscono l'oggetto della controversia, nonché il principio del divieto di pronunciarsi *ultra petita*, secondo il quale il giudice non deve statuire al di là delle pretese delle parti, cui ha fatto riferimento anche il governo ungherese all'udienza, rischierebbero di essere violati se i giudici nazionali fossero tenuti, in forza della direttiva 93/13, a ignorare o eccedere i limiti dell'oggetto della controversia fissati dalle conclusioni e dai motivi delle parti, come ha, in sostanza, rilevato anche l'avvocato generale ai paragrafi 43 e 51 delle sue conclusioni».

³¹ Di estremo interesse, in relazione a tale pronuncia, anche i paragrafi dal 38 al 42, che così recitano: «In secondo luogo, in assenza di tali elementi di diritto e di fatto, il giudice nazionale, investito di una controversia tra un professionista e un consumatore, deve avere la possibilità di adottare d'ufficio i mezzi istruttori necessari al fine di accertare se una clausola inserita nel contratto oggetto della controversia rientri nell'ambito di applicazione della direttiva stessa (v., in tal senso, sentenza dell'11 marzo 2020, *Lintner*, C-511/17, EU:C:2020:188, punti 36 e 37, e giurisprudenza ivi citata). /Nel caso di specie, dagli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte emerge che, nel procedimento contumaciale di cui trattasi nel procedimento principale, il giudice adito dalla ricorrente, in mancanza di comparizione del convenuto, è tenuto a pronunciarsi sulla base delle allegazioni fattuali dedotte dalla ricorrente, che si presumono essere rispondenti al vero, salvo che esse sollevino dubbi legittimi o siano state invocate allo scopo di eludere la legge. In proposito, dalla giurisprudenza citata ai punti da 36 a 38 della presente sentenza emerge che, anche in caso di mancata comparizione del consumatore, il giudice investito di una controversia vertente su un contratto di credito al consumo dev'essere in grado di adottare i mezzi istruttori necessari per verificare il carattere potenzialmente abusivo delle clausole rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, per garantire al consumatore la tutela dei diritti che gli sono conferiti dalla direttiva stessa. È vero che la Corte ha precisato che il principio dispositivo, invocato anche dal governo ungherese nel-

disposizione nazionale che impedisca a un giudice, che sia investito di un ricorso proposto da un professionista nei confronti di un consumatore e rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva stessa e che statuisca in contumacia per mancata comparizione del consumatore all'udienza cui era stato convocato, di adottare i mezzi istruttori necessari per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali sulle quali il professionista ha fondato la propria domanda, qualora detto giudice nutra dubbi in merito al carattere abusivo di tali clausole, ai sensi della citata direttiva».

Per tutti questi motivi, dunque, una pronuncia del genere non può sorprendere del tutto³².

Come se non bastasse inoltre, fermo restando quanto sopra, va comunque ammesso che – dinanzi alla *vocatio* di un decreto ingiuntivo – sussiste comunque un rischio non secondario che i consumatori ingiunti non propongano l'opposizione a causa del termine particolarmente breve previsto, ovvero poiché dissuasi dalle ingenti somme necessarie per difendersi. Oppure, non improbabile, poiché ignorano o non comprendono appieno la portata dei loro diritti e delle conseguenze di una mancata opposizione o contestazione³³.

le sue osservazioni scritte, nonché il principio del divieto di pronunciarsi *ultra petita*, rischierebbero di essere violati se i giudici nazionali fossero tenuti, in forza della direttiva 93/13, a ignorare o eccedere i limiti dell'oggetto della controversia fissati dalle conclusioni e dai motivi delle parti (v., in tal senso, sentenza dell'11 marzo 2020, *Lintner*, C-511/17, EU:C:2020:188, punto 31). Tuttavia, nel caso di specie, non si tratta di esaminare clausole contrattuali diverse da quelle su cui il professionista, che ha promosso il procedimento giudiziario, ha fondato la sua pretesa e che costituiscono pertanto l'oggetto della controversia».

³² Cfr. A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE, Roma, 2016, p. 209 ss.; nonché B. CORDELLI, *L'interesse del consumatore tra nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Diritto e processo*, 2020, p. 171; ancora, L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 83; e, infine, A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giuridiche*, 2013.

³³ *Danko e Danková*, causa C-448/17.

Per tutti questi motivi, si è ritenuto in seno alla CGUE che quand'anche essi – i consumatori – siano ‘inadempienti’ processualmente, ciò non dispensi il giudice dall'obbligo di verificare ed indagare sull'abusività delle clausole.

Si veda, *ad abundantiam*, anche la pronuncia c-618/10³⁴ ove veniva ricordato che la direttiva: «osta ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, *in limine litis*, né in qualsiasi altra fase del procedimento ... la natura abusiva di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo».

Di massimo rilievo e conferenza risulta poi la pronuncia c-49/14³⁵, all'interno della quale si dichiarava che: «lo svolgimento e le peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento spagnolo sono tali che, in assenza di circostanze che comportino l'intervento del giudice, ... tale procedimento è chiuso senza possibilità che venga eseguito un controllo dell'esistenza di clausole abusive in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. Se, pertanto, il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione»³⁶.

Sulla base di ciò, allora, non v'è chi non veda come già da tempo all'interno dei tribunali dell'Unione Europea circolasse questa volontà di una tutela rafforzata nei confronti del con-

³⁴ Cfr. sentenza *Banco Español de Crédito*, causa C-618/10.

³⁵ Cfr. sentenza *Finanmadrid EFC SA*, causa C-49/14.

³⁶ La motivazione proseguiva così: «Orbene, alla luce di quanto considerato, occorre constatare che un simile regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Tale tutela effettiva dei diritti derivanti da tale direttiva, infatti, può essere garantita solo a condizione che il sistema processuale nazionale consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto di cui trattasi».

sumatore. In altre parole, la tutela offerta alla parte debole del sinallagma dev'essere effettiva³⁷: se il giudice del procedimento monitorio non la pone in essere è inadempiente.

In tal caso, quindi, il giudice dell'esecuzione potrà ben valutare lui stesso³⁸, «anche per la prima volta in seno alla procedura esecutiva»³⁹, la natura abusiva delle clausole presenti nel contratto su cui si basa il decreto ingiuntivo e sul quale si sia formato il giudicato, finanche implicito perché non opposto. Una soluzione, questa, importante e che, da una parte, sembra contraddire le opinioni di alcuni⁴⁰ recalcitranti all'idea di conferire al giudice dell'esecuzione un tale potere⁴¹; mentre, dall'altra, per contro, sembra strizzare l'occhio a quella parte di dottrina italiana⁴² contraria all'ampiezza conferita al concetto di giudicato implicito.

Ciò posto non può qui tacersi che in materia l'approdo raggiunto da una parte della dottrina nazionale prima della sentenza del 17 maggio 2022 era nel senso di ritenere quanto vagliato all'interno di un procedimento monitorio alla pari di un accertamento incontrovertibile mediante preclusione⁴³. In altre parole, secondo codesta scuola, l'inerzia dell'ingiunto all'interno del ricorso avrebbe comportato che le affermazioni proferite all'interno di questo divenissero incontrovertibili⁴⁴. Una vera e propria *impositio silentii*⁴⁵, dunque.

³⁷ Cfr. con cause riunite C-419/18 e C-483/18, *Profi Credit Polska*, v. anche locuzione 'controllo efficace'.

³⁸ Cfr. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017⁵.

³⁹ Cfr. M. CAPUTO, *Ammissibilità del controllo del g.e. sulla natura abusiva delle clausole nei contratti dei consumatori*, in *Ilprocessocivile.it*, 2022.

⁴⁰ Cfr. A. CARRATTA, *L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. It.*, 2022, pp. 485-487.

⁴¹ Cfr. A. DIDONE, *L'ultima (?) riforma dell'esecuzione forzata*, in *Esecuzione forzata*, 2022, 4, p. 935.

⁴² Cfr. F.P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *www.judicium.it*, 2019, 2.

⁴³ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere Giuridiche*, IX, Roma, 2019, p. 36 ss.

⁴⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *La tutela sommaria*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003, p. 359 ss.

⁴⁵ Cfr. S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997.

È bastato poco comunque per dirimere queste controversie e placare gli animi. Con l'intervento di Tanchev⁴⁶, invero, ben poco spazio di manovra residua in capo alla dottrina antecedente all'estate del 2022. Si legge infatti: «... A mio avviso, come indicato dalla Commissione, se il sindacato dell'abusività delle clausole contrattuali non è motivato nella decisione contenente il decreto ingiuntivo, il consumatore non sarà in grado di comprendere o analizzare i motivi di tale decisione o, se del caso, di proporre opposizione all'esecuzione in modo effettivo. Non sarà neppure possibile per un giudice nazionale eventualmente investito di un'impugnazione pronunciarsi. /... le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata».

Ciò rilevato, orbene, va pur detto che tutte queste pronunzie succitate restituiscono allo studioso l'immagine del retroterra culturale da cui deriva l'arresto; ed anche, di conseguenza, l'idea di come la sentenza del 17 maggio 2022 non sia propriamente una mosca bianca o un'isola eremita avvistata per caso. Questa, piuttosto, rappresenta il culmine attuale – e probabilmente neanche definitivo – di una pluralità di sentenze affini e attigue che già nel tempo avevano contribuito a creare terreno fertile per il suo avvento⁴⁷.

⁴⁶ Conclusioni, relative alla sentenza in commento, presentate il 15 luglio 2021. Paragrafi 80 e 87.

⁴⁷ Ciò posto, si segnala comunque la presenza di un orientamento nazionale quasi 'aperturista' a riguardo. Si vedano, per esempio, le sentenze di Cassazione 11 dicembre 2018, n. 31955 e 3 settembre 2019, n. 21996.

Quest'ultima, segnatamente, al paragrafo 11 così rammentava: «È ben vero (da ultimo, v. Cass. 11 dicembre 2018, n. 31955) che l'esistenza di un titolo esecutivo costituisce la condizione necessaria dell'esercizio dell'azione esecutiva, sicché la sua esistenza, indipendentemente dalla posizione delle parti, dev'essere sempre verificata d'ufficio dal giudice (Cass. 07/02/2000, n. 1337)

Certo, quest'ultima è forse esageratamente innovativa nella sua portata, fors'anche imprevedibile negli effetti, ma comunque pur sempre volta alla tutela degli 'ultimi': i consumatori.

Renderà sicuramente meglio il concetto dell'incertezza un'immagine evocata all'interno di una recente opera in tema che così recita: «le sentenze della Corte di giustizia dettate pensando ad un singolo caso concreto di un singolo ordinamento sono come un sasso lanciato in uno stagno: è difficile prevedere *ex ante* quale sarà il numero di rimbalzi che tale lancio determinerà, i.e. quanti saranno gli ordinamenti degli altri Stati membri che vedranno il crearsi di una regola processuale speciale e con quali conseguenze»⁴⁸.

Si è fatto ricorso poco sopra alla parola 'disorganica'. E questo, appunto, al fine di porre l'accento su questo fenomeno di scarsa consuetudine che, pur non certamente voluto dal giudice europeo, non fa altro che acuire le difficoltà e le incertezze legate alla sfera del diritto. A maggior ragione in una materia così frastagliata come quella dei consumatori, i quali, da una parte, devono tener d'occhio il codice del consumo, dall'altra, le direttive sovranazionali di loro competenza e, dall'altra an-

e che, mentre il giudice dell'esecuzione ha il potere e dovere di verificare, con un accertamento che esaurisce la sua efficacia nel processo esecutivo, non solo la presenza del titolo esecutivo nel momento in cui l'azione esecutiva è sperimentata, ma anche la sua permanente validità ed efficacia in tutto il corso del procedimento coattivo, in sede di opposizione all'esecuzione l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone, esattamente in questa stessa logica, come preliminare (Cass. 28/07/2011, n. 16610); ed è anche vero che pure il giudice dell'opposizione è tenuto a compiere anche d'ufficio la verifica sull'esistenza del titolo esecutivo azionato, potendo rilevarne sia l'inesistenza originaria sia la sua sopravvenuta caducazione, dal momento che, entrambe, determinano l'illegittimità *ab origine* dell'esecuzione forzata (Cass. 19/05/2011, n. 11021; Cass. 29/11/2004, n. 22430)».

⁴⁸ Cfr. E. D'ALESSANDRO, testo della relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Scuola della magistratura, struttura territoriale del distretto di Torino, dal titolo *L'autorità del giudicato e la tutela del consumatore. I risvolti applicativi della sentenza della Corte di giustizia UE, Grande Sezione, del 17 maggio 2022, nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19*, svoltosi a Torino il 17 ottobre 2022.

cora, sia la giurisprudenza nazionale che quella sovranazionale. E come se non bastasse: sia sostanziale che processuale.

A puntellare questo pensiero anche altra parte di dottrina, la quale, parlando di «Darwinismo giudiziale», sottolineava i macroscopici sforzi a cui viene chiamato il giudice odierno: «[il quale] dovrà, attraverso un'attenta analisi delle decisioni della Corte di giustizia e mediante gli strumenti dell'interpretazione conforme e (eventualmente) della disapplicazione, compiere uno sforzo (talvolta intenso) nella direzione dell'ormai ineludibile integrazione tra regole processuali nazionali ed ordinamento eurounitario»⁴⁹.

È chiaro che un sistema giuridico di tale natura non possa far altro che disorientare, atrofizzare e render dunque il tutto più incerto. E questo anche perché, come constatato dal Governo italiano all'interno della sua difesa⁵⁰ e da certa dottrina, la recente pronuncia della Corte «si pone in contraddizione con il panorama giurisprudenziale italiano, là dove afferma, infatti, che se il titolo esecutivo è rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto, il giudice dell'esecuzione è tenuto a rilevare per la prima volta il carattere abusivo delle clausole inserite nei contratti»⁵¹.

Basti pensare che proprio qualche tempo fa la Cassazione, con la sentenza n. 22465 del 2018, ribadiva che il principio secondo il quale l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono sia pure implicitamente il presupposto logico-giuridico, e trova applicazione anche nei confronti

⁴⁹ Cfr. G. FIENGO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo. Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Giur. It.*, 2022, 2, p. 485.

⁵⁰ Secondo l'esecutivo nazionale, infatti, qualora il giudice del decreto ingiuntivo ometta di adempiere al dovere imposto dalla direttiva – ovvero verificare e valutare l'abusività di talune clausole – e, in contemporanea, il consumatore rimanendo inerte non propone opposizione ex art. 645 c.p.c., «il giudice dell'esecuzione non può che dare esecuzione alla decisione fondata sul decreto ormai avente autorità di cosa giudicata».

⁵¹ N. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, in *GiustiziaCivile.com*, 2022.

del decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro. Il quale, in mancanza di opposizione, acquista efficacia di giudicato, non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto alla base di questo, precludendo così ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda in altro giudizio⁵².

Viepiù, parte della dottrina esprimeva infatti perplessità a riguardo quando scriveva che «dal punto di vista schiettamente processuale, non par dubbio che qui si schiuda un potere-dovere di cognizione dai contorni molto più ampi rispetto a quelli cui siamo tradizionalmente abituati: con l'effetto che andrebbe appurato se un siffatto potere-dovere abbia degli omologhi nel nostro sistema processuale, giacché, in caso contrario, l'effetto è che verrà qui a palesarsi una specialità di carattere soggettivo, data dall'essere il debitore un consumatore, che va però ad innescare una specialità all'interno di un rito»⁵³.

È interessante ora notare, invece, che la Suprema Corte ha già iniziato a far germogliare questo nuovo filone giurisprudenziale regalatoci dal giudice d'oltralpe. Per l'esattezza proprio il Procuratore Generale della Corte di Cassazione⁵⁴, all'interno di una recente requisitoria del 5 luglio 2022, affermava il seguente principio: «Il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza del titolo esecutivo durante tutto il corso del processo esecutivo, ivi compresa l'eventuale natura vessatoria della clausola inserita nel contratto tra professionista e consumatore laddove, esaminando il ricorso ed il decreto ingiuntivo, emerga la possibilità che detta clausola possa risultare vessatoria e che il giudice del provvedimento monitorio non abbia affrontato la questione»⁵⁵.

⁵² Cfr. Cass. civ., 24 settembre 2018, n. 22465 e Cass. civ., 28 novembre 2017, n. 28318.

⁵³ S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Giur. It.*, p. 538 ss.

⁵⁴ A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del G.E. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Esecuzione forzata*, 2022, 3, p. 699.

⁵⁵ La massima proseguiva poi nel seguente modo: «Rilievo che potrebbe avvenire anche su sollecitazione del debitore, ma non nelle forme dell'opposi-

Alla luce di tutto ciò, allora, ci si potrebbe domandare perché non si voglia ricondurre all'interno di un'unica opera ordinata le regole processuali *ad hoc* per questa categoria. Una soluzione, questa, che tra l'altro già è stata positivamente considerata e attuata con riferimento al tema della giurisdizione⁵⁶.

Parte della dottrina⁵⁷ ha parlato di «coraggio» all'interno di alcuni lavori⁵⁸; un coraggio che oggettivamente è carburante necessario per compiere questo cambio di marcia nodale volto a riequilibrare in maniera saggia la materia. La soluzione però, va ammesso, non è scontata. Una collaborazione organizzata, leale e proficua fra i diversi Stati membri, infatti, non è mai stata il punto forte del diritto dell'Unione; diversamente opinando invero, ad oggi, anche i vari sforzi legati ai 'principi UNIDROIT' e al '*draft common frame of reference*' sarebbero riusciti a confluire all'interno del noto 'Codice civile europeo'.

zione, per preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza sul titolo giudiziale. Ne deriva la devoluzione ad altra sede della rimessione in discussione del titolo stesso con l'adduzione dei fatti impeditivi lasciati impregiudicati dalla CGUE in tema di abusività, davanti allo stesso giudice che lo ha pronunciato. Il giudice dell'esecuzione dovrebbe rilevare la questione, indicando, quale sia il rimedio, da individuarsi in un'ordinaria azione di accertamento, un'*actio nullitatis* che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente, nel cui corso si accerti, siccome non coperto dal giudicato, il carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore e nella quale la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare con efficacia *ex art. 623 c.p.c.* sul processo esecutivo. Ove la nullità sia rilevata nell'immediatezza del compimento di un atto esecutivo che potrebbe compromettere definitivamente il diritto di difesa del consumatore, sarà possibile attendere la decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito, anche soltanto, ad esempio (e se ne ricorressero tutti i presupposti), con il semplice differimento della vendita, ben potendo lo stesso giudice dell'esecuzione esercitare i suoi poteri diretti al sollecito e leale svolgimento del procedimento esecutivo, ai sensi dell'art. 484 c.p.c., onde garantire che la vendita avvenga in modo corretto, all'esito dei necessari accertamenti sul carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore da parte degli organi giudiziari competenti (cfr. Cass. 23482/2018)».

⁵⁶ Regolamento n. 1215 del 2012.

⁵⁷ E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo. Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'Avv. Gen. Tanchev*, in *Giur. It.*, 2022, 2, p. 485.

⁵⁸ *Ibidem*, nota 48.

La tematica è complicata e meriterebbe un approfondimento dedicato. Sia sufficiente adesso rammentare che è ormai da diversi anni che in seno alla CGUE vengono partorite pronunzie volte a creare, *de facto*, delle regole processuali speciali proprio per la direttiva 93/13 e per i consumatori⁵⁹.

Al contempo, nondimeno, è sempre da diverso tempo che autori come De Stefano si interrogano sull'opportunità di un intervento del legislatore volto ad introdurre delle ipotesi di «revocazione straordinaria o di opposizione tardiva altrettanto straordinaria»⁶⁰; oppure che autori come Zeno-Zencovich e Paglietti⁶¹ discorrono di un vero e proprio «diritto processuale dei consumatori».

Un diritto processuale, questo, che troverebbe la sua ragione giustificatrice proprio nel caos delle mura della Corte sovranazionale⁶² e, ancor di più, nel mosaico giuridico che l'operatore del diritto è costretto a completare ogni volta che voglia essere sicuro di non sbagliare.

Insomma, un'inerzia di tal genere da parte del legislatore appare davvero rischiosa. Basti pensare che il diritto dei consumatori, pur vedendo i suoi natali nel lontano 15 marzo 1962 nel discorso di John F. Kennedy⁶³ – *Special message to the Congress on protecting the consumer interest* –, ancor oggi non è riuscito a trovare dimora all'interno di un testo unico, certo ed onnicomprensivo.

Data dunque l'importanza ed epicentricità della materia, questa meriterebbe sicuramente miglior attenzione e certezza.

⁵⁹ Cfr. con le numerose trascrizioni succitate.

⁶⁰ F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it, 2022.

⁶¹ M. C. PAGLIETTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009.

⁶² F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, 2018.

⁶³ Sapientemente ricordatoci da G. ALPA all'interno della sua introduzione all'opera di G. CAPILLI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2021.

Per chiudere, quindi, come tra l'altro ricordato da Febbi⁶⁴, coloro che militano a favore dell'assunto per cui nel procedimento monitorio il giudice è sempre obbligato a verificare l'esistenza del diritto di credito, saranno inclini ad abbracciare la portata innovativa della sentenza della Corte⁶⁵. Per gli altri, forse, sarà un poco più difficile.

Tuttavia, quest'epocale pronunzia sembrerebbe giustificarsi – oltre che per i vari motivi qua e là spiegati all'interno dello scritto – anche in nome del discusso principio di 'ordine pubblico processuale comunitario' posto a presidio del consumatore. A detta della CGUE, invero, la posizione di assoluta debolezza – anche processuale – del consumatore, abbisogna di un intervento vigoroso da parte dei giudici degli Stati membri. Questi, dunque, per il tramite di una forza riequilibratrice, hanno il dovere di tenere sott'occhio e raddrizzare quel naturale squilibrio che governa i rapporti tra professionisti e consumatori.

È di tutta evidenza, peraltro, che vi sia ancora oggi uno stridente conflitto fra il diritto europeo e il diritto nazionale. I quali, oltre a viaggiare a velocità diverse l'uno dall'altro, vestono anche panni diversi. Il valore sempre più cadetto del diritto interno, infatti, non può che cedere il passo al *primauté* del diritto sovranazionale. Un particolare diritto che nel caso di specie sovverte completamente il paradigma processuale interno, costringendo lo *ius perito* ad interrogarsi sui nuovi confini della 'certezza del diritto'.

Per quanto ci riguarda, in definitiva, ci sentiamo comunque di affermare che la normativa consumeristica, benché più favorevole, non dovrebbe essere automaticamente premiale. Il

⁶⁴ Cfr. I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in *Judicium*, 2022.

⁶⁵ Cfr. però M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. It.*, 2022, 10, p. 2113, il quale riteneva che «Il decreto ingiuntivo non postula mai un accertamento implicito, idoneo a fare stato tra le parti, di non vessatorietà del contratto concluso tra professionista e consumatore. Cionondimeno ed innegabilmente la preclusione pro iudicato a ridiscutere il credito dovrà cedere all'effetto utile delle nullità di protezione».

passo per divenire iniqua sarebbe assai breve. Al fine di evitare questo, allora, è bene che la dottrina più titolata si ponga il dubbio se non sia necessario correggere talune aporie presenti nel continente per il tramite di una ricostruzione ordinata del mosaico⁶⁶.

Una soluzione come quella di oggi infatti – e questo è un paradosso – ci sembra addirittura poco coerente con la disciplina che caratterizza la c.d. ‘ingiunzione di pagamento europea’: uno strumento ideato proprio al fine di garantire in modo rapido ed efficace – e quindi certo – l’adempimento di crediti pecuniari transfrontalieri⁶⁷.

Tutte caratteristiche, queste ora elencate, che ad alcuni sembreranno agli antipodi rispetto a quelle discendenti dall’arresto oggi commentato. Sembra quasi, infatti, che la procedura esecutiva in casi come questo si sostanzi in un vero e proprio appello vista la possibilità di un riesame nel merito. O meglio – altro paradosso – una sorta di ‘autoappello’ formulato dallo stesso creditore, il quale, incredulo, subirà anche quella *reformatio in peius* spesso invece osteggiata dal nostro legislatore.

Nel discostarsi dall’orientamento italiano, ordunque, la CGUE si è pronunciata in favore del superamento del giudicato implicito formatosi nei confronti del consumatore, scoprendo di tal guisa un vero e proprio vaso di pandora. Sul giudice del decreto ingiuntivo, da oggi, verrà a gravare un irrobustito obbligo istruttorio che finirà per mostrarsi sostanzialmente identico a quello della cognizione ordinaria. E questo forse è un bene, o forse no. Fatto sta comunque che il giudice monitorio oramai tutto potrà essere fuorché un semplice ‘notaio’.

Si veda allora a riguardo un’altra recente sentenza figlia di queste novità giurisprudenziali, all’interno della quale si dichiarava che «Nel decreto ingiuntivo richiesto nei confron-

⁶⁶ Sarà interessante verificare come nel pratico si assesteranno gli uffici giudiziari, ai quali è affidato il compito, *ex art.* 19, par. 1, co. 2, TUE, di «assicurare una tutela giurisdizionale effettiva».

⁶⁷ Regolamento (CE) n. 1896/2006. Si vedano in particolare le tre ipotesi in cui è consentito al convenuto opporsi tardivamente.

ti del consumatore il giudice deve dichiarare di aver proceduto ad un esame d'ufficio delle clausole del titolo all'origine del procedimento e che detto esame, motivato almeno sommariamente, non ha rivelato la sussistenza di nessuna clausola abusiva»⁶⁸.

La prassi, come si evince, sta già cambiando. L'incertezza è molta. C'è chi riserva al giudice dell'esecuzione e della fase monitoria un ruolo dai timidi poteri e chi, invece, vorrebbe incarnate in lui facoltà ben più ampie. Un assioma, questo, che rievoca alla mente l'immagine di quei famosi poteri a *fisarmonica* propri del Presidente della Repubblica ma che di certo non sarebbe di buon auspicio per l'assetto giuridico interno poiché connaturato da forte discrezionalità o, comunque, aleatorietà.

Cosa dovremmo aspettarci per il domani non è chiaro. Chissà che a questo punto, per ulteriore tutela dei consumatori, non si arrivi perfino ad espungere dalle norme quell'ortodosso principio del divieto dei *nova* in appello⁶⁹.

Tutto è possibile e, infatti, il quesito su come portare ordine in questo marasma non è tardato ad arrivare; al contrario delle risposte. Nel frattempo, invero, non è mancato chi abbia addirittura evocato la ricorribilità alla teoria dei 'controlimiti', secondo la quale – poiché il valore vincolante del sistema comunitario trova copertura nell'art. 117 Cost. – la Corte costituzionale sarebbe competente a verificare, a sua volta, la costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato CE, nei casi in cui quest'ultimo, nell'interpretazione dei giudici europei, strida con i principi supremi dell'ordinamento.

Tutto quanto sopra premesso ci sembrerebbe più che proficuo affidare alle parole di un maestro della scienza processualistica italiana i titoli di coda del presente testo. Di tal maniera, si osservi dunque quanto espresso da Consolo all'interno di due suoi pregevoli scritti: «Il decreto ingiuntivo, può agevolmente divenire un granitico e spesso ingiustissimo giudicato, magari per modeste negligenze del supposto debitore o del

⁶⁸ Vedi in Cass. civ., 5 luglio 2022, n. 21220.

⁶⁹ Cfr. art. 345 c.p.c.

suo difensore cui l'art. 650. ... Tuttora questo snodo, oggi difeso solo per malpensante ragioni di economia processuale, merita un profondo ripensamento, e del resto i pur vari modelli invalsi in Europa additerebbero ben più civili ed equilibrate soluzioni»⁷⁰. E ancora: «Il decreto ingiuntivo e le sue vicende non di rado evocano nella quotidianità scenari alla Dickens e, allorché anche i paesi europei che di analoghe misure erano privi provvedono a dotarsene, è essenziale che ne venga da tutti ripensata modernamente la foggia. ... Il terreno è arato e seminato da tempo: eppure tardano i frutti»⁷¹.

⁷⁰ C. CONSOLO, *Il codice Grandi e i grandi processualisti italiani formati nella stagione aurea della rinascita (insomma, prima di Sarajevo)*, cit., p. 136.

⁷¹ C. CONSOLO, *Dal vaglio alla stregua dell'art. 111 cost. potenziato dei non troppo equi artt. 649 e 655 c.p.c. ed in genere del procedimento monitorio*, in *Corriere Giur.*, 2001, 6, p. 805.

CHRISTIAN GIUSEPPE COMITO, Tutela del consumatore e superamento del giudicato: una lettura critica della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cause riunite C-693/19 e C-831/19, del 17 maggio 2022

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) del 17 maggio 2022, nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, segna un punto di svolta nel rapporto tra il diritto nazionale e la tutela europea dei consumatori. Chiarisce invero che l'art. 6, paragrafo 1, e l'art. 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE ostano a una normativa nazionale che impedisca al giudice dell'esecuzione di verificare l'abusività di clausole contrattuali sulle quali si sia già intrattenuto un decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione del debitore. Questo contributo desidera quindi analizzare le implicazioni giuridiche e pratiche della decisione, evidenziandone il potenziale rafforzamento dei diritti dei consumatori, ma anche le criticità in termini di certezza del diritto, efficienza giudiziaria e rapporto tra ordinamenti nazionali ed europeo.

Parole chiave: clausole abusive, tutela del consumatore, cosa giudicata, procedimento monitorio, direttiva 93/13/CEE.

CHRISTIAN GIUSEPPE COMITO, Consumer Protection and the overcoming of res judicata: a critical analysis of the judgment of the Court of Justice of the European Union, in joined cases C-693/19 and C-831/19, on May 17, 2022

The ruling of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on May 17, 2022, in joined cases C-693/19 and C-831/19, represents a significant turning point in the interplay between national law and European consumer protection law. It clarifies, indeed, that articles 6(1) and 7(1) of Directive 93/13/EEC preclude national legislation that prevents the enforcement court from reviewing the unfairness of contractual terms on which an injunction order, that has become definitive due to the debtor's non-opposition, has already been entertained. This paper explores the legal and practical implications of the decision, highlighting its potential to enhance consumer rights while raising concerns about legal certainty, judicial efficiency, and the balance between national and EU legal systems.

Key words: unfair clauses, consumer protection, *res judicata*, injunction decree, directive 93/13/EEC.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 2 2024

Roberta BRACCIA, Professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Genova

Barbara CORTESE, Professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo, Università degli Studi Roma Tre

Giuseppina DE GIUDICI, Professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Cagliari

Laura DE GREGORIO, Professoressa associata di Diritto e religione, Università degli Studi di Firenze

Rosa MARIA GAUDIO, Professoressa associata di Medicina legale e Direttrice del Centro strategico universitario di Medicina di genere, Università degli Studi di Ferrara

Angelina CIRILLO, Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Ida D’AMBROSIO, Ricercatrice di Diritto dell’economia, Università “Giustino Fortunato”

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

Aldo Rocco VITALE, Professore di Filosofia del diritto, Università Europea di Roma

Cesare Edoardo VARALDA, Professore invitato, Facoltà di Teologia di Lugano

Michele SPINOZZI, Dottore di ricerca in Diritto dell’economia, Università Politecnica delle Marche

Benedetta VERONESE, Dottoressa di ricerca in Diritto romano e diritti dell’antichità, Università degli Studi di Padova

Christian Giuseppe COMITO, Dottorando di ricerca in Diritto privato comparato, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Archivio giuridico Filippo Serafini *online*

Elenco Revisori
Anno 2024

Aurelio Arnese, Maria Eugenia Bartoloni, Davide Battisti, Rita Benigni, Maria Letizia Bixio, Valerio Bontempi, Rossella Bottoni, Giulia Bovassi, Ugo Bruschi, Susanna Maria Cafaro, Erminia Camassa, Riccardo Campione, Riccardo Cardilli, Federico Casolari, Eleonora Ceccherini, Cristina Ciancio, Giuseppe Comotti, Giuseppe Contissa, Rosa Di Maio, Sabrina Di Maria, Nunzia Donadio, Pietro Faraguna, Francesca Ferrari, Elisabetta Fusar Poli, Sara Galeotti, Francesco Gaspari, Edoardo Giardino, Valerio Gigliotti, Federico Gravino, Damigela Hoxha, Carlotta Ippoliti Martini, Francesca Ippolito, Andrea Magliari, Lorenzo Maniscalco, Francesco Mastroberti, Maria Miceli, Lorena Muscas, Francesca Mussi, Matteo Nacci, Francesca Oliosi, Giovanni Piccirilli, Stefano Porcelli, Francesca Pulitanò, Lea Querzola, Francesco Salvatore Rea, Antonino Restuccia, Fabrizio Rippa, Francesco Rizzi Brignoli, Giulia Rossolillo, Gennaro Rotondo, Corrado Roversi, Patrizio Rubechini, Ilaria Samorè, Nicoletta Sarti, Lorenzo Sinisi, Bruno Tassone, Alessandro Tira*, Antonio Tisci, Daniele Trabucco, Enzamaria Tramontana, Emanuele Tuccari, Davide Tumminelli, Fabio Vecchi, Aldo Rocco Vitale, Andrea Zanotti.

* Il Professor Alessandro Tira ha svolto l'incarico di Revisore prima di diventare membro della Redazione della Rivista.

INDICE DEL FASCICOLO 2 2024

<i>Roberta Braccia</i> , Armare il diritto: la mobilitazione legislativa italiana durante la Grande Guerra.....	464
<i>Luisa Borgia, Rosa Maria Gaudio</i> , La dignità del cadavere e dei resti umani nelle esposizioni. Tra diritto e bioetica	495
<i>Barbara Cortese</i> , La ‘garanzia’ nell’esperienza romana tra le epoche arcaica e classica: il caso dell’evizione	586
<i>Giuseppina De Giudici</i> , Il Mediterraneo da conquistare. Vittorio Amedeo III e la ricerca di una «perpetua e duratura pace» con le reggenze barbaresche (1777-1786)	634
<i>Laura De Gregorio</i> , Laico o religioso? Riflessioni sul censimento canadese del 2021	666
<i>Angelina Cirillo</i> , Criticità della carta fondamentale dell’Italia unita: confronti scientifici sui reati dei ministri (1895)	695
<i>Ida D’Ambrosio</i> , La cessione dei crediti in blocco e la sua attitudine funzionale: dal profilo causale dell’istituto alla questione della prova della cessione	741
<i>Aldo Rocco Vitale</i> , Notazioni sui principali profili problematici della maternità surrogata.....	761
<i>Cesare Edoardo Varalda</i> , Il ‘Consigliere spirituale’ delle associazioni private di fedeli. Una prima lettura del can. 324 § 2	784
<i>Michele Spinozzi</i> , Pluralismo delle fonti e valenza espansiva del principio di proporzionalità nel diritto dei contratti.....	806
<i>Benedetta Veronese</i> , La configurazione dell’appello e l’ammissibilità dei <i>nova</i> in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 <i>de app.</i>).....	818
<i>Christian Giuseppe Comito</i> , Tutela del consumatore e superamento del giudicato: una lettura critica della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, cause riunite C-693/19 e C-831/19, del 17 maggio 2022.....	839

CONTENTS (2 2024)

<i>Roberta Braccia</i> , Arming the Law: Italian Legislative Mobilization during the Great War.....	464
<i>Luisa Borgia, Rosa Maria Gaudio</i> , The dignity of the corpse and human remains in exhibitions. Between law and bioethics	495
<i>Barbara Cortese</i> , The ‘guarantee’ in the Roman experience between the archaic and classical eras: the case of eviction	586
<i>Giuseppina De Giudici</i> , The Mediterranean to be conquered: Victor Amadeus III and the quest for a «perpetual and lasting peace» with the barbary regencies (1777-1786).....	634
<i>Laura De Gregorio</i> , Secular or religious country? Some remarks on the last Canadian census (2021)	666
<i>Angelina Cirillo</i> , Critical aspects of the Constitution of united Italy: scientific comparisons on the crimes of ministers (1895).....	695
<i>Ida D’Ambrosio</i> , The bulk assignment of receivables and its functional aptitude: from the causal profile of the institution to the issue of proof of assignment.....	741
<i>Aldo Rocco Vitale</i> , Notes on the main problematic aspects of surrogacy motherhood.....	761
<i>Cesare Edoardo Varalda</i> , The ‘Spiritual Advisor’ of private associations of the Christian faithful. A first reading of can. 324 § 2	784
<i>Michele Spinozzi</i> , Pluralism of sources and expansive value of the principle of proportionality in contract law	806
<i>Benedetta Veronese</i> , La configurazione dell’appello e l’ammissibilità dei <i>nova</i> in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 <i>de app.</i>).....	818
<i>Christian Giuseppe Comito</i> , Consumer Protection and the overcoming of <i>res judicata</i> : a critical analysis of the judgment of the Court of Justice of the European Union, in joined cases C-693/19 and C-831/19, on May 17, 2022	839

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); Atla Religion Database (ATLA RDB); 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.

