

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VIII – ANNO 2019



CAMERINO

2019

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VIII – ANNO 2019

CAMERINO

2019

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignacio De Cuevillas Matozzi, Rosalía Rodríguez López, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Rolf Knütel (†), Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Maria Paola Mantovani

EMAIL DI CONTATTO

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino.

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** LUIGI LABRUNA, *Romanisti camerti dagli inizi agli anni '70 del Novecento*
- 25** MAURO PELLEGRINI, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo nella legislazione e giurisprudenza più recenti*
- 47** DENIS FRANCO SILVA, *In memoria – Gli animali non sono cose: significato di un'affermazione*
- 55** FRANCO MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*
- 87** STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Stato laico ed effetti civili dei matrimoni religiosi: il caso dell'India*
- 123** ANTONIO FLAMINI, *I diritti umani nella nuova Costituzione cubana: spunti di riflessione*
- 137** FELICE MERCOGLIANO, *Stranieri-non cittadini, mobilità e migrazioni in Roma antica. Alcuni aspetti e problemi*

NOTE

- 161** MARTINA LORENZOTTI, *Le nullità di protezione*

- 179** IVAN APARECIDO RUIZ, *Diversidade cultural e direitos dos animais: o caso da Vaquejada no Brasil*
- 199** BELMIRO JORGE PATTO, *Diversidade cultural, desigualdade social e encarceramento seletivo*

RILEGGENDO

- 209** ROCCO FAVALE, *Le forme convenzionali fra i due codici: dal saggio di Lorenzo Mossa (1919) alla monografia di Anteo Genovese (1949). Mera retrospettiva?*

RASSEGNE

- 239** M.P. M., *Emilio e Ugo Betti. Giustizia e teatro*, a cura di R. Favale e F. Mercogliano, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 59» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) [p. 239] – F. M., Rocco Favale, Giovanni Varanese e Maria Paola Mantovani, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 58», (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) [p. 241] – M.P. G., Stefano Testa Bappenheim, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 61» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) [p. 243] – R. F., Adolfo Di Majo, *Obbligazioni e tutele* (La didattica del diritto civile a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati), Torino, Giappichelli editore, 2019 [p. 245] – F. M., *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato 5-8 settembre 2018 Università degli Studi di Camerino, a cura di Giovanni Perlingieri e Lucia Ruggeri, I; II «Lezioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 41» (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019) [p. 246] – F. M., *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di Elio Lo Cascio e Dario Mantovani, «Pubblicazioni del CEDANT, 15» (Pavia, Pavia University Press, 2018) [p. 251] – M. C., *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione. Camerino 21 maggio 2019*, a cura di Felice Mercogliano e Sara Spuntarelli, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 62» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) [p. 253].

LUIGI LABRUNA*

*Romanisti camerti dagli inizi agli anni '70 del Novecento****a Ignazio Buti con affetto*

«Quando penso al mio debutto come professore di Diritto romano nell'Università di Camerino, il ricordo è quello di una vera e propria tragedia. Avevo scelto come argomento del corso di pandette la materia delle servitù. Mi presentai il primo giorno al mio uditorio di cinque studenti, tutti pressappoco della mia stessa età, armato sino ai denti di appunti e di libri: ma mi sentii talmente intimidito, che non osai aprire la mia borsa né squadernare il Digesto, e meno ancora soffermarmi nella discussione di un qualsivoglia punto controverso: di modo che, al momento in cui il campanello mi avvertì che l'ora di lezione era finalmente trascorsa, io avevo svolto per intero tutto il programma dell'anno».

Avevo letto e riletto questa confessione autobiografica di Vincenzo Arangio-Ruiz (in *Labeo* 3, 1957, 145) quando, agli inizi di novembre del 1967, partii da Napoli per iniziare — immaginate con quale stato d'animo — l'insegnamento di Storia del diritto romano in questa gloriosa Università. A Napoli ero assistente straordinario (su di un posto, invero, a me-

* Professore emerito di Diritto romano dell'Università di Napoli Federico II, già Preside della Facoltà di Giurisprudenza e Rettore dell'Università di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

*** È la traccia di un intervento pronunciato, durante il ciclo di lezioni e seminari dedicato a «Persona, diritto e società» il 14 maggio del 2014 nell'Aula Betti del Palazzo Ducale dell'Università di Camerino. L'ho tenuta da parte per tutto questo tempo con il proposito (non realizzato per l'incalzare di altri impegni e l'affievolirsi, con l'età, delle mie capacità di lavoro) di ampliarla in certi punti e rivederla in altri. Cedo ora alle insistenze affettuose e pressanti dell'amico Felice Mercogliano, che ringrazio molto per voler accogliere queste pagine nella nuova serie degli *Annali* camerti e per avermi invitato a tornare nella mia antica Università, dandomi così l'occasione di rivedere tanti amici di un tempo lontano, per me indimenticabile, tra i quali innanzitutto Ignazio Buti e Pier Luigi Falaschi.

tà: nel senso che dividevo quello che veniva chiamato pomposamente «lo stipendio» — 30.000 lire circa, se non erro — con un altro collega romanista, formalmente meno fortunato). E lavoravo in una Facoltà che già allora contava 6.757 studenti (sarebbero diventati, quando ne fui preside a fine anni '90, intorno a 30.000). In totale gli studenti dell'Ateneo Federiciano erano allora circa quarantamila (37.281 per l'esattezza, di cui 27.073 in corso) e, già questa, sembrava a tutti una cifra enorme (sarebbero giunti, a un certo punto, agli 80.000 e oltre). Si diceva che le strutture scoppiavano, che così non era possibile andare avanti. E i gravi disagi li sperimentavamo quotidianamente, non solo nel passare ore e ore a fare esercitazioni, colloqui ed esami, ma anche con l'essere addetti — noi più giovani — a presenziare, vigili, in un'aula grande di circa 300 posti, all'ascolto delle lezioni che il nostro Professore, il terribile professor Guarino, teneva in un'altra grande aula poco distante e che venivano fatte giungere sino a noi attraverso il gracchiare incerto di un primitivo altoparlante. La cattedra di primo anno di cui il mio Maestro era titolare (le durissime Istituzioni di diritto romano) contava già allora oltre 1.500 iscritti. È facile intendere, dunque, lo shock che quella testimonianza del grande romanista napoletano aveva determinato in me, pronto a calarmi in quella nuova realtà. Tanto più che lo stesso professor Arangio (grande scienziato, parlatore affascinante, uomo politico insigne: antifascista, era stato vicepresidente del Comitato di liberazione nazionale di Napoli durante l'occupazione tedesca, poi ministro dell'Italia liberata, presidente dell'Accademia dei Lincei), il mitico Arangio insomma, personalmente e timidamente interpellato in uno di quegli ormai rari incontri che riuscivamo ad avere con lui (si era trasferito da tempo nell'Università di Roma e tornava a Napoli ogni tanto a trovare la figlia Marina, che era la moglie del professor Guarino, e a visitare il nostro Istituto) sorridendo, mi aveva confermato che i cinque studenti che avevano assistito alla sua prima lezione non erano come i venticinque lettori del Manzoni. Erano stati veramente cinque di numero; e tali erano rimasti per tutto il periodo del suo insegnamento camerte. E non poteva esser altrimenti — mi disse — perché all'epoca (Arangio insegnò qui dal 1906 al 1909) rappresentavano quasi la totalità degli iscritti al corso. Del resto, la situazione non era gran che cambiata — aggiunse — quando era passato ad insegnare a Perugia, né allorché era trasmigrato a Cagliari (nel 1910) e poi a Messina (due anni dopo). E, certo, da questo punto di vista, la situazione non doveva esser stata diversa per tutti coloro che lo avevano prece-

duto nell'insegnamento in questa e nelle altre piccole Università degli Stati preunitari lasciate attive dopo l'Unificazione.

Quando Lorenzo Valerio venne nominato, dopo Castelfidardo, Commissario regio straordinario dei territori delle sei province delle Marche, egli si pose, rispetto alle Università ivi esistenti, che «erano ridotte a tre, tutte di second'ordine, ma pontificie, cioè statuali, secondo la bolla *Quod divina sapientia* (quelle di Camerino, di Macerata e di Urbino), due problemi: mantenerle o sopprimerle? — e mantenutele, lasciarle come erano o modificarle? Deliberò di mantenerle ma ne sopprime le Facoltà di Teologia»; sostituì inoltre alcune cattedre con altre, conformemente alla legge Casati (estesa alle Marche con un suo decreto del 2 novembre 1860, n. 269). Nella Relazione «con cui dava ragione al Governo dei provvedimenti» adottati nei 4 mesi e 7 giorni del suo governo straordinario scrisse: «... ho procurato d'aiutare l'istruzione pubblica e colle istituzioni e cogli eccitamenti e coi sussidi. Le tre Università di Camerino, di Macerata e di Urbino furono riformate per quanto lo concesse la brevità del tempo, e senza inceppare l'azione futura del Governo del Re. Esse hanno potuto essere riaperte senza indugio, e dar frutto di insegnamenti che sono conformi ai bisogni attuali della Società e che sono sostituiti a cattedre di dubbia utilità.

Taluno avrebbe desiderato che io sopprimessi quelle piccole Università almeno in parte. Invece preferii di crescerne la vitalità, poiché pensavo, e penso che tali centri di cultura, massime se antichi, rispondevano all'indole speciale delle varie Provincie d'Italia ed all'energia individua delle sue città».

«Il Governo però non seguì il commissario straordinario in tali intendimenti: le tre Università marchigiane furono tenute in quarantena e reiette. Le Università di Camerino e di Urbino chiesero di diventar libere...; era diventata libera l'Università di Ferrara, lo diventava quella di Perugia. L'Università di Macerata non chiese un tal battesimo di libertà: era di Stato, di Stato voleva rimanere. Lo Stato, però, ad opera degli uomini preposti al Governo l'abbandonava a se stessa, riconoscendola come istituto suo quando gli conveniva... » (la notazione, amara, e che mostra radici profonde dei mali e degli squilibri che oggi ancora attanagliano il sistema universitario italiano, è a p. 46 della parte seconda dello studio dedicato all'*Università di Macerata. Vicende storiche e condizioni presenti* [L'Università di Macerata nell'epoca

moderna (1808- 1905)], redatto, per incarico del Consorzio Universitario di Macerata, che nel 1905 se ne fece editore, da Gaetano Arangio-Ruiz, ordinario di diritto costituzionale, padre del nostro Vincenzo).

Nonostante siffatte difficoltà, tuttavia, «con la trasformazione della Università pontificia in Libera Università – ha scritto il mio amico professor Falaschi, studioso acuto e sapiente anche della storia del nostro Ateneo – Camerino iniziò a vivere una splendida stagione scientifica. Arbitro del governo della Università libera divenne il consiglio comunale, composto - travolta dal nuovo regime la nobiltà papalina - di borghesi, professionisti e proprietari terrieri, di fede liberale e anticlericale, che non avevano esitato a comprare a prezzi stracciati le proprietà confiscate agli enti ecclesiastici. Costoro ebbero l'acume di non affidare incarichi e cattedre a notabili del luogo, come allora avveniva in altre università di provincia, e si rivelarono infallibili nelle scelte. Molti indizi inducono a ritenere che queste scelte, scientificamente azzeccate, si dovessero a puntuali indicazioni della massoneria, alla quale i consiglieri erano aggregati». Per limitarci ai soli romanisti (come dire?) «ufficiali» (e dico così perché, come giustamente ha messo in luce ancora il Falaschi, a quei tempi «tutti i docenti, non solo quelli di diritto civile ma anche quelli che si dedicheranno ad altre discipline, in particolare al diritto pubblico – come ad esempio Ranelletti e Santi Romano – giungevano qui avendo maturato fino ad allora una formazione prevalentemente se non esclusivamente romanista») a Camerino furono chiamati a insegnare negli ultimi vent'anni dell'Ottocento professori di grande qualità, che rispondevano ai nomi di Vittorio Scialoja (1880-81), Pietro Bonfante (1887-89), Gino Segrè (1889-1891), Salvatore Riccobono (1894-1896), Salvatore Di Marzo (1899-1901), docenti giovani (talora, come all'epoca, di frequente accadeva, giovanissimi) tutti destinati a diventare maestri che con le loro ricerche avrebbero influenzato il sapere giuridico del Novecento non solo in Italia.

Figlio di Antonio, grande economista e giurista, di origine procidana, Vittorio Scialoja era stato indirizzato verso la carriera accademica, in cui ebbe immediato successo, da Pasquale Stanislao Mancini. Nato nel 1856, fu nominato straordinario di Diritto romano e civile a Camerino a soli 23 anni, nel 1879, pronunciandovi una celeberrima prolusione intitolata *Del diritto positivo e dell'equità* di cui (credo) gli studenti del professor Mercogliano sanno

tutto, avendone questi trattato con il consueto suo accorto rigore in non poche interessanti pagine dei *Fundamenta*. In quella prolusione – che è stata di recente significativamente riedita nel nr. 1 della nuova serie *on-line* dei benemeriti (e importanti) Annali della Facoltà giuridica camerte – Scialoja motivava la sua «fede positivista» riaffermando la persuasione che il vero diritto fosse solo il diritto statuale, con tre corollari («rilevantissimi», è stato detto: Chiodi). «L'esclusione di ogni riferimento al diritto comune, romano, naturale o all'equità dall'area dei principii generali delle leggi, intesi come 'puro diritto', concetti astratti dalle leggi». «L'attribuzione ai giuristi del compito di costruire 'astraendo ciò che vi ha di comune nelle regole giuridiche, con quello stesso metodo col quale ogni scienza si costruisce' e formando 'del diritto come una piramide, che ha per cima la definizione, per base la regola pratica' e guidando la giurisprudenza». L'attribuzione al solo legislatore del compito «di realizzare le riforme necessarie ad adeguare le norme all'evoluzione della società o dell'equità». Coerentemente con questi enunciati, egli non avrebbe mancato di ammonire in altro suo saggio, anch'esso ben noto (*Diritto pratico e diritto teorico*, 1911), sui pericoli del giusliberismo. «Il diritto libero – scriveva – significa, invero, questo: l'onore, il patrimonio e tutti gli interessi di ciascuno di noi rimessi all'arbitrio di Tizio, di Caio o di Sempronio solo perché siedono su un determinato scanno»; non il giudice ma il legislatore deve «tener conto delle correnti extralegali per farle diventare legali» e deve essere sempre il legislatore a lasciare in certe materie «al magistrato una certa libertà, quando la materia non sia ancora cristallizzata in linee nette nella coscienza giuridica». Non di più.

Come non sentire un'eco forte di tali proposizioni nel dibattito giuridico contemporaneo sul «difficile rapporto tra il giudice e la legge» a cui di recente ha, tra l'altro, dedicato un importante libro un giurista che ha onorato la cattedra di procedura civile di questa Facoltà di cui è stato anche preside, Giovanni Verde (già magistrato, poi professore a Napoli e quindi alla Luiss, già vicepresidente del Consiglio Superiore della magistratura). Tema attualissimo e, insieme, «senza tempo», per usare un'espressione felice di un giovane filosofo del diritto napoletano, formatosi nella nostra scuola romanistica, Carlo Nitsch, del quale non molti mesi fa è apparso un volume molto interessante intitolato proprio *Il giudice e la legge*, Milano 2012. Opera dedicata all'analisi del consolidamento e della crisi, nell'ambito della cultura giuridica italiana del primo Novecento di un paradigma essenziale del pensiero

giuridico moderno: quello della decisione giudiziale quale esito di un ragionamento rigoroso, condotto secondo uno schema sillogistico, opportunamente integrato da un atto di volontà del giudice. Ma, soprattutto, tema di straordinaria complessità teorica e tecnico-giuridica, in qualche modo anche acuita dall'ormai consolidata sottoposizione delle nostre norme statali al primato del diritto comunitario.

Ma torniamo a noi. Di Scialoja, «giurista completo nel senso proprio del termine, convinto assertore dell'unità e universalità del diritto e della necessità di coltivare ogni campo del sapere giuridico, senza rinchiudersi in una definita specializzazione» e tuttavia non solo esperto ma grande sostenitore «del valore scientifico» del diritto romano e del rilievo per i giuristi di una completa formazione romanistica, naturalmente ci sarebbe molto e molto ancora da dire. E così sarebbe molto interessante esaminare e valutare la sua esperienza (pur breve) di ministro guardasigilli, di caposcuola. Oggi, qui, non è possibile. Voglio solo ricordare che furono suoi allievi (e che allievi!) Ascoli, Bonfante, de Ruggiero, Segrè, Vassalli (per citarne solo alcuni). Di questi, Bonfante e Segrè gli succedettero (rispettivamente nel 1887-89 e nel 1889-1891) nell'insegnamento del diritto romano qui a Camerino. Di quella sua giovanile esperienza Vittorio Scialoja parlava spesso nell'età matura. Fra l'altro ripetendo più volte (Falaschi lo ha ricordato) l'episodio del bidello che, ignaro del protrarsi della lezione oltre ogni previsione per l'interesse estremo suscitato dal docente, aveva chiuso il cancello del palazzo e costretto lui e i suoi studenti a scavalcare la barriera irta di punte per uscire.

Se Scialoja è stato «il grande e consapevole rinnovatore degli studi romanistici in Italia, a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, è però al suo allievo Pietro Bonfante che si deve la diretta fioritura di una generazione di nuovi studiosi maturati grazie alla sua incessante attività» scientifica, didattica e accademica. Umberto Ratti, Guglielmo Castelli, Mario Rotondi, Emilio Albertario, Pietro de Francisci, Paolo Frezza, Edoardo Volterra: sono almeno due generazioni di grandi romanisti (ancora una volta: alcuni di loro «camerti») che si sono formate sulla base dei suoi insegnamenti e hanno lavorato sotto lo stimolo delle sue ricerche, il cui nucleo originario affiorò prepotentemente già nella tesi di laurea del 1887 sulle *res mancipi* e *res nec mancipi*, le forme di appartenenza dei beni nella società romana ar-

caica, argomento approfondito e sviluppato in una monografia pubblicata in due parti nei due anni immediatamente successivi. Motivo fondamentale delle sue grandi ipotesi ricostruttive, riprese, integrate e presentate ben più mature in occasione della ripubblicazione nel 1918 nel secondo volume degli *Scritti* di quel primo fondamentale suo saggio giovanile, è (sintetizzo e semplifico naturalmente) che la storia degli istituti è sedimentata negli elementi della loro struttura organica e quegli elementi strutturali, che appaiono contrastanti o estranei alla funzione economico-sociale di un istituto così com'è conosciuto, rivelino che in epoca precedente e remota quell'istituto assolveva una funzione diversa. Di qui le sue notissime teorie sulla originaria natura politica della famiglia, dell'eredità come strumento di trasferimento della sovranità, della proprietà come potere sovrano del *pater familias* e delle obbligazioni come espressione, in epoca arcaica, di rapporti internazionali.

Si trattava – ha scritto un altro romanista «camerte», nostro contemporaneo, Luigi Capogrossi Colognesi (marchigiano d'origine), che del Bonfante e delle sue teorie è, credo, oggi, uno degli studiosi più originali e autorevoli – «delle varie ipotesi sul processo di formazione delle strutture fondanti la stessa società civile, nel variegato intreccio delle strutture familiari, con i relativi sistemi d'appartenenza, e delle primitive forme politiche». Si trattava, insomma, «né più né meno, che dell'ambiziosa idea di dar conto delle 'origini della famiglia, della proprietà e dello Stato'» per usare la formula fortunata «di un libro apparso in quegli anni e destinato a restare così a lungo famoso».

Nella loro essenza storica, per Bonfante, proprietà e sovranità «non erano disgiungibili». Ma in tal modo – osserva ancora Capogrossi – «appare abbastanza evidente come quella proprietà individuale la cui contestazione serpeggiante lungo il corso di tutto il secolo tanti timori poteva suscitare nelle società borghesi, veniva esaltata, insieme allo Stato, come l'irrevocabile punto d'arrivo di una storia della civiltà umana...». Le ipotesi bonfantiane, ricche di suggestione, sono entrate nel profondo della tradizione romanistica, non solo italiana, come dimostra «il riemergere sino ai giorni nostri di significativi blocchi della sua ricostruzione» (ad es. il potere 'unitario' del *pater familias* arcaico), purtroppo sovente «decontestualizzati e privi di quella razionalità che conferiva loro l'esser elementi costitutivi di una complessa e ambiziosa ricostruzione di un intero sistema di forme giuridiche». E tuttavia

non di rado il «metodo naturalistico» bonfantiano riaffiora con fecondi esiti anche in studi recenti.

A Bonfante seguì immediatamente nell'insegnamento camerte (nel 1889) un altro allievo del grande Scialoja, Gino Segrè, avviato agli studi romanistici da Contardo Ferrini. La sua produzione romanistica, «vastissima e variegata», è racchiusa soprattutto in una miriade di brevi saggi raccolti in quattro volumi di *Scritti giuridici* (il primo dei quali, con una prefazione di Bonfante, apparve nel 1930, mentre gli altri tre ebbero un destino editoriale e una diffusione particolarmente travagliati a causa delle persecuzioni razziali: ne fu vietata la diffusione e vennero distribuiti in poche copie ai soli sottoscrittori) e in due altre raccolte, pubblicate la prima (*Scritti vari*) nel 1952, a dieci anni dalla morte, e la seconda nel 1972. Quest'ultima con un titolo particolarmente significativo (*Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*) che mette bene in luce – come sottolineò Giuseppe Grosso, suo allievo, nella Prefazione – la ben evidente «linea di continuità» esistente tra la matrice pandettistica della sua formazione e le successive evoluzioni delle sue ricerche, le cui caratteristiche (anche di metodo) appaiono rispecchiate in sintesi nel saggio – che Grosso giudicò «imponente per la vastità e densità delle ricerche e il valore dei risultati» – su *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano* (in *Scritti Bonfante* II, 1930). In questo scritto (per dirla con il Nicosia) «attraverso l'analisi dell'uso di tali termini nelle fonti, Segrè mette in luce come già in epoca classica matura questa terminologia non era più rigorosamente limitata ai rapporti tutelati dallo *ius civile*, ma era stata variamente estesa a quelli tutelati dal pretore»: risultato questo che ha influenzato e orientato profondamente le ricerche successive. Ancora una volta, alcuni dei suoi numerosi e importanti allievi, non solo romanisti (Zanzucchi, Betti, Candian, Grosso, Astuti, Pugliese), hanno ricoperto cattedre camerti e su alcuni di loro, cercherò, se il tempo lo consentirà, di brevemente tornare.

Terzo grande allievo di Scialoja, anche Salvatore Riccobono *senior* (il nipote, *junior*, ha insegnato a lungo a Palermo nella seconda metà del Novecento) è da annoverare tra i romanisti «camerti» per esservi venuto a insegnare nel 1894. Laureatosi a Palermo con Giuseppe Cugino, aveva studiato a lungo in Germania frequentando i seminari di Lenel, Gra-

denwitz, Dernburg, Bremer, soprattutto Windscheid. Tornato in Italia si perfezionò a Roma alla scuola di Scialoja. Fu chiamato come ordinario a Palermo nel 1900, dove sarebbe stato poi rettore (1908-11) e a lungo preside della Facoltà giuridica (dal 1921 al 31). Vi fondò gli *Annali del Seminario Giuridico*. Tenne corsi a Londra (nel 1924) e (nel 1928-29) a Washington dove fu creato il «Riccobono Seminar of Roman Law» e la rivista romanistica *Seminar*. Insegnò poi alla Sapienza sino al 1935 e, diventato emerito, alla Lateranense.

Sempre molto semplificando, a lui si debbono le premesse culturali di quello che poi è stato il sano superamento (non la scomunica o l'abbandono che taluni sconsiderati ormai praticano) del metodo critico esegetico il quale – è bene ribadirlo – ancor oggi è ben lontano dall'aver esaurito la sua funzione e resta indispensabile per la romanistica contemporanea, come per ogni altra scienza storica dell'antichità. Al di là degli eccessi della cd. «caccia alle interpolazioni» (eccessi che furono una evidente distorsione dell'indirizzo critico, che trovò nel saggio di Otto Gradenwitz sulle *Interpolationen in den Pandekten* una delle prime consapevoli e fortunate formulazioni teoriche), alla base delle nostre ricerche resta, infatti, irrinunciabile la necessità di cogliere le mutazioni subite nelle varie fasi della loro utilizzazione dalle fonti attraverso le interpolazioni e i glossemi e di comprenderne i motivi, che possono esser stati i più vari e che proprio per la loro varietà rendono la meccanica contrapposizione tra classico e non classico, tra classico e giustiniano insoddisfacente. Come meno ancora soddisfa l'attribuzione esclusiva a Giustiniano e ai suoi legislatori delle non poche mutazioni che quelle fonti mostrano di aver subito.

Lo sforzo di studiosi quali Emilio Albertario, che pure insegnò qui dal 1912 al 1916 (dopo Arangio-Ruiz, quindi) o Siro Solazzi (marchigiano di Jesi, maestro del mio maestro Guarino a Napoli dove insegnò per vari decenni) «intesi a fermare il pensiero classico negli schemi fissati tra la fine della Repubblica e l'inizio del Principato da Servio Sulpicio Rufo e da Massurio Sabino, opponendolo al pensiero giustiniano come la tesi all'antitesi» (così l'Arangio) è ritenuto ormai, e non da oggi, improduttore. E non perché sia prevalso puramente e semplicemente l'orientamento riccoboniano (non di rado confuso con un atteggiamento puramente antinterpolazionistico di quel maestro e della sua scuola), ma perché la tendenza interpolazionistica, come del resto la convinzione del Riccobono,

secondo cui «il diritto romano si sarebbe organicamente sviluppato lungo una linea che, per quanto frastagliata e irregolare, poteva dirsi unitaria» – sicché «tutti gli elementi del diritto giustiniano erano già vivi e operanti sullo scorcio dell'epoca classica» – ha dovuto misurarsi con altri indirizzi storiografici, portatori ognuno di talune verità parziali e destinati ad integrarsi a vicenda, a correggersi, a fondersi l'un l'altro.

La pluralità di temi, di prospettive e di metodi è caratteristica vitale della scienza romanistica e si riflette inevitabilmente nella varietà delle indagini condotte dai romanisti dei vari Paesi. La biblioteca Valentiniana, biblioteca centrale della Università fino al 1910, conserva molta letteratura giuridica straniera che mostra l'apertura all'Europa dei docenti di fine secolo XIX e di inizio del successivo che qui all'epoca hanno insegnato. I registri di prestito segnalano altresì l'interesse dei romanisti camerti per la Glossa accursiana, per i commentatori, e soprattutto per i culti. Betti dichiarava di preparare le lezioni sul Cuiacio.

Ho accennato ad Albertario ricordando il suo esordio camerte. La sua figura si impone nella storia della romanistica italiana per la sua produzione scientifica vastissima, ma che egli stesso (esagerando) definì «frammentaria» giacché aveva lavorato (scrisse) «un po' qua e un po' là scorrendo tutto il vasto territorio del diritto romano, passando improvvisamente da un punto all'altro seguendo l'ispirazione, voglio dire l'impulso a intraprendere un'indagine che offriva o la valutazione di un libro altrui o la preparazione di una lezione o la lettura fatta senza precisa meta di un passo delle fonti. Anche quando mi sarebbe stato facile coordinare le varie ricerche intorno a un determinato istituto e 'fare il libro' – disse – l'impaziente desiderio di altre ricerche sopravveniva e mi faceva considerare più utile non arrestare mai la lena dell'indagine esploratrice». Ma quella della frammentarietà della sua opera è un'impressione superficiale. «Quando quei suoi scritti vengono raccolti in volume, si vede (ha scritto Grosso) che si tratta di una poderosa opera unitaria, in cui domina una visione generale». Del metodo interpolazionistico, Albertario ha ereditato e rinverdito il retaggio degli umanisti (ha sottolineato in una voce a lui dedicata Giovanni Negri). Al senso storico e del sistema in lui si aggiungeva «l'attitudine e la perizia esegetica».

Albertario merita di esser ricordato tra i grandi maestri anche per aver indirizzato allo studio del diritto romano numerosi allievi di valore e aver creato una scuola parallela a quella di Riccobono. La rivalità disinteressata fra i due maestri «toccò punte episodiche famo-

se». Poi, dopo il ritiro di Riccobono per ragioni di età, quello di Albertario fu un *principatus* indiscusso per anni. Ebbene «di quel principato accademico egli seppe fare l'uso migliore, per equilibrio, per imparzialità, per bontà verso tutti. Tutti quanti siamo saliti su cattedre italiane in quegli anni – ha scritto Guarino, che non è stato suo allievo – dobbiamo a lui l'aiuto decisivo, quali che fossero le scuole onde uscivamo e le persone, eventualmente in disgrazia politica, al cui esempio avevamo ispirato le nostre ricerche e i nostri metodi».

Dell'esordio camerte (nel 1906) di Vincenzo Arangio-Ruiz ho detto. Partendo da quell'esperienza, che rievocava spesso con ironia e molta nostalgia, egli divenne uno dei più brillanti didatti ed oratori che si ricordino. La sua carriera, brillantissima, lo portò ad insegnare (come tutti gli altri di cui stiamo parlando) in varie università, non solo italiane. Nel 1921 fu chiamato a Napoli dove fu titolare (e per un breve periodo Preside) sino al '44 quando si trasferì a Roma. Per un lungo arco di tempo (dal 1929) egli (tra i firmatari, nel 1925, del *Manifesto Croce* per la libertà della scienza) si mise in congedo in Italia andando a insegnare Diritto romano nell'Università del Cairo per sottrarsi, almeno parzialmente, al clima culturale e politico imposto dal regime fascista.

Quella sorta di suo esilio volontario in Egitto durò sino allo scoppio della seconda guerra mondiale. Fu il tempo allora per lui dell'impegno politico clandestino, del Comitato di liberazione e poi, caduto il regime, dell'assunzione di responsabilità ministeriali (alla Giustizia e all'Istruzione) nei governi Badoglio e Bonomi (nel '45, nel breve periodo in cui fu ministro della Pubblica Istruzione, Arangio-Ruiz tenne a compiere una visita a Camerino, concedendo anche un finanziamento straordinario all'Università allora in gravi difficoltà economiche).

Riprese l'insegnamento in Egitto, nel 1947, e lo continuò sino ad epoca nasseriana non solo al Cairo ma anche ad Alessandria. Il ricordo del suo fascino di insegnante straordinario era ancora vivo in questa Università quando negli anni '80-90, rinverdendo una tradizione che purtroppo ora si è interrotta, vi ho tenuto per parecchi semestri corsi di dottorato in quella Facoltà di diritto nel cui Decanato faceva bella mostra di sé una foto giovanile di Arangio in toga e fez a fianco di quelle di tanti altri professori italiani che nel secolo scorso vi insegnarono, formando allievi ormai diventati anziani docenti o professionisti affer-

mati ed influenzando non poco non solo la scienza giuridica di quel Paese, ma la stessa codificazione del diritto civile egiziano (tra gli altri Pacchioni, Delogu, Betti, Quadri, Gorla).

Gran parte della produzione romanistica vastissima di Arangio (a parte i suoi celeberrimi corsi monografici e i suoi ancor oggi insuperati manuali di *Istituzioni* e di *Storia del diritto romano* che non vi è, credo, nessuno, dei romanisti non solo, ma dei giuristi, che non abbia letto con profitto e con piacere) è stata raccolta da Buti e da me qui a Camerino in quattro volumi (tra il 1974 e il 1977) mentre gli *Studi epigrafici e papirologici* (discipline in cui pure egli eccelse) furono ristampati in un volume a Napoli da Lucio Bove (ancora nel '74). «La predilezione di Arangio per il diritto romano – scrisse di lui Lauria – si attua in una ricostruzione perfetta della sua vita per ogni dove nell'impero, si universalizza a visione completa dell'*oikumene* di Dione di Prusa, dell'*orbis* di Rutilio Numaziano. E lo percorre nella *Storia*, libera dalle pesanti tradizioni di schemi giuridici e di criteri storiografici sorpassati... Arangio ignora gli indirizzi esclusivi perché vive nella storia e pensa con fede appassionata per conformazione spirituale che la storia è vita, la nostra vita. E la storia è estranea agli indirizzi astratti, alle sistemazioni provvisorie, come l'arte ai generi. La storia è una e infinita: le ricerche molteplici di Arangio la realizzano nella sua varietà».

Fino alla morte, intervenuta nel 1968 nella sua villa di Camorciano, Emilio Betti, nato qui a Camerino nel 1890, celebrava il giorno 17 novembre come quello della sua prima lezione tenuta (nel 1917) in questa Università da vincitore della Cattedra di diritto romano (vi insegnò sino al 1922 e vi tenne anche l'incarico di Diritto processuale civile). Volle tornarvi da libero docente nel '67, cessato il suo insegnamento alla Sapienza per limiti d'età, evento per lui traumatico che lo spinse a scrivere al ministro della Pubblica Istruzione, che (altri tempi!) gli comunicava il provvedimento, una vibrante lettera. Seguì alcune delle sue splendide, ma difficili, lezioni e ne trassi profitto. La sua eccezionale cultura lo portò ad insegnare in Italia e all'estero oltre che diritto romano e procedura civile, diritto internazionale privato, diritto agrario, diritto comparato, diritto civile, teoria dell'interpretazione. La sua produzione camerte fece epoca e sfociò in un importante saggio su *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi* pubblicato nel 1919. Celebre la sua monografia sulla *Teoria generale del negozio giuridico* del 1943, in cui, contrastando il dogma della volontà, all'epoca

dominante, che faceva discendere il carattere vincolante dell'obbligazione contrattuale dalla volontà del soggetto contraente, Betti «rivendicava la subordinazione del negozio giuridico alla norma statuale per il fatto stesso d'essere esso caratterizzato dalla tipicità, così come prefigurabile, se non rintracciabile nella realtà sociale da parte dell'ordinamento. Una visione – ha scritto il suo allievo Salvatore Tondo – che si può anche descrivere come incline all'autoritarismo e in piena sintonia con le concezioni fasciste condivise dal Betti, ma che a lui appariva in gran parte un ritorno al diritto romano e, inoltre, all'interpretazione corrente della scienza medievale».

Nel 1944 Betti fu arrestato qui a Camerino per disposizione del CLN. Fu salvato dalla fucilazione da un collega che vi apparteneva, il quale lo riconobbe e lo fece passare per malato di mente. Dei fondamentali contributi di Emilio Betti nel campo della teoria dell'interpretazione si è ripetutamente parlato in questa Università che ha il vanto (insieme con la Sapienza di Roma) di aver istituito già negli anni '50 un Istituto, ora Fondazione, intitolata al Maestro e dedicata a tali studi.

Voglio ancora ricordare, per concludere questo medaglione, di necessità sommario dedicato al professor Betti, la prolusione che egli tenne nel novembre del 1927 all'Università di Milano su *Diritto romano e dogmatica moderna*, pubblicata in due parti nell'*Archivio Giuridico* del 1928 e del 1929, nella quale, sul tema del rapporto tra l'ermeneutica antica e quella contemporanea sosteneva che lo studio del diritto romano non poteva non servirsi della dogmatica moderna. Al fine di verificare (per dirla con Tondo) «le potenzialità di quest'ultima anche attraverso l'indagine storica, in nome di una stretta continuità giuridica con il passato e in funzione dei necessari adattamenti interpretativi per il futuro». Sul tema tornò con sviluppi e approfondimenti nella prolusione romana all'insegnamento di diritto civile su *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), con lo studio su *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici* pubblicato nel 1949 dedicato soprattutto all'interpretazione analogica sino al fondamentale trattato intitolato *Teoria generale dell'interpretazione* del 1955 tradotto, con modifiche, in tedesco nel 1967 e ripubblicato in seconda edizione da Giuliano Crifò nel 1990.

«Una piccola Università non può vivere senza il sostegno scientifico e l'avallo politico di grandi sedi, che sole possono selezionare le vocazioni allo studio tra un numero rilevante di aspiranti, proporre metodologie e campi avanzati di ricerca, sostenere i giovani durante l'apprendistato, orchestrare le prove concorsuali» ha scritto in un saggio di grande eleganza, intitolato *Una città universitaria*, Pier Luigi Falaschi, storico sapiente e raffinato, ricostruendo una realtà che purtroppo tende sempre più a scomparire. Aggiungendo: «una grande Università, rigurgitante di maestri, a sua volta, non può svilupparsi e avere ricambio senza l'ausilio di piccole Università, aperte ai giovani talenti, disponibili a favorirne il tirocinio e la crescita in misurata autonomia, ma soprattutto a bandire concorsi. Le modalità del collegamento satellitario non si legano a carte ufficiali, ma ad un giro di relazioni che si perde coi protagonisti; il collegamento tuttavia resta evidentissimo nella concatenazione delle provenienze, delle discepolanze, dei vincoli di sangue ed amicali».

«La Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, ad esempio, per oltre un cinquantennio, nonostante la sfavorevole dislocazione geografica – ricorda – è stata influenzata fortemente dall'Università di Torino». Già negli anni '20 venne qui a insegnare Mario Allara, civilista di origini palermitane (allievo di Giuseppe Messina) le cui prime indagini scientifiche (sulla novazione, il prelegato, la prestazione in luogo dell'adempimento) risentono molto della sua forte preparazione romanistica. Allara è noto, oltre che per i suoi studi, per essere stato rettore di Torino ininterrottamente dal 1945 al 1972, il che (dice Falaschi) fu per lui «fonte di amarezza estrema dopo anni trionfali e forse causa non ultima della sua morte». In una conferenza a Camerino nei tardi anni '50 (ricorda) Allara rievocò «la soddisfazione per la sua prima lezione e il contrappasso poco dopo subito: usciva raggiante per l'ora e il luogo quando una palla di neve lanciata con forza abbatteva il borsalino e, insieme, il suo proprietario, instabile sulla prima lastra di ghiaccio». Nella stessa occasione celebrò «la donna, ai suoi di bellissima, ridotta poi, come la già vispa Teresa della parodia, a gestire uno spaccio di sali e tabacchi».

Insegnarono poi qui a Camerino Storia del diritto italiano Edoardo Ruffini, Mario Chiaudano, Dina Bizzarri, Guido Astuti. Tra i piemontesi, figurano altresì il cognato di quest'ultimo, il civilista Carlo Maiorca, Norberto Bobbio, il romanista Silvio Romano e il fratello Salvatore («spediti entrambi a Camerino dal padre, il grande Santi Romano, a sua

volta ex camerte e in quegli anni alla presidenza del Consiglio di Stato. Già avviati ad altre carriere – racconta ancora Pier Luigi Falaschi – furono convinti ad orientarsi verso quella universitaria coll'apologo dei venti minuti: il docente non è onnisciente, deve studiare per insegnare; l'importante è che nell'apprendimento batta lo studente sul tempo ...»).

Tra i piemontesi (la cui presenza si protrarrà negli anni con docenti e amici, anche miei, indimenticabili come Mario Longo, Pier Giovanni Caron, Giuseppe Provera, Ignazio Manzoni, Carlo Ettore Maiorca, Giorgio Brosio, Pier Vincenzo Bondonio) spicca il nome di Giuseppe Grosso, allievo di Segrè dal quale ereditò (cito Guarino) «la riluttanza verso affermazioni decise, verso ricostruzioni nette, verso teorie falsificatrici della varietà della storia e dell'intima contraddittorietà della vita». Il che «non derivava da poco rigore» ma «da troppo scrupolo storiografico». Di qui, «quadri pieni di chiaroscuri... che rendevano in modi tutti particolari la complessità delle vicende e degli istituti del passato».

Giunse a Camerino giovanissimo, nel 1928, dopo aver compiuto ricerche importanti sui *bonae fidei iudicia*. Insegnò in varie Università e fu chiamato a Giurisprudenza di Torino nel 1935. Lì è rimasto sino alla morte improvvisa nel 1973 ricoprendo anche a lungo l'ufficio di Preside. Significativi i suoi «corsi» sui diritti reali, sulle obbligazioni, sugli schemi giuridici e la realtà sociale. Pubblicò altresì un manuale di *Storia del diritto romano*, oltre a vari contributi di diritto civile moderno. Ha lasciato una traccia profonda, oltre che per la sua produzione scientifica vastissima, per il suo impegno sociale e politico. Nel 1944 fu arrestato per la sua partecipazione al movimento di Liberazione. Uscito dal carcere, visse alla macchia nel Torinese e collaborò ad alcune pubblicazioni clandestine. Dopo la Liberazione continuò a collaborare a vari giornali «manifestando un pensiero ispirato al riformismo sociale cristiano» e scrivendo su legalità, scuola, democrazia, Costituente, politica cittadina e nazionale. Esponente della Dc, fu a lungo presidente della provincia di Torino (dal '51 al '65) e poi sindaco del capoluogo piemontese (dal '65 al '68). Rimase sempre legato a Camerino e ai docenti camerti.

A Camerino Grosso tornò relativamente spesso: soprattutto quando venne qui ad insegnare il suo allievo Giuseppe Provera. Ricordo un suo appassionato ed entusiasmante

intervento, solo qualche mese prima della sua scomparsa, ad un seminario su «la concretezza della giurisprudenza romana» tenuto in questa Facoltà, oltre che da lui, dai suoi allievi Filippo Gallo e Lelio Lantella, da Capogrossi Colognesi e da me. Pubblicammo le relazioni svolte in quell'occasione in un volume di *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* (la rivista che qui fondai nel '70) a lui dedicato, nel cui «editoriale» cercai di mettere in luce «l'essenza vera, i significati profondi della 'potente originalità' del suo insegnamento: il cercar di ristabilire sempre – con l'attenzione partecipe al 'concreto' che 'schematismi' storico-costruttivi o ideologici velano, distorcono ma non cancellano – una sempre 'più umana, e perciò più complessa verità'».

Quell'ultima volta che venne a Camerino Grosso volle visitare la signora Silvia Pifferi, titolare d'una pensione destinata prevalentemente a professori, la stessa nella quale Emilio Betti, non ancora sposato, consumava i pasti con la madre e nella quale avrebbe conosciuto la futura moglie, Gemma Lombardi (1906-2002). A lui e ad Allara la nostra Facoltà intitolò l'Aula magna. Durante la mia presidenza, l'importante biblioteca romanistica di Grosso fu acquisita, grazie all'intervento finanziario del rettorato di Pietro Perlingieri, alla Facoltà.

Nel 1933 fu incaricato di Diritto romano qui a Camerino un altro eminente romanista (siciliano stavolta, allievo di Riccobono): Cesare Sanfilippo. Celebre anche per essere stato ininterrottamente Rettore dell'Università di Catania dal '50 al '74, dopo essere stato Preside di quella Facoltà giuridica dal '44 al '50. A Catania, egli fondò nel 1950, insieme con Antonio Guarino, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, ancora oggi una delle più autorevoli (con *ZSS*, *Index* e *SDHI*.) riviste specialistiche europee. Studioso originale e brillante, fu autore di monografie e saggi e di svariati corsi universitari (da ultimo, sulle *servitutes personarum*, 1960). Grande didatta, il suo limpidissimo manuale di *Istituzioni di diritto romano* (1944) ha avuto grande fortuna e numerose edizioni.

Fu ospite dell'Università in cui aveva iniziato il suo insegnamento, venendo a vivere qui, giovanissimo, con la moglie appena impalmata, negli anni '70, durante il mio rettorato, e volle ritrovare la casa in cui avevano abitato quarant'anni prima, rivedere Venanzio, il

vecchio custode e factotum della Facoltà, ormai in pensione, ricostruire gli itinerari percorsi nei dintorni in quegli anni lontani.

«Semenzaio (accademico) d'Italia», come felicemente definisce Falaschi in quel bel saggio che ho citato la sua antica «città universitaria», qui si alternarono sino agli anni '60 ancora molti altri importanti e noti romanisti su cui manca il tempo di soffermarci adeguatamente (lo potremo fare, spero, in un'altra occasione): Riccardo Orestano, Guglielmo Nocera, Fabio Lanfranchi, Carlo Alberto Maschi, Giuseppe Provera, Santi di Paola, Giovan Battista Impallomeni, Ferdinando Bona. Cercherò di delineare tratti della personalità di qualcuno di loro con cui, per vari motivi, ho avuto maggiore consuetudine di rapporti.

«Personalità originale, eterodossa; sovvertitore di schemi consolidati...»: così definisce Riccardo Orestano (di origine siciliana, allievo di Riccobono, che insegnò a Camerino dal 1935 al '37) la sua allieva Campolunghi, la quale ricorda come già nei suoi lavori giovanili sul potere augusteo egli operò «un ripensamento di categorie pubblicistiche ripreso negli anni Sessanta attraverso la nozione di 'fatti di normazione' incidendo oltre i confini di materia». Studiando il regime augusteo, egli sostenne di aver individuato «una nuova costituzionalità» che (scrive) «si andava creando continuamente al seguito dei fatti», dando così legittimità al potere del *princeps*. Utilizzò poi i risultati di quei suoi primi lavori, approfondendoli ed estendendone il campo, nella prolusione cagliaritana del '38 su Augusto e la *cognitio extra ordinem*. Una serie di studi di carattere metodologico servirono come nucleo del fortunato saggio intitolato *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1953, 2ª ed. 1961), in cui dette «specificità di giurista allo storico del diritto». Seguirono alcune monografie, spesso risultato dei corsi d'insegnamento tenuti a Roma: *I fatti di normazione nell'esperienza romana* (1967); *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano I* (1968); inoltre, *'Diritto'. Incontri e scontri* (1981), che hanno esercitato (e ancora esercitano) notevole influenza anche sui giuristi positivi. I suoi molti scritti «minori» sono stati raccolti, a cura dell'allievo Mantello, in quattro volumi della collana «Antiqua» diretta da me e Carla Masi. Orestano è scomparso nel 1988.

Forte impatto ha avuto la presenza a Camerino di un altro allievo di Giuseppe Grosso, Giuseppe Provera, del quale il rettore Buti, che lo ebbe come primo maestro, ha schizzato un breve ritratto sentito, affettuoso e veritiero, in una pagina introduttiva di un volumetto in cui sono raccolti i testi dei discorsi commemorativi tenuti in questa Università nel 1991 da Filippo Gallo e Franco Casavola nonché uno scritto di Giovanni Pugliese pubblicato nel volume XIX di *Index* che a lui dedicammo.

«Professore rigoroso, eppur comprensivo, austero eppur pieno di senso dell'umorismo – ha scritto Buti –, che univa tante qualità umane (le più preziose dissimulate dalla riservatezza) a qualità di studioso appassionato e geniale, di giurista e storico acuto, di intellettuale che credeva nel valore della ricerca. E certe doti appaiono oggi tanto più eccezionali sol che si misurino con l'arrivismo e la grossolanità intellettuale di certi giovani debuttanti. Mi piace ricordare quel che affermò Silvio Romano a Torino in occasione della sua scomparsa: 'Provera non faceva il professore universitario per mestiere, era professore universitario'. Lo era – aggiunge Buti – non solo per lo stile della persona e l'impegno nella ricerca, ma anche per l'entusiasmo e la generosità con cui si dedicava all'insegnamento.

A Camerino Provera insegnò Diritto romano e talora anche Istituzioni dal 1953 al 1968: un periodo non breve durante il quale si legò di amicizia fraterna con molti colleghi (Palazzolo, Rasi, Malintoppi) e, quel che più conta, conobbe e sposò Maddalena Zucconi Galli Fonseca, sua antica allieva. Conseguita la cattedra a Torino, Provera continuava a trascorrere nell'antica casa di Montagnano lunghi periodi durante i quali non solo seguiva le più importanti manifestazioni musicali della regione ma attendeva altresì serenamente allo studio, frequentando la Biblioteca di Facoltà. Era una gioia trovare inaspettatamente il Professore immerso nella lettura in una delle stanze del palazzo ducale, deserto per la diaspora estiva, e poter intrecciare con lui, sempre disponibile, lunghe appassionate conversazioni su temi romanistici, dopo le quali gli orizzonti si dilatavano, i dubbi trovavano soluzioni logiche impreviste ...». Non mi dilungo. Dell'opera scientifica di Beppe Provera che mi onorò della sua forte amicizia è testimonianza ampia ed accorta nei

saggi che – come detto – Ignazio Buti ha raccolto e che sono reperibili al n. 2 (1993) della Collana della Facoltà camerte intitolata «I maestri».

Giovan Battista (Titta) Impallomeni, di scuola padovana (Luzzatto, Voci), giunse come incaricato a Camerino nel 1958 e vi rimase sino al '64, allorché venne chiamato a Trieste. Ma anche negli anni successivi non mancava ogni tanto di tornare qui, avendo stretto rapporti di amicizia con molti di noi e sentendosi legato alla nostra cittadina al punto da essersi voluto sposare in questa nostra città nel 1960 nella cappella privata dell'arcivescovo Giuseppe D'Avack, con cui aveva personale familiarità (mesi prima aveva disertato la cerimonia per la quale s'era invece presentata la sola fidanzata). Tra la sua ampia bibliografia spiccano il saggio su *L'editto degli edili curuli* (1955), gli *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico* (1958), il volume su *L'efficacia del fedecompresso pecuniario nei confronti dei terzi. La 'in rem missio'* (1967).

Una riflessione viene spontanea in mente nel rileggere, sia pure rapidamente, questi e gli altri scritti di Impallomeni. In essi l'autore, nel ripercorrere il tempo ed il vissuto (le esperienze giuridiche, sociali, economiche, morali degli uomini: soprattutto dei giuristi e magistrati dell'antica Roma) ribalta il tradizionale rapporto di sudditanza dello scrivente con il proprio sapere. E con il passato. Che mai viene inteso da lui – anche negli scritti non romanistici – come rifugio, evasione, mera ricerca del perduto. Ma diventa elemento promotore di un'avventura conoscitiva che si esplica attraverso l'analisi tecnico giuridica non solo, ma l'evocazione di eventi remoti o più recenti, che tutti si attualizzano nel loro significato etico. E si trasformano in giudizi. In indicazioni. In aspettative per il futuro. In valori, di cui si lasciano intravedere — fra le tante contraddizioni presenti nella nostra storia — le radici contorte ma vigorose.

È noto, forse, che taluni di quei valori in cui Impallomeni ha fortemente creduto — non quelli etici; né quelli che riguardano il diritto romano e il suo studio ed il suo insegnamento: né quelli relativi alla cultura, allo stare nell'accademia o all'amicizia — chi scrive non li ha sempre condivisi né li condivide. Ma ciò nulla ha mai avuto a che fare con il rispetto affettuoso per una personalità che non ha mai rinunciato ad incidere ed a scavare con energia nelle realtà contraddittorie che ha vissuto e che ancor oggi vive il nostro mondo. È con

questi sentimenti che raccogliemmo in due volumi di *Index* (il 26 del 1998 e il 27 del 1999) scritti a lui dedicati di romanisti d'ogni Paese d'Europa.

Con Ferdinando Bona, pavese, allievo di Gabrio Lombardi, ho avuto in comune il maestro tedesco (che ha accolto e seguito, quando si trasferì a Salisburgo, anche Ignazio Buti): Max Kaser. Di Bona (camerte negli anni '65-'68) sono stato qui collega e successore su Istituzioni di diritto romano. E ne sono diventato fraterno amico.

Coltissimo, persona di grande umanità e ironia, oltre ad essere uno storico del diritto dal grande intuito analitico, era un provetto filologo. La sua «efficacia didattica» straordinaria – è stato scritto – «era alimentata da una profonda confidenza con la letteratura latina, soprattutto repubblicana, oltre che da un ampio interesse bibliografico, che s'estendeva all'età moderna». Con la originalità del suo metodo, coniugata con quella che Casavola ha definito, ricordandolo, una continua «vigilanza rispetto alla tentazione, frequente, di dar corpo ai fantasmi di proprie personalissime vedute», Bona – sin dai suoi studi d'esordio sul *postliminium* e la preda bellica – ha dato un contributo sostanziale al rinnovamento, negli anni '60, degli studi sulla cultura giuridica romana. Il suo metodo fondamentale – ha sintetizzato, bene, il suo allievo Dario Mantovani – «consisteva nel praticare, al più alto livello, la lettura dei testi come studio di strutture» ed «era capacità innata di porsi in sintonia con il mondo mentale dell'autore (antico), soprattutto per il tramite dell'ordine espositivo». Una mirabile applicazione di tale metodologia Bona la diede con il *Contributo allo studio della composizione del 'De verborum significatu' di Verrio Flacco*, del 1964, e con il connesso *Opusculum Festinum*, del 1982, opere con le quali ha contribuito a identificare non poche delle «opere spogliate dal lessicografo, fra le quali alcune di argomento giuridico». Ha quindi scritto importanti saggi «sulla giurisprudenza repubblicana vista attraverso la testimonianza di Cicerone, frutto – cito ancora Mantovani – di una immedesimazione (che io direi ancora una volta: 'straordinaria') nei testi e nei problemi». La sua prematura morte, nel settembre del 1999, ha rappresentato, oltre che un dolore personale per tutti noi suoi amici, una perdita irreparabile per la romanistica internazionale.

Nel novembre del 1967 tenni la mia prima lezione camerte nella settecentesca piccola aula Scialoja appena restaurata i cui scranni erano stipati. Vi erano molte delle matricole di giurisprudenza dell'anno e vari colleghi disposti, alcuni, ad incoraggiare e sostenere il nuovo venuto, altri intenti invece, soprattutto (credo) a valutarlo dal vivo. Tra i miei primi ascoltatori vi fu quello che ho l'orgoglio di considerare il mio primo allievo, Ignazio Buti, già avviato agli studi, come ho detto, da Giuseppe Provera, che con la sua autorità aveva concorso alla mia chiamata, sostenuta altresì soprattutto dal mio antico amico Pietro Perlingieri, dal preside Pio Ciprotti e dall'autorevole penalista napoletano Antonio Pecoraro Albani, di cui negli anni '90 ho poi avuto il privilegio di essere il successore a Napoli nell'ufficio di Preside della Facoltà d'origine sua e mia.

Per dieci anni ho lavorato – prima da incaricato, poi (dal '71) da straordinario, quindi da ordinario – in questa amatissima Università, di cui sono stato Preside della Facoltà giuridica e successivamente Rettore sino al 1976. Furono anni, sotto molti aspetti, esaltanti. Di grande produttività scientifica di un corpo docente formato da colleghi che provenivano da tutt'Italia e che a Camerino completarono la loro formazione di insegnanti, di uomini di scienza e di governo delle strutture universitarie e che poi hanno ricoperto (e i meno anziani ancora ricoprono) – a Camerino e in altre Università d'Italia e d'Europa – prestigiose cattedre universitarie, mettendo a frutto quell'esperienza formativa insostituibile allora acquisita, che molti politici ottusi mostrano di non capire quanta importanza abbia per il progresso del sistema-paese, rappresentando, se non la maggiore, certo una delle più significative manifestazioni della produttività di un'istituzione universitaria. Fu, per me, una esperienza sotto moltissimi aspetti irripetibile e bellissima.

Tornato nel 1976 nella mia Facoltà d'origine (che ho presieduto dal 1993 al 2002), vi ho svolto la mia attività con qualche intervallo (presso le Università di Nizza e Alessandria d'Egitto) sino al fuori ruolo nel 2011, considerando sempre un privilegio il poter far ricerca ed insegnare. Di poter svolgere, cioè, e sostenere, per quel poco che sono stato capace, nelle diverse responsabilità accademiche che mi sono toccate (tra le altre, per un decennio, la presidenza del Consiglio Universitario Nazionale), la delicata funzione sociale di educare e formare i giovani, trasmettendo loro criticamente un sapere che incessantemente si rinnova. Con l'ambizione tra l'altro (lo dico – per concludere – con parole che Biagio de Giovanni

ha voluto usare nella prefazione ad una mia raccolta di scritti non romanistici in corso di pubblicazione) «di riportare in luce qualcosa che abbiamo imparato dai nostri maestri e che si va disperdendo: che il più rigoroso specialismo non riesce ad esser tale e a raggiungere le sue vette possibili, se non è partecipe di una più larga coscienza civile, non intesa come vago e magari distraente ‘impegno’, quanto come capacità di far sgorgare dall’interno del proprio sapere le ragioni della partecipazione critica al dibattito pubblico. Se poi il sapere di cui parliamo è il diritto romano, la cosa è insieme più complessa e più limpida: più complessa per il carattere tanto risalente nel tempo della ricerca che gli corrisponde, più limpida perché il magistero dello *ius* romano è tale da far comprendere il valore profondo della Legge, il suo rapporto vivo e mobile con la società degli uomini, la sua potenza produttiva di civiltà, la capacità di mettere in relazione, chi lo penetra, con l’umanità della storia. Chi studia il diritto romano in questo spirito, studia in realtà l’universalità di una civiltà e gode di una formazione che gli permette di allargare il proprio sguardo sulle cose del mondo, gli fornisce un punto di vista da cui parlare del piccolo e del grande che si dispiega nell’attualità. Sì, proprio così: uno sguardo critico, colto, capace cioè di universalità anche incontrando piccole cose o magari miserie della quotidianità che ci circonda».

Questo compito è stato qui svolto dalla fine degli anni ’70 ad oggi dai tanti amici e allievi che qui si sono alternati negli anni da allora trascorsi. Tra i romanisti, innanzi tutto dal carissimo professor Buti, che è stato per lustri Preside e poi Rettore. Inoltre (non posso stavolta che nominarli soltanto, data la lunghezza di questo mio intervento) da Vincenzo Giuffrè, mio compagno di studi e autorevole collega napoletano; da Settimio di Salvo, ultimo allievo di Guarino, qui assistente e incaricato che, vincitore di concorso, optò per Salerno. E da Eva Cantarella, storica del diritto romano di grande prestigio e notorietà, il cui profilo di «romanista» di razza ho avuto il privilegio di delineare in occasione della sua andata fuori ruolo all’Università di Milano; da Francesca Reduzzi, mia allieva e poi collega a Napoli, brillante indagatrice delle varie forme giuridiche di dipendenza nell’antichità classica, e ora dal professor Mercogliano, allievo dell’indimenticabile Tullio Spagnuolo Vigorita e mio. Senza cedere alla fragilità del giovanilismo, sono sempre stato lieto della possibilità di lasciare il passo a nuovi protagonisti di riconosciuta credibilità scientifica internazionale,

come sono quelli che ho nominato. E spingerli ad assumere la piena responsabilità di proseguire la strada percorsa tra mille difficoltà e cercare di rispondere alle domande del nuovo che non si è riusciti sinora a raccogliere e interpretare. Tentando, soprattutto, di ricostruire e rafforzare quel nesso tra cultura ed etica, tra produzione di conoscenza e responsabilità civile che lo stato di indigenza, anche morale e culturale, in cui versano le istituzioni pubbliche (e, tra esse, purtroppo, in primo luogo, l'Università) minaccia di affievolire o addirittura di dissolvere. Ho la speranza che essi e i loro successori continueranno a farlo pur nelle condizioni difficili in cui sono costretti a lavorare.

Abstract

The history of the Roman law professors who were center stage of the extraordinary cultural milieu at the University of Camerino from the late nineteenth-century to the Seventies: Vittorio Scialoja, Pietro Bonfante, Gino Segrè, Emilio Betti, Emilio Allbertario, Salvatore Riccobono, Cesare Sanfilippo, Riccardo Orestano, Giovan Battista Impallomeni, Mario Allara, Giuseppe Grosso, Giuseppe Provera and Ferdinando Bona.

Napoli, gennaio 2019.

MAURO PELLEGRINI *

*L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo
nella legislazione e giurisprudenza più recenti ***

Sommario: 1. Il contesto e gli obiettivi della riforma; – 2. Gli attuali connotati dell'autotutela provvedimentale di annullamento; – 3. Esiste un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento? – 4. “Discrezionalità” vs. “dove-rosità”? – 5. Il problematico coordinamento della tutela del terzo nella SCIA con la nuova disciplina dell'autotutela; – 6. La graduazione della decorrenza degli effetti dell'annullamento; – 7. L'annullamento nelle procedure di evidenza pubblica.

1. *Il contesto e gli obiettivi della riforma*

Secondo la ben nota definizione di Benvenuti, l'autotutela consiste nel potere dell'Amministrazione “di farsi ragione da sé”¹ per le vie amministrative ed è stata sempre generalmente riconosciuta come una delle manifestazioni della specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto al comune. Sempre secondo il Benvenuti, l'autotutela ricomprende però anche tutti i casi in cui all'Amministrazione sia demandato il compito di risolvere situazioni conflittuali, attuali o potenziali, insorgenti con i soggetti che con essa vengano in contatto. Una tesi più estensiva invece, attenta all'insegnamento di Cammeo², ritiene che nell'autotutela si radichino non solo il potere di riesame e quello di esecuzione coattiva del

* *Avvocato del libero foro di Ancona; Dottore di ricerca in Diritto regionale e degli enti locali; professore a contratto in “Diritto pubblico” presso l'Università Politecnica delle Marche, Facoltà di Medicina e Chirurgia.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ F. BENVENUTI, voce *Autotutela* (dir. Amm.), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537; secondo l'Autore l'autotutela consiste nel potere dell'amministrazione di “farsi ragione da sé”, al fine di rimuovere gli ostacoli che si frappongono tra il provvedimento e la realizzazione dell'interesse pubblico. Si tratta di un indubbio privilegio che si sostanzia nell'esonero dalla necessità, a cui i privati cittadini devono invece soggiacere, di rivolgersi al giudice per veder soddisfatte le proprie pretese.

² F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol II, Padova, 1914, rist. Padova, 1992, 1448 ss.

provvedimento, ma anche quello di decisione dei ricorsi amministrativi, nonché i poteri sanzionatori e di controllo dei provvedimenti³.

Oggi l'autotutela si presenta come un sistema di guarentigie sostanziali nei confronti dei provvedimenti imperativi, mediante il quale l'Amministrazione, anche su sollecitazione degli stessi privati, cerca di adeguare la propria organizzazione e la propria azione alla trasformazione delle circostanze storiche e fattuali che hanno condotto all'emanazione di determinati provvedimenti amministrativi⁴. La tesi si ricollega all'idea che i moderni sistemi amministrativi chiedano per loro natura un'attività di organizzazione *in continuum*, con il conseguente corollario che l'esercizio dei poteri di autotutela debba essere strutturato in modo da rispondere a tale finalità. In quest'ottica, è proprio il mutare delle circostanze storico-fattuali che si identifica con lo specifico interesse pubblico al ritiro del provvedimento amministrativo.

Nell'ambito dell'autotutela, anche l'annullamento d'ufficio, nato come privilegio concesso all'autorità per il perseguimento dell'interesse pubblico, negli ultimi anni è stato sempre più frequentemente oggetto di interventi legislativi, interpretazioni giurisprudenziali e discussioni teoriche⁵. Una delle ragioni dell'attenzione rivolta all'istituto è la profonda evoluzione subita dal diritto amministrativo, tale da aver inciso significativamente sulle nozioni di pubblica amministrazione, interesse pubblico, autoritatività, sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, sul ruolo del soggetto privato nel procedimento amministrativo, nonché sull'annullamento d'ufficio. Altra ragione va invece ricercata nella necessità di raccordarsi con l'analogo potere conosciuto dal diritto europeo nonché nell'esigenza di garantire l'effettività del diritto europeo.

Non deve neppure trascurarsi la circostanza che l'esigenza di reagire alla crisi economica attraverso un'adeguata politica di incentivazione degli investimenti ha, coerentemente, indotto il legislatore a rivedere la disciplina dell'autotutela sugli atti amministrativi incidenti

³ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989.

⁴ G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol II, Torino, 1987, 80 ss.

⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in SCOCA, F. G., a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 337 ss. Sulle problematiche sollevate dall'istituto dell'annullamento, cfr. da ultimo, per tutti, il volume di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015. Sulle incongruenze della disciplina della revoca, P.L. PORTULARI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in supplemento al fasc. n. 6/2015 della *Riv. giur. ed.*

sull'esercizio delle attività economiche spingendolo a prestare sempre maggiore attenzione alla tutela dell'affidamento.

Il legislatore nazionale è recentemente intervenuto sui cd. provvedimenti di secondo grado incidendo sui presupposti per l'esercizio del potere di autotutela decisoria: dapprima, con l'art. 25, del decreto-legge n. 133 del 2014, convertito nella legge n. 164/2014, ha modificato l'art. 21-*nonies* della l. 241/90 escludendo la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio nei casi di provvedimenti già non annullabili dal giudice amministrativo nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 21-*octies*, comma 2; poi, con la successiva legge n. 124 del 2015 – nel segno di una tendenziale riduzione dei poteri discrezionali dell'amministrazione, al fine di garantire maggiore certezza e stabilità ai rapporti giuridici dei soggetti la cui azione risulta condizionata dalle decisioni amministrative – ha introdotto due importanti modifiche: la fissazione del termine massimo di diciotto mesi⁶ per la valida adozione dell'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici e la previsione, con il comma aggiunto 2-*bis*, della possibilità di annullare, anche dopo quel termine, i provvedimenti ottenuti sulla base di dichiarazioni false, ma solo quando la falsità è stata accertata in sede penale con sentenza passata in giudicato.

La *ratio* della novità è riconducibile a un intento semplificatorio e più precisamente di tutela del privato dall'incoerenza nel tempo della pubblica amministrazione⁷. Per quanto attiene il potere di autotutela amministrativa, semplificare si traduce nel fornire certezza ai soggetti privati in ordine all'effettiva tenuta e conseguente spendibilità di un titolo che determina un effetto ampliativo, ottenuto con un provvedimento espresso oppure tacito.

Sul piano sistematico si assiste dunque ad un allontanamento dalla tradizionale ricostruzione dell'istituto fondata sull'immanenza ed inesauribilità del potere amministrativo e sull'idea che si tratti di una prerogativa a tutela del solo interesse pubblico ancorato a presupposti necessariamente elastici. È maturata infatti la consapevolezza che le relazioni tra pubblica amministrazione e privato debbano essere basate sul rispetto del principio di correttezza e leale collaborazione da parte di entrambi i soggetti del rapporto giuridico. Pertan-

⁶ Il termine di 18 mesi per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è già stato inteso come perentorio dalla giurisprudenza, né può essere validamente interrotto dalla doverosa comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della parte.

⁷ Cfr. G.B. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.

to l'Amministrazione è tenuta ad ispirare la sua azione non solo ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli della propria condotta, la quale abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento. Il riconoscimento del principio di correttezza e leale collaborazione è importante proprio nel caso dell'autotutela, istituto che «si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato dall'altra»⁸.

Il rafforzamento della tutela dell'affidamento si è manifestata anche nella direzione della ridefinizione dei rapporti fra autotutela e SCIA, con la più rigida perimetrazione dei poteri inibitori e conformativi attribuiti all'amministrazione destinataria della segnalazione.

2. *Gli attuali connotati dell'autotutela provvedimento di annullamento*

A seguito dei predetti interventi legislativi, i tratti essenziali dell'autotutela provvedimento di annullamento possono essere schematicamente delineati nei seguenti punti.

L'annullamento d'ufficio è sempre frutto di una valutazione comparativa degli interessi: è dunque ad attivazione ed esito discrezionali; a fronte di un atto illegittimo, la P.A. valuta discrezionalmente se attivarla o meno, e anche ove l'attivi, l'esito finale resta discrezionale. In aggiunta al mero interesse al ripristino della legalità, deve ricorrere un interesse pubblico tale da giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del beneficiario. Dunque oltre alla illegittimità sostanziale dell'atto, deve ricorrere un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, che va ponderato e ritenuto prevalente rispetto agli altri interessi in gioco (con particolare riguardo all'interesse dei destinatari e dei controinteressati). Pertanto l'annullamento d'ufficio non può essere fondato su vizi meramente formali, che, se dedotti in un giudizio, non potrebbero mai sfociare in un annullamento giurisdizionale del provvedimento (secondo i criteri indicati nell'art. 21- *octies*, l. n. 241/1990). Parimenti, anche a fronte di vizi sostanziali del provvedimento, l'autotutela non può mai fondarsi sul c.d.

⁸ Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84-bis, comma 2, lettera b), della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto consentirebbe all'amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di 30 giorni dalla presentazione della s.c.i.a., in un numero di ipotesi più ampio rispetto a quello previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

interesse pubblico *in re ipsa* al ripristino della legalità violata, e neppure in materia edilizia, come ha da ultimo chiarito l'Adunanza Plenaria n. 8/2017.

Per quanto concerne invece il profilo temporale entro il quale va disposto l'annullamento, il “termine ragionevole”, viene predeterminato in 18 mesi per i provvedimenti di autorizzazione (in senso lato) e per quelli attributivi di benefici economici, decorrenti dalla relativa adozione. In ordine alla questione del regime intertemporale per autotutela esercitate dopo la l. n. 124/2015 in relazione a provvedimenti adottati in precedenza, si è ritenuto che il nuovo termine di 18 mesi si applica solo in relazione all'autotutela su provvedimenti successivi all'entrata in vigore della riforma, mentre per quelli anteriori il termine di 18 mesi è solo un parametro esegetico per valutare la ragionevolezza del termine⁹; La decorrenza del termine viene espressamente ancorata alla data di adozione dell'atto solo per il termine di 18 mesi per l'autotutela quanto ad autorizzazioni e atti attributivi di benefici economici: nulla si dice invece sulla decorrenza del termine ragionevole per gli altri provvedimenti. Questo ha consentito alla Adunanza plenaria n. 8/2017 di affermare, per vicende pregresse, che il termine decorresse dalla conoscenza dei vizi dell'atto e non dalla data della sua adozione; e il tema resta aperto anche dopo la l. n. 124/2015, perché la precisa decorrenza del termine di autotutela è formalmente previsto solo per autorizzazioni e atti attributivi di benefici economici.

⁹ Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la norma introdotta dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, è applicabile in ogni caso in cui il provvedimento di autotutela sia intervenuto successivamente alla novella legislativa, ancorché riguardi un titolo abilitativo rilasciato sotto il regime precedente (*ex plurimis*: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 17.3.2016, n. 351; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22.9.2016, n. 4373; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4.1.2017, n. 65; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 21.2.2017, n. 2670; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7.2.2017, n. 92). Secondo un indirizzo di segno opposto, ai fini dell'applicazione della regola del *tempus regit actum* (art. 11 delle preleggi), l'atto di autotutela dovrebbe considerarsi non un provvedimento autonomo bensì un atto rientrante nel procedimento aperto dall'atto di primo grado, con conseguente insensibilità del procedimento amministrativo alle norme giuridiche nel frattempo sopravvenute. Il Consiglio di Stato - in continuità all'impostazione ermeneutica inaugurata dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 gennaio 2017, n. 250 - ritiene che il termine dei diciotto mesi non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, «atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. Si arriverebbe infatti all'irragionevole conseguenza per cui, con riguardo ai provvedimenti adottati diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della nuova norma, l'annullamento d'ufficio sarebbe, per ciò solo, precluso. Ne consegue che, rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione. È fatta salva, comunque, l'operatività del “termine ragionevole” già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-nonies legge n. 241 del 1990». (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.07.2017, n. 3462).

Il limite temporale per l'autotutela non si applica invece nei casi di provvedimenti conseguiti dal beneficiario sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato: occorre però che il falso sia accertato in sede penale in via definitiva¹⁰.

Altro importante connotato dell'istituto è che, per effetto di una regola pretoria conosciuta per l'annullamento *ope iudicis*, non produce un effetto necessariamente retroattivo, potendosi modulare le conseguenze dell'atto di ritiro in autotutela.

Sul piano procedimentale, l'autotutela si atteggia quale procedimento di secondo grado che deve rispettare le regole previste per quello di primo grado su cui incide (teoria del "*contrarius actus*"): in primis, le regole in tema di avviso di avvio del procedimento e partecipazione dei destinatari, e inoltre l'acquisizione dei pareri e dei controlli previsti in relazione all'atto originario.

Per quanto concerne infine il profilo dell'onere motivazionale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte precisato che la rimozione d'ufficio di un atto favorevole «esige una articolata esplicitazione delle ragioni, di interesse generale che impongono l'eliminazione dell'atto invalido, attraverso la chiara esemplificazione degli effetti concreti che si assumono contrastanti con i valori tutelati dall'ordine legale infranto, per come atteg-

¹⁰ Sul punto deve evidenziarsi che la giurisprudenza ritiene superabile il termine di 18 mesi per l'esercizio dell'autotutela, anche in assenza di "condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato", laddove il provvedimento ampliativo della sfera privata del soggetto sia stato adottato in ragione di una falsa rappresentazione, indotta dal soggetto beneficiario, dei presupposti necessari al conseguimento del riconosciuto vantaggio. In tal caso infatti il vantato affidamento "colpevole" non potrebbe mai presentare i connotati della meritevolezza della tutela. Come affermato in una recente sentenza del Consiglio di Stato, «sulla scorta delle argomentate premesse, l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 andrà interpretato nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito:

a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale;

b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». (Consiglio di Stato, Sez. V, 27.06.2018, n. 3940).

In dottrina cfr. M.A. SANDULLI, "*Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*", in *Riv. Giur. Ed.*, 2018, 687 ss.

giantesi nello specifico contesto empirico e non per come astrattamente considerati dalla disciplina normativa» (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 13 luglio 2017 n. 3462).

3. *Esiste un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento?*

Secondo un tradizionale orientamento, l'esercizio del potere pubblicistico può configurarsi come doveroso esclusivamente nelle ipotesi di attività totalmente vincolata, con conseguente sussistenza in capo al privato di una vera e propria situazione giuridica di diritto soggettivo ad ottenere il provvedimento satisfattivo – ampliativo. Laddove, invece, residui un margine di discrezionalità nell'adozione o nella determinazione del contenuto del provvedimento, non sarebbe mai configurabile un vero e proprio obbligo, o meglio, dovere di provvedere in capo alla P.A.¹¹

Senonché più di recente si è sviluppato un orientamento meno restrittivo che, alla luce dei principi generali che regolano l'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.), ritiene sussistente in capo alla P.A. l'obbligo di provvedere non solo in relazione ad istanze volte ad ottenere provvedimenti ampliativi vincolati ma anche nei casi in cui il legislatore abbia lasciato alla P.A. aspetti di discrezionalità in ordine all'esercizio del potere pubblicistico e tuttavia sia previsto dallo stesso legislatore che il procedimento inizi ad istanza di parte.

Si è posto, quindi, il problema se l'obbligo di provvedere sia configurabile a prescindere da un'espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza.

¹¹ E' noto che già anteriormente alla positivizzazione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio l'elaborazione pretori da un lato e la scienza giuridica dall'altro, avessero sostanzialmente convenuto sulla natura discrezionale del potere di autotutela. Volgendo lo sguardo al passato non si possono che notare le numerose pronunce del giudice amministrativo che, in epoca risalente, avevano classificato tale potere come discrezionale, potendo l'amministrazione (in presenza di vizi di legittimità) disporlo o no, a seconda delle particolari esigenze di pubblico interesse, da valutarsi insindacabilmente. Accertato, infatti, un vizio giuridico nell'atto, l'amministrazione avrebbe potuto (ma non dovuto) annullarlo, potendo tuttavia non procedere al suo ritiro se motivi di pubblico interesse ne avessero consigliato la sua conservazione. Sul punto cfr. GIACOBELLI, *Sul fondamento e limiti del potere di annullamento e di revoca dell'atto legittimo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1939, I, 111: «Lo stadio della valutazione discrezionale dell'esercizio del potere di annullamento, infatti, sta tutto e si esaurisce nell'accertare la convenienza e l'opportunità di dichiarare l'annullamento, ma questo accertamento e questa valutazione come un'estrinsecazione di una facoltà rimessa dalla legge alla discrezionalità dell'amministrazione, non possono formare oggetto di riesame nel sindacato giurisdizionale di legittimità da parte del Consiglio di Stato».

Facendo applicazione dei predetti principi generali, la giurisprudenza ha ritenuto che l'obbligo di provvedere si debba rinvenire anche nel caso in cui l'istanza del privato non sia prevista dalla legge, ma esigenze di ragionevolezza, correttezza, trasparenza dell'azione amministrativa ovvero la sussistenza di un'aspettativa qualificata in capo al privato impongano l'adozione di un provvedimento espresso.

Si è, quindi, ritenuto sussistente l'obbligo di provvedere dinanzi ad istanze (non tipizzate) volte ad ottenere: a) l'ampliamento della sfera giuridica del privato, salvo il caso della manifesta infondatezza dell'istanza medesima; b) l'esercizio di poteri di tipo sanzionatorio, inibitorio o repressivo nei confronti di terzi, sempreché l'istante si trovi in una posizione di interesse concreto e differenziato rispetto alla collettività ad ottenere tale provvedimento nei confronti del terzo.

Venendo ora alla tematica qui di interesse, vi è da dire che l'obbligo di provvedere è stato tradizionalmente e pacificamente escluso nel caso di istanza volta a far esercitare alla P.A. il potere di riesame.

Gli argomenti a sostegno del suesposto orientamento sono da rinvenirsi da un lato nella "discrezionalità" connaturata al potere di annullamento in autotutela, dall'altro nel principio generale di certezza delle situazioni giuridiche a cui si collega - nel caso di istanza di riesame di provvedimenti non impugnati - l'inoppugnabilità del provvedimento oltre il termine decadenziale previsto dalla legge.

In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che, stante l'attribuzione in via esclusiva alla P.A. della decisione di esercitare il potere di autotutela (tanto da assurgere a valutazione di merito insindacabile anche in sede giudiziale), l'atto di diffida o messa in mora del privato volto ad ottenere provvedimenti di revoca o annullamento di precedenti atti amministrativi non impugnati debba considerarsi come "*mera sollecitazione*" del potere amministrativo, non essendovi quindi alcun obbligo giuridico di provvedere sull'istanza, coercibile con il rito del silenzio rifiuto di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.

D'altra parte, ad opinare diversamente, verrebbe ad essere conculcata «la condizione di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo (...) che non sia stato contestato nei modi ed entro i termini di legge, vanificando in questo modo una garanzia di certezza dei rapporti giuridici che vedono coinvolta una P. A. (certezza che è essa stessa un bene irri-

nunciabile posto a tutela anche dei cittadini), e avvilendo lo stesso principio di economicità dell'azione amministrativa, che verrebbe posto nel nulla ove si imponesse, a semplice richiesta dell'interessato, l'obbligo di riesame di provvedimenti restati in oppugnatum» (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 3 ottobre 2012 n. 5199).

Tuttavia il corollario secondo il quale la "discrezionalità" del potere di annullamento d'ufficio escluda "ontologicamente" un obbligo di provvedere su istanza di terzi, sembrerebbe essere revocato in dubbio o quanto meno scalfito dalla intervenuta modifica dell'art. 2 della l. 241/90. Infatti la legge "anticorruzione" (l. 190/2012) è intervenuta aggiungendo al primo periodo della predetta norma («Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso») la seguente disposizione: «Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Tale novella aveva certamente come scopo quello di garantire una maggiore trasparenza e creare le condizioni per un coinvolgimento di tutti i cittadini nella denuncia, anche in sede amministrativa, di fenomeni corruttivi e siffatta finalità doveva essere facilitata dalla previsione normativa di un obbligo per la P.A. di rispondere in forma espressa e motivata a qualsiasi richiesta dei cittadini che non fosse manifestamente infondata. In tal modo l'eventuale mancata risposta entro i termini di cui all'art. 2 avrebbe consentito l'esperibilità del ricorso avverso il silenzio.

Accedendo alla tesi secondo la quale la *ratio* della disposizione è quella di imporre un obbligo generalizzato di risposta, ne potrebbe risultare quale logica conseguenza una notevole compressione degli spazi discrezionali dell'*an* del potere di autotutela.

Tuttavia allo stato attuale tale innovativa linea ermeneutica non sembra aver riscontro nel diritto vivente. Se vi sono autori che hanno lamentato la sostanziale (e colpevole) «inattuazione della riforma del 2012 sull'obbligo di provvedere»¹², altra parte della dottrina si è

¹² Cfr. P.L. PORTULARI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.; l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in www.federalismi.it.

invece mostrata più scettica sulla prospettiva che a fronte di ogni denuncia di qualsiasi soggetto sia configurabile un dovere di provvedere in capo alla P.A. Si è sostenuto infatti che il secondo periodo del novellato comma 1 vada letto comunque alla luce del primo periodo¹³, sicché le domande affette da manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, che dovranno essere riscontrate con un provvedimento in forma semplificata, sono solo le istanze a cui *ex lege* fa seguito il dovere di provvedere, dovere che però non sussiste a fronte delle domande di annullamento.

Vi è però da dire che negli ultimi anni è emerso in dottrina e in giurisprudenza un orientamento che afferma che l'obbligo di provvedere può comunque nascere dai principi generali in tema di correttezza, ragionevolezza, buona fede. Pertanto non è da escludere che dai principi costituzionali e dai principi generali del diritto amministrativo possa farsi strada un dovere di provvedere all'annullamento in esito a una domanda privata anche al di fuori dei casi previsti da singole norme.

Allo stato attuale pare però potersi ragionevolmente affermare che in base al novellato art. 2 della l. 241/1990 vi sarebbe un dovere di procedere sull'istanza di annullamento, ma non un vero e proprio dovere di annullare. In parole più piane, se anche la P.A. è tenuta e vincolata a iniziare un procedimento, la scelta se concluderlo o meno nel senso dell'annullamento resterebbe comunque discrezionale.

4. “Discrezionalità” vs. “doverosità”?

L'art. 21-*quater* della l. 164/2014, di conversione del d.l. 133 del 2014, ha aggiunto alla fine del primo comma dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90 il periodo «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Se è chiara la salvezza della responsabilità connessa all'adozione del provvedimento illegittimo, meno chiara è la possibile responsabilità per il “mancato annullamento del provvedimento illegittimo”. Premesso che si può trattare di responsabilità penale, civile, contabile, ognuna ancorata ai rispettivi presupposti e accertamenti, suscita perplessità la prevista possibile “responsabilità da mancato esercizio dell'autotutela”.

¹³ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *Persona e Amministrazione*, fascicolo n. 1/2017.

Questo richiamo può avere effetti distorsivi mettendo il pubblico funzionario davanti a un bivio che può in concreto essere a percorso prevedibile e obbligato: il funzionario valuterà se sia preferibile spendere la discrezionalità per non esercitare l'autotutela e così incorrere nel rischio di responsabilità personale da mancata autotutela, ovvero sia preferibile esercitare l'autotutela con il solo concreto rischio di un annullamento giurisdizionale, ma rischio ben più remoto di responsabilità personale. Ed è prevedibile che quasi sempre seguirà la seconda opzione.

Secondo un primo orientamento¹⁴ espresso nell'imminenza della modifica dell'art. 21- *nonies* della l. 241/90, la clausola generale per la quale «rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo» avrebbe introdotto «il dovere dell'Amministrazione di agire in autotutela, verosimilmente al fine di ripristinare la legalità, pena le responsabilità connesse». A questa stregua dunque l'annullamento avrebbe assunto in via generale un carattere doveroso.

In verità l'operazione interpretativa che muove dal riferimento alla responsabilità per incidere sulla questione della natura (discrezionale o meno) del potere appare alquanto discutibile. Pare piuttosto preferibile dare una lettura restrittiva e costituzionalmente orientata della fattispecie di responsabilità da mancato esercizio dell'autotutela nel senso che questa possa ricorrere solo quando siano sussistenti e manifesti i presupposti temporali, di legittimità e di bilanciamento dei valori, che giustificano l'autotutela¹⁵.

¹⁴ Cfr. G. LA ROSA, *Il Nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 5/2015.

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20.09.2016, n. 3910: «E' stato affermato al riguardo che l'interesse pubblico alla base del legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione non può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata ma richiede una valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco. Nel procedere a distanza di anni all'annullamento di un atto ritenuto illegittimo per un errore commesso dalla stessa amministrazione, questa è tenuta ad indicare espressamente le ragioni di pubblico interesse che, nonostante il notevole decorso del tempo e il consolidamento della situazione, giustificavano il provvedimento di autotutela (in tal senso - *ex multis* -: Cons. Stato, IV, 21 settembre 2015, n. 4379; id., VI, 20 settembre 2012, n. 4997; id., VI, 14 gennaio 2009, n. 136). L'orientamento in questione risulta sostanzialmente trasfuso nel testo del comma 1 dell'articolo 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 (nella formulazione, che qui rileva, anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 7 agosto 2015, n. 124), secondo cui "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

5. *Il problematico coordinamento della tutela del terzo nella SCIA con la nuova disciplina dell'autotutela*

L'istituto della SCIA è stato interessato dagli interventi normativi ad opera della legge n. 124/2015 (c.d. legge Madia) recante "Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche". Gli strumenti normativi utilizzati risultano diversificati. Si predilige la tecnica della delega al Governo, ma si prevedono altresì importanti innovazioni alla l. 241/1990.

Tra di esse, l'art. 6 ha apportato modifiche direttamente all'art. 19 della l. 241/90, prevedendo la riformulazione integrale dei commi 3 e 4 di tale articolo.

La riforma Madia - che consolida la qualificazione della SCIA quale strumento di liberalizzazione, confermando la sua natura di atto privato - lascia invariati i poteri esercitabili entro i 30 giorni (nel caso in cui si verta in materia edilizia) ovvero di 60 (in tutti gli altri casi) dalla data di deposito della SCIA, regolati dal comma terzo dell'art. 19. Il suddetto articolo infatti, in caso di riscontrata carenza dei requisiti di legge, attribuisce all'Amministrazione competente il potere di adottare «motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa», salva la possibilità di conformarsi alla normativa vigente, nel qual caso l'Amministrazione «invita il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata».

In seguito alla modifica da parte dell'art. 3, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 126 del 2016, inoltre, la P.A. dispone ora la sospensione dell'attività intrapresa anche nel caso di «attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale».

Le novità legislative più significative riguardano invece i poteri di autotutela, esercitabili dall'Amministrazione *ex post*, decorsi i suddetti termini, quando l'attività prevista dalla SCIA si presume oramai da tempo essere in atto, se non addirittura già completamente esaurita. Nello specifico, con l'introduzione del comma 4 all'articolo 19 della l. 241/90, la legge Madia ha esteso alla SCIA la disciplina sostanziale dell'autotutela di cui all'art. 21-

nonies, anch'essa al contempo modificata con la previsione di un termine finale di 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela.

Dunque, decorsi i 60 o i 30 giorni senza che l'Amministrazione abbia inibito la prosecuzione dell'attività o invitato alla conformazione dell'attività intrapresa, contestualmente sospendendola, la P.A. può intervenire in autotutela, ove sussistano le condizioni di cui al riformato art. 21-*nonies*, entro il termine massimo di 18 mesi.

Resta tuttavia il nodo problematico del difficile coordinamento del termine di 18 mesi con la tutela dei terzi che si ritengano lesi dalla SCIA. Sul punto, si è osservato che il combinato disposto tra l'art.19, comma 4, e l'art. 21-*nonies* della l. 241/90, non consente di identificare con precisione il termine ultimo entro il quale l'Amministrazione è autorizzata a contestare la legittimità delle opere edilizie oggetto di SCIA.

La legge 124 del 2015, infatti, prevede solo che l'Amministrazione possa intervenire entro 18 mesi «dal momento dell'azione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici». Anzitutto, si era posto il problema dell'identificazione del *dies a quo* del termine di diciotto mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela nella SCIA. Secondo il vecchio tenore letterale della norma citata, sembrava infatti che il termine iniziasse a decorrere dal giorno di presentazione della SCIA, considerato che è in quel momento che l'interessato matura il vantaggio economico di poter legittimamente avviare i lavori. Tuttavia, si era evidenziato come la soluzione più logica sarebbe stata invece quella di far decorrere detto termine dal momento in cui gli effetti della SCIA si fossero consolidati, ossia una volta trascorso il periodo di 30 o di 60 giorni dalla presentazione della stessa, senza che la P.A. avesse adottato motivate determinazioni di inibizione o conformazione.

Il Consiglio di Stato, nei pareri sui d.lgs. "SCIA-1" e "SCIA-2", rilevando che sul punto sussistesse una lacuna normativa, ha suggerito al legislatore delegato di intervenire. Tale suggerimento ha avuto un riscontro e la questione è ora risolta mediante la previsione, all'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 222 del 25 novembre 2016, della decorrenza del termine di 18 mesi, nei casi di autotutela sulla SCIA, «dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente». Diversamente, il legislatore non ha ancora provveduto a dirimere i dubbi relativi ai

termini e alla decorrenza con cui i terzi controinteressati possano far valere la propria pretesa all'attivazione dei poteri di controllo della P.A.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel proprio parere n. 839/2016, ha evidenziato come sia ancora irrisolta la questione della tutela del terzo che affermi di subire una lesione nella propria sfera giuridica per effetto dell'avvio dell'attività «con particolare riguardo all'utilizzabilità dell'azione di accertamento, anche atipica, volta a far dichiarare che l'attività avviata non è conforme alle norme amministrative, ovvero dell'azione contro il silenzio amministrativo, conformemente a quanto previsto dal comma 6-ter dell'articolo 19 della legge n. 241».

Nel precedente quadro normativo, si assicurava infatti al terzo la possibilità di ottenere sempre tutela, o mediante l'esercizio dei poteri inibitori dell'Amministrazione, qualora non fosse ancora decorso il termine dei 30 o 60 giorni di "tendenziale" stabilizzazione del titolo edilizio, ovvero, oltre tale termine, invocando il riscontro della sussistenza dei presupposti normativamente previsti per l'intervento in autotutela, senza limiti temporali. La nuova previsione del "termine ragionevole" per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio che non può superare i 18 mesi, pone dunque una serie di problemi, che necessitano un ulteriore intervento del legislatore, in particolare in merito al necessario coordinamento, finora mancante, con la disciplina dell'art. 19, comma 6-ter, che non prevede, invece, un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche spettanti alla amministrazione.

Si tratta di capire se l'art. 19, c. 6-ter, laddove afferma che il terzo può sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, intenda riferirsi alle sole verifiche ordinarie di cui all'art. 19, comma 3, o anche ai poteri di cui al comma 4, e se dunque l'azione avverso l'inerzia sia esperibile o meno anche in caso di inerzia su una istanza di autotutela.

In parole più piane occorre domandarsi se i poteri, il cui esercizio il terzo può richiedere, siano i poteri inibitori e repressivi di cui al comma 3 dell'art. 19, L. 241/1990¹⁶ ovvero i poteri di autotutela¹⁷.

¹⁶ Cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 1. 7.2015, n. 1114, secondo il quale «L'attuale sistema in materia di DIA o di SCIA si regge sulla tassatività dei casi in cui all'Amministrazione è consentito di intervenire dopo la scadenza dei termini di cui al 3° comma e comma 6-bis dell'art. 19, L. n. 241/1990: pertanto, fuori dalle situazioni individuate al 3° comma (falsità nelle dichiarazioni) ed al 4° comma (pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente e la salute, per la sicurezza pubblica e la difesa nazionale), le Amministrazioni comunali possono intervenire su attività denunciate con DIA o SCIA solo nel caso in cui un tale inter-

Ove si aderisse alla prima soluzione, si avrebbe, per la sola SCIA, una deroga alla regola generale sull'autotutela, che è ad attivazione discrezionale, perché in tal caso sarebbe ad attivazione doverosa, ma pur sempre ad esito non vincolato.

La tesi secondo cui invece il terzo potrebbe sollecitare anche il potere di autotutela della P.A. e questa ha l'obbligo di attivarsi, è stata affermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato.¹⁸

Entrambe le interpretazioni non sono però esenti da aspetti problematici di non poco rilievo.

Aderendo alla prima tesi vi è da osservare che i poteri inibitori e repressivi si esaurirebbero decorsi 60 ovvero 30 giorni dalla presentazione della SCIA e dunque il terzo avrebbe un tempo molto breve per sollecitare l'esercizio di tali poteri e talvolta potrebbe venire a conoscenza della SCIA a termine già decorso.

La seconda tesi invece consentirebbe al terzo una tutela troppo attenuata in quanto l'esercizio di poteri in autotutela è discrezionale e non vincolato come, invece, l'esercizio di poteri repressivi e inibitori. Inoltre, secondo l'autorevole opinione di Greco¹⁹, una siffatta traiettoria ermeneutica contrasterebbe con l'art. 24 Cost., privando di tutela giurisdizionale l'interesse legittimo del terzo correlato al potere repressivo/inibitorio, interesse legittimo che sorge al momento della presentazione della SCIA.

Pertanto, la modifica introdotta all'art. 19, L. 241/1990 ad opera della L. 124/2015, con riguardo ai poteri di autotutela, non ha superato la problematica sopra descritta. L'art. 19, comma 4, L. 241/1990, prevede, infatti, che «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*». Si tratta di un potere da esercitarsi non in autotutela su atti (intervento di secondo grado) ma di un potere inibi-

vento risulti sollecitato appositamente da un terzo al quale possa riconoscersi la titolarità di un interesse qualificato, in difetto di che il provvedimento inibitorio o ripristinatorio deve ritenersi illegittimo».

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.11.2016, n. 4610, secondo il quale «L'amministrazione, di fronte a una denuncia da parte di un terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo, verificando, oltre alla legittimità dell'attività posta in essere dal privato, anche la sussistenza degli ulteriori presupposti necessari per l'esercizio del potere di autotutela».

¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.11.2016, n. 4610.

¹⁹ G. GRECO, *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte Costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.it*, 2018, n. 3940.

torio e ripristinatorio da esercitarsi in presenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* ossia per ragioni di interesse pubblico, tenuto conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati ed entro un termine ragionevole (18 mesi), dunque di un potere discrezionale.

Donde la carenza di tutela del terzo, così come rilevato, da ultimo, dal TAR Toscana, sez. III, con l'ordinanza n. 667/2017, laddove afferma che «la tesi che riconduce l'intervento dell'amministrazione su istanza del terzo al mero potere di autotutela è incompatibile col suddetto principio, poiché subordina integralmente la tutela del terzo stesso ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di un interesse pubblico alla rimozione degli effetti della SCIA contestata». Sotto diverso profilo, il potere sollecitatorio del terzo previsto dall'art. 19, comma 6 *ter*, L. 241/1990, se attiene ai poteri di cui al comma 3 del medesimo articolo, come sopra accennato, rischia di poter sollecitare unicamente l'esercizio di poteri già esauriti e, dunque, di essere vano.

Secondo il TAR Toscana tale profilo sarebbe superabile in quanto la sollecitazione del terzo alla pubblica amministrazione darebbe avvio ad un nuovo ed autonomo procedimento che consentirebbe alla medesima P.A. di esercitare poteri repressivi/inibitori («il controinteressato ha onere di attivare un procedimento di verifica dei presupposti della SCIA separato ed autonomo rispetto a quello ufficioso disciplinato dal comma 3 dell'art. 19»). Anche tale tesi, tuttavia, presenta aspetti problematici in quanto consentirebbe al terzo e alla P.A., di conseguenza, di poter attivare *sine die* l'esercizio di poteri che, nel disegno di liberalizzazione e semplificazione del Legislatore, avrebbero dovuto certamente essere circoscritti.

Il TAR Toscana ha rimesso allora alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241 nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla SCIA e ciò sul presupposto che «l'assoluta illogicità e sproporzione del meccanismo di tutela *sine die* apprestato dall'art. 19 comma 6-*ter* alla posizione del soggetto leso dall'altrui SCIA nonché, in definitiva, un'illegittima compressione dei livelli essenziali delle prestazioni riconosciute al segnalante dalla norma nazionale».

Invero, secondo altro orientamento giurisprudenziale, la tutela effettiva del terzo potrebbe essere perseguita non solo attraverso gli strumenti di cui al comma 6-*ter* dell'art. 8,

ma altresì anche con una autonoma azione di accertamento da esperirsi nell'ordinario termine decadenziale dall'avvenuta conoscenza della SCIA²⁰. Tale interpretazione, seppur ben concilierebbe le esigenze di tutela del terzo con quelle di certezza giuridica del segnalante, tuttavia sembra non essere compatibile con l'art. 29, c.p.a., laddove il termine decadenziale di 60 giorni è previsto per l'impugnazione di atti amministrativi e non già per l'azione di accertamento.

6. *La graduazione della decorrenza degli effetti dell'annullamento*

Secondo una tradizionale impostazione l'annullamento d'ufficio ha effetti retroattivi. Tuttavia, questo non è esplicitato né nell'art. 21-*novies*, né nell'art. 21-*octies* l. 241/1990, né negli artt. 29 e 34 c.p.a. sugli effetti dell'annullamento giurisdizionale, ed è piuttosto frutto delle teorie generali in tema di nullità e annullamento dell'atto illegittimo.

Non si tratta però di un dogma imm modificabile: già in materia di contratti pubblici, ad esempio, gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione in ordine alla sorte del contratto possono essere regolati in modo flessibile e variabile, *ex tunc*, *ex nunc*, o anche *de futuro*, con riferimento a un momento successivo alla data dell'annullamento, sia con riferimento all'annullamento giurisdizionale che a quello in autotutela. Talora la giurisprudenza, anche in ambiti diversi dalla sorte del contratto, ha ritenuto di poter graduare gli effetti dell'annullamento giurisdizionale, laddove l'annullamento *ex tunc* possa sortire un danno e non un vantaggio per l'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, alla luce di una lettura dell'art. 34, comma 3 c.p.a., può legittimamente adottare una sentenza che «si limiti ad affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, senza disporre l'annullamento, anche se il ricorrente non abbia esplicitato una domanda risarcitoria, quando, dall'esame della complessiva situazione venutasi a creare, il giudice ritenga che l'annullamento medesimo – lungi dal dare una vera e piena tutela al ricorrente – in realtà non sia altro che una fonte di danno

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.11.2015, n. 5161, secondo il quale «In materia edilizia, a fronte della denuncia di inizio attività è ammessa la tutela dei controinteressati configurandosi uno strumento di tutela compatibile con la natura privatistica della D.I.A. costituito, in particolare, da un'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire per veder acclarata la insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell'attività sulla scorta di una semplice denuncia».

sproporzionato per controinteressati che non abbiano determinato l'illegittimità degli atti»²¹.

La pronuncia pilota del Consiglio di Stato sul tema risale al 2011²² ed ha, in termini generali, affermato che il principio di effettività della tutela impone di verificare se la retroattività dell'annullamento sia effettivamente la misura più soddisfattiva, o se invece l'annullamento debba operare *ex nunc*, o addirittura da un momento successivo alla sentenza.

Osserva la predetta decisione che la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21-*novies*, l. n. 241/1990 e l'art. 34, c. 1, lett. a), c.p.a.). D'altro lato, dagli artt. 121 e 122 c.p.a. emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia.

Anche la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato. Tale giurisprudenza ha ormai trovato un fondamento testuale nel c. 2 dell'art. 264 del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti («Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»).

Se questo è il quadro quanto al potere del giudice di graduare gli effetti dell'annullamento giurisdizionale, analoga riflessione andrebbe svolta in riferimento al potere di autotutela di annullamento della P.A. Nel giudizio di bilanciamento degli interessi

²¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 22.01.2015, n. 284.

²² Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.05.2011, n. 2775; Id., Sez. V, 26.01.2012, n. 340.

pubblici e privati in gioco, pertanto, l'annullamento in autotutela potrebbe, oltre che essere parziale, anche essere graduato quanto ai suoi effetti.

Già da tempo l'efficacia retroattiva dell'annullamento d'ufficio è stata messa in discussione per i provvedimenti amministrativi favorevoli, i soli rispetto ai quali si pone la questione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel frattempo consolidate. Dunque, il fattore che sembra suscettibile di condizionare gli effetti nel tempo del provvedimento d'annullamento d'ufficio è dato dall'intangibilità dei diritti soggettivi dei terzi in buona fede. Vi è da dire tuttavia che il riconoscimento della non necessaria retroattività degli effetti dell'annullamento non tutela solamente le situazioni giuridiche soggettive del privato, «ma soddisfa altresì l'esigenza di non sacrificare quei fondamentali valori ordinali, come la sicurezza dei traffici giuridici e la certezza del diritto, che sono posti alla base dell'antitetico principio di irretroattività che vige per gli atti normativi, legislativi e non, nonché per i provvedimenti amministrativi di primo grado»²³.

7. *L'annullamento nelle procedure di evidenza pubblica*

Alla luce del nuovo codice sugli appalti si ripropone la questione della possibilità dell'esercizio dell'annullamento officioso dopo che l'affidamento dell'aggiudicatario sia stato consolidato dalla stipula del contratto impegnativo ed efficace. Si ripropone insomma la *vexata quaestio* se il perfezionamento del contratto costringa l'Amministrazione ad agire solo *iure privatorum*, oppure se permanga comunque la potestà pubblicistica di compiere atti di ritiro degli atti della procedura amministrativa d'evidenza pubblica.

Il *punctum crucis* della vicenda è dunque quello degli effetti che derivano al contratto medio tempore stipulato, nella considerazione che la disciplina dell'inefficacia del contratto, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. riguarda l'annullamento pronunciato in sede giurisdizionale. Nell'attribuire siffatto potere all'autorità giudiziaria, tuttavia il legislatore ha ommesso di precisare se residui comunque in capo alla P.A. procedente il potere di intervenire in autotutela sugli atti di gara e quali effetti si producano sul contratto.

In considerazione del fatto che il d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a fare salvo l'esercizio dei poteri di autotutela una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, pare condivisibile la te-

²³ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm*, n. 6/2016.

si prevalente in dottrina e in giurisprudenza secondo la quale l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione comporti la caducazione o la privazione degli effetti del contratto successivamente stipulato in considerazione della stretta consequenzialità funzionale tra aggiudicazione e stipulazione del contratto.

Sul punto si evidenzia che il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, ha affermato che un simile potere di annullamento in autotutela anche dopo la stipulazione del contratto - e con conseguente inefficacia di quest'ultimo - «trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa»²⁴.

Deve però valutarsi se il potere di annullamento sia sottratto all'applicazione del termine previsto dall'art. 21-*nonies*, l. 241/1990. L'espressa previsione contenuta nel codice degli appalti negli artt. 108, commi 1 e 1-*bis* e 176, commi 1 e 2, seppur riferita a specifiche ipotesi di risoluzione, del contratto e di cessazione della concessione, potrebbe in realtà aver introdotto un principio generale in materia di contratti pubblici, consentendo di estendere l'inapplicabilità del termine dei 18 mesi ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste e, quindi, anche all'annullamento degli atti di gara, al fine di preservare il primato del diritto europeo. In questo senso è stato sostenuto che «le previsioni citate, nel disporre l'inapplicabilità del termine di 18 mesi, non costituiscono una deroga alla disciplina generale, quanto piuttosto un principio generale in materia di appalti dove le violazioni sono sempre riconducibili ad elusione della normativa europea e del principio della concorrenza»²⁵.

Abstract

The “automatic revocation” born as a privilege granted to the authority for the pursuit of the public interest, in recent years has increasingly been the subject of legislative interventions and jurisprudential interpretations. One of the reasons for the attention paid to the legal arrangement, is the profound evolution undergone by administrative law, such

²⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, 23.03.2017, n. 1320.

²⁵ B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017, 58.

as to have significantly affected the concepts of public administration, public interest, authoritativeness, the relationship between public law and private law and the role of private individuals in administrative procedure; another reason is to link up with the similar power known by European law as well as in the need to ensure the effectiveness of European law. More generally, it can be said that the awareness has matured that relations between public administration and private should be based on respect for the principle of fairness and loyal cooperation on the part of both subjects of the legal relationship. Therefore the Administration is required to inspire its action not only on the principles of legality, impartiality and good performance, but also on the principle of behavior according to good faith and fair dealing. The recognition of the principle of fairness and loyal cooperation is particularly important in the case of self-protection which, as stated by the Constitutional Court, “is at the very delicate junction of the relationship between the administrative power and its re-exercise, on the one hand, and the protection of entrusting the private to the other”.

Ancona, febbraio 2019.

DENIS FRANCO SILVA *

In memoria

*Gli animali non sono cose: significato di un'affermazione***

I sistemi giuridici occidentali contemporanei si basano su un insieme di assunti filosofici che includono l'immagine antropocentrica del mondo in cui gli esseri umani occupano una posizione eccezionale. Un vero antropocentrismo ontologico che si proietta sul piano etico ed epistemologico: l'uomo come essere autoreferenziale, misura di tutte le altre cose e contenuto in se stesso. Così emergono dal pensiero antropocentrico umanista rigide separazioni tra umano e non umano nell'aspetto ontologico (una essenza umana che si oppone a tutto quanto non sia umano, etico - l'uomo, portatore di dignità, è l'unico agente e paziente morale e tutto il resto assume una connotazione strumentale) ed epistemologico (accoglienza e rifiuto degli oggetti di conoscenza per antropomorfizzazione o strumentalizzazione con base nella semplificante dualità categoriale umano/non-umano).

* Ph.D. in Giurisprudenza presso la Pontificia Universidade Católica de Rio de Janeiro; Professore Associato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Universidade Federal de Juiz de Fora.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

*** Il testo rappresenta la relazione presentata alle VI Giornate della Cattedra UNESCO «Diritti umani e violenza: governo e governance» su *La tutela ambientale nella prospettiva italiana, europea e internazionale*, presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 25-26 ottobre 2018, che l'Autore non ha avuto il tempo di elaborare. Il 23 novembre 2018 il mondo giuridico brasiliano ha perso una delle sue menti più brillanti e sofisticate. La prematura scomparsa di Denis Franco Silva, dotato oltretutto di una sensibilità a volte sorprendente, lascia in quanti lo hanno conosciuto e con lui convissuto un vuoto incolmabile. «Saudades» è una parola che tanti cercano invano di tradurre nelle diverse lingue. Difficile, impossibile anche solo definirla ma ce n'è una, semplice, data da un ragazzino di strada, che mi è sempre piaciuta: «Saudades é vontade de ver de novo». A presto, Denis. M.C.De Cicco.

In questa visione, la nostra specie si distingue dalla natura per una netta divisione metafisica. Vale a dire, siamo dotati di ragione e dignità che elevano l'uomo ad una posizione al di sopra delle altre creature.

Questo approccio antropocentrico costituisce lo sfondo filosofico riguardante la personalità giuridica nelle società occidentali. Questa visione, che si basa sul concetto di dignità umana intrinseca e capacità umane uniche, è determinante nell'emergere del concetto identificato da Tomasz Pietrzykowski come l'umanesimo giuridico, nozione che incarna una versione rafforzata dell'ipotesi dell'eccezionalità dell'umano e la credenza in una rottura oggettiva tra gli umani e il mondo.

Dunque, i sistemi legali sono creazioni umane unicamente al servizio del bene umano. Ciò deriva non solo dal fatto bruto che le norme giuridiche sono stabilite dagli esseri umani, ma anche, o ancor più, dal valore intrinseco di una creatura umana come fine in sé. A seguito di ciò, ogni individuo umano deve essere riconosciuto come persona in grado di possedere i propri diritti, protetti e fatti rispettare dalla legge.

L'assiologia umanistica del diritto e il modo in cui i problemi giuridici vengono risolti e decisi inequivocabilmente mostrano quali interessi contano per il Diritto e perché. Questo può essere illustrato da alcuni esempi, nel caso, del diritto brasiliano, sebbene sia abbastanza tipico degli attuali sistemi giuridici occidentali.

La Costituzione brasiliana menziona letteralmente termini come la dignità della persona umana. Allo stesso modo, il diritto civile brasiliano si basa sul presupposto che tutte le relazioni giuridiche avvengano tra persone naturali o giuridiche, in particolare gli esseri umani e le loro entità organizzative. Questi esempi rivelano l'assunto fondamentale del sistema giuridico secondo il quale la legge intende servire in ultima analisi il bene umano e gli interessi umani. Questa idea può essere rappresentata dalla frase del giurista romano Ermogeniano, che dichiarò: *Hominum causa omne ius constitutum sit*.

La forma attuale di umanesimo giuridico si fonda sulla divisione dualistica della realtà in persone e cose. La personalità è identificata con la capacità di avere diritti e doveri. Almeno che non sia qualificato come persona, si può essere solo un oggetto di diritti e doveri detenuti da altri. Gli esseri umani sono persone naturali o fisiche, mentre tutti gli altri tipi di

unità organizzative collettive possono essere persone giuridiche se un determinato sistema legale le identifica come entità in grado di avere diritti o doveri propri.

Si può dire che questo dualismo sia l'eredità concettuale del diritto romano che da sempre ha dominato il pensiero giuridico. Tuttavia, è importante notare che la storia del diritto e del pensiero giuridico dimostra che oggi la divisione tra le cose e le persone è diventata ancora più acuta di quanto non fosse in passato. Ad esempio, lo *status* di uno schiavo sotto la legge romana, così come nei sistemi giuridici europei e americani, per molti aspetti dipendeva dalle circostanze. Anche se gli schiavi non erano considerati persone e rimanevano proprietà dei loro padroni, in alcune situazioni si attribuivano loro diritti soggettivi che potevano essere protetti dalla legge. Gli animali, d'altra parte, per molti secoli sono stati considerati criminalmente responsabili di un reato e effettivamente processati dinanzi ai tribunali.

La forma contemporanea dell'umanesimo giuridico, in cui l'opposizione tra persone e cose è molto meno sfumata, sembra risaltare dalla combinazione del personalismo cristiano e del pensiero razionalista illuminista, che hanno portato l'uomo, in contrapposizione ad altre entità, come meritevole di essere trattato come persona in virtù della sua natura razionale.

Tuttavia, la solidità morale della divisione dualistica tra persone e cose e la questione animale diventa sempre di più discutibile in vista di ciò che abbiamo appreso sulla natura della realtà.

Già nel 1789 Jeremy Bentham, nel suo lavoro *Un'introduzione ai principi della morale e delle legislazioni*, ipotizzò che: «Si potrebbe un giorno riconoscere che il numero delle gambe, la villosità della pelle o la terminazione dell'osso sacro sono motivi ugualmente insufficienti per abbandonare un essere sensibile allo stesso destino. Cos'altro dovrebbe determinare la linea invalicabile? La facoltà della ragione, o forse quella del linguaggio? Ma al di là di ogni possibile confronto, un cavallo o un cane adulto sono molto più razionali e molto più comunicativi di un bambino di un giorno, di una settimana o anche di un mese. Ma anche ammesso che le cose non siano così, cosa importerebbe? La questione non è: "Possono ragionare?", né: "Possono parlare?", ma: "Possono soffrire?"».

Il declino della visione meramente strumentale sugli animali sembra derivare da due processi paralleli. Il primo è la graduale venuta meno di una base religiosa nascosta dalla credenza circa un posto speciale occupato dagli umani. Il secondo è l'aumento simultaneo della consapevolezza della nostra affinità evolutiva con gli animali, poiché è stato dimostrato che le nostre capacità mentali emergono dal lungo processo evolutivo in cui circuiti nervosi simili si sono sviluppati anche in specie non umane.

Sotto questo profilo, c'è un numero crescente di sistemi giuridici che per ragioni morali hanno formalmente escluso gli animali dalla categoria delle cose. Un processo che si può chiamare di antropodecentramento dell'ordine giuridico occidentale. Il processo di de-reificazione giuridico degli animali ha avuto luogo lentamente dalla fine del ventesimo secolo e continua ancora oggi.

Nel 1988, un emendamento che stabiliva che gli animali non erano legalmente cose è stato introdotto nel Codice civile austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*-ABGB) (articolo 285). Una disposizione analoga è stata aggiunta al *Bürgerliches Gesetzbuch*-BGB Tedesco nel 1990 (articolo 90.a).

Nella legge polacca, l'esclusione degli animali dalla categoria delle cose è avvenuta già nel 1997. Secondo l'art. 1 della legge polacca sulla protezione degli animali: «un animale non è una cosa, ma una creatura vivente capace di soffrire. Un uomo deve loro rispetto, cura e protezione».

Nel Codice civile svizzero (*Zivilgesetzbuch*-ZGB), la norma che dichiara che gli animali non sono cose è stata inserita tra i regolamenti di proprietà nel 2002 (articolo 641.a).

Il codice civile francese è stato modificato per definire gli animali come «creature viventi dotate di sensibilità» solo molto recentemente, all'inizio del 2015.

Un regolamento analogo è stato per molti anni presente anche nella normativa europea, dove l'attuale formulazione dell'articolo 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sancisce che «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti».

In alcuni Paesi, la protezione degli animali raggiunge il livello di norma costituzionale. Tuttavia, in quasi tutti questi casi le costituzioni si riferiscono agli animali solo come parte dell'ambiente naturale che deve essere conservato principalmente per il bene degli esseri umani. Vi sono alcune eccezioni in cui la lingua costituzionale può suggerire un approccio più ambiguo circa le ragioni alla base del dovere umano di proteggere gli animali. In Svizzera, ad esempio, la Costituzione utilizza la nozione di dignità come caratteristica di tutte le creature, mentre in Germania la protezione degli animali è definita come un'esigenza di giustizia. La formulazione più radicale si può trovare nella Costituzione dello Stato di Salisburgo (una delle regioni all'interno dello Stato federale dell'Austria), che ordina al governo di rispettare e proteggere gli animali come compagni delle creature umane.

In fine, nell'anno scorso è entrata in vigore la legge 8/2017 in Portogallo che ha stabilito un nuovo *status* giuridico per gli animali e ha modificato alcuni articoli del codice civile e del codice penale. La legge, secondo il suo scopo enunciato nell'articolo 1, riconosce gli animali come esseri sensibili distinti dalle cose. Infatti, nel codice civile portoghese è stato creato un nuovo sottotitolo, il sottotitolo I-A - Animali, tra il sottotitolo I - Persone e il sottotitolo II - Delle cose, che indica l'introduzione di una terza categoria tra cose e persone.

Tuttavia, cosa si intende dicendo che gli animali non sono cose? Qual è il significato e lo scopo, a livello normativo, di tale affermazione?

Questa cosiddetta dereificazione degli animali deve essere vista come una grave rottura della divisione dualistica della realtà tra persone e cose. A causa del fatto che il nuovo *status* degli animali difficilmente si adatta a questo quadro, l'affermazione che gli animali non sono cose rimane ampiamente privata di ogni significato pratico.

Nel codice civile portoghese, per esempio, nonostante la creazione di un nuovo sottotitolo per gli animali, le regole relative agli animali continuano ad essere incluse nel Libro III relativo al diritto delle cose e quando si tratta di modifiche normative si nota che un gran numero di esse ha semplicemente aggiunto l'espressione "animali" negli articoli che regolano la proprietà delle cose mobili, come si può vedere nella nuova formulazione degli articoli 1318 e 1323. Infatti, la legge ammette espressamente che gli animali continuino ad essere oggetto di proprietà, come disposto nell'articolo 1302 e che le disposizioni relative alle cose sono a loro sussidiariamente applicabili, come previsto dall'art. 201° -D.

Uno dei commentatori del codice civile tedesco, Helmut Heinrich, descrive apertamente la regola legale che esclude gli animali dalla categoria delle cose come una «dichiarazione sentimentale senza nessun contenuto giuridico effettivo».

La commissione parlamentare svizzera, nello spiegare i motivi dell'introduzione nel codice civile di una disposizione in base alla quale gli animali non sono cose, ha sottolineato inequivocabilmente che «questa disposizione ha essenzialmente un carattere dichiarativo, perché non crea una nuova categoria legale per gli animali».

Nondimeno, la dereificazione degli animali rende chiaramente incoerente una struttura concettuale generale del diritto. Gli animali sono essenzialmente intrappolati tra due categorie presumibilmente esaurienti – oggetti (cose) e soggetti (persone) – comunque non appartenendo a nessuna di queste.

Questa situazione rende necessario rivedere l'approccio alla personalità o la divisione concettuale tra le persone e le cose in quanto tali.

Riguardo a questo problema, la personificazione legale degli animali è una richiesta fatta da molti filosofi e giuristi impegnati nella difesa dei diritti degli animali, come Peter Singer, Thomas Nagel ed altri. Questo approccio al problema tuttavia sembra equivocado per due ragioni:

In primo luogo, lo sfruttamento pervasivo degli animali per scopi umani è così profondamente intrecciato con il modo in cui le società umane sono organizzate che è difficilmente possibile immaginare qualsiasi cambiamento immediato e rivoluzionario delle rispettive pratiche ispirato esclusivamente da preoccupazioni morali.

In seconda battuta, ci sono molte ovvie somiglianze tra la sensibilità umana e quella animale. Va detto, tuttavia, che l'essere umano medio differisce essenzialmente da praticamente tutte le altre specie di animali per quanto riguarda le abilità cognitive. Gli esseri umani sono in grado di controllare i loro comportamenti, agendo su specifici tipi di ragioni e volizioni che sono considerate essenziali per il concetto di personalità e necessarie per l'attribuzione plausibile della maggior parte dei diritti personali.

Ignorare differenze importanti tra i membri tipici delle specie umane e gli animali non umani sembra essere un errore morale simile (anche se opposto) a quello di ignorare somiglianze altrettanto importanti che uniscono indiscutibilmente le creature umane a molti

animali non umani. Commettere il primo errore porta all'atteggiamento notoriamente criticato da Bentham. Incorrere nel secondo significa trascurare il fatto che la struttura normativa di ciò che consideriamo una persona è in gran parte composta dalla capacità di detenere diritti chiaramente inadeguati alle proprietà e ai bisogni degli animali. Pertanto, postulare di estendere lo *status* di persona agli animali sarebbe o fuorviante o significherebbe proporre implicitamente una revisione di vasta portata del contenuto normativo della personalità giuridica

L'esistenza di buone ragioni contrarie alla personificazione degli animali non significa, tuttavia, che non vi siano ragioni per cercare di migliorare la loro protezione conferendo ad essi lo *status* di titolari di diritti.

Gli animali senzienti chiaramente non rientrano nella categoria delle cose. Sono certamente i soggetti delle loro stesse vite. Ciò non significa che abbiano qualità che li rendano persone di fronte al diritto. Gli animali non avrebbero nessun vantaggio se si conferisse loro la maggior parte dei diritti tipicamente associati al concetto di persona nel diritto.

Tenendo conto di tutto ciò, l'approccio legale adeguato agli animali senzienti non dovrebbe essere basato sul considerarli come persone non umane, ma piuttosto come soggetti di diritto non personificati, come proposto da Tomasz Pietrzykowski.

La differenza essenziale tra cose e soggetti di diritto risiede nella capacità di mantenere i propri interessi, che possono essere considerati come diritti. Le persone e soggetti di diritto non personificati differiscono, tuttavia, in quel tipo di diritti che possono essere loro attribuiti in modo plausibile. Una persona è considerata in grado di comprendere tutti i tipi di diritti. In contrasto con ciò, ai soggetti di diritto non personificati non può essere attribuito nessun diritto di scelta e il loro *status* è dedicato esclusivamente alla protezione dei loro interessi individuali. In quest'ottica, l'essenza della soggettività non personale può essere ridotta al riconoscimento legale di un solo diritto, cioè il diritto di essere preso in considerazione o che i propri interessi siano considerati rilevanti.

Pertanto, l'obiettivo principale di conferire agli animali lo *status* di soggetti di diritti non personificati che detengono il diritto di essere presi in considerazione è la trasformazione dei loro interessi in interessi giuridici legittimi che devono essere presi in considera-

zione in caso di decisione pratica, in particolare quelle che fanno riferimento all'approvazione e all'applicazione delle leggi.

In questo modo, l'affermazione che gli animali non sono cose non rimarrà solo come una “dichiarazione sentimentale”. Interpretata attraverso il concetto di soggetto di diritto non personificato, può essere considerata un ponte per l'ulteriore sviluppo di atteggiamenti sociali verso gli animali che deve riflettersi nell'evoluzione dei parametri giuridici del trattamento a loro conferito.

Camerino, febbraio 2019.

FRANCO MODUGNO*

*Interpretazione costituzionale***

Sommario: Introduzione. 1. Specificità dell'interpretazione costituzionale. 1.1. Specificità dell'oggetto – e, quindi, delle tecniche – dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista intrinseco). 1.1.1. La trama delle disposizioni costituzionali. 1.1.2. La materia delle disposizioni costituzionali. 1.1.3. *Segue:* le tecniche tipiche dell'interpretazione costituzionale. 1.2. Specificità degli agenti dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista estrinseco). 2. Interpretazione conforme a Costituzione (ovvero: l'argomento sistematico della conformità a Costituzione). 2.1. I limiti all' (esperimento del tentativo di) interpretazione conforme a Costituzione. 2.1.1. Il limite testuale. 2.1.2. Il limite del “diritto vivente”. 2.1.3. Il limite dell'applicazione di una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità. 2.2. Il ruolo della Corte costituzionale e quello dei giudici comuni nell'interpretazione conforme a Costituzione. 3. In conclusione.

Introduzione

Si sente spesso parlare di “interpretazione costituzionale”, ma i significati attribuiti a questa locuzione possono essere molteplici. Per poter affrontare il tema, mi riprometto allora, preliminarmente, di individuare il senso, o i sensi, di questo sintagma.

Entrambi i termini di cui esso si compone – il sostantivo “interpretazione” e l'attributo “costituzionale” – sono, infatti, carichi di ambiguità e dipendono da precise scelte, delle quali si dovrà rendere conto, sia pur per brevi cenni.

* *Giudice della Corte costituzionale e Professore Emerito di Diritto costituzionale presso l'Università La Sapienza di Roma.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

Il presente lavoro riproduce la *Lectio magistralis* tenuta all'Università di Camerino il 10.4.2019 e riprende, in forma sintetica e aggiornata, riflessioni che ho già svolto altrove e delle quali si darà conto in nota.

Quanto al sostantivo “interpretazione”, è chiaro che qui si prenderà in considerazione un tipo specifico di interpretazione, che è l’interpretazione *giuridica*, ossia l’atto con cui si attribuisce un senso, un significato ad un *documento giuridico*¹. Vi sono, certo, anche *fatti* produttivi di effetti giuridici, cui l’interprete è chiamato ad attribuire un significato, ma in tal caso l’attività di attribuzione di senso consiste nella *individuazione* degli effetti giuridici ad essi collegati da una o più norme, una volta *accertata* l’esistenza del fatto. Ben diversa è, invece, l’interpretazione di un atto giuridico imputabile alla volontà umana – di regola contenuto in un atto *scritto*, che ne documenta il contenuto – ove l’interprete non si limita alla individuazione degli effetti giuridici da esso discendenti, ma *presuppone l’attribuzione del significato all’atto stesso*, ossia al *documento* che lo accompagna. Dunque, l’interpretazione giuridica, *in senso stretto*, è interpretazione di documenti giuridici, ossia di *testi*, formulati in *termini linguistici*, stabili, che – in quanto tali – *esigono* un’attribuzione di significato.

Più complessa è l’individuazione del significato da attribuirsi al predicato “costituzionale”, poiché della “costituzione” si danno almeno tre significati e, dunque, occorre specificare il senso in cui si intende il predicato per comprendere quello che si attribuisce al sintagma.

Ecco i tre significati di “costituzione”:

1) Costituzione *in senso formale*; ossia una legge distinta dalle altre leggi, perché consegnata in apposito documento, appunto costituzionale. Quindi *costituzione scritta*.

2) Costituzione *in senso sostanziale*; ossia insieme delle *norme* che sono a *fondamento* di un determinato ordinamento giuridico (nella specie, di un ordinamento giuridico statale) e che ne caratterizzano la fisionomia e il positivo assetto. S’intende, dunque, che la costituzione in senso sostanziale è cosa diversa dalla costituzione materiale di cui discorreva Mortati².

3) Costituzione come *documento*, quindi costituzione scritta, nel suo *rapporto* con le altre leggi; nel senso specifico della sua *superiorità*, ossia – e meglio – del suo *essere condizione* di validità delle altre leggi.

Di conseguenza, si capisce subito che avremo almeno altrettanti significati ben distinti di “interpretazione costituzionale”:

¹ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2015, 1.

² C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

1) Interpretazione (*ricerca del significato*) della disposizione di un testo scritto, di una Costituzione, come legge formale o documentale;

2) Interpretazione, o meglio *individuazione*, delle norme che sono a fondamento di un ordinamento giuridico (nella specie: statale) e che ne caratterizzano la fisionomia, rendendolo, per es., monarchico, repubblicano, parlamentare, presidenziale (*i.e.*: leggi elettorali, leggi sulla cittadinanza, sul territorio, sulla normazione);

3) Interpretazione del rapporto tra Costituzione e leggi, ossia, in definitiva, della conformità o disformità di queste ultime rispetto alla Costituzione.

Si capisce pure che i tre significati si intersecano, poiché una costituzione formale (scritta) è pur sempre posta a fondamento dell'ordinamento ed è pure condizionante la validità delle altre leggi; così come la costituzione in senso sostanziale è ugualmente incidente sul rapporto con le altre norme particolari costitutive dell'ordinamento.

Ciò detto, non mi occuperò del secondo significato di “interpretazione costituzionale”, poiché in relazione alla costituzione intesa in senso sostanziale l'attività del giurista non concerne tanto la ricerca del significato di un testo, quanto l'*individuazione* delle norme che, insieme al testo costituzionale, caratterizzano un ordinamento statale. Non si tratta dunque di attività *interpretativa* in senso stretto, come sopra precisato.

Prenderò, invece, in considerazione il primo ed il terzo dei significati di “interpretazione costituzionale”, per i quali l'attività ermeneutica consiste in un'interpretazione di testi scritti, che dunque segue – non può non seguire – anzitutto le *regole linguistiche*.

Ciò comporta che, come si distingue tra enunciato e significato, così non si può non distinguere tra quello che è l'enunciato costituzionale e il significato che gli si attribuisce. Nella letteratura giuridico-costituzionale tale distinzione è stata denominata come distinzione tra disposizione e norma dal mio Maestro Vezio Crisafulli³; ed a tale terminologia intendo riferirmi.

Ciò non di meno, proprio da qui nascono i primi interrogativi: data la distinzione, è l'interpretazione costituzionale (ossia, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali) diversa e distinguibile dalla *normale interpretazione delle disposizioni legislative*?

³ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, 195 ss.

1. *Specificità dell'interpretazione costituzionale*

Si potrebbe ritenere che, essendo l'interpretazione giuridica operazione di attribuzione di significati (norme) da enunciati (disposizioni), essa attenga al diritto in quanto fatto di enunciati, non rilevando, insomma, la peculiarità dell'oggetto dell'interpretazione. E, difatti, non sono mancati in dottrina tentativi di escludere l'esistenza di profili di specialità dell'interpretazione del testo costituzionale⁴.

Intendo invece qui dimostrare che l'interpretazione costituzionale presenta diversi elementi di specificità rispetto all'interpretazione dei comuni testi normativi, da un punto di vista *intrinseco* e da un punto di vista *estrinseco*⁵.

Nel primo senso – quello *intrinseco* – l'interrogativo circa la specificità dell'interpretazione costituzionale è subordinato a quello relativo alla peculiarità del suo *oggetto*: ove si ritenga che le disposizioni costituzionali, singolarmente o nel loro insieme, presentino caratteristiche peculiari rispetto alle altre disposizioni normative, occorre verificare se tali peculiarità si traducano nell'esigenza di uno statuto autonomo della loro interpretazione.

Nel secondo senso – quello *estrinseco* – occorre valutare se i *soggetti* dell'interpretazione del testo costituzionale siano i medesimi deputati ad interpretare gli altri testi normativi e se possiedano i medesimi *poteri*, nell'uno e nell'altro caso.

1.1. *Specificità dell'oggetto – e, quindi, delle tecniche – dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista intrinseco)*

L'affermazione che il testo costituzionale non è un documento normativo come qualsiasi altro è affermazione largamente condivisa e quasi autoevidente, quantomeno sul piano assiologico e della capacità condizionante le fonti dell'ordinamento. Quello che in questa sede occorre indagare è, invece, un profilo diverso – per quanto, come si vedrà, ai primi connesso – di specificità del documento costituzionale, e riguarda il suo essere un *testo* diverso dagli altri testi normativi, sul piano *linguistico*.

⁴ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, in cui v., in particolare, l'Appendice su "L'interpretazione costituzionale".

⁵ Per questa impostatura, G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 904 ss.

Dal punto di vista strutturale, infatti, le costituzioni si compongono per la gran parte di enunciati contenenti *formulazioni di principio* piuttosto che di *regole* deontiche; clausole *aperte*; disposizioni caratterizzate da una *vaghezza* tale da essere state qualificate dalla giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione – addirittura – come disposizioni meramente programmatiche, non immediatamente precettive, ma bisognose di applicazione ed attuazione legislativa.

Non appena istituita, la Corte costituzionale, sulla scorta della dottrina crisafulliana⁶, ha negato quest'ultima tesi, affermando la piena precettività di tutte le disposizioni costituzionali, incluse quelle di principio o dal tenore letterale vago o ambiguo. È proprio a partire da qui, dunque, che sorgono i più rilevanti problemi ermeneutici: come estrarre da disposizioni di tale tenore delle regole, delle norme? Possono applicarsi ad enunciati di questo tipo i comuni canoni interpretativi elencati dall'art. 12 preleggi e, in particolare, l'ordine da esso indicato?

La questione non si pone tanto o solo sul versante dei rapporti gerarchici fra la disposizione sull'interpretazione e l'oggetto interpretando – versante che, pure, possiede un qualche rilievo, giacché ammettere che l'art. 12 preleggi si applichi all'interpretazione costituzionale rischia di esporre gli interpreti della Costituzione «alla mercé degli organi della legislazione ordinaria»⁷ –, ma soprattutto, per quanto qui preme osservare, sul piano ontologico, della compatibilità di quei canoni e criteri interpretativi con l'oggetto cui si pretende di applicarli.

E da quest'ultimo punto di osservazione – che non esclude la qualifica di meta-norma dell'art. 12 preleggi e guarda a quest'ultimo anche quale positivizzazione di criteri *comunque* sia logicamente immanenti all'attività interpretativa dei comuni testi giuridici – la risposta al quesito non può non essere negativa, se solo si pone mente a due elementi di peculiarità delle disposizioni costituzionali: la loro *trama* e la *materia* su cui vertono.

⁶ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 311; ma v. anche F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 84.

1.1.1. *La trama delle disposizioni costituzionali*

Le Costituzioni svolgono un compito o, meglio, un insieme strettamente interconnesso di compiti *specifici* all'interno dell'ordinamento giuridico statale (delineati dall'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* del 1789), ossia: quello di fissare i principi basilari volti a modellare i rapporti politico-sociali; quello di porre le norme fondamentali che valgono a caratterizzare l'identità e la fisionomia di ciascuno Stato, i confini e le attribuzioni dei suoi poteri; quello di individuare il nucleo dei diritti, dei doveri e delle libertà garantiti dall'ordinamento. Questo complesso di compiti richiede alla costituzione di individuare elementi non immanenti e contingenti, ma capaci di durare nel tempo, alla prova dell'evoluzione storica e sociale, politica ed economica. Si tratta di *vocazione a durare* che assume una sicura specificità nella Carta costituzionale poiché, mentre ogni altra fonte normativa si rivolge – normalmente – a fattispecie future generali ed astratte, solo la Costituzione lega la persistenza della propria vigenza all'esistenza dell'ordinamento giuridico cui appartiene⁸, tanto da potersi a dirittura configurare come identica a quest'ultimo, quale *ordo ordinans*.

Nella redazione delle sue disposizioni si adopra, allora, un linguaggio consono all'obiettivo della loro persistenza nel tempo: enunciati di particolare “ampiezza” (vaghezza o ambiguità) e porosità, sinteticità o ellitticità. I compiti assegnati al testo costituzionale determinano l'*impossibilità* per la gran parte delle sue disposizioni di essere dettagliate, la loro peculiare *trama aperta*, suscettibile, da un lato, all'*evoluzione* in relazione al corso del tempo con una certa flessibilità⁹ e, dall'altro, di aprirsi all'*integrazione* da parte dell'attuazione legislativo-applicativa e delle prassi.

Sul primo versante, la tensione fra interpretazione testuale-originaria e interpretazione evolutiva è una tensione caratterizzata da profili di peculiarità quando l'oggetto dell'attività interpretativa è il testo costituzionale. L'interprete sarà, infatti, sempre chiamato a guardare alla Costituzione contestualmente come luogo di fissazione dei valori fondamentali e irrinunciabili, ma contemporaneamente anche ad assicurarne la persistenza e la modulazione se-

⁸ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 45 ss.

⁹ S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

condo le mutevoli esigenze ordinamentali e sociali. Com'è stato efficacemente detto, «la costituzione reale serve a garantire la stabilità nel mutamento, e il mutamento nella stabilità, il concetto di costituzione è il luogo della metamorfosi della stabilità»¹⁰.

Sul secondo versante, la Costituzione, in quanto manifestazione istantanea, puntuale, irripetibile (o straordinariamente ripetibile), per realizzarsi deve proseguire, svolgersi, attuarsi in una funzione ordinaria e primaria che ne assicuri al tempo stesso il mantenimento e lo sviluppo¹¹. Così, la necessità delle disposizioni costituzionali di principio di essere integrate da altre fonti dell'ordinamento – *in primis* dalla legge –, dalle prassi degli organi costituzionali e dall'interpretazione giudiziale – specialmente, promanante dall'organo qualificato, come si vedrà *sub* 1.2. – comporta che l'interpretazione costituzionale consista sempre in una *duplex interpretatio*, poiché la ricerca del significato della disposizione costituzionale non potrà prescindere dalla lettura congiunta, *sistemica*, all'interno della Costituzione e con le ulteriori disposizioni e prassi che ad essa danno attuazione e forma (si pensi solo, per fare uno fra i moltissimi esempi possibili, all'interpretazione evolutiva dell'art. 75, comma 2, Cost. ed a come essa si sia nutrita di argomenti ricavati dal complessivo sistema costituzionale all'interno del quale l'istituto referendario si colloca, oltre che dell'attuazione nella prassi di quell'istituto, che ne hanno richiesto una modulazione in ragione a strumenti dappprincipio non ipotizzati dal Costituente, o quanto meno, non pienamente rispondenti all'originaria conformazione del *referendum* abrogativo).

Dunque, è innegabile che dinnanzi a disposizioni di principio (come molte di quelle che aprono la Carta costituzionale) o a disposizioni vaghe (come molte di quelle contenute nella parte dedicata ai diritti e doveri) o, comunque sia, dotate di un certo margine di indeterminatezza (come molte di quelle relative alla forma di governo e all'assetto dei poteri) l'interprete non possa seguire l'ordine dei criteri ermeneutici suggerito dall'art. 12 preleggi, poiché il testo apre ad un ventaglio di possibilità di senso che necessita di essere orientato mediante l'utilizzo di diversi criteri interpretativi (quello sistematico, quello dell'interpretazione evolutiva), in linea con il canone della totalità di bettiana memoria¹².

¹⁰ F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011, 14.

¹¹ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 210.

¹² E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 15 ss.

1.1.2. *La materia delle disposizioni costituzionali*

Ad analogo approdo – quello della *solo parziale* utilizzabilità dei comuni canoni interpretativi – conduce pure la considerazione della speciale materia su cui verte principalmente una costituzione: materia “*politica*”, nel senso di cui si diceva sopra, ossia di preordinazione delle dinamiche politico-sociali. E, com’è stato detto in modo molto efficace, se la Costituzione è preordinata ad agire sulle dinamiche politico-sociali, «ciò che viene in primo piano è l’indeclinabile esigenza di un’interpretazione politicamente consapevole, dove la fedeltà al testo ed all’*intentio* non si misura in chiave meramente grammaticale ma per la capacità di dare prosecuzione agli intendimenti costituenti»¹³.

È, quest’ultimo, un elemento di importante contenimento del protagonismo interpretativo cui, per l’altro versante, la peculiare trama delle disposizioni costituzionali sembrerebbe vocare l’attività interpretativa a loro indirizzata. I contesti umani, culturali e sociali che entrano nel normale circuito interpretativo, orientando la ricerca di significato dell’interprete, vengono infatti *esaltati* dall’oggetto dell’interpretazione e dal suo contenere principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi dell’assetto politico-sociale.

Che la materia della Costituzione sia *politica* implica allora la sussistenza di *peculiari limiti* all’attività interpretativa e alla possibilità dell’interprete – pure dell’interprete qualificato, la Corte costituzionale – di pronunciarsi o di intervenire, financo in caso di “*rottura*” o di “*modificazioni tacite*” della Costituzione. Si pensi, ad esempio, alle cd. *political questions* o alle numerose aree in cui il Giudice costituzionale esercita un *self restraint*, perché afferenti all’intangibile discrezionalità legislativa. O si pensi alle disposizioni costituzionali che disciplinano la forma di governo, la cui formulazione letterale è stata significativamente lasciata aperta all’integrazione non solo legislativa, ma soprattutto mediante prassi, consuetudini, convenzioni costituzionali. Ebbene, dinnanzi all’attività integrativa del disegno costituzionale svolta da queste fonti-fatto e da questi comportamenti degli organi costituzionali, l’interprete costituzionale può, certo, vagliare la loro conformità (o meno) alle disposizioni della Carta fondamentale, ma non possiede strumenti per agire avverso una loro disformità dalla Costituzione. Tanto è

¹³ R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in S. CASSESE (dir.) *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3211.

vero che la consuetudine *contra Constitutionem*, se è giuridicamente inammissibile (vietata), si può realizzare *de facto* e, se si realizza, può giungere alla modifica del diritto costituito.

Questo elemento, se da un lato decreta un limite delle possibilità dell'attività interpretativa costituzionale, dall'altro *ne qualifica ulteriormente la specificità*, poiché solo l'interpretazione costituzionale si dirige non già semplicemente allo specifico oggetto del suo interesse – la disposizione costituzionale – ma anche, *necessariamente*, all'*integrazione* del suo oggetto, della quale è chiamata a vagliare la possibilità, ossia la compatibilità con la Costituzione formale. Questo significa che «*il diritto costituzionale si distingue da ogni altro (ramo del) diritto nel preciso senso che il fatto qualificato della volontà delle decisioni politiche, lato sensu, proprio dei soggetti e degli organi costituzionali, ossia dei poteri supremi, reca in sé un momento giuridico ineliminabile e, in definitiva, un momento normativo, oltre e di là dagli enunciati della Costituzione, che l'interpretazione costituzionale è volta a scoprire*»¹⁴.

Si conferma, dunque, che l'interpretazione costituzionale è una *interpretazione sistematica necessaria*.

1.1.3. Segue: *Le tecniche tipiche dell'interpretazione costituzionale*

Si conferma, pure, la solo parziale utilizzabilità dei comuni canoni e criteri dell'interpretazione, con la conseguenza che l'interprete è tenuto, quanto meno, ad accompagnare il loro utilizzo ad *altri tipi di argomentazione*.

Ma quali sono questi particolari tipi di argomentazione, queste *tecniche tipiche* dell'interpretazione costituzionale?

Data la posizione di vertice del sistema e fondamento dell'ordinamento del testo costituzionale, l'interprete costituzionale è chiamato, in primo luogo, alla *fondazione* (enucleazione) e alla ponderazione (*bilanciamento*) dei principi fondamentali. D'altro canto, è difficile dubitare che la costruzione (fondazione, ponderazione) dei principi costituzionali possa prescindere dai “valori” evocati dalle discipline normative (specie costituzionali). Ed è altrettanto difficile dubitare che – indipendentemente dalle disposizioni positive che pongano precise regole di prevalenza di un principio su un altro – il *bilanciamento* tra diversi (due o più) principi

¹⁴ F. MODUGNO, *Specificità del'interpretazione costituzionale*, cit., 212 s.

possa compiersi prescindendo dai “valori” che ne hanno reso possibile la costruzione (fondazione, ponderazione).

Ma la contiguità tra “principi” e “valori” non esclude *la differenza* che tra di essi intercede.

Se i valori, in sé e per sé, non sono fini, essi non sono propriamente neppure principi.

Si può dire che i principi sono eminentemente *valori giuridicizzati*, accolti in forme giuridiche, per cui l’operatore-interprete, specialmente quello dotato di poteri decisionali (e, di riflesso, la scienza giuridica), nell’interpretazione-applicazione del diritto, prendendo le proprie decisioni (e la scienza del diritto ripercorrendone le giustificazioni), si ispira a tali valori rendendoli per ciò stesso principi di diritto operanti.

Questa è fondamentalmente l’ipotesi che sembra preferibile circa il rapporto tra valori e principi. I primi, come tali, appartengono ad un’area che potrebbe dirsi “etica”, e, comunque sia, pre-giuridica; i secondi al mondo del diritto.

Ora, la diversa appartenenza (dei valori e dei principi) a sfere distinte non comporta affatto una cesura. Si può dire, ad es., che, a differenza dei principi, «i valori (...) di per sé, non esprimono un dover essere giuridico»¹⁵. Ma, se tradotti in principi – e in principi di carattere prescrittivo – essi finiscono per esprimerlo (tramite i principi che ad essi si ispirano). Tanto più che i valori già «presentano, in genere, una connotazione teleologica (che si esprime nella tensione alla realizzazione)», dal momento che «non si tratta (...) di entità statiche ed inerti, ma di entità dinamiche, ciascuna delle quali (...) esige la propria concretizzazione»¹⁶.

Una volta che i valori si traducono (o si tramutano) in principi, la inclusione di un valore in un principio giuridico comporta che si istituisca un preciso, determinato, universo assiologico che potremmo anche denominare “ambito” assiologico (o, nella terminologia giuridica corrente, “materia”) e, una volta che i valori si giuridicizzano, sostanziando principi giuridici, la loro ponderazione e il loro bilanciamento possono essere indirizzati e guidati fino al punto di far assorgere uno dei due (o più) valori a *valore preminente*, *senza* peraltro che il valore o i *valori recessivi* possano essere *radicalmente sacrificati*.

¹⁵ A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001, 7.

¹⁶ *Ibid.*

Va rilevato, infatti, che i principi costituzionali (come del resto tutti i principi) sono *concorrenti*, al punto che, con qualche esagerazione, è stato affermato che *i principi vanno sempre in coppia*, nel senso che per ogni possibile caso si presentano principi concorrenti che giustificano decisioni diverse e contrastanti¹⁷.

Com'è stato giustamente affermato, «alle formulazioni dei principi costituzionali può cioè essere attribuito un determinato significato sulla base di considerazioni testuali, di considerazioni relative alle intenzioni dell'organo costituente e agli scopi che questo intendeva perseguire, di considerazioni relative agli scopi che questi principi hanno di per sé, alla luce dei valori che si assumono rilevanti, in quanto degni di tutela da parte di una costituzione “buona” o “giusta”»¹⁸.

Ciò non toglie – ed anzi implica – che, proprio perché i principi costituzionali (ed i retrostanti valori) “rilevanti” nell'operazione di interpretazione ad essi conforme delle disposizioni legislative, sono molteplici, non è lecito operare nel senso di una unilaterale considerazione di un singolo principio costituzionale pretermettendo gli altri.

Ciò non di meno, proprio per la molteplicità dei principi e per la diversità dei loro contenuti, essi si possono presentare in conflitto, rivelando una *antinomia* «per la quale nessun ordinamento giuridico predispone un criterio di soluzione»¹⁹. Non valgono ovviamente i criteri cronologico, gerarchico e di competenza poiché i principi costituzionali, essendo desumibili dal testo costituzionale, si presentano come principi coevi, paritari (reciprocamente incondizionati) ed entrambi “competenti” (ricavabili o proponibili cioè come significati di disposizioni emesse da uno stesso soggetto: il potere costituente).

In qual modo, dunque, è possibile eliminare o, comunque sia, “superare”, a traverso ponderazioni e bilanciamenti, un conflitto tra principi concorrenti?

In questo quadro, «il maggior problema che tale complessità assiologica pone è quello delle priorità, per risolvere i conflitti potenziali o attuali tra valori». Se è vero che «in molti casi, il problema è risolto dalla Costituzione. La quale procede direttamente al bilanciamento

¹⁷ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, 1985, in ID., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 117.

¹⁸ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 449.

¹⁹ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir. da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, contin. da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 136.

tra i valori da essa riconosciuti», è però altrettanto vero che, se la composizione va trovata «nello specifico dosaggio tra gli elementi antagonisti concretamente realizzato dalla singola, positiva, disciplina costituzionale», è proprio all'interpretazione di quest'ultima che l'operatore-interprete non può non rivolgersi per la «costruzione» di principi e per la soluzione dei relativi conflitti. Così, soprattutto, allorché «il testo costituzionale esplicita chiaramente le priorità sulla cui base costruisce le proprie costituzionali prescrizioni»²⁰.

Quando la giuridicizzazione dei valori non dia luogo alla preminenza di un principio su di un altro, vi sono «tensioni irrisolte per la cui soluzione sono state proposte in dottrina «due strade»: «la prima strada è quella della necessaria mediazione legislativa. Alla stregua della quale, si ritiene che le priorità vadano stabilite dal legislatore, con autonoma decisione politica»²¹.

La seconda è invece l'altra – seguita dalla giurisprudenza costituzionale – del bilanciamento e contemperamento di principi, nessuno dei quali può venire radicalmente pretermesso nell'applicazione al (e nella soluzione del) caso concreto. La combinazione dei principi costituzionali richiede allora, in estrema sintesi, il raggiungimento di un equilibrio 1) aderente al caso o fatto specifico oggetto del giudizio; 2) che non intacchi il minimo di valore – il nucleo essenziale – di ciascuno di essi; e che 3) contestualmente assicuri la compatibilità della soluzione con l'ordinamento complessivo (sia in atto, sia con riferimento alla sua plausibile proiezione futura).

Non si tratta, quindi, di un controllo diretto sulla ragionevolezza delle scelte legislative, ma di una *tecnica interpretativa* tipica delle disposizioni costituzionali dalle quali possano desumersi (o per le quali possano proporsi) principi sistematicamente coesistenti e collidenti con altri principi, congiunta al controllo di costituzionalità delle disposizioni legislative dalle quali debbono desumersi (o per le quali debbano proporsi) i principi ispiratori, per poterli raffrontare con i principi costituzionali (*duplex interpretatio*).

²⁰ Citazioni tratte da A. D'ATENA, *Lezioni*, cit., 17 s.

²¹ *Ibid.*, 19.

1.2. *Specificità degli agenti dell'interpretazione costituzionale (specificità dal punto di vista estrinseco)*

Nel nostro ordinamento giuridico, così come in altri in cui la Costituzione è “garantita”, è istituito un organo che è chiamato ad essere interprete *privilegiato* della Costituzione; privilegiato dalla circostanza di avere l'*ultima parola* in punto di interpretazione e applicazione del testo costituzionale nella sua interezza, quanto meno all'interno dell'ordinamento stesso. Così, le argomentazioni e le tecniche utilizzate da questo speciale Giudice acquisiscono un ruolo e una forza particolare – appunto, specifica – nel circuito ermeneutico di attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali.

Le tecniche specifiche dell'interpretazione costituzionale (il bilanciamento dei principi costituzionali e il giudizio di ragionevolezza), pur essendo, infatti, modi di argomentare tipici della Corte costituzionale, devono essere utilizzate dagli altri giudici e interpreti della Costituzione, in quanto, come si è visto, la specificità *oggettiva* del suo testo richiede specifiche modalità di ricerca del suo significato. Ed è la Corte costituzionale stessa che non solo lo ha *riconosciuto*²², ma a *richiedere* un sempre maggior utilizzo di queste specifiche tecniche argomentative da parte di altri soggetti dell'ordinamento, quando sollecita, ad esempio, l'esperimento da parte dei giudici comuni del tentativo di interpretazione conforme della legge a Costituzione, prima di optare per la sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

Non è, dunque, su questo piano che possa cercarsi e rinvenirsi una specificità *estrinseca* dell'interpretazione costituzionale, ma solo sul piano dei diversi *poteri* attribuiti dall'ordinamento positivo alle interpretazioni costituzionali svolte dai diversi soggetti.

Allora, mentre l'interpretazione giudiziale, anche qualora riguardi la Costituzione, non avrebbe nulla di specifico rispetto all'interpretazione degli altri agenti e operatori del diritto, *l'interpretazione costituzionale è specifica se resa dalla Corte*. Ed è specifica non solo per la ragione che, in quanto ultima, essa impone *a tutti* gli operatori ed interpreti di tenerla in considerazione, ma – di più – perché l'ordinamento qualifica, in talune occasioni, questa interpretazione come *decisoria* e *vincolante*.

Qui, però, è necessario precisare.

La dichiarazione di incostituzionalità della legge, in quanto sorretta dall'interpretazione del parametro costituzionale – oltre che della legge interpretata –, *vincola* tutti i soggetti

²² Si v., ad es., la sent. n. 171 del 1996.

dell'ordinamento non solo quanto all'effetto della combinazione delle due interpretazioni (l'annullamento della legge o atto avente forza di legge), ma anche quanto all'interpretazione costituzionale presupposta. Così non è invece, ad esempio, per le sentenze interpretative di rigetto o – ancor meno – per le ordinanze interpretative di inammissibilità, non vincolanti gli altri giudici, per quanto dotate di una peculiare *autorevolezza* in punto di interpretazione costituzionale.

Ma vi è di più, poiché, se l'opera di *costruzione* dei “principi costituzionali” a partire dai valori evocati dalle (impliciti nelle) disposizioni costituzionali, nonché di ponderazione, di bilanciamento fra di essi, è istituzionalmente affidata, in primo luogo, alla Corte costituzionale nell'ambito della attività di interpretazione della Costituzione, e se cotesti principi assorbono, al pari di tutte le (altre) norme costituzionali, a parametro di costituzionalità delle leggi, le disposizioni legislative debbono conformarsi (anche) ad essi, pena la illegittimità di queste ultime dichiarabile dalla Corte costituzionale. Poiché, in particolare, la portata dei principi costituzionali non dipende affatto dal contenuto delle norme legislative, in quanto è invece la portata di queste ultime ad essere determinata sulla base dei principi, è pure possibile che la disformità delle norme dai principi sia solo eventuale e non necessariamente conduca alla loro invalidità. Le norme o regole legislative sono cioè interpretativamente desunte da (o proposte per) gli enunciati legislativi e, solo a seguito di quest'opera ermeneutica, potrà eventualmente ragionarsi di un contrasto tra norme o regole e principi. In altri termini è possibile evitare il conflitto, rendendo conformi le norme ai principi.

È, dunque, nella interpretazione costituzionale intesa nel terzo significato – come rapporto tra Costituzione e leggi – che si snoda e si qualifica la specificità della interpretazione costituzionale in senso estrinseco o soggettivo. Ed è, pertanto, di questo terzo significato che ora vengo ad occuparmi.

2. *Interpretazione conforme a Costituzione (ovvero: l'argomento sistematico della conformità a Costituzione)*²³

È ovvio che l'interpretazione degli enunciati legislativi in modo da renderli conformi ai principi e alle norme costituzionali spetti, in primo luogo, alla Corte costituzionale, specie in un sistema di controllo “accentrato” di costituzionalità delle leggi nel quale queste ultime possono essere dichiarate illegittime solo da essa. Avendo la Corte, come ogni giudice, il potere di interpretare la legge, è possibile – come è accaduto sempre nel corso della nostra esperienza – che sia la Corte stessa a compiere l'interpretazione “adeguatrice” della legge alla Costituzione, emettendo decisioni “interpretative” della *quaestio legitimitatis*, desumendo cioè dalla disposizione legislativa un significato (una norma) non incostituzionale.

Ma anche i giudici comuni, al momento della sollevazione davanti alla Corte della (pregiudiziale) questione di costituzionalità della legge, individuano la norma che ritengono incostituzionale (o di dubbia costituzionalità) dopo aver interpretato l'enunciato legislativo. Ora, in questa necessaria attività interpretativa può rientrare *anche* la interpretazione “adeguatrice” o “conforme” a Costituzione che eviti di sollevare, con riferimento alla norma individuata, la questione di costituzionalità e di applicare quindi in giudizio la norma medesima.

L'interpretazione costituzionale diventa così (una) *condizione necessaria per* la stessa *interpretazione legislativa*: quest'ultima non può prescindere dall'interpretazione dei (collegati e collegabili) enunciati costituzionali. Il giudice, nell'interpretare la legge, deve anzi ricercare un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali.

Ciò, perché la “superiorità” o “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, *implica* anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima, poiché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli (attribuzione di significato agli) enunciati linguistici prodotti dal legislatore. E allora, se non c'è ancora la norma, non si può discutere di validità-invalidità.

²³ Sull'interpretazione costituzionalmente conforme, una posizione a sé occupa l'ampio, ricco e articolato saggio di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, 2016, 391 ss., che merita un'attenta e approfondita disamina, alla luce delle argomentazioni sostenute dall'ampia revisione delle teorie dell'interpretazione. Ad essa sarà dedicato un apposito lavoro.

La interpretazione conforme non comporta dunque, di per sé, la disapplicazione della legge, poiché, in quanto rivolta alla individuazione della norma, e spettante ad ogni giudice, è logicamente anteriore alla possibile antinomia tra norma legislativa e principio o norma costituzionale; antinomia, questa sì, risolubile dalla sola Corte costituzionale. Icasticamente è stato detto che «l'*incostituzionalità* della legge è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'incostituzionalità è in funzione del successo dell'interpretazione»²⁴, nel senso che «il “fallimento dell'interpretazione” si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso»²⁵.

Se così è, allora l'interpretazione della legge conforme a Costituzione altro non è che un'applicazione dell'interpretazione sistematica, poiché «la legislazione ordinaria non fa sistema in sé medesima, bensì con la normativa costituzionale»²⁶. Se «le disposizioni legislative devono essere interpretate, nel loro complesso, e mai isolatamente, nella loro portata testuale e letterale», se «tra i vari significati possibili, l'interprete deve cioè preferire quello che meglio si concili con il sistema, con il contesto normativo nel quale si inserisce», al fine di rendere “concreto” l'ordinamento, allora «l'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione (specie ove quest'ultima abbia i caratteri della rigidità) ha proprio questo obiettivo: assicurare la coerenza dell'ordinamento, la quale (...) “deve essere ormai cercata sul piano costituzionale”»²⁷.

In questo modo la Costituzione stessa, «*la Costituzione repubblicana*» si erge a «*fondamento di una “nuova teoria dell'interpretazione” dei testi normativi*»²⁸.

Questa “nuova teoria dell'interpretazione”, allora, presenta alcuni problemi *specifici*, che hanno impegnato a lungo la riflessione dottrinale, come pure la Corte costituzionale, e specialmente: 1) problemi di individuazione dei limiti che incontra il tentativo di esperimento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni; 2) problemi di qualificazione del

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 258.

²⁵ *Ibid.*, 256 s.

²⁶ F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 68 e 79.

²⁷ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle norme sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, 2013, ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 121 s. e ivi citato per l'ultima espressione L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109 s.

²⁸ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, 2012, ora in ID., *Interpretare*, cit., 25.

tentativo del giudice *a quo* di esperire l'interpretazione conforme come obbligo *di risultato* ovvero come obbligo, per così dire, *di diligenza*.

Le due questioni – o, meglio, aree problematiche – sono strettamente interconnesse, poiché la questione dei limiti all'(esperibilità del tentativo di) interpretazione conforme incide sulla qualifica del relativo “onere” da parte dei giudici comuni e sul riconoscimento degli elementi di diversità del ruolo della Corte costituzionale nell'individuazione del significato di un enunciato normativo conforme a Costituzione. Com'è stato di recente, efficacemente, affermato nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018* del Presidente della Corte costituzionale, «è immaginabile che il costante e generalizzato riferimento alla Costituzione permetta ai giudici comuni di conformare ad essa le leggi», ma solo «quando ciò sia consentito dall'esercizio dei comuni canoni ermeneutici»: il potere interpretativo dei giudici non può, infatti, «spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire»²⁹.

Quali sono, dunque, questi ostacoli che provengono dalla *lettera* della legge o dal *contesto logico-giuridico* nel quale essa si inserisce? E quando tali ostacoli possono ritenersi *insuperabili*, così da impedire al giudice comune di procedere autonomamente all'interpretazione conforme a Costituzione e da richiedere *necessariamente* l'intervento della Corte costituzionale?

Nei paragrafi che seguono si cercherà di dare risposta partitamente a ciascuna di queste domande.

2.1. I limiti all'(esperimento del tentativo di) interpretazione conforme a Costituzione

2.1.1. Il limite testuale

Perché il giudice comune non debordi, non si faccia scudo, cioè, dell'argomento dell'interpretazione conforme a Costituzione per disapplicare, di fatto, la norma e sostituirla con una diversa (cosa che l'accentramento del sindacato di legittimità costituzionale impedisce),

²⁹ Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, reperibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, spec. 7.

occorre verificare, in primo luogo, quali siano i *limiti* dettati dall'«orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere»³⁰.

Sul significato da attribuire al c.d. limite testuale nell'interpretazione conforme occorre, infatti, cercare di fare chiarezza. Il limite testuale, se inteso nel senso di giustificare la sola interpretazione c.d. dichiarativa o letterale, escluderebbe ogni altro argomento ermeneutico, ossia una qualsiasi interpretazione c.d. correttiva o integrativa del testo; ciò che però, in via generale, è escluso dallo stesso art. 12 preleggi che affianca e, in ogni senso, contrappone, in via alternativa, al criterio della interpretazione letterale ogni argomento ispirato alla c.d. intenzione del legislatore (e quindi alla *ratio legis*). Si noti poi che la stessa c.d. interpretazione sistematica è variamente modulabile: è (già) sia l'interpretazione endo-testuale (praticabile all'interno dello stesso testo, come prescrive l'art. 12 al. preleggi: «senso (...) fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»), sia l'interpretazione inter-testuale (tra diversi testi normativi), sia l'interpretazione condizionata dalla superiorità (condizionalità) di altro testo, indipendentemente dalle tesi che riconducono questo terzo tipo al precedente.

L'interpretazione conforme a Costituzione – in quanto tale – appartiene a quest'ultima categoria ed è, per ciò stesso, un'interpretazione inter-testuale, in cui i testi da confrontare ed eventualmente da adeguare sono costituiti da disposizioni condizionanti e da disposizioni condizionate. Ne discende – pianamente – che la disposizione condizionata (quanto alla validità) dalla condizionante è altresì prima ancora, condizionata (quanto all'interpretazione) dalla medesima, così che la *norma risulta dalla necessaria interpretazione congiunta di ambe le disposizioni*. Dopo la interpretazione conforme da due (o più) disposizioni risulta una sola norma (o normativa, che dir si voglia).

E quest'ultima è, probabilmente, la specificità più rilevante dell'interpretazione costituzionale, poiché solo in questo caso la *duplex interpretatio* si risolve in una *interpretazione unitaria* che rende conforme la norma di legge alla Costituzione. Se l'interpretazione conforme, ossia la produzione di *una sola* norma o normativa risultante dalla *duplex interpretatio* si rende possibile, allora non si avranno più due norme in contrasto suscettibili di essere confrontate al

³⁰ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale*, cit., 123 e, più di recente, ID., *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22.10.2018, 3 ss. del testo dattilografato.

fine di eliminazione della norma condizionata. E il confine di questa “possibilità” è delimitato – anche – dall’*orizzonte di senso* del testo della disposizione: la proposta soluzione ermeneutica «deve pur reggere alla prova della «lettera», alla quale si deve tornare per verificare che l’allontanamento dalla stessa (dal «significato iniziale») non si sia tradotto in un suo travalicamento (come accadrebbe ove il «nuovo significato» non trovi fondamento alcuno nell’enunciato oggetto di interpretazione)»³¹.

Insomma, se l’interpretazione conforme non risulta possibile (o, meglio, il giudice la ritenga *difficile*), adottando *tutti* i possibili argomenti ermeneutici a disposizione, non resta che sollevare la questione di legittimità costituzionale; se l’interpretazione conforme risulta possibile, ossia se dal confronto tra la disposizione legislativa e quella costituzionale risulta una sola norma (o normativa) applicabile al caso concreto, si spiega invece perfettamente l’indirizzo della giurisprudenza costituzionale volto a sollecitare il giudice comune all’opera di collaborazione interpretativa (o di sindacato «accentrato collaborativo»³²), prima di sollevare la questione di costituzionalità.

Ne consegue che la incidentalità del giudizio costituzionale non è affatto “cancellata”, per la semplice ragione che un giudizio costituzionale non è stato (ancora) introdotto, trattandosi di verificare le condizioni della sua instaurazione. Né si può dire che con ciò si sia introdotto un controllo para-diffuso di costituzionalità, perché il giudice comune, nell’interpretare la legge in modo conforme a Costituzione, confronta i due rispettivi enunciati, prima ancora (e al fine eventuale) di fissare (dedurre o proporre) la norma (di legge) sulla quale soltanto può vertere il vero e proprio controllo (accentrato) di costituzionalità.

Tanto meno poi si vanifica, in tal modo, il principio dell’annullamento delle leggi illegittime ad opera della Corte costituzionale, poiché il giudice comune non può né disapplicare (come accade nel controllo diffuso), né, ancor meno, annullare le norme legislative illegittime, spettando il relativo potere alla (sola) Corte costituzionale, anche appunto (o soprattutto) a fine di certezza e di estensione *erga omnes* degli effetti. Operando nel senso della interpretazione conforme, il singolo giudice comune *si limita a desumere* dalla disposizione di legge (o a

³¹ Così, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 5 del testo dattilografato e, ivi richiamato, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 207, per il riferimento alle espressioni «significato iniziale» e «nuovo significato».

³² Secondo la felice formola di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

proporre) *la norma* che ritiene non-incostituzionale e non ha ragione quindi di sollevare la *quaestio*, mentre è soltanto una diversa interpretazione seguita o proposta da altri giudici e consolidata nel c.d. “diritto vivente” che, offrendo così una normativa di dubbia costituzionalità, può richiedere, a fini di certezza e con efficacia *erga omnes*, in ultima istanza, la dichiarazione di incostituzionalità.

2.1.2. *Il limite del “diritto vivente”*

Ecco, dunque, la necessità di rispondere ad un ulteriore quesito: l’interpretazione conforme a Costituzione è “prevalente” anche rispetto al formatosi “diritto vivente”, rappresentato da una costante e generale interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative (soprattutto se avvalorata dalla giurisprudenza “nomofilattica” della Cassazione, o, comunque sia, dai giudici di ultima istanza), di dubbia costituzionalità?

Sulla questione si rinvencono esplicite affermazioni nella giurisprudenza costituzionale, secondo le quali «al giudice non è precluso, *nell’esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale*, pervenire ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco»³³.

Ora, una simile prevalenza del metodo della interpretazione conforme sul c.d. diritto vivente (sintagma, peraltro, «dai confini sempre abbastanza vaghi della sua definizione, per cui ne era derivato, in capo alla Corte, un ampio margine di discrezionalità, non sempre utilizzato in maniera coerente, nel decidere quando un “diritto vivente” potesse effettivamente dirsi formato»³⁴) potrebbe ritenersi giustificata allorché la Corte «rivolge esplicitamente ai giudici *l’invito* a seguire una interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco»³⁵, poiché il giudice ha «solo la facoltà, e già non l’obbligo, di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale»³⁶, data la “libertà interpretativa” di ogni giudice.

³³ Corte cost., sent. ordd. n. 158 del 2000, n. 367 del 2001, n. 3 del 2002 (primo corsivo mio).

³⁴ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant’anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 110.

³⁵ *Ibid.* (corsivo mio).

³⁶ Corte cost., ord. n. 252 del 2005, e già ord. n. 3 del 2002.

E, tuttavia, non può non tenersi pure in considerazione che, in presenza di consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali, esiste nell'ordinamento una "vivente" norma incostituzionale, che deve – in quanto tale – essere dichiarata incostituzionale dal Giudice della legittimità³⁷. Alla luce di queste considerazioni, si capisce subito come risultasse problematico l'indirizzo della Corte costituzionale che tramutava l'*invito* al giudice *a quo* all'interpretazione conforme a Costituzione in *perentorio onere*, con conseguente dichiarazione di inammissibilità di questioni sollevate dai giudici «in quanto finalizzate a chiedere un avallo alla propria opzione interpretativa, tale da superare quella di altri giudici (spesso dei gradi superiori del giudizio)»³⁸. In questa maniera la Corte, rinunciando ad entrare nel merito di una questione pure eventualmente sorretta da una interpretazione divergente da quella consolidata in diritto vivente, ma «quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici superiori», effettivamente induceva, irragionevolmente, il giudice «a seguire un'interpretazione in certo senso "suicida"»³⁹.

Come si vedrà di qui a breve, questo rischio è stato, almeno in parte, scongiurato dal più recente indirizzo della Corte costituzionale che – finalmente – ammette la necessità di intendere la questione interpretativa come una questione afferente al merito del sindacato di costituzionalità⁴⁰.

Certo è però che «nel rapporto tra diritto vivente ed interpretazione conforme, la Corte costituzionale mostra (...) di dare la prevalenza alla seconda, venendo quindi il primo ad assumere la natura di criterio residuale»⁴¹, come appare evidente «allorché la questione di costituzionalità sia promossa dalla stessa Corte di cassazione, con la quale quindi il giudice costituzionale viene a porsi in dialogo diretto, potendo sembrare, in alcuni casi, che la posizione assunta da quest'ultimo venga, in qualche misura, a porre in discussione o a delegittimare la funzione nomofilattica della prima»⁴².

Tuttavia, può osservarsi che la *interpretazione costituzionale*, nella sua specificità di interpretazione delle leggi conforme a Costituzione, viene inevitabilmente a *sovrapporsi* alla stessa

³⁷ V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, 1961, 895.

³⁸ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo*, cit., 111.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ V. *infra*, § 2.2.

⁴¹ R. ROMBOLI, *Loc. ult. cit.*

⁴² R. ROMBOLI, *Op. cit.*, 111 s.

tradizionale *funzione nomofilattica*, o, per meglio dire, a riempire quest'ultima di un *nuovo contenuto necessario*, come risulta inequivocabilmente, per es., dalla sentenza costituzionale n. 332 del 2001, nella quale si asserisce che la qualificazione come “diritto vivente” di una certa interpretazione da parte della Cassazione «non può vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che *proprio alla Corte di cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente*» (corsivo mio). Ed è difficile contestare una simile asserzione. È la stessa formazione del diritto vivente a doversi ritenere condizionata dal tentativo di interpretazione conforme. In altri termini, la doverosità (o, meglio, l'onerosità) dell'interpretazione conforme, sottolineata anche al livello della funzione di nomofilachia, offre la *prova provata* che la specificità della interpretazione costituzionale (come interpretazione conforme a Costituzione) non è “riservata” alla Corte costituzionale, ma è diffusa, “distribuita” fra tutti i livelli della giurisdizione.

D'altra parte, questa diffusione della interpretazione costituzionale, come interpretazione conforme a Costituzione, con la connessa (conseguente) crisi del c.d. diritto vivente, può generare (e ha generato) conflitti tra i vari giudici e, soprattutto, fra la Corte costituzionale e la Cassazione, conflitti che non sempre si risolvono con la prevalenza della interpretazione resa dalla prima⁴³. Non è, infatti, possibile ritenere che la interpretazione resa dalla Corte costituzionale prevalga su quella della Cassazione. Dovrebbe pertanto privilegiarsi la decisione interpretativa di rigetto «quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata»; caso – quest'ultimo – in cui converrebbe optare per una decisione interpretativa di accoglimento⁴⁴.

Ora, più in generale, che l'invito al giudice a seguire un'interpretazione conforme a Costituzione non si identifichi affatto, comunque sia, con un vincolo all'interpretazione resa dalla Corte costituzionale, e che neppure l'onere di interpretazione conforme possa escludere la “libertà” interpretativa dei giudici, risulta dalla significativa sentenza costituzionale n. 470

⁴³ Si v. a mero titolo esemplificativo, Corte cost., sentt. n. 322 del 2001, n. 477 del 2002, n. 399 del 2005.

⁴⁴ Così, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 7 del testo dattilografato e, ivi citati, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154.

del 2002, nella quale si afferma, con estrema chiarezza, che *l'interpretazione resa dalla Corte costituzionale non è affatto vincolante per i giudici in genere e soprattutto per la Cassazione*, la quale «rifiutando di far propria l'interpretazione prospettata da questa Corte e contestualmente sollevando questione di legittimità costituzionale (...) non altro ha fatto che esercitare il potere-dovere di interpretare la legge che l'art. 101 Cost. riconosce a qualsiasi giudice e certamente riconosce ad un giudice cui, “quale organo supremo della giustizia”, l'ordinamento giudiziario (art. 65) affida il compito di assicurare l’“esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”. Del tutto corrette, quindi, sono, quali esercizio del potere-dovere di interpretare la legge, le considerazioni svolte dal rimettente nel *dar conto delle ragioni per le quali disattende l'interpretazione* proposta dalla sent. 242/1999 di questa Corte: la quale, quindi, non può che prendere atto della conclusione raggiunta dal rimettente circa l’“unica” interpretazione compatibile con il tenore letterale della disposizione in questione» (corsivi miei).

Come si vede, nel bilanciamento tra il valore supremo e pervasivo della Costituzione – per cui il giudice deve cercare di interpretare la legge, ove possibile, in armonia con la Costituzione – e il valore del principio costituzionale della soggezione dei giudici “soltanto alla legge” (e, nella specie, alla legge ordinaria) e della conseguente “libertà” interpretativa dei giudici, quest'ultimo può perfino prevalere sul primo, ove le «ragioni per le quali si disattende l'interpretazione» resa dalla stessa Corte costituzionale vi siano e siano esposte *in modo convincente*, e tali da proporre perfino l'interpretazione letterale come l'unica sostenibile. Ciò non toglie che, in altra occasione, ove la scelta interpretativa del giudice non fosse suffragata da ragioni convincenti (o non fosse affatto ragionevolmente sostenuta) sarebbe il primo principio a prevalere sul secondo comportando l'onere della interpretazione adeguatrice.

La “libertà interpretativa” di ogni giudice (ed anzi di qualsiasi operatore del diritto) è in definitiva condizionata dalla ragionevolezza e accettabilità del ragionamento ermeneutico.

2.1.3. *Il limite dell'applicazione di una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità*

In concreto, allora, quando è superato il limite della interpretazione conforme? La risposta è agevole: quando non è (ossia *non si reputa*) possibile desumere da (o proporre per) un testo legislativo una norma conforme a Costituzione e, al tempo stesso, *si omette di sollevare davanti alla Corte la questione di costituzionalità*. In altri termini, quando si applica una norma di

dubbia (*improbabile*) costituzionalità e non quando si riesce a desumere da (o proporre per) un testo legislativo in combinazione con la norma (o con il principio) costituzionale una normativa che, per ciò stesso, non è costituzionalmente inadeguata.

Se l'interpretazione conforme non riesce, o se altri giudici dissentono dall'interpretazione conforme adottata da un singolo giudice che è riuscito nell'opera adeguatrice, non riuscendo, da parte loro, nell'operazione di conformazione o di adeguamento, ad essi spetterà di sollevare la *quaestio* e offrire alla Corte l'opportunità per una decisione, la quale sarà necessariamente risolutiva soltanto nel caso la Corte si pronunzi per l'incostituzionalità. Se si riflette sul serio su quest'ultimo punto, ci si avvede che non sempre (ma solo eventualmente) la pronuncia costituzionale riesce a soddisfare quei requisiti di certezza e di efficacia generale che gli avversari della dottrina dell'interpretazione conforme adducono a sostegno della propria tesi.

Il vero è che il nostro sistema di giustizia costituzionale non offre alternative: o il giudice comune riesce nell'opera di interpretazione conforme, e allora la normativa di legge è immediatamente applicabile; o non riesce e allora è possibile che la Corte la dichiari incostituzionale. Non si può tralasciare di osservare che il nostro ordinamento – a differenza di altri – è ispirato ad un *principio di presunzione di legittimità costituzionale della legislazione*⁴⁵ e non offre la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte costituzionale. La mediazione del giudice comune è pertanto, non solo giuridicamente obbligatoria e imprescindibile, ma, proprio per questo, in essa è ricompresa – *naturaliter* – la possibilità di interpretare la legge da applicare in modo costituzionalmente adeguato.

Occorre però avvertire che sarebbe possibile che il giudice comune (ricorrendo alla “interpretazione conforme” e non all'analogia) disapplichi la disciplina vigente, ma ad una precisa indispensabile condizione. E la *condizione* – *condicio sine qua non* – è rappresentata da una *pregressa decisione di accoglimento* della Corte costituzionale che abbia dichiarato *incostituzionali discipline simili* alla disciplina vigente, *sulla base di un principio costituzionale* (o di un complesso di principi costituzionali) *individuato con chiarezza dalla Corte costituzionale*. Poiché ogni disposizione legislativa è riconducibile ad un principio, la dichiarazione di incostituzionalità di una determinata disposizione legislativa comporta generalmente che il principio sulla quale essa

⁴⁵ M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1222.

poggia sia “espunto” dall’ordinamento alla pari della disposizione dichiarata incostituzionale. Può accadere, peraltro, che la Corte dichiari incostituzionale il “solo” principio e non la disposizione (ciò accade nelle c.d. sentenze additive di principio, nelle quali il principio “aggiunto” dalla Corte sostituisce il principio espunto, lasciando, di regola, al legislatore e al giudice, rispettivamente, il compito di adeguare le disposizioni legislative al “nuovo” principio, ovvero di desumere e proporre interpretativamente dalle disposizioni tuttora vigenti norme adeguate al “nuovo” principio)⁴⁶.

Se la giurisprudenza costituzionale dichiara incostituzionale un principio giuridico vigente, ovvero “aggiunge” un principio costituzionalmente “dovuto”, o, meglio, “sostituisce” un principio giuridico vigente con un “nuovo” principio costituzionalmente adeguato, si può arrivare perfino ad apprezzare (pur senza condividere) quella proposta «che consiste nel relativizzare un po’ il monopolio attribuito al giudice costituzionale» – superando, o, per dire meglio, svelando, una impossibile rigorosa, netta, linea di demarcazione tra produzione normativa, da un lato, e interpretazione di enunciati normativi, dall’altro; e quindi tra interpretazione (a tutto campo o, come suol dirsi “*tutto considerato*”) e disapplicazione di norme giuridiche – nel preciso senso che, «qualora esista una giurisprudenza del tribunale costituzionale da cui *derivi chiaramente l’incostituzionalità* di una determinata legge, il giudice comune potrebbe disapplicare tale legge per conto proprio, senza dover sollevare la questione dinanzi al tribunale costituzionale» (corsivo mio); con la conseguenza che, «se il tribunale costituzionale ha dichiarato l’invalidità di una determinata legge, il giudice comune può *non prendere in considerazione*, in base alla propria autorità, *un’altra legge* che abbia un *contenuto identico o simile* alla legge già invalidata»⁴⁷.

È evidente che sarebbe più corretto parlare in proposito, più che di leggi o di atti legislativi, di disposizioni o enunciati legislativi; e sarebbe utile precisare che la c.d. disapplicazione della norma risultante dalla interpretazione della disposizione conforme al principio costituzionalmente adeguato è sottoposta a *due rigorose condizioni*:

⁴⁶ Cfr., ad es., Corte cost., sentt. n. 265 del 2010; n. 164 e n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 e n. 213 del 2013.

⁴⁷ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, in L. CAPPUCCIO e E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013, 313 (corsivi miei).

a) che la *ratio decidendi* circa l'incostituzionalità della disposizione legislativa, o, per dir meglio, il principio costituzionalmente “adeguato” (aggiunto o sostituito dalla Corte costituzionale) *risulti con chiarezza* dal dispositivo (o dalla motivazione) della sentenza costituzionale (ossia non sia, a sua volta, ragionevolmente discusso o discutibile);

b) che l'interpretazione assunta alla base della decisione costituzionale sia contenuta in una sentenza “di accoglimento” della *quaestio legitimitatis*, e non sia in una decisione “di rigetto” o di inammissibilità (sia perché l'interpretazione non è “riservata” alla Corte costituzionale e *ut sic* non è vincolante per i giudici comuni; sia perché la sola interpretazione assunta alla base di una dichiarazione di incostituzionalità fa invece tutt'uno con quest'ultima con vincolo *erga omnes*).

2.2. Il ruolo della Corte costituzionale e quello dei giudici comuni nell'interpretazione conforme a Costituzione

Certamente, tutto ciò comporta bensì un'espansione dei poteri giudiziari, rispetto agli altri poteri dello Stato, ma tale espansione è inevitabilmente collegata ad una caratteristica dell'odierno Stato costituzionale, secondo la quale nel bilanciamento tra il principio della superiorità globale della Costituzione che riguarda e avvince tutti gli operatori giuridici (massimamente i giudici) e il “monopolio” del sindacato di costituzionalità attribuito alla Corte è il primo a prevalere, mentre il secondo mantiene pure una sua indiscutibile, persistente valenza nell'esclusivo potere attribuito alla Corte costituzionale di dichiarare l'invalidità della legge con efficacia *erga omnes*⁴⁸.

Com'è stato efficacemente sintetizzato, «appartiene (...) alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione competa alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è *di mera apparenza*, in quanto ricomponibile attraverso l'interpretazione»⁴⁹. Quando il contrasto non è invece ricomponibile in via interpretativa, l'ordinamento *richiede* l'intervento della Corte costituzionale, in quanto organo di garanzia, strutturato e organizzato

⁴⁸ F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 2412.

⁴⁹ Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 7 (corsivo mio).

proprio al fine di assicurare la più seria ponderazione delle *effettive* questioni di legittimità costituzionale: i suoi «equilibrati criteri di composizione»; l'«ampia collegialità»; il «confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici»; «la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce» rendono il sindacato accentrato un'«architrave, *non surrogabile*» del controllo di costituzionalità⁵⁰.

Alla luce di queste considerazioni, ben si comprendono le ragioni per cui la Corte costituzionale ha modificato l'atteggiamento seguito sino a poco tempo fa – ossia quello per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazione incostituzionali, ma perché *non è possibile* darne interpretazioni costituzionali»⁵¹, conseguentemente sanzionando il mancato conseguimento dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo* con decisioni di inammissibilità – in favore del più recente indirizzo «secondo il quale il dovere del giudice comune di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile»⁵². In altre parole, oggi non si chiede più al giudice un convincimento intorno all'*incostituzionalità* di *tutti* i significati estraibili dall'enunciato normativo, «bensì un convincimento tanto sulla *difficoltà* di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla *probabilità* che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma»⁵³.

Quello del giudice *a quo* è insomma un onere di motivazione, un *obbligo di diligenza* e non di risultato; e la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*. Ovvero, se pure la Corte costituzionale ritenesse possibile individuare una norma conforme a Costituzione nell'enunciato legislativo oggetto del controllo di costituzionalità, e dunque non fosse persuasa dalla motivazione sul punto dell'ordinanza di rimessione, ciò non costituisce un

⁵⁰ *Ibid.* (corsivo mio).

⁵¹ Corte cost., sent. n. 356 del 1996 (corsivi miei).

⁵² Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 8, e ivi richiamate, tra le più recenti, Corte cost., n. 15, n. 77 e n. 91 del 2018.

⁵³ F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 18.4.2014, 23.

vizio procedurale, “sanzionabile” con l’inammissibilità (come pure, si è visto, a lungo è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale stessa): è invece un problema di merito, risolvibile mediante *sentenza* interpretativa (di rigetto o di accoglimento).

Così, in particolare, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, ove, a fronte di un «tentativo, in concreto effettuato dal *giudice a quo*, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione» e della *consapevole esclusione* di tale possibilità da parte del rimettente, «il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un’interpretazione costituzionalmente compatibile», la Corte afferma che «la possibilità di un’ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell’esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»⁵⁴.

Affermazioni analoghe – di sufficienza della *esplorazione della possibilità* di un’interpretazione conforme a Costituzione e della *consapevole esclusione* della stessa, da parte del giudice *a quo*; di necessità di entrare nel *merito* della controversia, da parte della Corte costituzionale – sono state poi costantemente ripetute⁵⁵, tanto da costituire oramai un solido punto di riferimento. Alla luce di questa giurisprudenza, affinché si possa ritenere adempiuto il dovere del giudice di tentare l’esperimento dell’interpretazione conforme a Costituzione, occorre un «accurato ed esaustivo esame delle alternative poste a disposizione dal dibattito giurisprudenziale, se del caso per discostarsene motivatamente. Solo se avviene ciò infatti si può dire che l’interpretazione adeguatrice è stata davvero “consapevolmente esclusa” dal rimettente»⁵⁶. Rimane, certo, sanzionabile con l’inammissibilità il mancato tentativo – o la mancata motivazione in ordine al tentativo – di interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice rimettente⁵⁷.

⁵⁴ Qualche “anticipazione” del *revirement* può intravedersi nelle sentt. n. 235 del 2014 e n. 51 del 2015, ove si afferma che «per aversi una questione di legittimità validamente posta, è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un’interpretazione non implausibile della disposizione contestata».

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentt. n. 262 del 2015; n. 36, n. 45, n. 95, n. 111, n. 173, n. 204, n. 219 del 2016; n. 42, n. 53, n. 69, n. 180, n. 194, n. 208, n. 213, n. 254 del 2017, oltre alle sopra menzionate decisioni del 2018.

⁵⁶ Corte cost., n. 221 del 2015 e n. 253 del 2017.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., n. 177 del 2016; n. 97 e n. 253 del 2017.

Il vero limite all'interpretazione conforme non è allora rappresentato dalla impossibilità, ma piuttosto dalla “*improbabilità-difficoltà*” riconosciuta al giudice di interpretare le disposizioni legislative in modo conforme alle norme (e ai principi) costituzionali⁵⁸; «improbabilità che va misurata alla luce sia della “lettera” sia dell’eventuale diritto vivente»⁵⁹. Ove tale *improbabilità* – non già *impossibilità* – sussista, le porte della decisione di merito devono intendersi dischiuse: se il giudice, ancorché abbia profuso il richiesto sforzo interpretativo, ritenga *difficile* (alla luce della lettera e del diritto vivente) esperire l'interpretazione conforme, la questione dovrà essere decisa nel merito «e, nello specifico, rigettata, ove la Corte ritenga possibile un'interpretazione alternativa, che non sia implausibile»⁶⁰.

Se, poi, la motivazione della Corte costituzionale sul punto è persuasiva per i giudici comuni, allora questi ultimi potranno «collaborare», applicando (ma non disapplicando) la legge nel senso della interpretazione conforme già resa dalla Corte. Ma il giudice comune può invece dissentire, perché, nel nostro ordinamento, da un lato il singolo giudice gode di libertà decisionale (e quindi interpretativa) e, dall'altro, la giurisdizione costituzionale *non* è una giurisdizione d'interpretazione⁶¹, come lo è, invece, per es., quella della Corte di giustizia. In altri termini, le “interpretazioni”, pur se adeguatrici, della Corte costituzionale non sono vincolanti (se non, forse, per il giudice *a quo*). *Il potere della Corte costituzionale è solo quello di dichiarare l'incostituzionalità di una norma*. Ciò comporta *naturaliter* l'interpretazione del disposto legislativo, ma questa interpretazione, come tale, non è vincolante se non è colpita (come norma) dalla censura di incostituzionalità. Quella che resta integra, dopo una decisione di rigetto (anche interpretativa), è dunque la disposizione, a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione (anche difforme dalla interpretazione della Corte che l'ha salvata dall'incostituzionalità).

L'unica via per restituire *certezza*, allora, in caso di *mancata collaborazione* fra giudici comuni e Corte costituzionale, è quella di una successiva decisione di accoglimento, interpreta-

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 42 del 2017.

⁵⁹ M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 6 del testo dattilografato.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ V. per es. A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 17.

tiva o manipolativa, «con la quale la Corte, preso atto del maturare di un consolidato orientamento giurisprudenziale di segno contrario, lo “rimuove” pronunciando l’incostituzionalità o della disposizione o della norma incostituzionale da essa ricavata»⁶².

3. *In conclusione*

Si può dire, in conclusione, che l’interpretazione costituzionale è chiamata a risolvere *problemi specifici*, che «non emergono o non hanno neppure senso in altri [testi normativi]»; problemi specifici che «dipendono dai diversi modi di concepire la costituzione»⁶³.

Guardando alla Costituzione *in senso formale*, come *testo scritto*, le specificità di quel testo, determinate dallo specifico compito (o insieme di compiti) assegnato alla costituzione in un ordinamento giuridico, pongono in essere problemi altrettanto specifici, che non potrebbero porsi in relazione a nessun altro testo normativo⁶⁴. Allo stesso modo, guardando alla Costituzione come *documento*, nel suo *rapporto* con gli altri documenti normativi, la speciale condizionalità delle norme e principi costituzionali rispetto alle leggi genera la necessità, “diffusa”, di applicare l’argomento sistematico della conformità in termini assolutamente specifici⁶⁵.

Per ciò la risposta alla domanda con cui si è aperta la lezione, “che cosa è una costituzione” o, meglio, che significato si dà al termine “costituzione” – e, quindi, all’attributo “costituzionale” – è *centrale* nell’interpretazione costituzionale: non solo o non tanto per le ragioni riportate in principio (delimitare l’oggetto di studio), ma soprattutto perché questa domanda – e la risposta che ad essa si dà – si ripercuote su tutti gli interpreti della Costituzione, così che il *risultato* dell’attività interpretativa costituzionale *dipende* dalla risposta che ciascun giudice, ciascun giurista, ha fatto propria.

In sintesi, si potrebbe quindi dire che «la specificità dell’interpretazione costituzionale è diretta conseguenza della specificità dei problemi che il testo costituzionale suscita»⁶⁶.

⁶² Lo rileva, correttamente, M. RUOTOLO, *Loc. ult. cit.*, che fa riferimento alla nota giurisprudenza relativa al contrasto interpretativo fra Corte costituzionale e Corte di Cassazione sul calcolo della durata massima dei termini di fase della custodia cautelare (dalla sent. n. 292 del 1998 alla decisione n. 299 del 2005).

⁶³ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., § 5.

⁶⁴ *Supra*, sub §§ 1 ss.

⁶⁵ *Supra*, sub §§ 2 ss.

⁶⁶ F. MODUGNO, *Sulla specificità*, cit., 243.

Abstract

The essay, which reproduces the *Lectio magistralis* held at the University of Camerino on 10.4.2019, partly reproduces the reflections that the A. has devoted over the years on the subject of constitutional interpretation. In the first part, which looks at the Constitution in a formal sense, as a written text, the writing analyzes the implications in terms of interpretation of the specificity of the constitutional text and the subjects of constitutional interpretation, determined by the specific task (or set of tasks) assigned to the constitution in a legal order. In the second part, looking at the Constitution as a document, in its relationship with the other normative documents, the work studies the implications on the interpretation of the special conditionality of constitutional norms and principles with respect to laws, which generates the “widespread” need to apply the argument of conformity in specific terms. Therefore, the essay deals with the issues related to the limits of interpretation in conformity with the Constitution, deepening the evolution of the constitutional case-law which, recently, affirmed the need to face these questions by entering into the merits and not by stopping at the procedural level.

Roma, maggio 2019.

STEFANO TESTA BAPPENHEIM*

*Stato laico ed effetti civili dei matrimoni religiosi: il caso dell'India***

Sommario: De qua agitur? - I. Il Separatismo indiano, proattivo e migliorativo. - II. Le leggi statali sulla rilevanza civile dei diritti matrimoniali religiosi. - II.1. Norme generali. - II.2. I riti. - II.3. L'età. - II.4. Il consenso. - II.5. I matrimoni di *mixta religio*. - II.6. Gli effetti patrimoniali. - II.7. Il divorzio. - III. La sentenza della Corte Suprema che (ri)definisce il concetto indiano di laicità dello Stato. - IV. L'intervento legislativo che ha abrogato, sanzionandolo penalmente, il triplo *talaq* istantaneo. - Conclusioni

De qua agitur?

A seguito d'una sentenza di 408 pagine della Corte Suprema di New Delhi, pronunciata nel 2017¹, il Parlamento indiano ha recentemente modificato le disposizioni statali sulla rilevanza civile del diritto islamico riguardante l'ambito matrimoniale; abbiamo quindi ritenuto interessante prendere in esame sia il quadro costituzionale e normativo generale relativo alla rilevanza civile degli ordinamenti confessionali per i matrimoni religiosi², sia l'imponente sentenza della Corte Suprema, che senza dubbio segna uno spartiacque nella storia del diritto 'ecclesiastico' indiano³, sia, *last but not least*, questa nuova disposizione legislativa.

* Professore a contratto di Diritto ecclesiastico e di Diritto musulmano e dei Paesi islamici presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ https://sci.gov.in/supremecourt/2016/6716/6716_2016_Judgement_22-Aug-2017.pdf.

² D. ANNOUSSAMY, *Manuel de droit indien*, Paris, 2016, pp. 53 ss.; A.M. BATTACHARJEE, *Matrimonial laws and the Constitution*, Calcutta, 1996, pp. 69 ss.

³ V. F. ONIDA, *Secolarismo e libertà religiosa in India*, in DE, 1990, pp. 98 ss.; P.B. MEHTA, *Passion and Constraint. Courts and Regulation of Religious Meaning*, in R. BHARGAVA (a cura di), *Politics and Ethics of the Indian Constitution*, New York, 2008, pp. 309 ss.

I. *Il Separatismo indiano, proattivo e migliorativo*

L'India si definisce, nel Preambolo della Costituzione, uno Stato “sovrano, socialista, secolare, democratico”⁴: il carattere secolare della Repubblica indiana è stato espressamente indicato solo a partire dal 1976⁵, ma era già stato teorizzato come principio supremo di funzionamento che avrebbe evitato la nascita di uno Stato teocratico⁶: con questa precisazione indicata *expressis verbis* nel Preambolo, infatti, diventa definitivamente impossibile l'istituzione d'una religione di Stato, o comunque l'istituzionalizzazione di privilegi per le religioni di maggioranza⁷.

La decisione, presa dopo l'indipendenza, di creare uno Stato laico faceva seguito, infatti, alla convinzione che in un Paese religiosamente pluralistico come l'India fosse indispensabile assicurare anche a livello costituzionale che lo Stato non si identificasse con nessuna religione specifica⁸.

Solo così avrebbe potuto essere garantito ad ogni cittadino il diritto di poter vivere secondo le proprie personali convinzioni religiose, come stabilito dalla Corte Suprema⁹; nella Costituzione, del resto, il concetto di “Stato secolare” non è precisato normativamente, e, dopo vari interventi dottrinali¹⁰, si è pronunciata la Corte Suprema, precisando come questo concetto significhi che, sulla base della Costituzione, nessuna religione avrebbe potuto essere religione di Stato, e nemmeno godere d'uno status privilegiato, mentre, al contrario, lo Stato

⁴ <http://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated.pdf>.

⁵ <http://legislative.gov.in/constitution-forty-second-amendment-act-1976>.

⁶ G. OSURI, *Religious Freedom in India*, Abingdon – New York, 2013, pp. 74 ss.; D.D. BASU, *Introduction to the Constitution of India*, New Delhi, 2008, pp. 174 ss.

⁷ I. DAS, *Staat und Religion*, in *Indien*, Tübingen, 2009, pp. 39 ss.; J. COLEMAN, *Authoring (In)Authenticity, Regulating Religious Tolerance. The Implications of Anti-Conversion Legislation for Indian secularism*, in *Cult. Dyn.*, 2008, pp. 245 ss.

⁸ V. D. FRANCAVILLA, *Cultura giuridica e ateismo in Asia: il caso indiano*, in *QDPE*, 2011, pp. 193 ss.; v. P.L. CONSORTI, “Hanno ragione tutti?”. *Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in AA.VV., *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi*, Pisa, 2013, pp. 9 ss.

⁹ Supreme Court of India, *affaire Bommai vs Union of India*, dell'11 marzo 1994, <https://sci.gov.in/jonew/judis/11570.pdf>.

¹⁰ A. BARUAH, *Preamble of the Constitution of India: an insight and comparison with other constitutions*, New Delhi, 2007, pp. 47 ss.; P. CHANDRASEKHARA RAO, *The Indian Constitution and international Law*, Delhi, 1993, pp. 100 ss.; B.S. MURTY, *Secularism, Religion and Liberal Democracy*, Visakhapatnam, 1997, pp. 38 ss.

avrebbe avuto una posizione di neutralità benevola verso tutte le religioni: “*Whilst our Constitution is neutral in religion, it at the same time, is benign and sympathetic of all religious creeds however unacceptable they may be in the eyes of non-believers. Articles 25 and 26 embody a tolerance to all religions*”¹¹.

In questo contesto di neutralità benevola, dunque, la dottrina ha sviluppato una specifica caratterizzazione della laicità indiana, che si discosta sia dal modello statunitense del Separatismo filo-religioso¹², sia dalla *laïcité de combat* di tradizione francese¹³ (che pure negli ultimi anni ha conosciuto un certo *apaisement*)¹⁴.

Essere uno Stato secolare secondo la Costituzione indiana, quindi, dice la Corte Suprema, significa, *in primis*, applicare parità di trattamento verso tutte le religioni: “*Religious tolerance and equal treatment of all religious groups and protection of their life and property and of the places of their worship are an essential part of secularism enshrined in our Constitution*”¹⁵.

¹¹ Supreme Court of India, affaire *Commissioner of Police vs Acharya Jagdishwarananda Avadhuta*, dell'11 marzo 2004, <https://sci.gov.in/jonew/judis/25938.pdf>.

¹² M. TEDESCHI, *Stato e Chiesa negli Stati Uniti d'America*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, Padova, 1989, pp. 97 ss.; ID., *Alle radici del separatismo americano*, in *DE*, 1984, pp. 83 ss.; M. PATRONO, *L'attività normativa dell'esecutivo: pubblica amministrazione negli Stati Uniti*, in *Dir. Soc.*, 1974, pp. 20 ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, *L'antica idea di separazione*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, pp. 975 ss.

¹³ V. M. D'ARIENZO, *La “religione della laicità” nella Costituzione francese*, in P. BECCHI – V. PACILLO (a cura di), *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Lugano, 2013, pp. 139 ss.; P. VALDRINI, *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Eph.*, 2015, pp. 39 ss.; P. CAVANA, *Laicità, politica e religioni in Francia*, in *Iustitia*, 1998, IV, pp. 365 ss.; F. FEDE – S. TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laïcité di Parigi alla Nominatio Dei di Berlino, passando per Roma*, Milano, 2007, pp. 11 ss.

¹⁴ M. D'ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *DeR*, 2008, pp. 257 ss.; P. VALDRINI, *La ‘laicità positiva’. A proposito del discorso del Presidente Sarkozy al Laterano (20 dicembre 2007)*, in AA.VV., *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 409 ss.; P.L. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *statoechiese.it*, n. 1/2018, https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Consorti.M2_Dalla_Francia.pdf.

¹⁵ Supreme Court of India, affaire *Bommai vs Union of India*, cit., n. 11.

Allo Stato è costituzionalmente vietata ogni discriminazione verso i propri cittadini per motivi religiosi, in merito all'istruzione, al lavoro, all'accesso al pubblico impiego ed alla partecipazione alla vita politica (ex artt. 15¹⁶, 16 commi 1 e 2¹⁷, e 29 comma 2 Cost.¹⁸); in un Paese in cui la larghissima maggioranza è induista, un'affermazione così decisa e netta di parità di trattamento assume un carattere chiaramente antimaggioritario, dal momento che, accanto al preponderantemente dominante Induismo, tutte le altre confessioni religiose sono riconosciute eguali¹⁹.

¹⁶ 15. *Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth.*

(1) *The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.*

(2) *No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to—*

(a) *access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or*

(b) *the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public.*

(3) *Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.*

(4) *Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.*

(5) *Nothing in this article or in sub-clause (g) of clause (1) of article 19 shall prevent the State from making any special provision, by law, for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes or the Scheduled Tribes in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30.*

(6) *Nothing in this article or sub-clause (g) of clause (1) of article 19 or clause (2) of article 29 shall prevent the State from making—*

(a) *any special provision for the advancement of any economically weaker sections of citizens other than the classes mentioned in clauses (4) and (5); and*

(b) *any special provision for the advancement of any economically weaker sections of citizens other than the classes mentioned in clauses (4) and (5) in so far as such special provisions relate to their admission to educational institutions including private educational institutions, whether aided or unaided by the State, other than the minority educational institutions referred to in clause (1) of article 30, which in the case of reservation would be in addition to the existing reservations and subject to a maximum of ten per cent. Of the total seats in each category.*

Explanation.— For the purposes of this article and article 16, “economically weaker sections” shall be such as may be notified by the State from time to time on the basis of family income and other indicators of economic disadvantage.

¹⁷ 16. *Equality of opportunity in matters of public employment.—*

(1) *There shall be equality of opportunity for all citizens in matters relating to employment or appointment to any office under the State.*

(2) *No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them, be ineligible for, or discriminated against in respect of, any employment or office under the State.*

¹⁸ 29. *Protection of interests of minorities.—[...]*

(2) *No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them.*

¹⁹ T. MAHMOOD, *Religion and the Secular State: Indian Perspective*, in J. MARTINEZ TORRON – W. COLE DURHAM – D. THAYLER, *Religion and the secular state: national reports issued for the occasion of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Madrid, 2015, pp. 395 ss.

Un'ulteriore caratteristica del secolarismo costituzionale indiano, *in secundis*, secondo la dottrina, sta in un mandato ottativo di riforma religiosa, un '*ameliorative secularism*', che sembra pensato per la questione delle caste: la Costituzione indiana, infatti, è un documento sociale, e la maggioranza delle disposizioni che vi sono contenute è direttamente preordinata all'obiettivo del miglioramento sociale, non solo economico²⁰; si tratta, perciò, d'un secolarismo "proattivo, interventista"²¹, perché la Costituzione vuole raggiungere un miglioramento nelle condizioni sociali del popolo superando le disuguaglianze basate su gerarchie e caste religiose, ma lo vuole fare senza intenti rivoluzionari che potrebbero incendiare la complessa società indiana²².

Come obiettivi concreti di questo secolarismo migliorativo vi sono non solo i miglioramenti delle condizioni di vita di quelle parti di popolazione che subiscano discriminazioni su base religiosa, ma anche l'esigenza d'una coesistenza pacifica – all'interno dello stesso Stato – di tutti i gruppi religiosi, permettendo loro di continuare a vivere separatamente, non solo accanto agli altri, ma anche 'insieme', in una forma di coesistenza che mescoli i vari gruppi religiosi conservandoli tali, ovvero senza imporre né conversioni verso le confessioni di maggioranza, né il dissolvimento delle varie e molteplici identità storico-culturali e religiose in un nuovo ed indistinto concetto, quasi una sintesi hegheliano-sincretista di tutte le fedi: misure d'intervento concrete per la rimozione di tradizioni religiose contrarie ai diritti fondamentali sono, infatti, espressamente previste come legittime dalla Costituzione stessa (artt. 15 comma 4, 25 comma 2 e 26 lettera d)²³.

²⁰ G. AUSTIN, *The Indian Constitution*, New Delhi, 1999, pp. 50 ss.; N. KUMAR, *Constitutional Law of India*, Faridabad, 2000, pp. 47 ss.

²¹ S. TESTA BAPPENHEIM, *Separatismo amichevole e Separatismo proattivo: prospettiva costituzionale tedesca ed indiana comparate*, in *DeR*, 2018, pp. 128 ss.

²² G.J. JACOBSON, *The Wheel of Law. India's Secularism in Comparative Constitutional Context*, Princeton, 2005, pp. 94 ss.; M. GALANTER, *The religious Aspects of Caste: a legal View*, in E.S. DONALD (a cura di), *South Asian Politics and Religion*, Princeton, 1966, pp. 277 ss.

²³ C.S. ADCOCK, *The limits of tolerance. Indian secularism and the politics of religious freedom*, New York, 2014, pp. 151 ss.; v. F. DE GREGORIO, *L'"homo viator" tra dovere etico e precettistica divina*, in *RIFD*, 2016, pp. 637 ss.

La libertà religiosa è regolata dagli artt. 25-28²⁴, che disciplinano vari aspetti: accanto ad una garanzia individuale della libertà religiosa (art. 25²⁵) v'è anche il diritto delle confessioni religiose all'autogestione, anche finanziaria²⁶ (art. 26²⁷), e la protezione contro l'obbligo di pagare tasse specifiche a favore di confessioni religiose (art. 27²⁸); l'art. 28, infine, regola l'istruzione religiosa nelle scuole statali ed in quelle non statali²⁹.

Analogamente al concetto di 'secolarismo', che, come abbiamo visto, è previsto dalla Costituzione senza esserne tuttavia definito, anche il concetto di 'religione' è precisato non già da un testo normativo, bensì da una sentenza della Corte Suprema, secondo la quale la religione è "*a matter of faith with individuals or communities and [...] not necessarily theistic. [...] A religion undoubtedly has its basis in a system of beliefs or doctrines which are regarded by those who profess*

²⁴ M.P. JAIN, *Indian Constitutional Law*, art. 25, New Delhi, 2013, pp. 1406 ss.; v. S. MÜCKL, *Das Recht der Religion auf öffentliche Präsenz im freiheitlichen Verfassungsstaat*, in K. STÜWE (a cura di), *Religion and Politics in Liberal Democracy*, Berlin, 2018, pp. 221 ss.

²⁵ 25. Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion.—(1) Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion.

(2) Nothing in this article shall affect the operation of any existing law or prevent the State from making any law—

(a) regulating or restricting any economic, financial, political or other secular activity which may be associated with religious practice; (b) providing for social welfare and reform or the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus.

Explanation I.—The wearing and carrying of kirpans shall be deemed to be included in the profession of the Sikh religion.

Explanation II.—In sub-clause (b) of clause (2), the reference to Hindus shall be construed as including a reference to persons professing the Sikh, Jaina or Buddhist religion, and the reference to Hindu religious institutions shall be construed accordingly.

²⁶ V. J. MIÑAMBRES, *Autonomia e responsabilità nella amministrazione delle risorse della Chiesa*, in PK, 2016, pp. 97 ss.

²⁷ 26. Freedom to manage religious affairs.—Subject to public order, morality and health, every religious denomination or any section thereof shall have the right—

(a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes;

(b) to manage its own affairs in matters of religion;

(c) to own and acquire movable and immovable property; and

(d) to administer such property in accordance with law.

²⁸ 27. Freedom as to payment of taxes for promotion of any particular religion.—

No person shall be compelled to pay any taxes, the proceeds of which are specifically appropriated in payment of expenses for the promotion or maintenance of any particular religion or religious denomination.

²⁹ 28. Freedom as to attendance at religious instruction or religious worship in certain educational institutions.—

(1) No religious instruction shall be provided in any educational institution wholly maintained out of State funds.

(2) Nothing in clause (1) shall apply to an educational institution which is administered by the State but has been established under any endowment or trust which requires that religious instruction shall be imparted in such institution.

(3) No person attending any educational institution recognised by the State or receiving aid out of State funds shall be required to take part in any religious instruction that may be imparted in such institution or to attend any religious worship that may be conducted in such institution or in any premises attached thereto unless such person or, if such person is a minor, his guardian has given his consent thereto.

that religion as conducive to their spiritual well-being and includes also a code of ethical rules for its followers”³⁰.

La sottolineatura dello “*spiritual well-being*” viene interpretata dalla dottrina come indicazione non solo dei principi religioso-dogmatici *stricto sensu*, ma anche dell’atteggiamento che ne derivi nella vita quotidiana in questioni non solo strettamente spiritual-trascendentali (atti di culto, *etc.*), ma anche pratico-immanenti, come, appunto, un matrimonio celebrato secondo un rito religioso, di cui lo Stato deve riconoscere effetti civili perché “*therefore, whatever binds a man to his own conscience and whatever moral and ethical principles regulate the lives of men, that alone can constitute religion as understood in the Constitution*”³¹.

Ex art. 25 Cost., quindi, sono protetti tanto il foro interno, quanto quello esterno, cioè, appunto, la libertà di manifestare, e praticare, le proprie convinzioni religiose, nel cui ambito rientra anche la celebrazione di un matrimonio religioso, sia perché atto religioso *in se ipso*, sia perché esercizio della libertà religiosa individuale: “*The guarantee [...] not only protects the freedom on religious opinion, but it also protects acts done in pursuance of religion*”³².

Lo Stato, perciò, deve riconoscere i riti basati sui sacri testi o sulle tradizioni delle confessioni religiose presenti in India, compreso il rito del matrimonio: la decisione di due persone di sposarsi con rito religioso costituisce esercizio della libertà religiosa, e quindi, sempreché il rito non sia contrario all’ordine pubblico³³, alla moralità ed alla salute (pubblica), ex art. 25 comma 1 Cost., lo Stato non solo non può impedirlo, ma nemmeno ignorarlo, in quanto manifestazione di volontà di contrarre matrimonio, che è una fattispecie riconosciuta anche dall’ordinamento civile: essendo l’opzione del matrimonio religioso un atto d’esercizio della libertà religiosa, che è un diritto costituzionalmente riconosciuto e protetto, lo Stato non può vietarlo; potrebbe, certo, non prenderlo in considerazione, e quindi obbligare i nubendi a seguire un “doppio binario”, non riconoscendo il matrimonio religioso e rendendo indispensabile un matrimonio anche civile, ma, come ha chiarito la dottrina prevalente, ciò

³⁰ Supreme Court of India, affaire *The Commissioner of Hindu religious Endowments (Madras) vs Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt*, del 16 aprile 1954, <https://sci.gov.in/jonew/judis/933.pdf>.

³¹ Supreme Court of India, affaire *A.S. Narayana Deekshbitulu vs State of Andhra Pradesh*, del 9 maggio 1997, <https://sci.gov.in/jonew/judis/19966.pdf>.

³² Supreme Court of India, affaire *The Commissioner of Hindu religious Endowments (Madras) vs Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt*, cit.

³³ V. G. CERRINA FERONI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *PC*, 2008, pp. 31 ss.

non avrebbe senso, dato che sarebbe una limitazione ostativa verso una manifestazione di volontà tendente ad un obiettivo che lo Stato giudica costituzionalmente lecito (ossia il matrimonio), per il cui compimento è stata scelta una via che lo Stato parimenti considera costituzionalmente legittima (ovvero l'esercizio della libertà religiosa che trova fenotipo nel rito nuziale religioso)³⁴, sicché non v'è ragione per cui lo Stato frapponga ostacoli al riguardo³⁵.

La particolarità del Secolarismo indiano, secondo la dottrina, consiste, perciò, nel fatto d'essere di stampo "social-interventista e migliorativo", ciò che si fenotipizza in un'osservanza rispettosa dei riti e principî religiosi, alla quale s'accompagna, però, il primato dell'ordinamento costituzionale, che appunto (come nella questione del *talaq*, v. *infra*) si palesa in un atteggiamento estensivo di promozione, affinché il ruolo pubblico della religione in generale, e delle religioni presenti in India in particolare, si coordini ed articoli fra una popolazione amante del proprio retaggio storico-culturale religioso, ed uno Stato che verso questo retaggio ha un rispetto dinamico e propulsivo: "C'è stato un tempo nella storia indiana in cui la religione forniva, regolava e controllava completamente il sistema legale e giudiziario del Paese. Oggi la situazione è capovolta. Nell'India secolare dei nostri tempi, è la legge dello Stato che determina la portata della religione nella società, ed è la magistratura che determina ciò che le leggi relative alla portata della religione dicono, significano e richiedono. Tuttavia, anche oggi, i valori e la tradizione religiosa continuano ad avere una forte influenza sulla società indiana"³⁶.

II. *Le leggi statali sulla rilevanza civile dei diritti matrimoniali religiosi.*

L'appartenenza religiosa è, per il diritto ecclesiastico-matrimoniale indiano, di centrale rilevanza, poiché i matrimoni che non vengano celebrati con lo *Special Marriage Act*³⁷ debbono seguire le norme specifiche delle confessioni religiose di appartenenza³⁸.

³⁴ V. J.P. SCHOUPE, *Le droit au mariage*, in *Rec. Can. Arras*, 1992, pp. 44 ss.; F. PUIG, *Realismo giuridico e la dottrina canonistica contemporanea sull'essenza del matrimonio*, in *IE*, 2004, pp. 433 ss.

³⁵ K.M. KAPADIA, *Marriage and family in India*, Oxford, 1959, pp. 47 ss.; L. DUMONT, *Marriage in India: the present state of the question*, in *Contrib. Ind. Sociol.*, 1961, pp. 75 ss.

³⁶ T. MAHMOOD, *Religion, Law and Judiciary in Modern India*, in *BYULR*, 2006, p. 775; v. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, 1/2007, pp. 1 ss.; A. IANNUZZI, *Cos'è una Costituzione*, in *Sintesi dialettica*, 14/I/2007.

³⁷ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1387>.

³⁸ N. CHANDHOKE, *Beyond Secularism. The Rights of religious Minorities*, New Delhi, 1999, pp. 57 ss.

La Costituzione indiana evidenzia questa situazione articolata e multiforme, estendendosi su ben 395 articoli e 12 allegati, che a loro volta hanno contenuti molto dettagliati; questa complessità riflette la poliedricità del Paese; un'analisi approfondita dell'intero diritto ecclesiastico indiano, tuttavia, andrebbe largamente *ultra petita*, sicché prenderemo in esame solo le leggi federali relative agli effetti civili dei matrimoni religiosi³⁹.

Il diritto matrimoniale è molto segmentato: *in primis*, bisogna rilevare che il diritto indiano generale non vale, per ragioni storiche, in determinati Stati e territori, e, inoltre, che vi sono sovrapposizioni nella competenza legislativa dell'Unione e degli Stati membri dell'Unione⁴⁰.

In generale, v'è la libertà di scelta del diritto applicabile, in particolare mediante l'opzione d'adottare lo *Special Marriage Act*, mentre altre questioni giuridiche sono rinviate al diritto proprio delle confessioni religiose; un fattore importante, inoltre, è anche l'amministrazione della giustizia, che vede il proprio ruolo tradizionalmente non limitato allo spazio della legislazione da applicare, ma ha un ruolo attivo nello sviluppo del diritto, secondo la tradizione del *common law* inglese⁴¹.

E' chiaro come l'attuale quadro normativo giuridico indiano sia in larghissima parte frutto del retaggio storico del Paese: tuttora, infatti, sono vigenti numerose leggi del periodo precedente alla dichiarazione d'indipendenza: così abbiamo l'*Indian Divorce Act*, oggi solo *Divorce Act*, risalente al 1869⁴², che però limita la sua portata ai Cristiani; similmente il *Married Women's Property Act*, del 1874⁴³, che non si applica agli Induisti ed ai Musulmani, e, in ultimo,

³⁹ V. A. DI MARTINO, *La protezione della famiglia in India tra pluralismo religioso ed eguaglianza di genere*, in DPCE, 2010, pp. 801 ss.; N. SUBRAMANIAN, *Nation and family: personal law, cultural pluralism, and gendered citizenship in India*, Stanford, 2014, pp. 210 ss.

⁴⁰ M.K. BHANDARI, *Basic Structure of the Indian Constitution*, New Delhi, 1993, pp. 72 ss.

⁴¹ R. SEN, *Articles of faith religion, secularism, and the Indian Supreme Court*, New Delhi – Oxford, 2012, pp. 128 ss.; C. CLEMENTIN-OJHA, *L'insertion des convictions religieuses dans les droits positifs contemporains: le cas de l'Union Indienne*, in AA.VV., *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs, textes présentés au Colloque international de Moncton*, 24-27 août 2008, organisé par le Centre de droit civil et comparé du Québec (Université McGill) le Centre international de la common law en français (Université de Moncton), l'Institut voor vreemdelingenrecht en rechtsanthropologie (Katholieke Universiteit Leuven), Bruxelles, 2010, pp. 323 ss.

⁴² <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2280>.

⁴³ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2283>.

il *Guardians and Wards Act*, del 1890⁴⁴, che, invece, vale anche al di là dei confini confessionali⁴⁵.

Un provvedimento molto importante, nell'ottica d'una più forte unificazione giuridica, è poi l'*Indian Succession Act*⁴⁶, del 1925, che ha stabilito in linea di principio alcuni regolamenti a livello nazionale, mantenendo al contempo limitazioni non solo geografiche per la sua applicazione, giacché vi sono ampie eccezioni per gli Induisti come per i Musulmani, sicché rimane sostanzialmente applicabile soprattutto per i Cristiani, come pure per i coniugi in matrimoni misti⁴⁷.

Dopo l'indipendenza, nel 1949, si ritenne che l'unificazione normativa generale richiedesse del tempo, tant'è vero che l'*utinam* d'un codice civile unificato venne inserito nella Costituzione, ex art. 44⁴⁸, ma, al contempo, venne anche avvertita l'esigenza d'uno sviluppo evolutivo dei diritti religiosi che potesse superare le barriere religiose e di casta, sicché il sistema del periodo coloniale britannico basato su di un unico modello di stampo cristiano fu sostituito con l'introduzione dei matrimoni svincolati dai diritti confessionali, con lo *Special Marriage Act*, del 1954, poi riformato nel 1976, nel 2001 e nel 2003⁴⁹.

Vediamo ora le principali norme confessionali relative agli effetti civili dei matrimoni religiosi.

II.1. Norme generali

Nel periodo britannico venne portata avanti una politica d'integrazione politica e sociale, senza però procedere a profondi cambiamenti dei differenti diritti religiosi, ed il diritto

⁴⁴ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2318>.

⁴⁵ D. CONRAD, *Rule of Law and Constitutional Problems of Personal Laws in India*, in AA.VV., *Rules, Laws, Constitutions*, New Delhi, 1998, pp. 103 ss.

⁴⁶ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2385>.

⁴⁷ V. E.D. DEVADASON, *Christian Law in India*, Madras, 1974, pp. 53 ss.

⁴⁸ 44.Uniform civil code for the citizens.—

The State shall endeavour to secure for the citizens a uniform civil code throughout the territory of India.

V. M.P. RAJU, *Uniform civil code: a mirage*, New Delhi, 2003, pp. 83 ss.; A.A. ENGINEER, *Should there be a Common Civil Code?*, in AA.VV., *Development of Politics and Government in India*, New Delhi, 1994, pp. 684 ss.; J.H. MANSFIELD, *The Personal Law or a Uniform Civil Code?*, in R.D. BAIRD (a cura di), *Religion and Law in Independent India*, Delhi, 1993, pp. 139 ss.

⁴⁹ V. K. PRASADA RAO, *Law applicable to Christians in India: marriage and matrimonial causes*, Delhi, 2003, pp. 301 ss.; v. O. CONDORELLI, «Vari riti e costumi sotto una sola fede». *Modelli di organizzazione ecclesiastica prima e dopo il Concilio Vaticano II (principi e prassi)*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come 'Scienza di mezzo'. Studi in onore di Mario Tedeschi*, Cosenza, 2017, pp. 585 ss.

indù fu fatto oggetto per la prima volta solo alla metà del XIX secolo d'un'ambiziosa riforma normativa, che dopo l'indipendenza fu ripetutamente aggiornata⁵⁰.

Oggi le leggi più importanti per gli Induisti sono l'*Hindu Marriage Act*⁵¹, l'*Hindu Minority and Guardianship Act*⁵², l'*Hindu Adoptions and Maintenance Act*⁵³, come pure l'*Arya Marriage Validation Act*⁵⁴; va però precisato che vi sono numerose ipotesi d'eccezione per la forma del rito matrimoniale (art. 7 dell'*Hindu Marriage Act*), come pure per i motivi di divorzio, art. 29 comma 2 dell'*Hindu Marriage Act*; vi sono poi anche disposizioni speciali del diritto indù relativamente alle caste⁵⁵.

A proposito dei Sikh, inoltre, vi sono alcune particolarità da ricordare: nel 1909 fu promulgato l'*Anand Marriage Act*⁵⁶, per il riconoscimento degli effetti civili della cerimonia nuziale celebrata secondo il rito religioso Anand-Karaj, e da allora i matrimoni sikh, compresi quelli conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legislazione, possono essere registrati come tali (e non più, come sino a quel momento, come matrimoni indù)⁵⁷.

Per la popolazione musulmana, poi, tradizionalmente valgono solo determinate e specifiche norme statali, per evitare un sentimento d'estraneità dei Musulmani rispetto alla maggioranza della popolazione; in ambito matrimoniale, quindi, continua ad essere applicato il diritto islamico, non codificato dallo Stato (ex art. 2 del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act*⁵⁸).

⁵⁰ A.M. BHATTACHARJEE, *Hindu Law and Constitution*, Calcutta – New Delhi, 1999, pp. 103 ss.

⁵¹ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1560>.

⁵² <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1649>.

⁵³ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1638>.

⁵⁴ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2302>.

⁵⁵ V. U.P.D. KESARI – A. KESARI, *Modern Hindu law*, Allahabad, 1998, pp. 193 ss.; W. MENSKI, *Hindu law: beyond tradition and modernity*, New Delhi – New York, 2008, pp. 188 ss., e 410 ss.

⁵⁶ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2347>.

⁵⁷ V. B. COSSMAN – R. KAPUR, *The Hindu Right, the Courts and India's Struggle for Democracy*, in *Harv. Int. Law J.*, 1997, pp. 113 ss.

⁵⁸ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2303>.

I Musulmani in India seguono soprattutto la dottrina sunnita hanafita, e le disposizioni normative consistono in particolare nel *Dissolution of Muslim Marriages Act*⁵⁹, e nel *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act*⁶⁰: quest'ultimo è frutto d'una sentenza della Corte Suprema⁶¹, nella quale, sulla base d'una norma del codice di procedura penale (che, quindi, non teneva in considerazione l'appartenenza confessionale, valendo per tutti allo stesso modo), abbiamo avuto un marito musulmano che fu condannato ad assicurare il mantenimento alla moglie sessantenne, dalla quale aveva appena divorziato, in misura analoga a quanto facesse durante il quarantennale matrimonio, come un marito non musulmano⁶².

Sebbene non si trattasse del primo caso giurisprudenziale espressosi in questo senso, dopo la sentenza fu promulgato il *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act*, ove nel caso di divorzio di una coppia musulmana l'obbligo di mantenimento a carico del marito veniva limitato a tre mesi, con una formulazione del testo normativo tale, però, da permettere interpretazioni estensive, sino ad una sentenza della Corte Suprema⁶³; va anche segnalato che nel 1973 venne istituita un'autorità unica in materia legale per tutti i Musulmani d'India: l'All India Muslim Personal Law Board⁶⁴.

Anche per i Cristiani vi sono specifici diritti statali religiosi in materia matrimoniale, oltre al generale *Special Marriage Act*: il diritto statale particolare per i Cristiani è interconfessionale (vengono espressamente citate le Chiese anglicane d'Inghilterra e Scozia, come pure la Chiesa cattolica romana, ma è un elenco non esaustivo⁶⁵, aperto ad altre denominazioni confessionali cristiane, ex art. 3 dell'*Indian Christian Marriage Act*, del 1872⁶⁶, cui va anche

⁵⁹ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2404>.

⁶⁰ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1873>.

⁶¹ V. NARAIN, *Gender and community: muslim women's rights in India*, Toronto, 2001, pp. 93 ss.; M. PATRONO, *The Protection of fundamental Rights by Constitutional Courts – A comparative Perspective*, in *New Z. Ass. Comp. Law Yearbook*, 1999, pp. 409 ss.

⁶² M. GALANTER, *Law and society in modern India*, Delhi – Bombay, 1992, pp. 161 ss.; A. PARASHAR, *Women and family law reform in India: uniform civil code and gender equality*, New Dehli, 1992, pp. 122 ss.

⁶³ Supreme Court of India, *affaire Iqbal Bano vs State of U.P.*, 5 giugno 2007, <https://sci.gov.in/jonew/judis/29143.pdf>.

⁶⁴ <http://www.aimplboard.in/index.php?language=english>.

⁶⁵ H.W. GENSICHEN, *Die indischen Christen*, in R. DIETMAR (a cura di), *Indien – Kultur, Geschichte, Politik, Wirtschaft, Umwelt*, München, 1995, pp. 186 ss.; T. LOURDUSAMY, *Civil marriage laws and civil effects of canonical marriage discipline for catholics in India*, Roma, 1994, pp. 27 ss.; A. THAZHATH, *The juridical sources of the Syro-Malabar Church*, Roma, 1987, pp. 197 ss.; A. MANTINEO, *Il rinnovamento della Chiesa "dal basso", oltre gli apparati*, in *DeR*, 2014, pp. 69 ss.; J.I. ARRIETA, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, in *IE*, 2002, pp. 23 ss.; P. GEFAELL, *L'erezione di circoscrizioni Siro-malabaresi per tutto il territorio dell'India*, ivi, 2018, pp. 357 ss.

⁶⁶ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2186>.

aggiunto il *Divorce Act* del 1869⁶⁷), e queste norme hanno subito vari aggiornamenti, da ultimo nel 2001 e nel 2003⁶⁸.

Nel diritto matrimoniale, oltre ai diritti personali su base religiosa, v'è anche una divisione territoriale, nella misura in cui le leggi generali del matrimonio in alcuni Stati e territori non sono vigenti o lo sono parzialmente: ciò si applica *in primis* allo Jammu ed al Kashmir, che godono d'uno status speciale ex art. 370 Cost.; negli ex possedimenti portoghesi di Goa, Daman e Diu, poi, in linea generale si continua ad applicare il codice civile portoghese del 1867 nella versione del 1961; Indù e Musulmani, tuttavia, hanno l'opportunità d'optare per l'applicazione dei propri diritti religiosi, ed i Cattolici possono sposarsi secondo la legge canonica; nell'ex territorio francese di Puducherry (già Pondichéry⁶⁹), inoltre, è ancora applicato, per coloro che vi avessero optato e per i loro discendenti, il *code civil* nella versione del 1963; ancora, a Manipur e nel territorio dell'ex Stato di Travancore-Cochin (oggi diviso fra lo Stato di Kerala e quello di Tamil Nadu), l'*Indian Christian Marriage Act* non è applicabile, sicché per i Cristiani (che in queste zone sono significativamente più numerosi) si applica una legge matrimoniale speciale⁷⁰.

II.2. I riti

Per il matrimonio indù, *in primis*, si seguono i riti tradizionali, ex art. 7 *Hindu Marriage Act*, e la forma più nota, che è anche l'unica descritta nella legge stessa, è l'esecuzione rituale di sette passi insieme dinanzi al sacro fuoco, ex art. 7 comma 2, ma possono anche essere scelte altre forme tradizionali, ex art. 7 comma 1, ed è, inoltre, rilevante la concessione cerimoniale d'una dote da parte del padre della sposa, nel rispetto delle norme e dei limiti del *Dowry Prohibition Act*⁷¹.

⁶⁷ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2280>.

⁶⁸ V. J. LLOBELL, *La competenza della Rota Romana nelle cause delle Chiese cattoliche orientali*, in *QSR*, 2008, pp. 15 ss.; L. NAVARRO, *Principio territorial y principio personal. El modelo del Derecho Canónico*, in AA.VV., *La governanza de la diversidad religiosa. Personalidad y territorialidad en las sociedades multiculturales*, Cizur Menor, 2013, pp. 407 ss.

⁶⁹ M. HIDAYATULLAH, *Le droit civil applicable aux musulmans de l'Inde*, Tome I, Pondichery, 1984, pp. 102 ss.

⁷⁰ A.S. SAVARIMUTHU, *Le statut canonique et civil d'une minorité religieuse en Inde: l'Église catholique et l'affirmation de l'identité nationale*, in *RETM*, 2004, pp. 195 ss.; G. NEDUNGATT, *Christian Churches and the Secular State in India*, in C.G. FÜRST – R. POTZ (a cura di), *Kanon X – Kirche und Staat im christlichen Osten*, Wien, 1991, pp. 223 ss.

⁷¹ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1679>.

Per i Musulmani, invece, il matrimonio è in gran parte simile nei riti sunniti e sciiti, le variazioni sono spiegate principalmente dai costumi basati sull'affiliazione regionale o sociale: la breve cerimonia individuale è guidata da un ministro di culto locale, include la richiesta di matrimonio di una parte e l'accettazione del matrimonio con effetto immediato dall'altra parte, e termina con la recita della Sura *al-Fatiba*⁷².

Le dichiarazioni di entrambe le parti devono essere chiare e incondizionate, e, per la tradizione islamica, anche la firma del contratto di matrimonio è un elemento chiave: sarà firmato subito prima o immediatamente dopo questa cerimonia: secondo il rito sunnita, dev'essere confermato da due testimoni uomini, uno dei quali può essere sostituito da due testimoni donne, mentre il rito sciita prevede la firma di cinque testimoni per ciascun coniuge, che dovrebbero anche mediare in caso di controversia⁷³.

II.3. L'età

Per quanto riguarda l'età, nel 1929, mediante un'iniziativa del Mahatma Gandhi per prevenire i matrimoni di minorenni, fu introdotta per legge una sanzione penale per i matrimoni celebrati fra ragazzi di età inferiore ai 21 anni e ragazze di età inferiore ai 18, senza però che ciò pregiudicasse la validità dei matrimoni contratti in violazione della norma stessa; dal 1939, poi, con il *Dissolution of Muslim Marriages Act*, le mogli possono rifiutare il matrimonio fino al raggiungimento della maggiore età, ex art. 2 comma vii⁷⁴.

Nella legge per i matrimoni di *mixta religio* e civili, ex art. 4 *Special Marriage Act*, in quella per i matrimoni tra cristiani (art. 60 *Indian Christian Marriage Act*) ed in quella per i matrimoni fra Indù (art. 5 *Hindu Marriage Act*), è stato introdotto gradualmente un limite di età, di 18 anni per le donne e 21 per gli uomini, per tutti i gruppi religiosi, tranne che per i Musulmani; l'emendamento del 2007 al *Prohibition of Child Marriage Act*⁷⁵ introduce una regola applicabile a tutti i gruppi religiosi: indipendentemente dall'affiliazione religiosa, infatti, possono essere impugnati ed annullati tutti i matrimoni, fino al compimento dei 20 anni da parte delle donne

⁷² T. MAHMOOD, *Muslim Law in India and Abroad*, Gurgaon, 2014, pp. 209 ss.

⁷³ ID., *Statute-law relating to Muslims in India: a study in constitutional & Islamic perspectives*, New Delhi, 1995, pp. 182 ss.; M.A. QURESHI, *Muslim law of marriage, divorce, and maintenance*, Delhi, 1995, pp. 281 ss.

⁷⁴ «that she, having been given in marriage by her father or other guardian before she attained the age of fifteen years, repudiated the marriage before attaining the age of eighteen years».

⁷⁵ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2055>.

sposate da bambine, e fino al compimento dei 23 da parte degli uomini, ex art. 3 comma 2 *Prohibition of Child Marriage Act*.

II.4. *Il consenso*

C'è poi il requisito della libera volontà: il matrimonio, ai sensi dello *Special Marriage Act*, è annullabile se il consenso fosse stato ottenuto a seguito di coercizione od inganno nei termini dell'*Indian Contract Act* (art. 12 in combinato disposto con l'art. 25 *Special Marriage Act*), ed è nullo se uno dei partner non fosse stato in grado di esprimere un consenso valido a causa di un disturbo mentale (ex art. 24 in combinato disposto con l'art. 4, lett. a e b, *Special Marriage Act*).

Per i Musulmani, il requisito della manifestazione di consenso personale di entrambi i coniugi, cioè non da parte d'un tutore nuziale, si trova nel *Prohibition of Child Marriage Act* del 2007: questa manifestazione dev'essere, appunto, libera, ed oggi, ex art. 2 comma 7 *Dissolution of Muslim Marriages Act*, la donna musulmana maggiorenne decide da sola sulle proprie nozze, mentre prima della maggiore età è necessario il consenso del rappresentante legale.

Per i Cristiani, un matrimonio senza manifestazione di volontà del consenso è nullo⁷⁶, e si applicano le norme generali ex art. 13 dell'*Indian Contract Act*; rappresentano fattori critici la costrizione, ex art. 15, le pressioni psicologiche o morali, ex artt. 16 e 19 lett. a, l'inganno, ex art. 17, la frode, ex art. 19, false dichiarazioni, ex art. 18, errori sulle disposizioni normative straniere applicabili, ex art. 21, malafede reciproca, ex art. 20.

II.5. *I matrimoni di mixta religio*

I matrimoni di *mixta religio* sono ancora abbastanza rari, tuttavia la giurisprudenza statale li considera ammissibili, e, naturalmente, il problema non si pone nel caso dei matrimoni celebrati con lo *Special Marriage Act*, poiché in quei casi l'elemento religioso non è rilevante.

Poiché gli Indù non possono, secondo il loro diritto confessionale, sposare persone d'altra religione, essi possono utilizzare solo lo *Special Marriage Act*; questo limite, però, non si applica verso Indù e Giainisti, Buddhisti o Sikh, come pure fra Indù di differente casta⁷⁷.

⁷⁶ V. M.A. ORTIZ, *Capacità consensuale ed essenza del matrimonio*, in IE, 2009, pp. 481 ss.

⁷⁷ T. MAHMOOD, *Religious Minorities in India: their Constitutional Rights and Mechanism for Protection*, in *Civ. Mil. Law J.*, 1999, pp. 174 ss.

Presso i Musulmani vale la regola generale del diritto islamico, per cui un uomo musulmano può sposare una donna appartenente ad una delle religioni del Libro⁷⁸ (una cristiana od una ebrea), mentre una donna musulmana può sposare solo un musulmano: eccezioni possibili si hanno solo usando lo *Special Marriage Act*, oppure celebrando il matrimonio religioso secondo il rito del marito.

Per i Cristiani, com'è noto, la differenza di religione del partner non è un impedimento al matrimonio, essendo possibili i matrimoni di *mixta religio* (CIC, cann. 1124 ss.⁷⁹), ma, ex art. 4 *Indian Christian Marriage Act*, un cristiano può celebrare un matrimonio con effetti civili solo utilizzando o il rito cristiano, o lo *Special Marriage Act*.

Per quanto riguarda, poi, gli effetti personali del matrimonio, il diritto d'uno dei due coniugi di divorziare non può essere limitato contrattualmente (ex art. 27 *Indian Contract Act*), e, sulla base del *Converts' Marriage Dissolution Act*, del 1886⁸⁰, un coniuge che non fosse cristiano, musulmano od ebreo può rifiutarsi di convivere con l'altro coniuge che si convertisse al Cristianesimo.

II.6. Gli effetti patrimoniali

Per quanto riguarda gli effetti patrimoniali, poi, in linea generale v'è la separazione dei beni, ma ci sono anche varie disposizioni normative specifiche al riguardo: la più antica normativa completa e sistematica al riguardo è il *Married Women's Property Act*, del 1870, in cui, con eccezione delle religioni di maggioranza Induismo ed Islam, è chiaramente stabilito che la moglie abbia il pieno diritto d'amministrare i propri beni ed il proprio reddito, art. 4; ex art. 10 del *Transfer of Property Act*⁸¹ del 1882, poi, è invece lecito, nel trasferimento di beni patrimoniali a donne che non siano indù, buddhiste o musulmane, legarne la disponibilità alla durata del matrimonio; una significativa estensione dei diritti delle donne, a prescindere dalla loro appartenenza religiosa, si è avuta con il *Protection of Women from Domestic Violence*

⁷⁸ V. M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione del diritto delle religioni del libro*, Roma, 2002, *passim*.

⁷⁹ V. K. RAYAPPEN, *Discretion in marriage: doctrine and jurisprudence: a study of canon 1095-2° with special reference to the indian context*, Roma, 1993, pp. 32 ss.; K. SESHUKUMAR, *The juridical official of the marriage celebration according to codex iuris canonici, codex canonum ecclesiarum orientalium and the indian christian marriage act 1872*, Roma, 2013, pp. 40 ss.; J.I. ARRIETA, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *IE*, 2000, pp. 343 ss.; A. BETTETINI, *Giustizia e misericordia nel diritto della Chiesa*, in *Jus*, 2017, pp. 139 ss.

⁸⁰ <https://indiankanoon.org/doc/192733425/>.

⁸¹ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2338>.

*Act*⁸², del 2005, grazie al quale un tribunale può espellere il coniuge violento dalla casa coniugale, anche se fosse di proprietà comune, ex art. 19 comma 1 lett. b, e vietargli d'utilizzare le suppellettili domestiche, art. 19 comma 1 lett. d, come pure può invece obbligarlo a pagare l'affitto d'un'altra abitazione per la moglie maltrattata, art. 19 comma 1 lett. f.

II.7. *Il divorzio*

Per quanto riguarda il divorzio, che, in ultima analisi, è l'oggetto – nella sua versione islamica - della sentenza della Corte Suprema che analizzeremo nel prossimo paragrafo, e che ha portato alla nuova normativa che esporremo più avanti, possiamo dire che, in linea generale, da un lato v'è una sempre maggiore espansione delle opzioni di divorzio in tutte le giurisdizioni, e, dall'altro, anche le normative con maggiori radici storiche sono sempre più convergenti.

Per provare il divorzio per adulterio, inoltre, il test del DNA di un bambino nato fuori dal matrimonio è consentito ex art. 112 dell'*Indian Evidence Act*⁸³, del 1872, come stabilito dalla Corte Suprema; la donazione di gameti con il consenso dell'altro coniuge non costituisce motivo di divorzio, mentre se fosse stata fatta senza tale consenso, la prole che ne fosse nata, benché non adulterina *stricto sensu*, configurerebbe comunque un motivo di divorzio per adulterio, ex artt. 46 ss. dell'*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*, del 2014⁸⁴.

Nel 1954, poi, lo *Special Marriage Act* adottò un regolamento relativamente generoso in materia di divorzio, basato sulla legge inglese dell'epoca, che prevedeva la possibilità di divorzio a causa della crudeltà dell'altro coniuge o dopo almeno due anni di separazione giudiziale (art. 27 *Special Marriage Act*) e divorzio consensuale (art. 28 *Special Marriage Act*), e nel 1976 il rifiuto del mantenimento per almeno un anno è stato introdotto come ulteriore motivo di divorzio.

⁸² <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2021>.

⁸³ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/2188>.

⁸⁴ [http://www.prsindia.org/uploads/media/draft/Draft%20Assisted%20Reproductive%20Technology%20\(Regulation\)%20Bill,%202014.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/draft/Draft%20Assisted%20Reproductive%20Technology%20(Regulation)%20Bill,%202014.pdf); v. S. RATHI, *Reproductive technology and human rights*, New Delhi, 2012, pp. 92 ss.; M. NASEEM – S. NASEEM, *Medical Law in India*, Alphen aan den Rijn, 2019, pp. 129 ss.; A. MALHOTRA – R. MALHOTRA, *Surrogacy in India: a law in the making – revisited*, Gurgaon, 2016, pp. 108 ss.; R. SOBTI, *Medical services and consumer protection in India*, Delhi, 2001, pp. 59 ss.; M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, *passim*.

Un matrimonio indù era tradizionalmente indissolubile, la possibilità di divorzio venne introdotta nel 1955 con l'*Hindu Marriage Act* (art. 13), e significative riforme dei presupposti per il divorzio verranno introdotti nelle riforme del 1964 e del 1976, alle quali si deve, in particolare, l'aggiunta della crudeltà come motivo di divorzio, l'introduzione della possibilità d'un divorzio reciproco consensuale – com'era stato possibile per i matrimoni dello *Special Marriage Act* dal 1954 -, e la riduzione del periodo minimo di matrimonio prima del divorzio, ridotto da tre anni ad uno.

Secondo la legge indù, poi, oltre ai motivi generali motivi, ex art. 29 comma 2, l'*Hindu Marriage Act* prevede che anche la conversione del coniuge dia diritto al divorzio, ex art. 13 comma 1 lett. II: la moglie di un marito convertito ha il diritto di divorziare senza perdere il diritto di mantenimento, ex art. 18 comma 2 lett. f dell'*Hindu Adoptions and Maintenance Act*⁸⁵, ed un ulteriore motivo di divorzio è l'ingresso in un Ordine religioso, art. 13 comma 1 lett. vi dell'*Hindu Marriage Act*⁸⁶.

Il diritto islamico è in larga parte ripreso dal *Dissolution of Muslim Marriages Act* del 1939, che contiene un dettagliato elenco di fattispecie in cui la moglie possa chiedere il divorzio, e, fra i motivi previsti dalla legge, anche l'assenza del marito per almeno quattro anni, a meno che il marito non ritorni entro sei mesi dalla sentenza di divorzio, convincendo anche al contempo il tribunale che in futuro adempirà ai propri doveri coniugali (art. 2 comma i *Dissolution of Muslim Marriages Act*); il rifiuto di mantenimento per un periodo di almeno due anni (comma ii); la condanna del marito ad una pena detentiva di almeno sette anni (comma iii); il rifiuto infondato d'adempiere ai doveri coniugali per almeno tre anni (comma iv); l'impotenza del marito dall'inizio del matrimonio, a meno che non convinca il tribunale entro un anno di non essere più impotente (v)⁸⁷; una malattia mentale del marito che duri almeno due anni od una malattia a trasmissione sessuale (vi); come pure il rifiuto del matrimonio una volta raggiunta la maggiore età, se la moglie fosse stata sposata prima dei 16 anni col consenso del suo tutore, qualora il matrimonio non fosse stato ancora consumato (vii); ed abuso fisico o mentale abituale, condotta immorale, appropriazione indebita della proprietà della moglie,

⁸⁵ <https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1638>.

⁸⁶ J. VAN DER VYVER, *Limitations on Freedom of Religion and Beliefs: international Law Perspectives*, in *Em. Int. L. Rev.*, 1995, pp. 499 ss.

⁸⁷ Cfr. M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *In tema di "impotentia coeundi"*, in *Temi rom.*, 1977, pp. 128 ss.

ostacoli alla pratica della religione o disparità di trattamento rispetto ad altre mogli (viii); tutti questi motivi di divorzio vanno fatti valere giudizialmente.

L'apostasia di un marito musulmano conduce *ipso iure* allo scioglimento del matrimonio; mentre, nel caso opposto, il matrimonio di solito può essere concluso solo con un atto divorzile, cioè il ripudio da parte del marito o un divorzio ex art. 4 *Dissolution of Muslim Marriages Act*; per il medesimo articolo, poi, l'apostasia di una moglie musulmana porta parimenti allo scioglimento automatico del matrimonio solo se si trattasse di una donna convertitasi all'Islam ed ora ritornata alla propria precedente fede religiosa⁸⁸.

III. La sentenza della Corte Suprema che (ri)definisce il concetto indiano di laicità dello Stato

La sentenza *Bano vs. Union of India et alii*, del 22 agosto 2017, nasce dal fatto che la ricorrente, Shayara Bano, ha ricevuto, in presenza di testimoni, la triplice dichiarazione di ripudio, *talaq-e-biddat*, indirizzata dal marito con l'intenzione di divorziare istantaneamente; questa procedura di ripudio unilaterale è regolata dalla normativa statale, ex art. 2 del *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act* del 1937⁸⁹.

La ricorrente eccepisce, *in primis*, che la fattispecie non sarebbe in realtà compresa dalla legge stessa, che parla solo di *talaq* (e non anche di *talaq-e-biddat*), e, *in secundis*, che in ogni caso la disposizione *de qua* sarebbe incostituzionale, violando i diritti fondamentali garantiti dagli articoli 14, 15 e 21 della Costituzione, e non rientrando nell'ambito di copertura degli articoli 25 comma 1, 26 lettera b e 29 del testo costituzionale⁹⁰.

La protezione assicurata all'attuazione dei diritti confessionali, infatti, sarebbe qui esclusa, poiché il *talaq-e-biddat* è stato vietato da numerosi Paesi islamici, sicché ne consegue ch'esso non faccia parte del diritto islamico *stricto sensu*, essendo invece frutto di tradizioni,

⁸⁸ T.V.S. RAO, *Family law in India*, Hyderabad, 2006, pp. 82 ss.

⁸⁹ 2. *Application of Personal Law to Muslims*.— *Notwithstanding any custom or usage to the contrary, in all questions (save questions relating to agricultural land) regarding intestate succession, special property of females, including personal property inherited or obtained under contract or gift or any other provision of Personal Law. marriage, dissolution of marriage, including talaq, ila, zihar, lian, khula and mubaraat, maintenance, dower, guardianship, gifts, trusts and trust properties, and wakfs (other than charities and charitable institutions and charitable and religious endowments) the rule of decision in cases where the parties are Muslims shall be the Muslim Personal Law (Shariat).*

⁹⁰ V. I.A. SAYED, *Family law: compendium of Mohammedan law (other than property law), Christian marriages act, Indian divorce act, Parsi marriage & divorce act & Indian succession act*, Mumbai – Delhi, 1999, pp. 118 ss.; A.M. BHATTACHARJEE, *Muslim law and the Constitution*, Calcutta, 1994, pp. 116 ss.

prassi, *etc.*: se non fa parte del diritto islamico, però, allora non gode della protezione costituzionale assicurata agli ordinamenti confessionali⁹¹.

Della procedura di divorzio unilaterale su istanza del marito, infatti, complessivamente chiamata *talaq*, esistono tre tipi: il *talaq-e-absan*, il *talaq-e-hasan* e, appunto, il *talaq-e-biddat*, ma solo i primi due sarebbero *expressis verbis* menzionati dal Corano e dagli *hadith*, mentre il terzo si sarebbe poi aggiunto nel corso del tempo.

Il *talaq-e-absan* è la singola dichiarazione di divorzio da parte del marito, cui segue un periodo di astinenza, *iddat*, per la (ormai) ex moglie di 90 giorni, o di tre mesi lunari: se la coppia, prima dello scadere di questo lasso di tempo, ripristinasse la coabitazione o l'intimità, la pronunzia di divorzio è revocabile, viceversa, se l'*iddat* trascorresse senza una rappacificazione, il divorzio diventa irrevocabile.

Nel *talaq-e-hasan*, invece, non c'è una singola dichiarazione unilaterale di divorzio, ma ve ne sono tre; dopo la prima, se nell'arco di tempo di un mese le parti riprendessero la coabitazione, essa s'intende annullata; in caso contrario, al termine del mese, la dichiarazione va ripetuta, e di nuovo inizia a decorrere un mese di tempo, durante il quale un'eventuale ripresa della coabitazione, o dei rapporti coniugali, egualmente annullerebbe la procedura: si noti, peraltro, come le dichiarazioni non siano revocabili dal solo marito che le abbia pronunziate, bensì sia proprio necessaria la reale ripresa della coabitazione, vale a dire che anche la moglie deve desiderare la continuazione del matrimonio; trascorso invano questo secondo mese, però, si avrà la terza dichiarazione di *talaq*, ed a quel punto il divorzio sarà compiuto ed irrevocabile.

Il terzo tipo di *talaq*, quello su cui verte la sentenza *de qua*, è il *talaq-e-biddat*, nel quale il marito pronunzia consecutivamente per tre volte la formula di divorzio, ed esso è immediatamente esecutivo.

La Corte Suprema concorda con la ricorrente, quando questa dice che questa terza forma di *talaq* non sia espressamente citata nel Corano, tuttavia ricorda anche ch'essa è storicamente provato fosse operativa già nel II secolo dopo la nascita dell'Islam; ed è parimenti

⁹¹ V. D. SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, Nota a Corte Suprema, *Shayara Bano c. Union of India et al.*, 22 agosto 2017, n. 118/2016, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2017; V. SCOTTI, *The Supreme Court of India and the Essential Elements Doctrine*, in *DeR*, 2017, pp. 440 ss.

vero, continua la Corte, ch'essa sia riconosciuta solo da una delle scuole sunnite, quella hanafita.

La Corte continua facendo una disamina completa delle normative sul divorzio dei Paesi islamici nel mondo, rilevando come essi in maggioranza non abbiano (mai avuto, od abbiano abrogato) il *talaq-e-eddat*, e ripercorre poi la giurisprudenza indiana già pronunziatasi sull'argomento, partendo dall'*affaire* Ahmad vs Khatun, del 1905: qui – in una fattispecie precedente alla legge del 1937, ed all'interno di una coppia hanafita – il triplo *talaq* con effetto istantaneo venne riconosciuto valido, benché *in primis* fosse stato pronunziato sì davanti a testimoni, ma in assenza della moglie, ed *in secundis* dopo di esso la convivenza *more uxorio* fosse continuata per altri quindici anni, con la nascita di 5 figli.

C'è poi un lunghissimo balzo temporale, al successivo precedente citato, l'*affaire* Ahmed vs Begum, del 1981, in cui la Gauhati High Court definisce le caratteristiche del *talaq*, concludendo che quello istantaneo sia incostituzionale: il divorzio nel diritto islamico deve avere una buona motivazione, non essere dettato da un capriccio o da un momento d'ira, *in secundis* non deve essere segreto, *in tertiis* è necessario che passi un po' di tempo prima che produca i propri effetti definitivi, in modo da permettere al marito divorziante di riflettere, di far calmare le passioni, e di cercare una riconciliazione, per la quale, quarto requisito, avere anche il tempo d'affidarsi ad un arbitro di fiducia di entrambi i coniugi, e, poiché il *talaq* istantaneo evidentemente non ha queste caratteristiche, non è costituzionalmente ammissibile.

Nell'*affaire* Ahmed vs Stato di Delhi, del 2008, la High Court afferma con nettezza che il *talaq* istantaneo sia privo di senso, benché alcune Corti l'abbiano ritenuto valido, ma, soprattutto, giunge ad affermare che sia disapprovato dallo stesso Maometto, come pure che si muova in direzione contraria ai principî del diritto di famiglia islamico, il quale tende a proteggere la stabilità di un matrimonio, vieppiù se con figli, e denuncia pure il fatto ch'esso, usato in modo spregiudicato, abbia spesso portato in estrema povertà le donne divorziate istantaneamente.

Dopo aver sottolineato come i precedenti giurisprudenziali, benché non a livello di Corte Suprema, siano fortemente critici verso il triplo *talaq*, la Corte riprende l'esame del caso sottopostole, chiedendosi se questo divorzio istantaneo debba essere riconosciuto dalla legge

statale indiana sul diritto islamico, dato che si tratta d'un istituto che non trova origine nel Corano, bensì nella consuetudine.

Si tratta certamente d'una consuetudine plurisecolare, e tuttavia ciò non è sufficiente ad equipararla alle disposizioni coraniche, che godono di protezione costituzionale; si tratta, invece, della necessità di far prevalere il carattere laico dello Stato ed affermare il prevalere della Costituzione come criterio di valutazione dell'ammissibilità delle disposizioni contenute nei diritti confessionali: una disposizione che non fosse costituzionalmente ammissibile non può venir applicata dallo Stato indiano laico: se non può essere abrogata dall'autorità confessionale, allora, dato che i diritti confessionali sono *expressis verbis* recepiti nell'ordinamento indiano, sia con la protezione costituzionale della libertà religiosa, sia con le leggi ordinarie che riprendono gli ordinamenti religiosi o ad essi rinviano, la disposizione *de qua* dev'essere disapplicata con l'introduzione della distinzione fra norma religiosa *stricto sensu*, non disapplicabile per i motivi ora esposti, e quella 'solo' consuetudinaria, derivante sì, ma in via subordinata ed accessoria, dal corpus normativo confessionale, e quindi legislativamente abrogabile dallo Stato.

La Corte fa tre esempi, mutuati dall'ambito indù: il primo è il *sati*, cioè la consuetudine di bruciare, sulla pira funeraria d'un defunto, anche la sua vedova ancora viva: si tratta d'una pratica antichissima, che però – dice la Corte – ha origini consuetudinarie, non normative; *in secundis*, il *devadasi*, cioè le sacerdotesse consacrate al culto d'una divinità o di un tempio, per tutta la vita e col divieto di sposarsi; *in tertiis*, infine, la poligamia: tutte pratiche, dice la Corte, che la legislazione statale ha abolito: la prima, dietro impulso di alcuni missionari cristiani e brahmini, fu bandita a partire dal 1829, in Bengala, e poi via via in altri Stati indiani, fino ad arrivare al *Sati Prevention Act*, del 1987⁹², che rendeva la pratica un reato; la seconda fu abolita con il *Madras Devadasi's (Prevention of Dedication) Act*, del 1947⁹³, ed il divieto reiterato con il *Bombay Protection (Extension Act)* del 1957, e l'*Andhra Pradesh Devadasi (Prohibition of Dedication) Act* del 1988⁹⁴, ciò che forse mostra come la pratica, nonostante il divieto, fosse continuata; la terza, infine, già con l'*Indian Penal Code* del 1860 diventa un reato, e, specificamente per gli Indù, l'*Hindu Marriage Act* del 1955, ex art. 5, fra le condizioni per un matrimonio indù valido

⁹² <https://indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1814/2/A1988-03.pdf>.

⁹³ http://www.lawsofindia.org/pdf/tamil_nadu/1947/1947TN31.pdf.

⁹⁴ http://www.lawsofindia.org/pdf/andhra_pradesh/1988/1988AP10.pdf.

e quindi civilmente riconoscibile prevede uno stato matrimoniale libero, anche dal punto di vista confessionale, dei due nubendi⁹⁵.

Sulla base di questi precedenti, dice la Corte, si può ora prendere in esame il triplo *talaq* istantaneo, rilevando come anche la scuola teologica sunnita hanafita, che pur ne ammette la validità, lo disapprovi sotto il profilo morale, e inoltre, rileva la Corte, esso non è espressamente citato nel Corano, gli *hadith* che ne parlano positivamente sono oggetto d'interpretazioni controverse, di alcuni non è unanimemente riconosciuta l'autenticità.

Il fatto che sia una pratica disapprovata anche da quella parte di mondo musulmano che ne riconosce la validità non è un punto contestato, e la Corte rileva come moltissimi Stati – non solo islamici – abbiano regolato per legge l'effettiva portata del *talaq* (Algeria, Egitto, Iraq, Giordania, Kuwait, Libano, Libia, Marocco, Sudan, Siria, Tunisia, Emirati Arabi, Yemen, Indonesia, Malesia, Filippine, Pakistan e Bangladesh), ciò che dimostra, al di là delle specifiche previsioni normative, come si tratti di materia che gli stessi teologi musulmani ritengano regolamentabile dallo Stato.

La Corte richiama poi le posizioni espresse dal Procuratore Generale, sull'incostituzionalità del triplo *talaq*, proprio alla luce della laicità dello Stato: non essendoci una religione di Stato, infatti, l'ordinamento indiano può sì recepire gli ordinamenti confessionali, a condizione che, però, essi non violino diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, come nei casi già visti dei tre istituti indù.

Nel caso in questione, infatti, la Costituzione di uno Stato laico non può discriminare le donne sulla base della loro religione, come avviene con le donne musulmane, le uniche esposte alla possibilità di trovarsi istantaneamente divorziate, rispetto alle donne di altre fedi religiose.

Le donne indù, infatti, come quelle cristiane, zoroastriane, buddhiste, sikh, jainiste, non sono soggette alla fine delle loro relazioni matrimoniali senza alcuna motivazione ragionevole, e certamente non per capriccio del marito, né senza la dovuta considerazione delle opinioni espresse dalla moglie, che ha il diritto di respingere la richiesta di divorzio di un marito.

⁹⁵ V. R. SRINIVASAN, *Approach of the Supreme Court of India on Socio-Religious Reforms in Hindu Religion*, in DeR, 2017, pp. 454 ss.; R.C. NAGPAL, *Modern Hindu Law*, Lucknow, 2008, pp. 468 ss.

Il diritto costituzionale che qui viene violato, continua il Procuratore Generale, non ha nulla a che vedere con la libertà religiosa: nessuna Autorità statale vuole, né, volendolo, potrebbe, modificare le consuetudini islamiche, e neppure interferire od influenzare l'interpretazione che la scuola sunnita hanafita vuole dare del *talaq* istantaneo; qui, invece, bisogna valutare se l'ordinamento indiano possa dar seguito a disposizioni di diritti confessionali interpretate in un modo che violerebbe altri diritti costituzionali⁹⁶: in uno Stato laico, come è l'India, i diritti confessionali non possono essere al di sopra della Costituzione.

Ammettere una distinzione di questo tipo, in effetti, violerebbe l'art. 14 Cost., che prevede il diritto fondamentale all'eguaglianza generale, come pure l'art. 15 Cost., che vieta la discriminazione di genere, e, facendo riferimento all'articolo 51 A, lett. e, della Costituzione, è stato sottolineato che uno dei doveri fondamentali contenuti nella parte IV della Costituzione era di garantire che le donne non fossero soggette a pratiche discriminatorie, che incidessero sulla loro dignità.

In un proprio caso precedente, l'*affaire* Sarla Mugdal⁹⁷, la Corte Suprema aveva affermato che anche le norme confessionali su matrimonio, eredità, divorzio, conversione siano norme religiose al pari di quelle relative a questioni strettamente teologiche; è vero che, prosegue la sentenza Mugdal, alcune delle pratiche d'una religione osservate dai membri di un'altra religione possono sembrare eccessive, fors'anche una violazione dei diritti umani, ma si tratta di questioni su cui può intervenire solo il legislatore, come accaduto con l'abolizione del sati e con l'*Hindu Succession Act*⁹⁸ e l'*Hindu Marriage Act*, che hanno rivoluzionato la tradizionale legge indù⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. C. SBAILO', *Islamismo e costituzionalismo. La problematica compatibilità*, in PC, 2013, pp. 89 ss.

⁹⁷ Supreme Court of India, *affaire Sarla Mugdal vs Union of India et alii*, del 10 maggio 1995, <https://sci.gov.in/journal/judis/10742.pdf>.

⁹⁸ <https://indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1713/1/195630.pdf>, v. S.V. GUPTE, *Hindu law of succession*, Bombay, 1972, pp. 422 ss.

⁹⁹ R. FAVALE, *Forme 'extralegali' e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, *passim*; P. BELLINI, *Della idea di laicità nelle relazioni fra privati*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996, pp. 11 ss.; F. FEDE – S. TESTA BAPPENHEIM, *La libertà religiosa nei Paesi islamici: profili comparati*, Napoli, 2019, pp. 75 ss.

E' stato poi citato il precedente dell'*affaire Valsamma*¹⁰⁰, in cui la Corte Suprema aveva stabilito che controversie di questo tipo sollevino il problema dell'armonizzazione del conflitto tra la legge personale ed i principî costituzionali ex artt. 16, comma 4, e 15 comma 4 Cost.

I principî di “eguaglianza dinanzi alla legge” e “pari protezione delle leggi”, garantiti ex artt. 14, 15 comma 4, e 16, vogliono garantire giustizia sociale ed economica nella democrazia politica a tutte le componenti della società, per eliminare le disparità nello status e fornire mezzi ed opportunità, non solo agli individui ma anche ai gruppi di persone appartenenti alle caste e ad altre categorie speciali di cittadini, allo scopo di garantire forme adeguate di sostentamento e promuovere con particolare attenzione gli aspetti economici e lo sviluppo educativo delle fasce più deboli della popolazione, proteggendole in particolare dall'ingiustizia sociale e da tutte le forme di sfruttamento¹⁰¹.

Con il XLII emendamento sono stati introdotti il secolarismo ed il socialismo nel Preambolo della Costituzione, appunto per sottolineare che se non fossero state fornite opportunità di partecipazione a tutti indipendentemente da casta, religione e sesso, la democrazia indiana *in se ipsa* non sarebbe durata a lungo¹⁰².

Durante i lavori della Costituente indiana, poi, venne stabilito che una democrazia sul piano politico dovesse essere anche una democrazia sul piano sociale, ossia riconoscere la libertà, l'uguaglianza e la fraternità come principî fondamentali: senza uguaglianza, la libertà produrrebbe il prevalere di pochi su molti; l'uguaglianza senza libertà ucciderebbe l'iniziativa individuale; senza fraternità, infine, la libertà e l'uguaglianza non potrebbero diventare un corso naturale delle cose.

L'articolo 15, comma 4, e l'articolo 16, comma 4, pertanto, intendono eliminare le disparità sociali ed economiche per porre in essere pari opportunità realmente disponibili, ed il diritto alla giustizia sociale ed economica è previsto nel Preambolo, nei Diritti fondamentali

¹⁰⁰ Supreme Court of India, *affaire Valsamma Paul vs Cochin University*, del 4 gennaio 1996, <https://sci.gov.in/jonew/judis/19804.pdf>

¹⁰¹ D. BERNSTORFF, *Das Kastensystem im Wandel*, in E. WEBER (a cura di), *Indien in Deutschland*, Frankfurt a.Main, 1990, pp. 39 ss.

¹⁰² M. VARKEY PYLEE, *Constitutional Amendments in India*, New Delhi, 2017, pp. 152 ss

e nei principî supremi della Costituzione: in particolare, gli articoli 14, 15, 16, 21, 38, 39 e 46 hanno lo scopo di migliorare la qualità della vita di poveri, svantaggiati e disabili¹⁰³.

La parità di protezione ex art. 14 richiede, però, un'azione positiva per superare tali disparità, fornendo mezzi ed opportunità; e, mentre il comma 1 dell'articolo 15 vieta le discriminazioni fondate su religione, razza, casta, sesso, luogo di nascita, il suo comma 4 impone allo Stato di prevedere disposizioni speciali per il miglioramento d'ogni classe svantaggiata; allo stesso modo, l'articolo 16, comma 1, garantisce la parità di opportunità per tutti cittadini in materia di impiego o nomina in qualsiasi ufficio pubblico, e l'articolo 16, comma 4, prevede la possibilità che lo Stato riservi una quota di posti pubblici per persone appartenenti ai gruppi svantaggiati; l'articolo 335 della Costituzione stabilisce, infine, che le richieste dei membri dei gruppi svantaggiati siano prese in considerazione in modo prioritario.

In altre parole, un'eguale protezione richiede un'azione attiva (quella che, *mutatis mutandis*, negli Stati Uniti è l'*affirmative action*) per superare le disuguaglianze dovute a fattori d'intoccabilità praticati per un millennio ed aboliti ex art. 17 Cost.¹⁰⁴

Il Procuratore Generale ricorda che la Costituzione, attraverso il Preambolo, i diritti fondamentali ed i principî supremi, ha creato uno Stato laico, basato sul principio di uguaglianza e non discriminazione, trovando un equilibrio tra i diritti degli individui, da un lato, e, dall'altro, il dovere e l'impegno dello Stato di stabilire un ordine sociale rispettoso del principio d'eguaglianza e dei differenti - ma molteplici - sentimenti religiosi della popolazione.

Durante i lavori dell'Assemblea costituente, infatti, venne deciso di separare la religione dalle leggi personali, da quelle che possono essere definite relazioni sociali, e dai diritti delle parti in materia di eredità o successione. Sono argomenti e tematiche che si valutò non avessero a che fare con la religione; può essere vero che, in passato, in India le pratiche religiose siano state interpretate in modo tale da coprire l'intero arco della vita, ma si ritenne che, con l'Indipendenza, fosse stato raggiunto un punto in cui andasse affermato con chiarezza che queste questioni non siano religiose, ed attengano invece alla legislazione statale laica.

¹⁰³ V. M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in DP, 2011, pp. 391 ss.

¹⁰⁴ V. B.S. BHARGAVA – A. SAMAL, *Protective Discrimination and Development of Scheduled Castes*, in Ind. J. Pub. Adm., 1998, pp. 508 ss.

Ciò è stato affermato dalla stessa Corte Suprema nella sentenza *Vallamattom*¹⁰⁵, ove ha stabilito che “l’articolo 25 si limita a proteggere la libertà di praticare quei rituali, cerimonie, *etc.*, che siano gli elementi essenziali d’una religione”, nel senso che lo Stato non è tenuto a riconoscere effetti civili a disposizioni religiose che siano in contrasto con i principi costituzionali.

L’art. 44 Cost., conclude il Procuratore Generale, prevede che lo Stato si adoperi per garantire ai cittadini un codice civile uniforme in tutto il territorio dell’India, ma quest’*utinam* si basa perciò necessariamente sul presupposto che in uno Stato laico non vi sia nessuna connessione inevitabile tra diritto religioso e diritto statale.

Gli articoli 25 e 44 Cost. mostrano che il primo garantisce la libertà religiosa, mentre il secondo separa la religione dal diritto statale, o, meglio, ve la subordina, e non v’è dubbio che fattispecie come il matrimonio, il divorzio, la successione *et similia* abbiano un carattere secolare che non può essere ricondotto all’interno della garanzia sancita ex artt. 25 e 26 Cost., come peraltro aveva già stabilito la Corte Suprema in tre importanti precedenti: nella sentenza *Sarla Mudgal*¹⁰⁶, *in primis*, era stato affermato che l’India è uno Stato laico, il cui ordinamento è senz’altro molto aperturista nell’accogliere le norme confessionali, ma rimane ad esse sempre sovraordinato; e, *in secundis*, nella sentenza *Mudaliar*¹⁰⁷ e nella sentenza *Bommaï*¹⁰⁸ viene affermato che, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, i principi d’eguaglianza e di dignità della persona sono principi supremi, che quindi prevalgono sulle disposizioni degli ordinamenti confessionali che attribuiscono alle donne uno status inferiore a quello degli uomini: queste disposizioni discriminatorie non derivano dalla Costituzione, ma da tradizioni e principi religiosi, su cui, finché rimangono affermazioni di principio, puramente teoriche, di discussione teologica, o circoscritte ad atti e cerimonie di culto, l’India, come Stato laico, non

¹⁰⁵ Supreme Court of India, affaire *John Vallamattom vs Union of India*, del 21 luglio 2003, <https://sci.gov.in/jonew/judis/19151.pdf>.

¹⁰⁶ Supreme Court of India, affaire *Sarla Mudgal vs Union of India*, del 10 maggio 1995, <https://sci.gov.in/jonew/judis/10742.pdf>.

¹⁰⁷ Supreme Court of India, affaire *Masilamani Mudaliar vs The Idol of Sri Swaminathaswamiswaminathaswami*, del 30 gennaio 1996, <https://sci.gov.in/jonew/judis/16097.pdf>.

¹⁰⁸ Supreme Court of India, affaire *Bommaï vs Union of India*, dell’11 marzo 1994, <https://sci.gov.in/jonew/judis/11570.pdf>.

può intervenire, ma quando si traducono in atti giuridicamente rilevanti per i diritti confessionali, essi sono protetti dall'art. 25 ss. Cost. solo nella misura in cui non violassero i principi supremi della Costituzione, definiti dal Preambolo e dai diritti fondamentali.

Il Parlamento, infatti, aveva legiferato per eliminare, nell'ambito del diritto statale, le limitazioni della donna indù relativamente al diritto di proprietà; la ratio risulta chiara se si prendono in considerazione i lavori della Costituente, durante i quali fu stabilito di distinguere nettamente fra gli ordinamenti confessionali ed il codice civile nazionale, e ciò fu il risultato d'un punto d'equilibrio fra varie correnti di pensiero, come ricordato dalla Corte Suprema nella sentenza *Mudgal* (v. *supra*): tutte le persone hanno il diritto di professare, praticare e propagandare la religione che preferiscono, ma questo diritto è stato limitato da determinate condizioni che lo Stato è libero di imporre nell'interesse della moralità pubblica, dell'ordine pubblico e della salute pubblica, e anche nella misura in cui il diritto *de quo* non sia in conflitto con le altre disposizioni inserite nella Costituzione; lo Stato indiano non è laico nel senso francese, ma per Stato laico i Costituenti indiani hanno inteso dire che lo Stato non debba fare alcuna discriminazione in base alla religione: ciò significa, in sostanza, che nessuna religione specifica riceverà alcun *endorsement* da parte dello Stato, che lo Stato non favorirà nessuna particolare religione sulle altre, e che nessun cittadino avrà alcun trattamento preferenziale o sarà discriminato semplicemente perché professasse una specifica religione.

Nonostante queste argomentazioni portate dal Procuratore Generale, però, la Corte Suprema, pur condividendole, si dichiara impossibilitata ad abrogare per via giurisprudenziale la validità del *talaq* istantaneo, rinviando ad un intervento del legislatore.

La Corte, infatti, *in primis*, dichiara, poiché l'India è uno Stato laico, di non poter valutare nel merito se il triplo *talaq* sia o meno effettivamente citato dal Corano o dalle *hadith*, ma di dover prendere atto che i Sunniti hanafiti considerino quest'istituto, pur disapprovandolo, come perfettamente vigente, valido e vincolante, parte integrante della loro fede plurisecolare; come elemento religioso, esso non viola i parametri dell'art. 25 Cost., e quindi gode della sua protezione, non essendo pratica contraria all'ordine pubblico, alla moralità od alla salute.

Questa normativa non può, quindi, essere accantonata, per violazione del concetto di moralità costituzionale, attraverso un intervento giudiziario, ma richiede un intervento legislativo, *expressis verbis* consentito ex artt. 25, comma 2 e 44, in combinato disposto con la Settima Scheda aggiuntiva, sez. 3 – Lista delle materie concorrenti –, n. 5¹⁰⁹.

IV. *L'intervento legislativo sul il triplo talaq istantaneo.*

L'istituto per lo scioglimento del matrimonio islamico costituito dal tradizionale diritto del marito di pronunciare il ripudio unilaterale, il *talaq*, è stato, dunque, radicalmente modificato dalla nuova normativa, il *Muslim Women (Protection of rights on marriage) Act*: questa recentissima norma, approvata il 27 luglio 2019 e promulgata quattro giorni dopo¹¹⁰, è molto importante per le innovazioni che introduce: *in primis*, rende nulle tutte le dichiarazioni di *talaq*, anche in forma scritta o elettronica, e definisce come *talaq* sia il *talaq-e-biddat* sia qualsiasi altra forma simile di *talaq* pronunciata da un uomo musulmano con conseguente divorzio immediato e irrevocabile.

La legge rende la dichiarazione di *talaq* un reato punibile fino a tre anni di reclusione ed una multa, ma il reato sarà procedibile solo se le informazioni ad esso relative siano fornite da:

- (i) la donna sposata destinataria del *talaq*, o
- (ii) qualsiasi persona ad essa collegata per via di legami familiari *iure sanguinis* o *iure matrimonii*.

A seguito del procedimento penale, poi, la donna musulmana contro la quale fosse stato dichiarato il *talaq* ha il diritto, per se stessa e per i figli a carico, ad un assegno di mantenimento, il cui importo sarà determinato dal giudice, ed ha anche il diritto di chiedere la custodia dei suoi figli minori.

Trattandosi di un provvedimento recentissimo, ed ancora inedito, ne allegiamo il testo per intero.

¹⁰⁹ «5. Marriage and divorce; infants and minors; adoption; wills, intestacy and succession; joint family and partition; all matters in respect of which parties in judicial proceedings were immediately before the commencement of this Constitution subject to their personal law».

¹¹⁰ <http://egazette.nic.in/WriteReadData/2019/209473.pdf>.

THE MUSLIM WOMEN (PROTECTION OF RIGHTS ON MARRIAGE) ACT,
2019

An Act to protect the rights of married Muslim women and to prohibit divorce by pronouncing talaq by their husbands and to provide for matters connected therewith or incidental thereto.

BE it enacted by Parliament in the Seventieth Year of the Republic of India as follows:—

CHAPTER I

PRELIMINARY

1. (1) This Act may be called the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Act, 2019.

(2) It shall extend to the whole of India except the State of Jammu and Kashmir.

(3) It shall be deemed to have come into force on the 19th day of September, 2018.

2. In this Act, unless the context otherwise requires,—

(a) "electronic form" shall have the same meaning as assigned to it in clause (r) of sub-section (1) of section 2 of the Information Technology Act, 2000;

(b) "Magistrate" means a Judicial Magistrate of the first class exercising jurisdiction under the Code of Criminal Procedure, 1973, in the area where the married Muslim woman resides; and

(c) "talaq" means talaq-e-biddat or any other similar form of talaq having the effect of instantaneous and irrevocable divorce pronounced by a Muslim husband.

CHAPTER II

DECLARATION OF TALAQ TO BE VOID AND ILLEGAL

3. Any pronouncement of talaq by a Muslim husband upon his wife, by words, either spoken or written or in electronic form or in any other manner whatsoever, shall be void and illegal.

4. Any Muslim husband who pronounces talaq referred to in section 3 upon his wife shall be punished with imprisonment for a term which may extend to three years, and shall also be liable to fine.

CHAPTER III

PROTECTION OF RIGHTS OF MARRIED MUSLIM WOMEN

5. Without prejudice to the generality of the provisions contained in any other law for the time being in force, a married Muslim woman upon whom talaq is pronounced shall be entitled to receive from her

husband such amount of subsistence allowance, for her and dependent children, as may be determined by the Magistrate.

6. Notwithstanding anything contained in any other law for the time being in force, a married Muslim woman shall be entitled to custody of her minor children in the event of pronouncement of talaq by her husband, in such manner as may be determined by the Magistrate.

7. Notwithstanding anything contained in the Code of Criminal Procedure, 1973,—

(a) an offence punishable under this Act shall be cognizable, if information relating to the commission of the offence is given to an officer in charge of a police station by the married Muslim woman upon whom talaq is pronounced or any person related to her by blood or marriage;

(b) an offence punishable under this Act shall be compoundable, at the instance of the married Muslim woman upon whom talaq is pronounced with the permission of the Magistrate, on such terms and conditions as he may determine;

(c) no person accused of an offence punishable under this Act shall be released on bail unless the Magistrate, on an application filed by the accused and after hearing the married Muslim woman upon whom talaq is pronounced, is satisfied that there are reasonable grounds for granting bail to such person.

8. (1) The Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Second Ordinance, 2019 is hereby repealed.

(2) Notwithstanding such repeal, anything done or any action taken under the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Second Ordinance, 2019, shall be deemed to have been done or taken under the provisions of this Act.

Conclusioni

La laicità dell'India è una conquista recente: ancora alla fine del XIX secolo missionari indù del movimento Arya Samaj avviarono un programma di proselitismo molto energico per riportare all'Induismo quegli Indù che si fossero convertiti ad altre religioni, in particolare il Cristianesimo e l'Islam¹¹¹: ne seguirono numerose controversie, che nel periodo britannico furono causa di numerose tensioni fra Musulmani ed Indù.

¹¹¹ Y.S. SIKAND, *The Fitna of Irtidad: Muslim Missionary Response to the Shuddhi of Arya samaj in Early Twentieth Century India*, in *J. Musl. Min. Aff.*, 1997, pp. 65 ss.; I. VANDEVELDE, *Reconversion to Hinduism: A Hindu Nationalist Reaction Against Conversion to Christianity and Islam*, in *J. South As. St.*, 2011, pp. 31 ss.

Mentre l'amministrazione coloniale britannica non promulgò nessuna legge contro le conversioni 'sleali', normative del genere iniziarono già, sin dagli anni '30, ad essere promulgate in molti dei Principati autonomi delle Indie; dopo la proclamazione dell'indipendenza, inoltre, anche a livello costituente ci si trovò ad affrontare il tema, e molteplici proposte furono presentate per regolamentare le conversioni dall'Induismo verso altre confessioni religiose, vietarle ai minorenni, prevedere sanzioni penali per chi le avesse indotte con la forza o con l'inganno, *etc.*

In seguito vi furono vari tentativi d'introdurre tali divieti a livello normativo federale, a partire dal 1954, con l'*Indian Conversion (Regulation and Registration) Bill*, seguito dal *Backward Communities (Religious Protection) Bill*, del 1960, e dal *Freedom of Religion Bill*, del 1979, ma tutti senza successo; a livello locale, invece, norme anticonversione¹¹² sono state promulgate in parecchi Stati, a partire dal 1967¹¹³ fino al 2018; la Corte Suprema, chiamata a giudicare la legge anticonversione del Madhya Pradesh, la ritenne costituzionalmente legittima¹¹⁴, affermando che il diritto di propagandare una religione non implica il diritto di farlo con metodi aggressivi e coercitivi, ma solo quello di farne un'esposizione passiva; l'art. 25 Cost., ha detto la Corte Suprema, garantisce la libertà religiosa ai fedeli di tutte le confessioni religiose, e non solo a quelli d'una determinata fede, ma non contempla il diritto fondamentale a convertire un'altra persona alla propria religione: la libertà religiosa riconosciuta ex art. 25 Cost., infatti,

¹¹² AA.VV., *Anti-Conversion Laws: Challenges to Secularism and Fundamental Rights*, in *Econ. Pol. Weekly*, 2008, 2, pp. 63 ss.; F. ALICINO, *La disciplina delle conversioni nella Repubblica dell'India*, in *QDPE*, 2016, pp. 69 ss.

¹¹³ Orissa Freedom of Religion Act, 1967, http://lawodisha.gov.in/files/acts/act_884132771_1437987451.pdf, con le regole di attuazione Orissa Freedom of Religion Rules, 1989, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Orissa_Freedom_of_Religion_Rules.pdf; Madhya Pradesh Freedom of Religion Act, 1968, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Madhya_Pradesh_Freedom_of_Religion_Act.pdf, modificato nel 2006, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Madhya_Pradesh_Freedom_of_Religion_Act_amendment.pdf; Arunachal Pradesh Freedom of Religion Act, 1978, <https://indiacode.nic.in/bitstream/123456789/3921/1/AP%20freedom%20of%20Religion%201978.pdf>; Chhattisgarh Freedom of Religion Act, 1968, <http://www.bareactslive.com/MP/MP218.HTM>, modificato nel 2006, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Chhattisgarh_Freedom_of_Religion_Act_amendment.pdf; Gujarat Freedom of Religion Act, 2003, <http://www.lawsofindia.org/pdf/gujarat/2003/2003GUJARAT22.pdf>, modificato nel 2006, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Gujarat_Freedom_of_Religion_Act_amendment.pdf; Himachal Pradesh Freedom of Religion Act, 2006, https://indiacode.nic.in/bitstream/123456789/5395/1/the_himachal_pradesh_freedom_of_religion_act%2C_2006.pdf; Rajasthan Freedom of Religion Bill, 2006, http://www.kandhamal.net/DownloadMat/Rajasthan_Freedom_of_Religion_Bill.pdf; Tamil Nadu Prohibition of Forcible Conversion of Religion Act, 2002, http://www.lawsofindia.org/pdf/tamil_nadu/2002/2002TN56.pdf; Jharkhand Freedom of Religion Act, 2017, https://jhpolic.gov.in/sites/default/files/jhpolic_jharkhand_freedom_of_religion_act_2017.pdf; Uttarakhand Freedom of Religion Act, 2018, https://indiacode.nic.in/bitstream/123456789/4558/1/freedom_religion_hindi.pdf.

¹¹⁴ Supreme Court of India, *affaire Rev. Stainislaus vs State of Madhya Pradesh et alii*, del 17 gennaio 1977, <https://indiankanoon.org/doc/1308071/>.

può essere goduta da una persona se questa esercitasse il proprio diritto in misura commisurata alla libertà analoga a quella delle persone appartenenti ad altre confessioni religiose: ciò che è libertà per gli uni, infatti, dev'essere in egual misura libertà per gli altri, sicché non può dedursi dall'art. 25 Cost. un diritto fondamentale a convertire; la conversione forzata, inoltre, rientra nell'ambito dell'ordine pubblico, che, sulla base della Settima Scheda aggiuntiva, sez. 2 – Lista delle materie di competenza degli Stati –, n. 1 Cost., è di competenza dei singoli Stati, e non, come la libertà religiosa, di competenza dello Stato centrale¹¹⁵.

Questa decisione, però, è stata criticata dalla dottrina, secondo la quale un'accezione così riduttiva e limitata della libertà di propaganda religiosa ne renderebbe inutile l'espressa menzione, giacché in tal caso sarebbe già ricompresa nella libertà di parola ed espressione ex art. 19 comma 1 lett. a Cost: queste leggi contro la conversione forzata, secondo la dottrina, infatti, rispondono in realtà a necessità non tanto religiose, quanto piuttosto socio-politiche, e, vedendo la religione non tanto sotto il suo profilo teologico-dogmatico, quanto quello identitario, sono state promulgate da alcuni Stati la cui popolazione appartenga in larghissima maggioranza ad una delle religioni storicamente principali e più radicate dell'India, onde evitare, o comunque rendere più complessa e quindi rallentare, la prospettiva d'una conversione massiccia ad un'altra religione sentita come 'straniera' in quanto portata in India dai missionari – soprattutto cattolici – occidentali¹¹⁶.

Notiamo, dunque, come la laicità costituzionale indiana sia proattiva ma non invasiva, nel senso che né legislatore né Corte Suprema hanno disposto la sua imposizione *manu militari*, bensì procedono *oculato pede*, facendo avanzare una laicità amichevole ma non arrendevole, come si evince da due fattori: il primo è l'atteggiamento aperturista che trova fenotipo nel riconoscimento statale agli ordinamenti confessionali, in molti settori rientranti nell'ambito del diritto ecclesiastico, del diritto di famiglia, del diritto dei contratti, *etc.*, con un preciso limite però, che è rappresentato appunto dal secondo fattore, costituito da ordine pubblico,

¹¹⁵ V. G. GUIDI, *Stati federali senza federalismo*, in DPCE, 2004, pp. 600 ss.; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009, pp. 62 ss.; AA.VV., *La Costituzione indiana, profili introduttivi*, Torino, 2013, *passim*.

¹¹⁶ V. L. DUDLEY JENKINS, *Religious Freedom and Mass Conversion in India*, Philadelphia, 2019, pp. 133 ss.; S. LOURDUSAMY, *La conversion religieuse dans un contexte pluraliste: aspects canoniques et civils concernant l'Union indienne*, Paris, 2008, pp. 274 ss.; J.I. ARRIETA, *Problemas organizativos de las regiones eclesiásticas*, in F.R. AZNAR GIL (a cura di), *Magister canonistarum. Estudios con motivo de la concesión al Prof. Dr. D. Urbano Navarrete*, S.I., del Doctorado honoris causa, Salamanca, 1994, pp. 111 ss.

moralità, salute pubblica ed i diritti fondamentali di terzi, sicché quando il principio di laicità sviluppa attrito con una normativa, magari anteriore alla Costituzione, se non addirittura dell'800, ecco intervenire la Corte Suprema, vuoi direttamente (come nei casi degli istituti del *sati*, del *devadasi* e della poligamia, v. *supra*), vuoi delegando l'intervento al legislatore, al quale traccia però con chiarezza la strada da seguire¹¹⁷, come appunto nel recente caso del triplo *talaq* istantaneo.

Si tratta d'un sistema di modernizzazione secolarizzante che ad un occhio abituato ad un paradigma laico europeo¹¹⁸ potrebbe anche sembrare non esattamente velocissimo¹¹⁹, e tuttavia bisogna tener conto di due elementi¹²⁰: il primo storico-politico, dato che già durante i lavori dell'Assemblea Costituente era stato suggerito l'inserimento nel Preambolo dell'aggettivo '*secular*', per indicare il carattere laico dello Stato, ma la proposta era stata respinta¹²¹, scontrandosi, all'epoca come pure in seguito, con una fortissima opposizione da parte non solo della politica ma anche della – benché non unanime – dottrina giuspubblicista¹²², e probabilmente nel 1976 riuscì a passare anche grazie all'intervento del Presidente della Repubblica dell'epoca, Fakhruddin Ali Ahmed¹²³; il secondo elemento è un dato numerico, giacché la popolazione indiana è per circa l'80% composta da Indù, il 15% Musulmani (di cui i tre

¹¹⁷ D. ANNOUSSAMY, *Le droit indien en marche*, Paris, 2009, pp. 132 ss.; P. VYAPARI, *Secular State under Indian Constitution*, Hyderabad, 1992, pp. 69 ss.

¹¹⁸ V. F.P. CASAVOLA - P.L. CONSORTI, *Laicità e radici cristiane dell'Europa*, in AA.VV., *Fede religiosa e fede laica in dialogo*, Milano, 2007, pp. 117 ss.; M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, Torino, 2001, pp. 123 ss.; P. BIANCHI, *Exporting democracy and human rights in the constitutional debate of the European Union*, in AA.VV., *The Emerging European Union. Identity, Citizenship, Rights*, Pisa, 2004, pp. 107 ss.; L. BACCELLI, *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012, pp. 23 ss.

¹¹⁹ V. S. BASU, *The trouble with marriage: feminists confront law and violence in India*, Oakland, 2015, pp. 74 ss.

¹²⁰ W. BRUGGER, *Von Feindschaft über Anerkennung zur Identifikation. Staat-Kirche-Modelle und ihr Verhältnis zur Religionsfreiheit*, in H. JOAS – K. WIEGAND (a cura di), *Säkularisierung und die Weltreligionen*, Frankfurt a.Main, 2007, pp. 253 ss.; J.T. MARTIN DE AGAR, *Libertà religiosa, uguaglianza e laicità*, in *IE*, 1995, pp. 199 ss.

¹²¹ CONSTITUENT ASSEMBLY OF INDIA, seduta di lunedì 15 novembre 1948; v. B.G. GRIM – R. FINKE, *The price of freedom denied religious persecution and conflict in the twenty-first century*, Cambridge, 2011, pp. 129 ss.

¹²² B. PATEL, *The Right to Freedom of Religion in the Indian Constituent Assembly*, in *Mod. Rev.*, 1971, pp. 337 ss.; D.E. SMITH, *India as Secular State*, Princeton, 1963, pp. 280 ss.; V.K. SINHA, *Secularism and Indian Democracy*, in AA.VV., *Secularism in India*, Bombay, 1968, pp. 19 ss.; V.P. LUTHERA, *Concept of Secular State and India*, Oxford – Calcutta, 1964, pp. 38 ss.; S. UMAKANT, *Secular State and its Institutional Pattern*, Bhopal, 1971, pp. 160 ss.; T.N. MADAN, *Secularism in its Place*, in R. BHARGAVA (a cura di), *Secularism and its Critics*, New Delhi, 1998, pp. 297 ss.

¹²³ V. S.V. KOGEKAR, *Revision of the Constitution*, in R.R. KALE, *Memorial Lectures*, Poona, 1976, pp. 23 ss.; M. KATJU, *Religion and the Constitution*, in *AIR*, 2002, pp. 61 ss.; P.B. GAJENDRAGADKAR, *Secularism and the Constitution of India*, Bombay, 1971, pp. 47 ss.; S.P. SATHE, *Secularism: Law and the Constitution of India*, Pune, 1991, pp. 82 ss.; H. SRIKANTH, *Secularism versus Pseudo-Secularism. An Indian Debate*, in AA.VV., *Secularism and Liberation*, New Delhi, 1995, pp. 79 ss.; cfr. F. FEDE, *Il Capo dello Stato "arbitro" istituzionale*, in *GC*, 1997, pp. 1167 ss.

quarti sono Sunniti), il 2% di Cristiani (di cui il 60% Cattolici), il 2% di Sikh: potremmo perciò dire, in conclusione, che l'affermazione dello Stato laico in India procede *festina lente*.

Abstract

Following a Judgement of 408 pages from the Supreme Court of New Delhi, pronounced in 2017, the Indian Parliament has recently amended the state provisions on the legal relevance of Islamic law concerning marriage; we therefore considered it interesting to consider both the constitutional and general regulatory framework concerning the legal relevance of the confessional systems for religious marriages, and the impressive judgment of the Supreme Court, which undoubtedly marks a watershed moment in the history of Indian 'ecclesiastical' law, and also, last but not least, this new legislative provision.

Camerino, agosto 2019.

ANTONIO FLAMINI*

*I diritti umani nella nuova Costituzione cubana: spunti di riflessione***

«L'intensità della tutela della persona umana segna il grado di civiltà di un ordinamento»¹: è questa un'affermazione totalmente da condividere, salvo verificare se la «tutela» formale, cioè proclamata dalle norme dell'ordinamento, è poi effettiva e realizzata a livello amministrativo e giurisdizionale².

Nelle moderne costituzioni, oltre ad essere proclamato il principio dell'eguaglianza tra gli uomini³ o tra i cittadini⁴, sono affermati e riconosciuti i diritti dell'uomo. Così la Costituzione italiana riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2); quella tedesca riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo, affermando il diritto di ognuno al libero sviluppo della

* Professore di Diritto privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review. Lo scritto è destinato al *Liber amicorum* in onore di Loris Lonardo.

¹ P. PERLINGIERI e L. LONARDO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 186.

² A proposito dei diritti umani G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di F. Caggia e G. Resta, Roma 2019, p. 13, sottolinea quanto oggi «sia fragile la loro garanzia e come, soprattutto nei tempi di crisi come quelli in cui siamo immersi, essi siano messi a rischio, con ciò mettendo a rischio proprio l'essenza della democrazia». Sulla mancata tutela di diritti riconosciuti costituzionalmente e sulla conseguente responsabilità dei giuristi, cfr. L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in *www.ristretti.it*, p. 30, il quale afferma che la scienza giuridica non è più, se mai lo è stata, semplice descrizione, ma è anche critica e progettazione del suo stesso oggetto: critica del diritto invalido pur se vigente perché in contrasto con la costituzione; reinterpretazione alla luce dei principi in questa stabiliti dall'intero sistema normativo; analisi delle antinomie e delle lacune; elaborazione e progettazione delle garanzie mancanti o inadeguate e tuttavia imposte dalle norme costituzionali. Ne consegue una responsabilità della cultura giuridica e politologica, che è tanto più impegnativa quanto maggiore è questa divaricazione e quindi il compito di dar conto dell'ineffettività dei diritti costituzionalmente stipulati.

³ Cfr. l'art. 3 della Costituzione italiana, l'art. 1, comma 1, della Costituzione spagnola, l'art. 1 della Costituzione francese, l'art. 3 della Costituzione tedesca.

⁴ Cfr. l'art. 4, sez. II, il XIII emendamento sez. I, il XIV emendamento, sez. I, della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

propria personalità (artt. 1 e 2); la Costituzione spagnola prevede che la dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale (art. 10, comma 1); il Preambolo della Costituzione francese proclama che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti e riafferma solennemente i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino consacrati dalla Dichiarazione dei diritti del 1789 ed i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica; più genericamente la Costituzione degli Stati Uniti d'America prevede che nessuna persona può essere privata della vita, delle libertà o della proprietà se non a seguito di regolare procedimento legale (XIV emendamento, sez. I). Si tratta di situazioni soggettive, generalmente non patrimoniali, che appartengono all'uomo, inteso come essere umano in quanto tale, e che generalmente vengono definite "diritti della personalità".

Tra le moderne costituzioni la più recente è quella cubana il cui testo, approvato dall'Assemblea Nazionale del Potere Popolare il 22 dicembre 2018, è stato confermato dal referendum del 24 febbraio 2019. La nuova Costituzione, che sostituisce quella del 1976, come modificata dalle riforme del 1992 e del 2002, ispirata alla Costituzione dell'URSS del 1936 ed a quelle di diversi paesi dell'Europa dell'est, mantiene l'impianto ideologico e simbolico della precedente, dato che l'art. 1 conferma che «Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social democrático, independiente y soberano organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva». Significativo è che tra i principi fondanti dello Stato cubano elencati all'art. 1 vi è anche l'«humanismo» e tale scelta non è casuale, poiché la nuova Costituzione amplia significativamente il catalogo dei diritti, con l'aggiunta prevalentemente di diritti civili mutuati dai trattati internazionali sui diritti umani⁵; inoltre disciplina in un apposito capitolo i diritti⁶, diversamente dalla precedente che li trattava in modo piuttosto confuso in un capitolo, il settimo, insieme ai doveri ed alle garanzie fondamentali.

⁵Così A. DEL GUERCIO, in A. DEL GUERCIO e A. GUIDA, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 1/2019, p. 56.

⁶Capitolo II, Diritti, del Titolo V, Diritti, doveri e garanzie.

Oltre ai diritti economici e sociali già presenti nella precedente, la nuova Costituzione, nelle “Disposizioni generali relative ai diritti, ai doveri ed alle garanzie”, prescrive all’art. 40 che la dignità umana⁷ è il valore supremo⁸ e, nel capitolo relativo ai diritti, dispone che le persone hanno diritto al libero sviluppo della loro personalità e devono mantenere tra di loro una condotta improntata al rispetto, alla fraternità e alla solidarietà (art. 47).

I giuristi cubani avevano da tempo la consapevolezza che la personalità umana è la pietra angolare per la costruzione di tutto il sistema assiologico costituzionale⁹; tuttavia la Costituzione del 1976 conteneva un riconoscimento dei diritti inerenti la personalità piuttosto

⁷ Nel Preambolo si dichiara la volontà che la legge delle leggi della Repubblica sia presieduta da questo profondo desiderio, finalmente realizzato, di José Martí: “Voglio che la prima legge della nostra Repubblica sia il culto dei cubani alla piena dignità dell'uomo”. Pertanto l’art. 40 è in sintonia con il pensiero di colui che è considerato il Padre fondatore della Nazione cubana. Nel Preambolo, tuttavia, si afferma anche che «solo en el socialismo y en el comunismo el ser humano alcanza su dignidad plena», per cui «il concetto di “dignità umana” fatto proprio dalla nuova *Magna Carta* cubana non corrisponde tanto a quello proprio della tradizione occidentale giusnaturalistica, quanto a quello di tradizione socialista, che da sempre ricollega tale concetto alla dimensione sociale ed economica dei diritti»: testualmente, A. DEL GUERCIO, in A. DEL GUERCIO e A. GUIDA, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, cit., p. 56.

⁸ Analoga espressione – il valore della dignità di ciascun essere umano è valore supremo – è stata utilizzata in Italia da Corte cost., 19.11.1991, n. 414, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 656. Afferma L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2011, p. 778, che il funzionamento del nostro ordinamento costituzionale è tutto calibrato sul valore della persona umana e quindi della sua dignità di essere umano, non più suddito ma parte fortemente attiva, protagonista del processo democratico e che la dignità costituisce il fondamento assiologico del nostro ordinamento (p. 791). V., anche, G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, cit., p. 10 s., il quale precisa che per i giuristi italiani dignità non è soltanto una parola, è al tempo stesso un valore, un principio, una clausola generale, un elemento connotante un sistema giuridico, un limite e molte altre cose e che la dignità della persona è considerata la base dei diritti inviolabili, e quindi la base dell'intero ordinamento. La dignità umana costituisce un'essenziale precisazione del contenuto della persona, una condizione una qualità che spetta all'uomo in quanto tale, indipendentemente dalla sua posizione sociale o dall'appartenenza a determinate comunità: cfr. P. PERLINGIERI e L. LONARDO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 193. Precisa FREDDY ANDRÉS HUNG GIL, *La persona en el ámbito del Derecho Civil*, in *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después*, Libro homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz, Coordinador L.B. Pérez Gallardo, La Habana, 2014, p. 42, che in diritto quando si parla di persona non si fa riferimento soltanto al soggetto del rapporto giuridico, ma tutta la regolamentazione e protezione si basa su motivi etici che partono dall'ammissione della dignità dell'essere umano come valore fondamentale. Scrive CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DIAZ, *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*, in www.revistapersona.com.ar/Persona58/58Valdes.htm,

che alla persona, all'essere umano, all'uomo considerato legalmente è riconosciuta la capacità di essere soggetto di diritti e doveri e, soprattutto, di possedere attributi e qualità che devono essere riconosciuti dalla legge perché caratterizzano la sua dignità umana. JORGE LUIS ORDELIN FONT, *¿Representación voluntaria de los derechos inherentes a la personalidad?: Consideraciones para un debate desde el ordenamiento jurídico cubano*, in *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después*, cit., p. 113, afferma che nel sistema giuridico cubano rispetto e sviluppo della dignità sono il fondamento del riconoscimento dei diritti umani e dei diritti della personalità.

⁹ In argomento, CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DIAZ, *Artículo 38*, in *Comentarios al Código Civil Cubano*, Director L.B. Pérez Gallardo, Tomo I, Volumen II, La Habana, 2014, p. 4 s.

sto debole. Al contrario, nella nuova Costituzione particolarmente significativa è la formulazione del divieto di trattamento discriminatorio i cui motivi sono stati ampliati: oltre a quelli già presenti nella Costituzione precedente (il colore della pelle, il sesso, il credo religioso, l'origine nazionale), nella nuova l'origine etnica sostituisce la razza e sono aggiunti il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere, l'età, la disabilità o qualsiasi altra condizione o circostanza personale che implichi una distinzione lesiva della dignità umana (art. 42) ¹⁰.

Il diritto alla salute (art. 72) e il diritto all'istruzione (art. 73) sono garantiti a tutte le persone a titolo gratuito, come era previsto nel precedente testo costituzionale, che attribuiva allo Stato il compito di garantire e tutelare la vita, la libertà, la salute, mentre una novità della nuova Costituzione cubana è il riconoscimento espresso di tali diritti (art. 46), come avviene nella gran parte delle costituzioni.

La Costituzione del 1976, fondata sul sistema economico basato sulla proprietà socialista di tutto il popolo dei mezzi fondamentali di produzione (art. 14), riconosceva la proprietà dei piccoli agricoltori sulle terre a loro appartenenti legalmente e sugli altri beni immobili e mobili necessari per lo sfruttamento della loro terra (art. 19); garantiva poi la proprietà personale sugli introiti e sui risparmi derivanti dal proprio lavoro, sull'abitazione posseduta a giusto titolo di proprietà e sugli altri beni e oggetti utilizzati per il soddisfacimento delle necessità materiali e culturali della persona, nonché la proprietà sui mezzi e sugli strumenti di lavoro personali o familiari (art. 21). La nuova Costituzione, sempre fondata sul sistema di economia socialista (art. 18), introduce una importante novità perché nel Capitolo II relativo ai «Diritti» l'art. 58 prevede che tutte le persone hanno diritto al godimento dei beni di loro proprietà e tale diritto non è più limitato alla proprietà personale dei beni che, senza costituire mezzi di produzione, contribuiscono alla soddisfazione delle necessità materiali e spirituali del titolare (art. 22, comma 1, lett. g) ¹¹, ma anche alla proprietà privata, esercitata su determinati mezzi di produzione da parte di persone fisiche o persone giuridiche cubane o straniere

¹⁰ A. DEL GUERCIO, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, cit., p. 60, dove si sottolinea che si tratta di una formulazione indubitabilmente mutuata dal sistema internazionale di protezione dei diritti umani, nell'ambito del quale il divieto di discriminazione costituisce un principio fondamentale, tanto da aver acquisito natura consuetudinaria (ovvero è obbligatorio per tutti gli Stati).

¹¹ Definizione analoga a quella dell'art. 156 c.c. che disciplina la proprietà personale; questa è una figura propria dei regimi politici socialisti nei quali è proibita la proprietà privata sui mezzi di produzione, tuttavia si riconosce la proprietà sui beni di uso personale che sono indispensabili per la vita: cfr., GUNTHER HERMÁN GONZÁLES BARRÓN, *Artículo 156*, in *Comentarios al Código Civil Cubano*, Director L.B. Pérez Gallardo, Tomo II, Volumen I,

(art. 22, comma 1, lett. d)¹². Poi, come nella Costituzione del 1976 vi è il riconoscimento, tra gli altri, del diritto al lavoro, alla retribuzione, alla sicurezza sociale¹³.

Il codice civile cubano all'art. 38¹⁴, rubricato «Derechos inherentes a la personalidad», detta i rimedi per la violazione dei diritti della personalità previsti dalla Costituzione¹⁵, che consistono nella cessazione immediata della violazione o nella eliminazione dei suoi effetti se possibile¹⁶, nella ritrattazione da parte dell'offensore¹⁷ e nella riparazione dei danni e dei

La Habana, 2016, p. 292. Con riguardo all'art. 42 della Costituzione italiana, secondo la quale la proprietà privata è riconosciuta e garantita, scrive E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 137, che la duplice accessione mette fine ad un articolato dibattito in Assemblea costituente teso a distinguere una proprietà *personale* (perciò garantita) da una patrimoniale (riconosciuta), con ciò da intendersi una forma di appartenenza destinata primariamente ad assolvere i bisogni della persona, da un'altra dedita alla produzione e al mercato. In proposito si discorre di una proprietà c.d. personale la quale, nel garantire ed assicurare la titolarità dei beni essenziali alla vita, gode di protezione analoga a quella delle situazioni esistenziali, chiamata com'è a realizzare la libertà dal bisogno: cfr. P. PERLINGIERI e L. LONARDO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 217.

¹² CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, *El derecho civil cubano. Visión de futuro*, relazione svolta al convegno «Codice civile e Costituzione, autonomia privata e programmazione nell'ordinamento socialista della Repubblica di Cuba», Roma 9.4.2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione, la quale afferma che la proprietà in astratto è caratterizzata come unitaria, sottolineando però che parte della dottrina discorre di analisi pluralista della proprietà; in proposito fa riferimento a P. PERLINGIERI (*Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino, 1971), il quale, intitolando il paragrafo «“La” proprietà o “le” proprietà?» (p. 135 ss.), sottolinea che il problema della proprietà come istituto si traduce in sostanza nell'opportunità di verificare se essa costituisce un istituto unitario o se invece sotto la tematica della proprietà, al singolare, si nascondono istituti diversi, tali da far considerare la proprietà non più unitariamente, bensì come pluralità di nozioni, di concetti, come pluralità di istituti. Sul trapasso della proprietà nelle proprietà, caratterizzata da una pluralità e molteplicità di statuti normativi in relazione alla particolare natura e destinazione dei beni, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 145 ss.

¹³ È stato osservato che con il riconoscimento dei diritti civili la nuova Costituzione cubana si allinea al modello delle democrazie occidentali in modo peculiare perché non disconosce i diritti economici e sociali cari alla tradizione socialista e di alcuni paesi latino americani e che costituiscono una peculiarità del sistema cubano: cfr. A. DEL GUERCIO, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, cit., p. 64. Ma il legame tra diritti civili e diritti sociali è stretto anche nelle democrazie occidentali come quella italiana nella quale sono diritti inviolabili non soltanto le libertà da o di (negative o positive) ma anche i diritti sociali, in particolare quelli che assicurano una vita libera e dignitosa: cfr. E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, p. 23 s.

¹⁴ Per un commento a tale disposizione cfr. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, *Código Civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de Julio (anotado y concordado)*, La Habana, 2014, p. 36 ss., anche per riferimenti di giurisprudenza.

¹⁵ Precisa CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, *Artículo 24*, in *Comentarios al Código Civil Cubano*, Director L.B. Pérez Gallardo, Tomo I, Volumen I, La Habana, 2013, p. 376, che a Cuba non esiste una enumerazione tassativa dei diritti inerenti alla personalità e che dato lo stretto rapporto esistente tra essi e la personalità, cui ineriscono, questo potrebbe essere il fondamento giuridico della difesa che nell'ordine civile è dispensato a tali diritti. In generale sulla personalità

¹⁶ L'art. 111 del codice prevede che la protezione dei diritti civili comprende il ripristino della situazione esistente prima della lesione del diritto e la cessazione immediata degli atti che lo turbano.

¹⁷ Per l'art. 88 del codice civile la riparazione del danno morale comprende la soddisfazione dell'offeso mediante la ritrattazione pubblica da parte dell'offensore.

pregiudizi causati¹⁸. Deve essere sottolineata l'importanza dell'art. 38 c.c. che tutela i diritti della personalità previsti dalla Costituzione sia nei confronti dello Stato che rispetto alle altre persone, con le relative conseguenze anche risarcitorie in caso di violazione. Tuttavia la tutela della personalità umana non si esaurisce nell'aspetto negativo costituito dal dovere di astensione, perché, come dettano le norme costituzionali, la personalità è valore che si coglie anche in positivo, come fondamento di situazioni soggettive attive che chiedono ad altri non l'astensione, ma la cooperazione, e quindi un comportamento attivo, nella realizzazione di un interesse esistenziale¹⁹. Pertanto la tutela non può essere costituita soltanto dal risarcimento del danno, perché la riparazione dei danni riguardo ai diritti della personalità è totalmente diversa da quella delle altre situazioni soggettive non essendo possibile il ripristino della situazione antecedente alla lesione risolvendosi il risarcimento in un ristoro soltanto in termini monetari; è pertanto necessaria anche una tutela preventiva, perché l'ordinamento deve fare di tutto affinché il danno non si verifichi e sia possibile l'attuazione effettiva delle situazioni esistenziali²⁰.

Il dovere di non ingerenza da parte dei terzi acquista comunque rilevanza nella fase patologica, quando è avvenuta la lesione; la violazione di tale dovere nell'ordinamento italiano comporta il risarcimento del danno non patrimoniale di fonte sia contrattuale²¹ che extracontrattuale. Secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno,

¹⁸ Alla riparazione dei danni secondo le norme che disciplinano "los actos ilícitos" (art. 81 ss.) si può aggiungere, ove opportuno, l'imposizione di una sanzione pecuniaria (art. 111, lett. e).

¹⁹ Così, con riferimento all'ordinamento italiano, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 86.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 723. L'insufficienza della tutela risarcitoria, di carattere patrimoniale, si manifesta soprattutto per quegli aspetti maggiormente qualificanti la natura dei diritti della personalità che non hanno contenuto patrimoniale. Oltre all'inibitoria o ai provvedimenti d'urgenza per prevenire o far cessare tempestivamente il danno, si prospetta l'introduzione sistematica o in via generale di tecniche di controllo sociale o la comminatoria di pene pecuniarie progressive in ragione del ritardo nella rimozione delle cause del danno, in via preventiva; il rafforzamento del sistema di sicurezza sociale, magari mediante un fondo di solidarietà con le pene private inflitte ai danneggianti, in via successiva, rappresentano le proposte *de iure condendo* della più moderna dottrina: P. PERLINGIERI e L. LONARDO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 221.

²¹ In argomento, L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*.

quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni²². Anche se la c.d. “interpretazione orientata” dell’art. 2059 c.c. è stata criticata²³, va accolto positivamente il superamento della teoria del cumulo o, più correttamente, del concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale²⁴, che riconosce la possibilità di ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, e quindi del danno per la violazione dei diritti della personalità, derivante dall’inadempimento di una obbligazione. I diritti della personalità ricevono così una tutela risarcitoria piena in applicazione del principio fondamentale di tutela della persona umana espresso dall’art. 2 cost. per il quale la personalità è un valore fondante dell’ordinamento.

In Italia il processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico non è più oggetto di discussione; esso ha richiesto l’acquisizione da parte dei giuristi della piena consapevolezza del proprio ruolo, un ruolo non meramente tecnico, ma politico, di attiva partecipazione alla costruzione di un nuovo ordine giuridico attorno alla tavola dei valori morali e politici enunciata in Costituzione. Ciò perché la Costituzione è una fonte del diritto che non disciplina solo la “materia costituzionale”, ma contiene principi che devono irradiarsi in tutti i settori dell’ordinamento giuridico e che sono determinanti nell’attività interpretativa svolta dai giuristi²⁵.

²² In tal senso, Cass., Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 4-5-6, II, p. 43 ss.

²³ È stato affermato che la c.d. interpretazione orientata dell’art. 2059 c.c. non convince perché fa transitare il risarcimento conseguente alla lesione di un interesse o di un valore della persona di livello costituzionale non suscettibile di valutazione economica attraverso la mediazione di una norma ordinaria, l’art. 2059 c.c., quando ai fini della riparazione è necessario verificare se il danno è ingiusto a norma dell’art. 2043 c.c.: cfr., A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Ann. Facoltà Giuridica*, Nuova serie, II, 2013, p. 21 ss. Sottolinea P. PERLINI, *L’onnipotente art. 2059 c.c. e la “tipicità” del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 523, che non si tratta di leggere l’art. 2059 c.c. conformemente alla Costituzione, ma piuttosto di applicare la Costituzione a prescindere dall’art. 2059.

²⁴ Osserva S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Ciccariello e Messineo, Milano, 2001, p. 539, che si tratta di concorso e non di cumulo perché il danneggiato non può sommare il vantaggio delle due azioni. Secondo tale teoria quando in un rapporto obbligatorio erano stati violati, oltre i diritti derivanti dal contratto, anche diritti primari, veniva riconosciuta la possibilità di esperire ambedue le azioni nello stesso processo.

²⁵ Così G. PINO, *I diritti fondamentali nel prisma dell’interpretazione giuridica*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e G. Roppo, Bari, 2013, il quale (nota 1) precisa che la costituzionalizzazione come stile del discorso giuridico italiano compare sporadicamente nei primi anni ’60 e si consolida progressivamente nei due decenni successivi, ma probabilmente il germe originario può esserne rintracciato già nella

Sembra possibile fare osservazioni analoghe rispetto alla nuova Costituzione cubana. È stato affermato che la “costituzionalizzazione del diritto”, conseguente alla diffusione della dottrina internazionale dei diritti umani, riguarda naturalmente anche il diritto civile e che il testo costituzionale è espressione della presenza dell’umanesimo nell’ordinamento giuridico cubano con il fine di ottenere la protezione integrale della persona umana, per cui la costituzionalizzazione del diritto civile consentirà l’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti giuridici civili²⁶. La nuova Costituzione cubana stabilisce che l’esercizio dei diritti e delle libertà in essa previsti implicano responsabilità e che tra i doveri dei cittadini cubani dettati dalla Costituzione e dalle leggi vi è quello di agire, nei rapporti con le persone, secondo il principio della solidarietà umana, del rispetto e dell’osservanza delle regole di coesistenza sociale (art. 90, lett. I).

L’entrata in vigore della nuova Costituzione dovrà senz’altro innescare un processo riformatore volto ad adeguare ad essa la legislazione ordinaria; tale processo sarà necessariamente ampio e complesso, per cui le istituzioni ed i giuristi cubani saranno chiamati ad un grande lavoro di adeguamento, anche se nella prospettiva della costituzionalizzazione del diritto privato sembra corretto affermare che le norme della nuova Costituzione possono trovare applicazione nei rapporti di diritto civile anche prima del processo riformatore della normativa ordinaria o, addirittura, in sua assenza, attraverso un’applicazione diretta dei principi e delle norme stesse.

È noto il dibattito che si è sviluppato in Italia sull’incidenza della Costituzione nell’interpretazione della legge ordinaria e sulla possibilità di una applicazione diretta delle sue norme. L’intuizione della necessità di una rilettura del codice civile e delle leggi ordinarie alla luce della Costituzione repubblicana²⁷ è stata determinante per lo sviluppo del dibattito successivo nel quale si sono confrontate soluzioni contrapposte. Alla teoria che considera la

prima sentenza della Corte costituzionale (1/1956). Di costituzionalizzazione si discorre anche relativamente al diritto privato europeo: in argomento, F. CARROCCIA, *La costituzionalizzazione del diritto privato europeo*, in *Verso l’Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di G. Amato e E. Paciotti, Bologna, 2005, p. 205 ss.

²⁶ CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, *El derecho civil cubano. Visión de futuro*, cit., par. 3.

²⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 209 ss.

norma costituzionale come limite della norma ordinaria²⁸ o che le assegna una rilevanza soltanto interpretativa ed alla convinzione che per l'applicazione di una norma costituzionale sia necessaria l'applicazione contemporanea di una norma ordinaria, con la conseguenza che la mancanza di tale norma impedirebbe l'operatività della norma costituzionale, si contrappone l'idea dell'applicazione diretta delle norme costituzionali²⁹. Pertanto, poiché la Costituzione è senza alcun dubbio fonte di norme giuridiche³⁰, queste non servono soltanto per interpretare le leggi ordinarie, ma esprimono la loro forza anche nei settori della vita per i quali il legislatore non ha ancora dettato una normativa ordinaria; d'altra parte, proprio perché le norme costituzionali sono norme di diritto sostanziale sono applicabili al caso concreto anche in mancanza di una disposizione ordinaria che dia ad esse attuazione³¹. Anche la giurisprudenza ormai, dopo una lunga e faticosa elaborazione della dottrina più illuminata, afferma la diretta efficacia delle norme costituzionali nei rapporti tra privati proprio in considerazione della loro diretta applicabilità³².

L'applicazione diretta delle norme costituzionali in Italia è possibile anche grazie alla

²⁸ N. IRTI, *Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p.150, per il quale le norme costituzionali fornirebbero esclusivamente il criterio di legittimità costituzionale delle norme ordinarie.

²⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1, p. 95 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 553 ss., dove si discorre di «diritto civile costituzionale».

³⁰ Su tale problematica v. S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/50, I, p. 189, il quale precisa che la Costituzione è di attuazione immediata e non solo si presenta come legge organica, ma è addirittura la legge fondamentale. Afferma che la norma costituzionale dovrebbe essere vera norma giuridica dotata di efficacia vincolante E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p.209.

³¹ Cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli 2010, p. 221, il quale precisa che «l'applicazione diretta della Costituzione può significare cose molto diverse: può essere che la norma Costituzione costituisce fonte immediata della regola del caso concreto; può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; può essere che serva ad invalidare la disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica), salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso (per *analogia legis*, per *analogia juris*, in via equitativa ecc.)». sul problema v., anche, M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. 3, Napoli, 2012, p. 2473, per il quale il rischio di contenere le domande dei potenziali giudici *a quibus* non è detto che sia un male, almeno nella misura in cui a ciò equivalga una maggiore consapevolezza da parte dei giudici circa la possibilità di applicare direttamente la Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile, sia per colmare le lacune dell'ordinamento sia per interpretare le leggi secondo i dettami da essa desumibili. Afferma L. LONARDO, *Ordine pubblico*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 327, che la norma costituzionale ha indubbiamente capacità integrative e si può applicare autonomamente senza il consenso di una disposizione di rango inferiore.

³² Per significativi orientamenti sull'applicazione diretta delle norme costituzionali in fattispecie civilistiche cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 547 ss.

presenza della Corte costituzionale che ha la funzione di verificare la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge; la Corte inoltre propugna la c.d. interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni i quali, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, hanno il dovere di verificare se la norma è suscettibile di una interpretazione conforme a Costituzione e soltanto dopo aver verificato che non è possibile seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta possono sollevare la questione di legittimità costituzionale. Nella interpretazione adeguatrice la Costituzione indirizza l'interpretazione della norma ordinaria, mentre nell'applicazione diretta della norma costituzionale è questa stessa che regola il rapporto, come, ad esempio è stato affermato dalla stessa Corte di cassazione secondo la quale dall'applicazione diretta degli artt. 2, 9 e 42 cost. si ricava il principio della tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento, nell'ambito dello Stato sociale anche in relazione al "paesaggio" con riferimento a quei beni che per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività e che devono ritenersi "comuni"³³.

Nell'ordinamento cubano non è previsto un organo come la Corte costituzionale che verifichi la conformità della norma ordinaria alla Costituzione o accerti la correttezza dell'interpretazione di una norma ordinaria o si pronunci sull'applicabilità diretta di una norma costituzionale ai rapporti tra i privati. L'interpretazione generale e obbligatoria della Costituzione, oltre che delle leggi, spetta all'Assemblea Nazionale del Potere Popolare (art. 108, lett. b), ma ciò può avvenire al di fuori di una controversia giudiziaria. Pertanto, poiché l'interpretazione della Costituzione spetta all'organo che l'ha approvata e che può modificarla, manca un organo di garanzia che verifichi la conformità delle leggi e la correttezza dell'interpretazione delle norme ordinarie rispetto alla Costituzione.

La mancanza di un organo come la Corte costituzionale, tuttavia, sembra che non impedisca la diretta operatività ed efficacia delle norme costituzionali riguardo alle situazioni soggettive esistenziali ed ai rapporti da esse disciplinati. È la norma costituzionale la ragione che giustifica la rilevanza giuridica di tali rapporti e costituisce parte integrante della normativa in cui essi, sotto il profilo funzionale, si sostanziano. Se così non fosse non avrebbe senso

³³ Cass., Sez. un., 14.2.2011, n. 3665, in *Rass. dir. cin.*, 2012, 2, p. 524 ss., con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*.

l'art. 38 c.c. che detta i rimedi per la violazione dei diritti della personalità previsti dalla Costituzione: ai diritti costituzionali riconosciuti e garantiti alla persona (art. 40 ss.), corrispondono altrettanti doveri dei terzi, generalmente di astensione; l'inosservanza del dovere di astensione attribuisce all'offeso la facoltà di agire per ottenere la cessazione immediata della violazione o la eliminazione dei suoi effetti se possibile, la ritrattazione da parte dell'offensore e la riparazione dei danni e dei pregiudizi causati. Il fondamento di tali diritti e della facoltà di agire per ottenere quanto previsto dall'art. 38 c.c. è nelle norme costituzionali che sono norme di comportamento, che pertanto incidono sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive³⁴.

Si è già ricordato che il nuovo ordinamento costituzionale cubano prevede che la dignità umana è il valore supremo (art. 40) e che le persone hanno diritto al libero sviluppo della loro personalità (art. 47). Si tratta di norme relative alla tutela della persona che dettano principi assoluti, detti talvolta principi supremi, inviolabili, fondamentali³⁵, e che identificano il sistema ordinamentale; essi non hanno soltanto una valenza ermeneutica, ma concorrono a formare l'insieme normativo nel quale individuare le regole ed i principi per la disciplina del caso concreto.

Norme molto simili sono dettate in altre costituzioni e, in particolare, nella Costituzione italiana ed in quella tedesca; questa all'art. 1 prevede che la dignità dell'uomo è intangibile e all'art. 2 che ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità; la corrispondente norma della Costituzione italiana, l'art. 2, afferma con tono apparentemente meno incisivo, ma altrettanto univoco, che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità» e all'art. 3, comma 2, che alla prima va collegato, impone, in senso dinamico, di favorire il «pieno sviluppo della persona umana». Nel confrontare la norma della Costituzione tedesca con quella italiana, correttamente è stato affermato che «non sembra costituire un adeguato

³⁴ Con riferimento all'ordinamento italiano, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, cit., p. 119, il quale precisa che la norma costituzionale non è sempre e soltanto mera regola ermeneutica.

³⁵ Sulla distinzione tra principi generali, principi tecnici e principi assoluti cfr. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 19, dove si precisa che il principio di tutela della persona è principio assoluto.

e convincente sforzo ermeneutico l'individuare in una formula espressamente ma esteriormente prescrittiva una distinzione tale da affermare in un caso e negare nell'altro la qualità di norma giuridica» e che è «deciso pensare che la conclusione sia implicitamente ispirata da una concezione della norma giudica come comando»³⁶. Non v'è dubbio che questi enunciati sono vere norme giuridiche che costituiscono il fondamento dei diritti della personalità nelle Costituzioni italiana e tedesca, come del resto è innegabile il carattere normativo delle analoghe disposizioni della Costituzione cubana, che anzi appresta una tutela più intensa rispetto alle altre costituzioni. Mentre queste, generalmente, prevedono il diritto di agire per la tutela dei propri diritti³⁷, la nuova Costituzione cubana, oltre a garantire il diritto di difesa (art. 92), attribuisce alla persona che ha subito la violazione dei diritti consacrati nella Costituzione da parte di organi dello Stato o di cittadini, subendo un danno o un pregiudizio, il diritto di agire avanti al tribunale per la restituzione del diritto e ottenere il corrispondente risarcimento o indennizzo (art. 99). Questa norma, più ampia rispetto all'art. 38 c.c., riguardando tutti i diritti costituzionali e non soltanto i diritti della personalità, riconosce alla persona il diritto a vedere rispettati tutti i propri diritti, oltre quelli della personalità. Inoltre, poiché la nuova Costituzione cubana, come previsto dall'art. 7, è la norma giuridica suprema dello Stato ed a quanto da essa disposto si devono adeguare tutti, organi dello Stato e singoli cittadini, se la Costituzione attribuisce un diritto per la cui attuazione non è stata emanata una normativa ordinaria³⁸, il giudice, al quale il cittadino si rivolge per ottenere tutela, potrà riconoscere ed attuare

³⁶ Cfr. L. LONARDO, *Identità personale, metodi, diritti della personalità*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, I, Napoli, 2017, p. 1092.

³⁷ Art. 24 cost. italiana; art. 24 cost. spagnola.

³⁸ Il secondo comma dell'art. 99 così recita «La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento», facendo pensare che non tutti i diritti godono della garanzia prevista dal primo comma. Tuttavia sembra si possa affermare che qualora sia violato un diritto riconosciuto dalla Costituzione il titolare può agire per la sua tutela, a meno che una norma escluda tale diritto dalla garanzia.

il diritto applicando direttamente la norma costituzionale³⁹. È una strada, questa, che la dottrina cubana più illuminata sembra aver iniziato a percorrere⁴⁰, con la speranza che venga imboccata anche dalla giurisprudenza nelle cui mani è l'applicazione diretta delle norme costituzionali⁴¹.

Abstract

The essay examines the innovations introduced by the new Constitution of the Republic of Cuba with particular regard to the rights of the personality, which have been strengthened with respect to the 1976 Constitution.

The system envisaged by art. 38 c.c. Cuban - which provides for a compensation for the violation of the rights of the personality included in the Constitution - is compared with the Italian legal system in which the Constitution has a primary role both in the interpretative context and as a source of legal norms in relations between private individuals. It is believed that the constitutionalization of civil law and the direct applicability of constitutional rules in

³⁹ Una ipotesi di applicazione diretta della Costituzione potrebbe rinvenirsi relativamente al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Mentre la vecchia Costituzione all'art. 36 prevedeva che il matrimonio è l'unione liberamente decisa di un uomo e di una donna, l'art. 81, inserito nel Capitolo III del Titolo V, riconosce e protegge le famiglie, qualunque sia la loro forma di organizzazione (comma 1), e prevede che sono costituite da legami giuridici o di fatto, di natura affettiva, e si basano sul concetto di parità di diritti, doveri e opportunità dei suoi componenti (comma 2); inoltre l'art. 82 disciplina il matrimonio come una istituzione sociale e giuridica e come una delle forme di organizzazione delle famiglie, che si fonda sul libero consenso e sulla parità di diritti, obblighi e capacità giuridica dei coniugi (comma 1) e riconosce la valenza legale dell'unione in forma diversa da quelle previste, che realizzi di fatto un progetto di vita in comune (comma 3). La Costituzione non prevede espressamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso; tuttavia con le formulazioni utilizzate si è lasciata aperta la possibilità di ulteriori sviluppi che tengano conto di una sensibilità che si va diffondendo nel Paese nell'ambito del procedimento di riforma del diritto di famiglia che per la disposizione transitoria n. 11 dovrà iniziare entro due anni (cfr. A. DEL GUERCIO, *Cuba: una Costituzione per le sfide del XXI secolo*, cit., p. 62 s.). Allo stato, però, anche in mancanza di una norma che lo preveda, sembra possibile riconoscere a due persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio, che non è più, come nella abrogata Costituzione, l'unione tra un uomo e una donna, ma una istituzione sociale e giuridica che, al pari dei legami di fatto, è una delle forme di organizzazione della famiglia basata sul concetto di parità di diritti, doveri e opportunità dei suoi componenti.

⁴⁰ CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, *El derecho civil cubano. Visión de futuro*, cit., *passim*.

⁴¹ È auspicabile che i giudici cubani accolgano l'invito ad una «sensibilità costituzionale» rivolto alla giurisprudenza da P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim.*, 1955, p. 270. Le situazioni esistenziali si pongono all'attenzione del giurista in termini di valori caratterizzanti la filosofia dell'esistenza presente nell'ordinamento e la giurisprudenza dei valori è idonea a realizzare la funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, riconoscendo a queste ultime, in attuazione dei principi costituzionali, una indiscussa preminenza; in questa prospettiva il giurista, e in particolare il giudice, è chiamato a svolgere una funzione di supplenza rispetto al potere legislativo ed a quello esecutivo: cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 113 s. Poiché l'art. 40 della Costituzione cubana prevede che la dignità umana è il valore supremo i giudici dovranno nelle loro pronunce tener sempre presente questo valore.

relations between private parties, as happened in Italy, is also possible in Cuba precisely by virtue of the new Constitution: if this one, supreme legal rule of the State, attributes a right for the implementation of which an ordinary regulation has not been issued, the judge, to whom the citizen turns to obtain protection, will be able to recognize and implement the law by directly applying the constitutional provision.

Camerino, ottobre 2019.

FELICE MERCOGLIANO *

Stranieri-non cittadini, mobilità e migrazioni in Roma antica.

*Alcuni aspetti e problemi ***

Sommario: 1. Premessa essenziale sugli stranieri-non cittadini in Roma antica. – 2. Romani, latini e peregrini. Definizioni dinamiche di una ‘città aperta’. – 3. Nazionalità e romanizzazione. – 4. *Remigratio*. Il caso delle colonie di Piacenza e Cremona. – 5. La questione dell’identità italica e di Roma. – 6. Migrazioni e mobilità: bibliografia recente in un rapido sguardo. – 7. Considerazioni in materia di censimenti. – 8. L’epilogo.

1. *Premessa essenziale sugli stranieri-non cittadini in Roma antica*

I modi con i quali nell’antica Roma siano stati regolati i rapporti tra i propri cittadini e gli stranieri hanno attraversato diverse fasi storiche, variamente caratterizzate¹. Originaria sarebbe stata l’assenza di tutela che avrebbe caratterizzato la condizione giuridica dello straniero, al di fuori della sua città. Soltanto con un apposito trattato, due o più città-stato sovrane avrebbero potuto permettere ai propri cittadini una tutela giuridica nell’ambito di altri ordinamenti. Questo, almeno per un’epoca anteriore al formarsi, in Roma, di *ius honorarium* e *ius gentium*.

Ben presto, tuttavia, sul fondamento della *fides*, lo straniero avrebbe potuto essere ammesso alla protezione giuridica dei tribunali romani, anche se non esistessero precisi trattati di commercio tra Roma e la sua patria. Un punto fermo, tramandato del resto dagli antichi autori, è che il nucleo originario del diritto romano (lo *ius civile*) s’applicasse esclusi-

* Professore Associato di Diritto romano presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Un quadro generale in F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2017.

vamente ai *cives romani*. Soltanto in virtù di specifici meccanismi giuridici (il diritto di *commercium*²) alcuni *peregrini* potevano prender parte ad atti propri dello *ius civile* e del pari un matrimonio legittimo, secondo lo *ius civile*, era possibile tra un cittadino romano ed una straniera o latina (o viceversa) se ad essa fosse stato attribuito da Roma uno specifico diritto di *conubium*³.

Il diritto più antico di Roma avrebbe riguardato solamente i *cives* di questa città, come del resto appare affermato in principio delle Istituzioni di Gaio, laddove viene definito lo *ius civile* nel senso del diritto che ogni popolo costituisce per sé stesso quale diritto proprio della cittadinanza⁴. In seguito la ‘viva voce’ dello *ius civile* sarà individuata nel diritto creato da fonti magistratuali (*ius honorarium*), almeno dai giuristi dell’età severiana⁵.

Ma il fatto stesso che si fosse venuto formando un nuovo e più ampio complesso di regole, esteso anche agli stranieri, confermava appunto, l’originario esclusivismo del diritto della città. Perché, per quanto indietro si volesse spostare la formazione degli istituti dello *ius honorarium* e dello *ius gentium*, essi appaiono, nella comune prospettiva dei romanisti, rispetto al nucleo originario dello *ius civile*, successivi e differenti alla stregua di (sotto)sistemi normativi autonomi intesi comunque ad apprestare tutela giuridica e protezione giurisdi-

² Si v., per tutti, M. KASER, *Zum Begriff des «commercium»* (1953), in ID., *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino, 1976, 271-309. Cfr. F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*, cit., 62-67.

³ Tit. Ulp. 5.4: *Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis, cum Latinis autem et cum peregrinis ita, si concessum sit*. Cfr., in seguito alla rottura della lega latina, per converso: Liv. 8.14.10: *Ceteris Latinis populis conubia commerciaque et concilia inter se ademerunt*. In generale sull’ordinamento almeno tra il 493 e il 338 a.C. della lega latina, v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², Napoli, 1973, 72-78.

⁴ Gai 1.1: *Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*. Impostazione basilare nel senso di *ius civile* in quanto *proprium* dei romani, contrapposto a quello delle altre *civitates*, in M. KASER, *«Lex» und «ius civile»* (1967), in ID., *Ausgewählte Schriften*, I, cit., 157-177. Cfr., naturalmente, a proposito dello *ius civile* nella *civitas legibus fundata* in chiave diacronica, Pomp. lib. sing. ench. D. 1.2.2.1 e 4-5: 1. *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur [...]* 4. *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus [...]* 5. *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile*.

⁵ Si v. il passo di Marcian. 1 inst. D. 1.1.8: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis* ed il brano paolino, in cui si afferma che nondimeno viene ricompreso nel diritto (*ius*) presso la nostra comunità cittadina anche il diritto onorario, in Paul. 14 ad Sab. D. 1.1.11: *Nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium*. Cfr. in argomento, di recente, D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, 101 ss. e già Id., *«Viva vox»*, *Qualche riflessione intorno a Marc. 1 inst. D. 1,1,8*, in *BIDR.* 111, (2017), 187 ss.

zionale agli stranieri in Roma⁶.

Ora, dunque, nel riesaminare il significato complessivo della distinzione tra stranieri-non cittadini romani e cittadini romani, va ricollocata questa dicotomia in una visuale più problematica di quella da cui in principio sono partiti i moderni studiosi. Perché, in genere, costoro si sono confrontati con la concezione di fondo rappresentata dai limiti d'efficacia di un diritto romano cittadino già definito nei suoi elementi fondamentali e nelle sue logiche applicative. Non solo, ma anche con una definizione di destinatari dell'ordinamento rigidamente retta dal criterio nostro di qualificazione della cittadinanza.

2. Romani, latini e peregrini. Definizioni dinamiche di una 'città aperta'

Ma se inevitabilmente aperta ci appare la società romana delle origini, allora dobbiamo rimodellare la visione tradizionale delle comunità arcaiche come strutture chiuse e sostanzialmente stazionarie. Fin dall'età del bronzo, nel Lazio, accanto agli indigeni, non ancora «cittadini», si trovano difatti uomini di altre provenienze, non ancora «stranieri», rispetto ad un diritto cittadino, che non c'è ancora. Di questa antichissima realtà abbiamo un importantissimo documento, riferito ad una figura centrale delle forme religiose dell'antico Lazio costituita dalle ferie latine e dal culto di Giove laziale da parte dei *populi Albenses*, sull'attuale monte Cavo che sovrasta le alture dei colli Albani⁷. Va sottolineato quanto già le antiche leggende caratterizzino Roma come una città risultante da una risaputa mescolanza etnica e propensa a federarsi in leghe, quali furono agli albori cittadini il *Septimontium*⁸ ed appunto i *populi Albenses*.

Pare ragionevole allora supporre che l'affermazione di un nucleo politico, atto a coagulare una pluralità d'individui in una nuova unità, segnasse un salto rispetto alla realtà

⁶ Si v., in tal senso, M. TALAMANCA, *Editto del pretore, ius honorarium e ius civile*, in ID. (sotto la dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, 153-164, con l'illustrazione di una pluralità di esempi di tutela giudiziaria per i peregrini.

⁷ Plin., *nat. hist.* 3.68. *In prima regione fuere in Latio clara oppida Satricum, Pometia, Scaptia, Politorium, Tellena, Tifata, Caenina, Ficana, Crustumeria, Ameriola, Medullum, Corniculum, Saturnia ubi nunc Roma est, Antipolis quod nunc Ianiculum in parte Romae, Antemnae, Camerium, Collatia, Amitinum, Norbe, Sulmo*, 69. *et cum iis carnem in monte Albano soliti accipere populi Albenses: Albani, Aesolani, Accienses, Abolani, Bubetani, Bolani, Cusuetani, Coriolani, Fidenates, Foreti, Hortenses, Latinienses, Longani, Manates, Macrales, Munienses, Numinienses, Olliculani, Octulani, Pedani, Poletaurini, Querquetulani, Sicani, Sisolenses, Tolerienses, Tutienses, Vimitellani, Velenses, Venetullani, Vitellenses*. 70. *ita ex antiquo Latio LIII populi interiere sine vestigiis*: ma, di tutto ciò, osserva quindi in conclusione Plinio, non resta più traccia.

⁸ Cfr. Varr. *l. L.* 5.41: *Ubi nunc est Roma, Septimontium nominatum ab tot montibus quos postea urbis muris comprehendit...*

preesistente. Questa era una realtà nuova, non mera somma degli antichi villaggi, né dei clan gentilizii. Realtà che, in modo nuovo, s'identificò anzitutto con i suoi cittadini, nello spazio tracciato dal sacro limite del pomerio, e s'esprime nei suoi dei, nelle sue istituzioni, ma innanzitutto nel suo diritto. Un'inevitabile conseguenza fu l'accentuarsi della separazione tra chi è «dentro», e chi risulta un «esterno»: l'*hostis-peregrinus* – lo «straniero» – divenne tale, seppure conservando una varietà di sfumature associate alle diverse storie pregresse, contribuendo a definire, per opposizione, l'identità propria e peculiare del «cittadino».

La grande capacità d'assorbimento di realtà eterogenee, accolte mediante un'immigrazione in principio addirittura auspicata, è dunque un motivo originario, destinato a riproporsi costantemente nella lunga storia dell'Urbe, apparendo ai più avvertiti, e non solo tra i romani, il segreto del suo straordinario successo imperiale⁹, durato per così tanto tempo¹⁰.

Rimarrà sempre nelle fonti il ricordo di essere stata dalla fondazione Roma una città mista sul piano etnografico¹¹ e aperta ad una mobilità sociale 'orizzontale'¹², risultato di fusioni di civiltà e popoli che la resero grande, perché, seppure per finalità utilitaristiche, prescindeva da origini legate ad umili origini. In questa ottica Romolo avrebbe fondato l'asilo, anche se al tempo stesso sarebbero state edificate per suo impulso le mura che avrebbero

⁹ Qui potrebbe essere sufficiente ricordare un esempio notissimo qual è l'elogio *A Roma* di Elio Aristide del 143 d.C. (Ael. Aristid. *Orat.* 26, 63 Keil), su cui si v., fra i tanti, P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'impero*, in *Storia di Roma*, II.2, Torino, 1991, 587-590.

¹⁰ Su di ciò si v., per tutti, la recente monografia di G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, Torino, 2018: cfr. la mia rec, in *Index*, 47, 2019, 291-306; cfr. già sinteticamente ID., *L'immigrazione nell'antica Roma: una questione attuale*, Soveria Mannelli, 2014.

¹¹ Si v. in argomento, per tutti, il bel volume di J. MARTÍNEZ-PINNA NIETO, *Las leyenda de fundación de Roma. De Eneas a Rómulo*, Barcelona, 2010.

¹² Delinea così Roma arcaica C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 172-177.

fissato per prime l'identità cittadina¹³: Livio narra di entrambe le iniziative romulee in uno stesso e simultaneo contesto narrativo¹⁴.

Questa facilità ad integrare elementi estranei all'interno del proprio corpo cittadino non parrebbe riguardare solo la circolazione degli individui o di singole famiglie, ma intere comunità politiche, contribuendo potentemente a rafforzare la fisionomia politica di Roma. Città che, già sotto i suoi primi re, aveva sopravanzato rapidamente le altre comunità in via d'evoluzione verso le forme cittadine situate nell'area del *Latium vetus*. Un'ininterrotta catena di vittorie scandiscono il regno di Romolo e dei suoi successori. A *Caenina*, *Antemnae*, *Crustumerium*, *Fidenae* *Medullia*, conquistate dallo stesso Romolo, avrebbe fatto seguito, dopo la vittoria su Alba, la sottomissione di *Tellenae*, *Ficana* e *Politorium* da parte di Anco Marcio. L'immissione a Roma di stranieri, seppure vicini latini conquistati con assalti, rimane prova del coagulo cittadino praticato in età monarchica; così nel caso di Anco Marcio, che inglobò in maniera stabile, insediandola sull'ancora sgombro Aventino, la popolazione di Politorio, seguendo l'esempio dei precedenti re, i quali accrebbero la cittadinanza accogliendo gli *hostes* quali *novi cives*, come racconta Livio¹⁵. I passi sinottici di Dionigi di Alicarnasso¹⁶ narrano la vicenda con meno spazio per esempi virtuosi da imitare, ma maggiori dettagli cruenti, in una logica di conflitto tra romani e latini. In sostanza, vistosi sfidato quasi dai latini, Anco Marcio avrebbe cinto d'assedio e conquistata Politorio, quindi condotto i suoi

¹³ Si v. G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit. 175-184, con fonti e bibliografia sulle mura, dal carattere sacrale, come delimitazione materiale e altresì sulla linea o fascia che funge da confine istituzionale e religioso costituito dal *pomerium*, di natura giuridica, il vero discrimine topografico dell'*urbs* sotto l'aspetto dell'*imperium* magistratuale; cfr. però alcune puntualizzazioni critiche di P. CERAMI, nella sua rec., in *Iura*, 67, 2019, 311-313. Ma sono quelli dei confini e della frontiera arcaica di Roma e i suoi ampliamenti problemi nell'antichistica dibattuti di continuo: cfr., ad es., F. CARLÀ, *Pomerium, fines and ager Romanus. Understanding Rome's "First Boundary"*, in *Latomus*, 74, 2015, 599-630, con ricca bibliografia; A. GIARDINA, *L'Italia romana*, cit., 117 ss., l'affrontava insieme con la questione dei limiti dell'Italia; tra i tanti, ultimamente A. CASTIELLO, *Il pomerium e l'identità romana: un legame più forte del sangue*, in *In limine. Esplorazioni attorno all'idea di confine*, Venezia, 2017, 23-46, con bibliografia aggiornata e riesame delle fonti.

¹⁴ Liv. 1.8.: 4. *Crescebat interim urbs munitionibus alia atque alia adpetenda loca, cum in spem magis futurae multitudinis quam ad id quod tum hominum erat munirent.* 5. *Deinde, ne vana urbis magnitudo esset, adiciendae multitudinis causa vetere consilio condentium urbes, qui obscuram atque humilem conciendo ad se multitudinem natam e terra sibi prolem ementiebantur, locum, qui nunc saeptus descendentibus inter duos lucos est, asylum aperit.* 6. *Ex eo finitimis populis turba omnis, sine discrimine libera an servus esset, avida novarum rerum perfugit, idque primum ad copta magnitudinem roboris fuit.*

¹⁵ Liv. 1.33.1: *Ancus, demandata cura sacrorum flaminibus sacerdotibusque aliis, exercitu novo conscripto profectus, Politorium, urbem Latinorum, vi cepit, secutusque morem regum priorum qui rem romanam auxerant hostibus in civitatem accipientis, multitudinem omnem Romam traduxit; et, cum circa Palatinum, sedem veterum Romanorum, Sabini Capitolium atque arcem, Caelium montem Albani implesent, Aventinum novae multitudini datum. Additi eodem baud ita multo post, Tellenis Ficanaeque captis, novi cives*, su cui cfr. già F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*, cit., 43-45.

¹⁶ Dion. 3.37.4; 3.38.1; 3.43.2.

abitanti a Roma, distribuendoli nelle tribù una prima volta; ma, notato che altri latini avevano ripreso a coltivarne i campi, prese con la forza in un secondo tempo la località, bruciandone stavolta le case e abbattendone le mura; insediando sull'Aventino fortificato, infine, i politorini.

In sintesi, il periodo di formazione delle nuove comunità cittadine sembra coincidere con una fase ancor fluida nella loro composizione, tale da rendere relativamente agevole l'assorbimento di nuovi soggetti, individualmente o collettivamente. Si tratta tuttavia di una stagione destinata ad essere rapidamente obliterata dal dinamismo della «città» e dal suo consolidamento come autonomo soggetto politico: è solo allora che la fisionomia degli «stranieri», estranei alla comunità di cittadini liberi, al tempo stesso coltivatori delle loro terre e soldati pronti a difenderle¹⁷, assumeranno la loro piena evidenza. La distinzione si completerà poi con la categoria dei «latini» e tale tripartizione sarà destinata a percorrere l'esperienza giuridica romana. Esemplare è l'uso illustrativo che ne fa Gaio nelle sue Istituzioni, ma perfino in un'opera molto meno accurata e centrale per l'esposizione del diritto romano del tempo, i *Tituli ex corpore Ulpiani*, p. es., si fa menzione espressa e ricorrente della distinzione tra *cives*, *Latini* e *peregrini*¹⁸.

3. Nazionalità e romanizzazione

Il diritto di cittadinanza romana, sin dai primi tempi, prescindeva dall'appartenenza ad una 'nazione', *natio*, concetto che è riferibile appena alla zona in cui si è *nati*, appunto, per una sorta di fatalità della nascita senza determinante rilevanza giuridica, dato che la comunità politica dei cittadini romani s'identifica con coloro i quali vi partecipano a pieno diritto nella qualità di cittadini, secondo lo *ius civile*, con i loro diritti e doveri¹⁹. Non presenta *natio*, difatti, una connotazione politica, necessaria per delimitare il perimetro ideale di una comunità cittadina. Una cerchia più ampia, quale comune ascendenza, ma appunto senza unità politica, viene vista come nazione (*natio*) rispetto all'intermedia cerchia della cittadi-

¹⁷ Sull'identità tra cittadino, proprietario di terre e soldato si v. C. AMPOLO, *La città riformata e l'organizzazione centuriata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana*, in *Storia di Roma*, I, cit., 219-225.

¹⁸ Per l'esattezza in *Tit. Ulp.* 1.5; 3.1-6; 5.8; 10.3; 19.4; 20.8; 20.14; 22.3: lo rileva con precisione ultimamente C. BUSACCA, *Populi Romani vel universitatis esse creduntur?*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, I, Napoli, 2013, 173 nt. 10.

¹⁹ Tra i tanti, sul punto cfr. C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*³, trad. it Roma, 1980, 25-63.

nanza (*civitas*) e, infine, all'unità elementare (in un gioco quasi di gradi concentrici della società umana) della *familia* da Cicerone²⁰.

Per misurare concettualmente la distanza, per così dire, dalla categoria della cittadinanza, si noti che tenuti a dichiarare la *natio* (la nascita, la genia d'origine) erano soltanto gli schiavi in vendita, perché costituiva un requisito essenziale delle compravendite di essi²¹. Ciò si estrae dalle fonti giuridiche in una prospettiva, per così dire, emica, ma nulla di più in tema di cittadinanza romana, se si pretende di indagare su di essa con lo strumento concettuale del criterio moderno della nazionalità. Concettualizzazione peraltro non a caso, in altre fasi storiche e realtà geografiche, che è stata piegata da ideologie nazionalistiche verso applicazioni storiografiche adesso improponibili e troppo connesse con una visione anacronistica dell'identità romana²². Quest'ultima si basava su un debole radicamento dell'etnicità italica e su una scarsa rilevanza della consanguineità, che non spingevano quindi a configurare una nazionalità romana, neppure nel culmine tardorepubblicano e imperiale²³. Ancor meno possono intravedersi nazionalità sul piano territoriale locale, erose dall'espansione romana²⁴ che include l'impero-mondo via via conquistato prima nella penisola italica, poi nell'ambito mediterraneo ed europeo, in una immensa comunità cittadina, tramite finzioni che consentivano ai governati un pluralismo normativo efficace²⁵. Come esempio, per tutti, si può menzionare una *mancipatio* di uno schiavo attestata da una tavolet-

²⁰ Cic. off. 1.17.53: *Gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, propior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime nomine coniunguntur. Interius etiam est eiusdem esse civitatis; multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur.*

²¹ Cfr. già F. MERCOGLIANO, *Mercanti di schiavi ed afflusso di immigrati in Roma imperiale*, in *Con-vivere nel (dis)ordine. Conflitto e sicurezza nella società della globalizzazione*, Napoli, 2018, 188 [ora in *Atti Girea*, i.c.s.].

²² Riassume la prospettiva storiografica nazionalista mommseniana il contributo recente di F. WULFF ALONSO, *Pertenencias e identidades en la Italia del siglo I a.C.: el concepto de "italico" como problema*, in *De Roma a las provincias: las elites como instrumento de proyección de Roma*, Sevilla, 2014, 39-68, specialmente 40-44.

²³ In tal senso v., per tutti, A. GIARDINA, *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari, 1997, 17 ss.

²⁴ Così F.W. WALBANK, *Nationality as a factor in Roman history*, in *HSPh.*, 76, 1972, 160 (ora in ID., *Selected papers. Studies in Greek and Roman history and historiography*, Cambridge, 1985, 69).

²⁵ Si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in *Storia di Roma III.1*, Torino, 1993, 5-50, ripreso riassuntivamente in ID., *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli, 1996, 97-146; di recente, per tutti, C. ANDO, *L'Empire et le Droit. Invention juridique et réalité politiques à Rome*, Paris, 2013, 17-85 e, in sintesi, ID., *Legal Pluralism in Practice*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, ed. P.J. du Plessis, C. Ando e K. Tuori, Oxford, 2016, 283-293.

ta del 142 d.C.²⁶, in cui, in Dacia dopo circa 35 anni dalla conquista romana, il venditore e l'acquirente, entrambi peregrini che non vi sarebbero dunque tenuti, adottano (o, forse, adattano) il diritto romano per munire di maggiore affidabilità giuridica, sia formale che sostanziale, il loro contratto.

Quindi, se non alimentate esasperatamente dall'ispirazione religiosa come nella Giudea, i nazionalismi, per così dire, locali rivestono importanza scarsamente rilevante nella storia romana e ben poco resistono a Roma, non strutturata come uno stato-nazione nel senso moderno²⁷. In effetti, come già sottolineava Emilio Gabba²⁸, di certo tra IV e III sec. a. C. è vero che Roma realizzò la sua egemonia in Italia, ma il suo predominio nell'intera penisola non significò affatto una sorta di unità nazionale, che soltanto nei secoli moderni poté essere costruita sulla scorta di ideologie non appartenenti a realtà antiche come quella dei secoli antichi che stiamo considerando, assolutamente privi di sentimenti 'nazionali'. Così come *ius sanguinis*–*ius soli* è una dicotomia di conio medievale e moderno²⁹ ed è anacronistico l'uso di termini latini di fattura contemporanea, estranei al lessico giuridico antico, penetrato oggi nelle dispute politiche italiane di seconda mano dalla Francia³⁰.

È pur vero tuttavia che la valenza ideologica non solo del tema della nazionalità, ma anche di quella, inestricabilmente intrecciata, della romanizzazione è molto forte, sin dall'antichità (che già offre una duplicità di valutazioni, positiva e negativa³¹).

²⁶ CIL. III, 940: *eum puerum sanum traditum esse furtis noxaeque solutum erronem fugiti(v)um caducum non esse pr(a)estari et si quis eum puerum q(uo) d(e) a(gitur) partemve quam quis ex eo evicerit q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eumve ad q(uem) ea res pertinebit uti frui habere possidereq(ue) recte liceat tunc quantum id erit quod ita ex eo evictum fuerit t(antum) p(ecuniam) duplam p(robam) r(ecte) d(ari) f(ide) r(ovavit) Dasius Breucus, d(ari) f(ide) p(romisit) Bellicus Alexandri, id[em] fide sua esse iussit Vibius Longus. Cfr. W. ECK, *Die Wirksamkeit des römischen Rechts im Imperium Romanum und seinen Gesellschaften*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia, 2018, 781-782 e D. MANTOVANI, *Inter aequum et utile. Il diritto come economia nel mondo romano*, ivi, 792.*

²⁷ F.W. WALBANK, *Nationality as a factor in Roman history*, cit., 167-168 (ora in ID., *Selected papers*, cit., 75-76).

²⁸ E. GABBA, *Alcune considerazioni su una identità nazionale nell'Italia romana*, in *Geographia antiqua*, 7, 1998, 15-21.

²⁹ Si v., per tutti, V. MAROTTA, *Ius sanguinis, ius soli. Una breve nota sulle radici storiche di un dibattito contemporaneo*, in *Periodica de Re Canonica*, 103.4, 2014, 663-694.

³⁰ Infatti, C. NICOLET, *Romee et les étrangers*, in *Philosophie politique*, 3. *L'Etranger*, 1993, 13-20, parte dal dibattito in Francia su nazionalità e immigrati per criticarne le considerazioni pseudostoriche, con particolare riferimento all'uso dei termini *ius sanguinis* e *ius soli*.

³¹ P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'impero*, cit., 587-595, espone almeno quattro celeberrimi esempi sintomatici di valutazioni contrapposte sull'azione di governo di Roma e la sua struttura politico-istituzionale: molto positivi nei casi tratti dal discorso in lode della città di Elio Aristide (Ael. Aristid. *Orat.* 26, 63 Keil), dalla *Guerre giudaica* di Giuseppe Flavio (Ioseph. *bell. iud.* 2.345-401, in cui il re Agrippa nel 66 d.C. disapprova realisticamente la rivolta contro i romani) e, da parte romana, il *favor* mostrato dall'imperatore Claudio nella sua *oratio* in senato nel 48 d.C. circa i maggiorenti della Gallia Comata, che rivendicavano pienezza di diritti e onori politici (come nel caso del *senatoconsultum de Cn. Pisone patre*, abbiamo il riscontro combaciante della fonte tacitiana

Risulta quindi pressoché impossibile dare giudizi in qualche misura valutativi in materia, come sottolineato, fra gli altri, da Elio Lo Cascio³². In fondo, la romanizzazione sembrò realizzare un'unità, almeno apparente, fra vincitori e vinti di un tempo e iniziò a parere ostica concettualmente allorché l'idea di nazione iniziò a dominare la storia politica in Europa dall'era postnapoleonica³³. In effetti, i dati nelle fonti ci narrano di un consolidamento costante della *nobilitas*, che inglobava tutt'al più l'*élite* locale dopo ogni conquista, in un'alternanza caratteristica di tolleranza e rigore nell'affrontare la questione principe, qual era la concessione della cittadinanza romana, alla fine dell'età repubblicana³⁴, che fu l'epoca più cruenta per scontri e vicende istituzionali e politiche ed anche la più significativa per comprenderne poi gli svolgimenti nel principato³⁵.

In particolare per i suoi risvolti relativi ai diritti dei latini, ha cercato di rimettere in discussione anche la romanizzazione radicalmente Altay Coşkun³⁶, fino a ritornare

di tradizione manoscritta, Tac. *ann.* 11.23-25, ed epigrafica, costituita dalla tavola in bronzo scoperta a Lione nel 1528, *CIL* XIII, 1668 = *ILS.* 212, in *FIRA*. I², 43); estremamente negativi nell'accusa scagliata all'imperialismo romano da Calcago, il comandante dei britanni al quale attribuisce Tacito la famosa invettiva ripresa perfino in cortei giovanili recenti pacifisti che i romani «dove fanno il deserto la chiamano pace» (Tac. *Agr.* 30.4: ... *ubi solitudinem faciunt, pacem appellant*).

³² E. LO CASCIO, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie*, in *Città, territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero*. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 5-8 giugno 2002, Soveria Mannelli, 2010, 35-57, al quale si deve una disincantata ma giusta riflessione propedeutica (*ibid.*, 35 nt *): «Il dibattito sull' 'imperialismo' romano e sulla 'romanizzazione' conosce, sulla base delle sollecitazioni del presente e, direi, delle personali propensioni anche ideologiche di chi vi partecipa (basti ricordare, ad esempio, l'impatto che vi hanno potuto avere le cosiddette 'post-colonial perspectives'), una sempre rinnovata fortuna (paradossalmente spesso alimentata proprio da chi sottolinea i limiti euristici oltre che le ambiguità di categorie quale quella, appunto, di 'romanizzazione')»

³³ In tal senso, P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'impero*, specialmente 578, 609 e 624.

³⁴ Mi attengo al quadro ricostruito e, in sintesi efficace, esposto dal compianto G. LURASCHI, *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica*, in *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano*. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 25-27 maggio 1994, Napoli, 1996, 35-99.

³⁵ Cfr., fra i tanti, V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009.

³⁶ Si v., con l'impostazione complessiva monografica, A. COŞKUN, *Bürgerrechtsentzug oder Fremdenausweisung? Studien zu den Rechten von Latinern und weiteren Fremden sowie zum Bürgerrechtswechsel in der Römischen Republik (5. bis frühes 1. Jh. v.Chr.)*, Stuttgart, 2009, 156 ss., ove un tentativo di interpretazione destrutturante, sia dei diritti concessi da Roma (31 ss.) sia delle espulsioni massicce narrate da Livio del 206, 187, 177 e 173 a.C. (una *summa* degl'intenti di decostruzione della 'mitica' propensione dei romani all'inclusione degli stranieri si legge in ID., *Großzügige Praxis der Bürgerrechtsvergabe in Rom? Zwischen Mythos und Wirklichkeit*, Mainz-Stuttgart, 2009); inoltre, cfr. ID., *Zu den Bedingungen des Bürgerrechtserwerbs per magistratum in der späten römischen Republik*, in *Historia*, 58.2, 2009, 225-241 con lett.; nonché, più in generale sulle radici dell'alterità nel mondo antico, ID., L. RAPHAEL, *Inklusion und Exclusion von Fremden und die Relevanz von Recht und Politik – Eine Einführung* ed ID., *Griechische polis und römisches Reich: die politische und rechtliche Stellung Fremder in der Antike*, in ID., L. RAPHAEL (Hrsg.), *Fremd und Rechtlos? Zugehörigkeitsrechte Fremder von der Antike bis zur Gegenwart. Ein Handbuch*, Köln-Weimar-Wien, 2014, risp. 9-56 e 85-120; specialmente a proposito della 'romanizzazione', ID., *The Latin Rights of the*

all'affermazione ciceroniana estrema che la cittadinanza romana non si dovesse mai poter perdere, che adesso ha dimostrato non essere veritiera Umberto Laffi³⁷. Questi dimostra al contrario che la cittadinanza nell'esperienza giuridica romana potesse essere perduta in varie modalità e per diversi motivi, individualmente e per gruppi di cittadini, con l'appoggio recente di Valditara³⁸, che afferma plausibilmente essere funzionale alla *utilitas publica* private della cittadinanza romana chi non la meritasse più.

4. *Remigratio. Il caso delle colonie di Piacenza e Cremona*

A Laffi si devono studi recenti meritori, sia in ordine al fenomeno più ampio dei latini e degli italici nelle colonie romane³⁹, sia circa la ricostruzione degli episodi di cosiddetta espulsione da Roma degli immigrati dalle colonie latine⁴⁰. A partire dal caso archetipico del 206 a.C., relativo ai Piacentini e ai Cremonesi, obbligati entro un termine prefissato a far ritorno da Roma nelle loro terre nelle colonie di Piacenza e di Cremona da un senatoconsulto, su richiesta dei legati di lì venuti al fine di ripopolare i campi, non più esposti al pericolo annibalico, oramai allontanatosi altrove. Gli scontri più cruenti successivi, difatti, si verificarono in terra spagnola. Al pretore (peregrino), Mamilio, venne contestualmente conferito l'incarico di tutelare le due colonie dal nemico e i consoli emanarono un editto specifico a tale scopo. Si può pensare, dunque, più che altro ad un tentativo di riallocazione demografica e di ritorno alle colonie di provenienza di latini rifugiatosi a Roma per timore delle devastazioni ad opera dei cartaginesi, adesso non più incombenti; anzi un'ampia parte dei coloni, persuasa dall'autorità dei consoli (i quali erano stati indotti dal senato a far riprendere l'agricoltura centro-italica, facendo tornare al lavoro dei campi la plebe), ai campi «riemigrò»

Early and Middle Republic: a Pessimistic Assessment, in *L'Italia centrale e la creazione di una 'koiné' culturale? I percorsi della 'romanizzazione'*, Bern, 2016, 57 ss. e *amplius* ID., *The Latin and Their Legal Status in the Context of the Cultural and Political Integration of Pre- and Early Roman Italy*, in *Klio*, 98.2, 2016, 526 ss.; per un emblematico saggio di *vis critica* avverso la sussistenza dello *ius migrandi* come privilegio dei Latini, ID., *About scholarly debate, the value of authorities and a new approach to the concept of Latin privileges in the Roman republic. A response to David Kremer*, in *Athenaeum*, 103.2, 2015, 606-610.

³⁷ U. LAFFI, *Perdere la cittadinanza romana*, in *Index*, 46, 2018, 1-29.

³⁸ G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit. 81-84.

³⁹ U. LAFFI, *Italici in colonie latine e Latini in colonie romane*, in *Itinerari di storia. In ricordo di Mario Pani*, Bari-S. Spirito, 2017, 51-65.

⁴⁰ U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine e italiche in età repubblicana*, in *Athenaeum*, 105, 2017, 85-105.

(*in agros remigravit*), come aveva narrato immediatamente in precedenza Livio nel descrivere tuttavia pure le difficoltà umane e materiali del ritorno alla ‘normalità’ preannibalica⁴¹.

Vennero peraltro, tra il 200 e il 198 a.C., recuperati coloni di Piacenza e Cremona (dopo la battaglia vinta contro i Galli, che in una controffensiva contro i Romani, avevano già saccheggiato Piacenza⁴² e stringevano d’assedio a sua volta Cremona), che erano stati fatti prigionieri⁴³ o erano dispersi⁴⁴. A distanza poi di pochi anni, nel 190 a.C., tornarono ancora i legati di Piacenza e Cremona a chiedere il ripopolamento, a riprova che il problema della scarsità dei coloni rimasti lì non era stato affatto risolto, se poi su richiesta dei loro legati al senato, si videro assegnare seimila famiglie e gli appositi triumviri⁴⁵, nonché la proposta di due nuove colonie in zona⁴⁶.

Inizia così una nota serie di rimpatri su richiesta delle comunità d’appartenenza originaria di latini immigrati a Roma, quindi «reimmigrati» nelle comunità da cui erano andati

⁴¹ Liv. 28.11: 8. *Priusquam proficiscerentur consules ad bellum moniti a senatu sunt ut in agros reducendae plebis curam haberent: deum benignitate summotum bellum ab urbe Romana et Latio esse et posse sine metu in agris habitari; minime convenire Siciliae quam Italiae colendae maiorem curam esse.* 9. *Sed res haudquaquam erat populo facilis et liberis cultoribus bello absumptis et inopia servitiorum et pecore direpto villisque dirutis aut incensis; magna tamen pars auctoritate consulum compulsa, in agros remigravit.* 10. *Moverant autem huiusce rei mentionem Placentinorum et Cremonensium legati querentes agrum suum ab accolis Gallis incursari act vastari, magnamque partem colonorum suorum dilapsam esse, et iam infrequentes se urbes, agrum vastum ac desertum habere.* 11. *Mamilio praetori mandatum ut colonias ab hoste tueretur; consules ex senatus consulto edixerunt ut qui cives Cremonenses atque Placentini essent ante certam diem in colonias reverterentur.*

⁴² Liv. 31.10: 1. *Omnium animis in bellum Macedonicum versis repente, nihil minus eo tempore timentibus, Gallici tumultus fama exorta.* 2. *Insubres Cenomanique et Boii excitis Celinibus Ilvatibusque et ceteris Ligustinis populis, Hamilcare Poeno duce, qui in iis locis de Hasdrubalis exercitu substiterat, Placentiam invaserant;* 3. *et direpta urbe ac per iram magna ex parte incensa, vix duobus milibus hominum inter incendia ruinasque relictis, traiecto Pado ad Cremonam diripiendam pergunt.* 4. *Vicinae urbis audita clades spatium colonis dedit ad claudendas portas praesidiaque per muros disponenda, ut obsiderentur tamen prius quam expugnarentur nuntiosque mitterent ad pretorem Romanum.* 5. *L. Furius Purpureo tum provinciae praeerat, cetero ex senatus consulto exercitu dimisso praeter quinque milia socium ac Latini nominis; cum iis copiis in proxima regione provinciae circa Ariminum substiterat. Is tum senatui scripsit quo in tumultu provincia esset:* 6. *duarum coloniarum quae ingentem illam tempestatem Punici belli subterfugissent alteram captam ac direptam ab hostibus, alteram oppugnari;* 7. *nec in exercitu suo satis praesidii colonis laborantibus fore, nisi quinque milia socium quadraginta milibus hostium – tot enim in armis esse – truncidanda obicere velit, et tanta sua clade iam inflatos excidio coloniae Romanae augeri hostium animos.*

⁴³ Liv. 31.21.18: *Placentini captivi, ad duo milia liberorum capitum, redditi colonis.* Cfr. U. LAFFI, *Italici in colonie latine*, cit., 52.

⁴⁴ Liv. 32.26.3: *In Gallia nihil sane memorabile ab Sex. Aelio consule gestum [...] totum prope annum Cremonensibus Placentinisque cogenti redire in clonias, unde belli casibus dissipati erant, consimpisit.* Cfr. U. LAFFI, *Italici in colonie latine*, cit., 52.

⁴⁵ Liv. 37.46: 9. *Ex Gallia legatos Placentinorum et Cremonensium L. Aurunculeius praetor in senatum introduxit.* 10. *Iis querentibus inopiam colonorum, aliis belli casibus aliis morbo absumptis, quosdam <et> taedio accolarum Gallorum reliquisse colonias decrevit senatus uti C. Laelius consul, si ei videretur, sex milia familiarum conscriberet quae in eas colonias dividerentur, et ut L. Aurunculeius praetor triumviros crearet ad eos colonos deducendos.*

⁴⁶ Liv. 37.47: 1. *Haud ita multo post, cum iam consularium comitiorum appeteret tempus, C. Laelius consul ex Gallia Romam rediit.* 2. *Is non solum ex facto absente se senatus consulto in supplementum Cremonae ac Placentiae colonos scripsit, sed ut novae coloniae duae in agrum qui Boiorum fuisset deducerentur et rettulit et auctore eo patres censuerunt.*

via, con comprensibili difficoltà ben puntualizzate da Laffi⁴⁷ così: «Livio non accenna alla sorte di questi immigrati che erano costretti a rientrare in patria, attraverso una sorta di *re-migratio*, dopo anni. Non è difficile immaginare i complessi problemi a cui avranno dovuto far fronte. Ma il loro reinserimento, così si ragionava a Roma, era a carico di quelle stesse comunità che ne avevano chiesto il rimpatrio».

Altri provvedimenti come questo di espulsione, su richiesta di emissari dei Latini stessi, vengono descritti da Livio, com'è noto, per l'arco di tempo che dal 187 va fino al 173 a.C.⁴⁸, ma per tutto il II secolo a.C. si susseguono casi di redistribuzione degli insediamenti di popolazioni, che ci si aspettava fossero fissi. La storia della mobilità reale tuttavia si scontra con la volontà di egemonia romana su latini e italici, con la conseguenza che il dilemma veniva risolto caso per caso nel periodo più intenso di espansionismo di Roma⁴⁹, la quale all'inverso non poteva tuttavia impedire una spontanea e non organizzata almeno in

⁴⁷ U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma*, cit., 97.

⁴⁸ Nel 187 a.C.: Liv. 39.3.4-6 (con una delle rare testimonianze, dunque di particolare importanza, sul *census* nelle colonie latine, in Liv. 39.3.5: *Q. Terentio Culleoni praetori negotium datum est ut eos conquereret et quem C. Claudio M. Livio censoribus postre eos censores ipsum parentemve eius apud se censum esse probassent socii, ut redire eo cogeret ubi censi essent*: in argomento si v. miratamente D. KREMER, *Il censo nelle colonie latine prima della guerra sociale*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi – E. Gabba, Pavia, 2006, 627-645); nel 177 a.C.: Liv. 41.8.6-12 (con la precisazione rilevante che i latini dovevano per legge lasciare almeno un figlio al fine di perpetuare la stirpe nelle colonie d'origine se volessero acquisire la cittadinanza romana, in Liv. 41.8.9: *Lex sociis nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat ut cives Romani fierent*; cfr. ID., *Il censo nelle colonie latine*, cit., spec. 637-638; ma da diversa prospettiva, nel senso di un controllo sanzionatorio esercitato da Roma, v. W. BROADHEAD, *Rome and the Mobility of the Latins. Problems of Control*, in *La mobilità des persone en Méditerranée de l'antiquité à l'époque moderne. Procédure de contrôle et documents d'identification*, sous la direction de Cl. Moatti, Rome, 2004, 315-335, del quale, in un'ottica più accentuatamente di sistematica prevenzione dell'emigrazione dei latini su larga scala a Roma, v. ID., *The Local Elites of Italy and the Crisis of Migration in the IInd Century B.C.*, in *Les élites et leurs facettes. Les élites locales dans le monde hellénistique et romain. Textes réunis per M. Cébeillac-Gervasoni et L. Lamoine*, Rome – Clermont-Ferrand, 2003, 131-148) e Liv. 41.9.9-12; nel 173 a.C.: Liv. 42.10.1-3. Sintesi affidante recente in materia, non tanto nel senso di espulsioni in massa di stranieri, quanto di risposte giuridiche ad immigrazioni abusive dalle colonie che comunque sin dalla loro genesi magnogreche sarebbero state soluzioni 'in uscita' di squilibri demografici, in M. HUMBERT, *La colonisation et le phénomène migratoire: leçons romaines*, in *Les colonies. Approches juridiques et institutionnelles de la colonisation de la Rome antique à nos jours*, sous la direction d'E. Gojoso, D. Kremer et A. Vergne, Poitiers, 2014, 41-58, con particolare riferimento allo *ius migrandi* quale elemento-chiave del carattere aperto che connota la cittadinanza romana, di contro alle analisi ricostruttive distruttive di Coşkun e di Broadhead (ivi, 51-58, con un accostamento convincente all'istituto greco della *isopoliteia* secondo Dionigi di Alicarnasso).

⁴⁹ La casistica fin dal caso archetipico concernente Piacenza e Cremona nel 206 a.C. sino all'età graccana viene di recente ripercorsa, nell'ottica suggestiva della dialettica tra fissità aspettata e mobilità reale, da W. BROADHEAD, *Migration and Hegemony: Fixity and Mobility in Second-Century Italy*, in *People, Land, and Politics. Demographic Developments and the Transformation of Roman Italy, 300 BC – AD 14*, ed. L. de Ligt and S.J. Northwood, Leiden-Boston, 2008, 451-470, con bibliografia.

principio immigrazione nell'Urbe, che non si può ben comprendere come e quanto concorresse alla formazione di un'identità e a una (ancor meno verosimile) effettiva integrazione⁵⁰.

5. *La questione dell'identità italica e di Roma*

Sono questioni ora a fondo dibattute pure il significato dell'etnonimo 'Italia' e quando sia sorto in epoca romana, nonché la configurazione del termine 'italici'⁵¹. La connessione dei problemi (l'identità degli italici e l'affermarsi dell'egemonia di Roma su di essi) è evidente se si pensa che quella della romanizzazione è l'epoca che segue la storia 'italica', le cui vicende da tempo si possono leggere nella ricostruzione, fra le altre, de *L'Italia romana* di Andrea Giardina⁵².

Irrisolute e non appurate definitivamente sembrano queste e altre tematiche legate alla condizione giuridica degli stranieri immigrati nell'antica Roma, in connessione con uno dei problemi irrisolti circa il diritto di cittadinanza romana, qual è la sua acquisizione. La materia è ancora oggetto tuttavia di dispute storiografiche profonde, se si pensa che ultimamente Geraci, in maniera esemplare sia propenso ancora a considerare incorporazioni forzate unilaterali e non premi le acquisizioni del diritto di cittadinanza romana, in genere, che poi si sarebbe aggiunta alla cittadinanza originaria⁵³.

La recente analisi in materia di Valditara⁵⁴ è stata principalmente centrata sulla vicenda identitaria di Roma, dalle sue origini di città aperta e mista fino al dominato. La tematica particolarmente presa in esame è stata la concessione della cittadinanza romana, interpretata in chiave utilitaristica e meritocratica, ma mai discriminante. In particolare sarebbe stata l'*utilitas publica* (intesa da Valditara nel senso dell'odierno interesse nazionale) a guidare i percorsi di integrazione, assimilazione e limitazioni della cittadinanza. La 'sovranità sul ter-

⁵⁰ Cfr. sul punto, tra i tanti, F. PINA POLO, *Deportation, Kolonisation, Migration: Bevölkerungsverschiebungen im republikanischen Italien und Formen der Identitätsbildung*, in *Herrschaft ohne Integration? Rom und Italien in republikanischer Zeit*, herausgegeben von E. Baltrusch, K. Brodersen, P. Funke und U. Walter, Frankfurt am Main, 2006, 192 ss.

⁵¹ Cfr. F. WULF ALONSO, *Pertenencias e identidades en la Italia del siglo I a.C.: el concepto de "italico" como problema*, cit., 50 ss., con bibliografia di base, ivi, 50 nt. 12, il quale documenta comunque la definizione in riferimento al I secolo a.C., nel senso di abitante d'Italia, sulla scorta dell'uso invalso tra i greci, e senza componenti emozionali o identitarie, che erano tutte per Roma.

⁵² A. GIARDINA, *L'Italia romana*, cit., 1 ss.

⁵³ G. GERACI, *Fisionomia della cittadinanza romana acquisita: età tardorepubblicana e imperiale*, in *Uomini, istituzioni, mercati. Studi di storia per Elio Lo Cascio*, Bari, 2019, 99 ss.

⁵⁴ G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit., 175-220.

ritorio' esercitata da Roma avrebbe condotto in materia ad una svolta restrittiva tra IV e III sec. a.C., preludio di una politica ancora più rigorosa poi nel II-I sec. a.C.

Infatti, di continuo giungono ad essere approvate misure legislative di contrasto verso l'immigrazione straniera e di esclusione dei non-cittadini regolari, dopo il 187 a.C. (probabilmente un *senatus consultum*); nel 177 a.C. (una *lex Claudia* «ex *senatus consulto*» con istituzione di una *quaestio*); nel 126 a.C. (un *plebiscitum*); nel 122 a.C. (un editto del console); nel 95 a.C. (la *lex Licinia Mucia de civibus redigundis*, che prevede un'altra *quaestio* e limitò il numero degli aventi il diritto di cittadinanza, causando in particolare il malessere alla base della guerra sociale divampata di lì a poco nel 91-89 a.C.⁵⁵, che in una sorta di intervallo legislativo vide l'emanazione della strategica *lex Iulia de civitate*⁵⁶); nel 65 a.C. (la *lex Papia de peregrinis*, la quale comportò a quanto pare che effettivamente avrebbero dovuto essere costretti ad essere cacciati da Roma tutti i peregrini e, nel contempo, venne istituita una *quaestio* straordinaria per giudicare coloro che avessero usurpato la cittadinanza). Si sa, peraltro, che pure dalle soglie del principato e per tutta la sua durata e oltre, vi furono misure che decretarono espulsioni da Roma, ma non per colpire gli stranieri in quanto tali, bensì alcune categorie reputate pericolose per l'ordine pubblico, come gli astrologi e i maghi in primo luogo, a partire dal 33 a.C. allorché Agrippa, il quale in quell'anno ricopriva l'edilità, ordinò che venissero espulsi appunto astrologi e maghi⁵⁷.

Certo, in un coacervo giuridico e sociale impero eterogeneo qual era l'impero romano è difficile parlare di una categoria che si vuole omogenea per definizione come l'identità⁵⁸. Un denso riesame monografico, che esprime la necessità mai sopita in materia

⁵⁵ Si v., tra i tanti, recentemente F.C. TWEEDIE, *The Lex Licinia Mucia and the Bellum Italicum*, in *Processes of Integration and Identity Formation in the Roman Republic*, Leiden-Boston, 2012, 123-139, con fonti e letteratura; nonché cfr. O. BEHREND, *La lex Licinia Mucia de civibus redigundis de 95 a.C. Une loi néfaste d'auteurs savants et bienveillants*, in *Antiquité et citoyenneté. Actes du colloque International de Besançon (3-5 novembre 1999)*, Besançon, 2002, 15-34.

⁵⁶ La *lex Iulia de civitate*, infatti, nel 90 a.C. concesse alle popolazioni ancora neutrali, convertendole in municipi uniformemente organizzati, la cittadinanza romana. Ciò permise una definitiva espansione successiva nella penisola italiana di Roma, secondo il recente studio di L. GAGLIARDI, *Réflexions sur la lex Iulia de civitate*, in *Rev. hist. droit*, 97.1, 2019, 19-29, con fonti e letteratura.

⁵⁷ Come narra Dio Ca. 49.43.5., su cui, per tutti, v. L. DESANTI, *Sileat omnibus perpetuo divinandis curiositas. Indovini e sanzioni nel diritto romano*, Milano, 1990, 18-19.

⁵⁸ Cfr., in chiave problematica in connessione con la concezione inglobante del diritto romano funzionale all'imperialismo di Roma, di recente sul punto S. BENOIST, *Coloni et incolae, vingt ans après. Mobilité et identité sociales et juridiques dans le monde romain occidental*, in *The Impact of Mobility and Migration in the Roman Empire*. Pro-

di fare chiarezza, l'ha effettuato di recente Filippo Carlà-Uhink⁵⁹. Questi⁶⁰ ha da ultimo chiarito almeno che non si ritrova nelle fonti la concettualizzazione di un'unificazione dell'Italia sotto l'egemonia di Roma, ma che è soltanto nella storiografia nell'Ottocento, appassionata al formarsi degli stati nazionali e per l'esattezza con Theodor Mommsen, che nasce l'espressione stessa di «Einigung Italiens», dal maestro tedesco (che dal 1854 al 1888 in otto edizioni aveva visto concretizzarsi davvero le unità dell'Italia e della Germania) usata da spartiacque capitale tra il primo e il secondo tomo del primo volume della sua *Storia romana*⁶¹, da premio Nobel⁶². La chiave interpretativa della questione risiederebbe nell'inquadrare la *terra Italia* come una regione dell'impero romano, dato che andrebbe ampliato lo sguardo geo-storico rispetto a Roma, considerandola una entità intermedia tra la repubblica imperiale e l'Urbe, rimescolata quanto a spazi e popolazione da una mobilità incessante secondo Carlà-Uhink⁶³.

6. Migrazioni e mobilità: bibliografia recente in un rapido sguardo

La questione della distinzione tra romani e stranieri nell'antichità può essere compresa sul piano giuridico, insomma, se si punta all'analisi dell'aspetto della circolazione e mobilità delle persone in quell'area incentrata su Roma antica e ci si spoglia da preconcetti contemporanei, nonché pagine finissime, ma non adatte agli studi romanistici, in quanto di stampo teoretico contemporaneo⁶⁴.

Un rinnovamento storiografico c'è stato in materia specifica di mobilità nello spazio 'romano', accelerato nel corso di questi ultimissimi anni da apporti che ormai vedono anche la correlata tematica delle migrazioni non più come fenomeno eccezionale, bensì normale:

ceedings of the Twelfth Workshop of the International Network Impact of Empire (Rome, June 17-19, 2015), ed. E. Lo Cascio and L.E. Tacoma, Leiden-Boston, 2017, cit., 205-221.

⁵⁹ F. CARLÀ-UHINK, *The "Birth" of Italy. The Institutionalization of Italy as a Region, 3rd-1st Century BCE*, Berlin-Boston, 2017.

⁶⁰ F. CARLÀ-UHINK, *The "Birth" of Italy*, cit., 1-3, specialm. 2 nt. 8.

⁶¹ Infatti, lo «zweites Buch» dell'«erster Band» s'intitola «Von der Abschaffung des römischen Königtums bis zur Einigung Italiens»; il seguente «drittes Buch» reca il titolo «Von der Einigung Italiens bis auf die Unterwerfung Karthagos und der Griechischen Staaten». Cfr. la trad. it. dell'ed. 1888⁸: TH. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, I.1, *Dalle origini sino all'unione d'Italia*; I.2, *Dall'unione d'Italia sino alla sottomissione di Cartagine e degli Stati greci*, Firenze, 1984.

⁶² Vinto effettivamente nel 1902 per la letteratura.

⁶³ F. CARLÀ-UHINK, *The "Birth" of Italy*, cit., 3 ss., *maxime* in tema di mobilità e migrazioni, 232-254.

⁶⁴ Per un riesame delle teorie moderne in materia, ora, per tutti, L. FERRAJOLI, *La questione migranti: Italia incivile, Europa incivile*, in *Critica marxista*, 2018.5, 1-7.

si veda in tal senso, ora, la monografia di Elena Isayev⁶⁵, la quale pone in rilievo come Roma mai venga descritta alla stregua di una comunità statica nelle fonti, né da autori comici (p.es. Plauto), né da quelli serissimi (p.es. Polibio). Anzi la mobilità, non la fissa sedentarietà, viene ordinariamente considerata un elemento costitutivo integrante, addirittura un fattore di stabilità e previsto lungo tutto l'arco del primo millennio a.C. nell'area mediterranea, formata da tante miniregioni senza i confini tipici della moderna integrità territoriale 'statale'.

Alcuni contributi recenti hanno ancor di più ampliato il panorama di angolazioni dalle quali inquadrare mobilità e migrazioni nel mondo romano⁶⁶. In particolare a Laurens Tacoma si deve una recente monografia⁶⁷ e la cura, insieme con Luuk de Ligt, di una collettanea in materia di migrazioni e mobilità⁶⁸, aperta da una precisazione introduttiva importante⁶⁹, in cui si spiega che l'emancipazione, per così dire, sul piano scientifico e accademico degli studi sulle migrazioni nella storia antica sarebbe avvenuta appena nel corso degli anni novanta del secolo ormai passato, portando ad un nuovo indirizzo di ricerche non più limitato sotto il profilo cronologico e geografico. Possono pertanto esprimersi ora le potenzialità in un più vasto ambito storiografico, che supera problemi di terminologia e metodologia, per volgersi verso definizioni, tipologie, eziologia dei movimenti su larga scala degli individui, mobilità per generi (principalmente quella femminile), per famiglie, aspetti di demografia, del mercato del lavoro, integrazione, nessi transregionali, modelli critici e interpretativi delle fonti.

Ebbene, è prevalentemente nella sua indagine monografica che Tacoma inserisce un approfondimento della prospettiva giuridica in tema di migrazioni⁷⁰, per concludere infine con la denuncia dell'assenza di una vera politica in materia d'immigrazione in Roma antica⁷¹. Ma la necessità veramente avvertita non fu quella di dettare una condizione giuridica

⁶⁵ E. ISAYEV, *Migration, Mobility and Place in Ancient Italy*, Cambridge, 2017.

⁶⁶ Mentre consolidata già appare la visuale 'cosmopolitistica' e frutto di numerosi precedenti suoi studi della CL. MOATTI, *Migration et droit dans l'Empire Romain. Catégories, contrôles et intégration*, in *The Impact of Mobility*, cit., 222-245.

⁶⁷ L.E. TACOMA, *Moving Romans. Migration to Rome in the Principate*, Oxford, 2016.

⁶⁸ *Migration and Mobility in the Early Roman Empire*, ed. L. de Ligt and L.E. Tacoma, Leiden-Boston, 2016.

⁶⁹ L. DE LIGT and L.E. TACOMA, *Approaching Migration in the Early Empire*, in *Migration and Mobility*, cit., 1-22.

⁷⁰ L.E. TACOMA, *Moving Romans*, cit., 75-105.

⁷¹ Con chiarezza, così osserva in chiusura L.E. TACOMA, *Moving Romans*, cit., 105: «The Roman migration regime might be describe as liberal, or one of laissez faire, but both terms are somewhat misleading in that they

per gli stranieri immigrati a Roma, bensì di dare diritti e doveri agli stranieri immigrati stessi per le attività negoziali e le unioni tra le persone, rispettivamente le più sentite sotto l'aspetto dei guadagni e sul piano umano (*commercium e conubium*), a mio avviso⁷². La prevaricante importanza attribuita costantemente alle scelte politiche risulta tipica degli studiosi appartenenti all'area bibliografica angoloamericana, difatti fin troppo seguita da Tacoma, a scapito manifestamente della gloriosa letteratura europea continentale e specialmente di quella italiana⁷³.

7. Considerazioni in materia di censimenti

A distanza appena di tre lustri, dunque, sembrano quasi aver avuto un ruolo di innovazione scientifica, in riferimento alla mobilità umana antica, gli studi di Walter Scheidel sull'immigrazione di popolazione libera⁷⁴ e schiavile⁷⁵ (su quest'ultima problematica ho avuto occasione di svolgere qualche rapida riflessione di recente⁷⁶), ma l'articolo sui liberi immigrati ha aperto ancor più la strada ai successivi contributi in materia di mobilità nell'esperienza romana, che va riconosciuta si sia ora fissata come tematica antichistica in un perimetro scientifico autonomo. Scheidel ha fatto propria una stima in qualche misura 'bassa' della popolazione romana fino al primo principato, giunto al massimo a cinque o sei milioni di cittadini, seguendo una tradizione di studi di tutto rispetto, risalente a Beloch⁷⁷ e poi anche fatta propria da Brunt⁷⁸. Così come appare meritevole che vada alla ricerca di nessi con l'identità e i cambi culturali influenzati dalla mobilità stessa nel mondo romano. Ma il problema della carenza di fonti antiche contenenti dati numerici affidabili rende inevitabilmente ampi gli ambiti di incertezza di queste ricerche in tema di economia, scambi e,

imply a conscious response to something that was perceived as a problem. The Roman state had no migration policy. The key in state behaviour or even general attitude is that origin was not seen as a primary marker of identity. Indirectly, migration and mobility raised many questions about what it meant to be Roman, about the symbolic boundaries of the Roman community. But in itself, migration was relatively unproblematic».

⁷² F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*, cit.

⁷³ Spiace dover constatare, per la verità, che nemmeno una sola volta vengano citati, neppure nella bibliografia finale, ad es., Ampolo, Capogrossi Colognesi, P. Catalano, De Martino, Gabba, Giardina, Laffi, Luraschi, T. Spagnuolo Vigorita.

⁷⁴ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy, I: The Free Population*, in *JRS*, 94, 2004, 1 ss.

⁷⁵ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy, II: The Slave Population*, in *JRS*, 95, 2005, 64 ss.

⁷⁶ Rinvio a F. MERCOGLIANO, *Mercanti di schiavi ed afflusso di immigrati in Roma imperiale*, cit., 193 ss.

⁷⁷ J. BELOCH, *Die Bevölkerung der griechisch-römischen Welt*, Leipzig, 1886, 370 ss. (= *La popolazione del mondo greco-romano*, trad. it., in *Biblioteca di storia economica*, 4, Milano, 1909).

⁷⁸ P.A. BRUNT, *Italian Manpower 225 B.C.-A.D. 14*, Oxford, 1971, repr. 1987, 113 ss.

quindi, popolazione libera venuta a Roma su larga scala. Scheidel usa criteri demografici, modelli statistici, rilievi comparativi, formule economiche per l'analisi delle spinte centrifughe e centripete alla mobilità⁷⁹.

Quindi, Scheidel collega una spinta decisa alla mobilità a fasi storiche identificate, in primo luogo, nell'espansione nella penisola italica che Roma condusse fino alla conquistata egemonia nel IV e inizi III sec. a.C.; poi, nel periodo postannibalico, consacrato dai tempi dell'opera celebre di Toynbee⁸⁰ come crocevia della mobilità romana; infine, nell'età che a partire da Silla si può considerare di transizione 'costituzionale' preaugustea. Queste, chiamate le principali «four migrations» sarebbero avvenute, per l'esattezza, tra il 338 e il 263 a.C., allorché vennero fondate ben 19 colonie; tra il 200-199 con una sensibile assegnazione di terre ai veterani nel Sannio e nelle Puglie; fenomeno che si replicò più in grande per i veterani a partire da quelli di Silla (81-28 a.C.); infine, tra il 48 e il 14 a.C. vi fu l'ennesima enorme mobilità di massa, con la fondazione di 96 insediamenti⁸¹ in aree provinciali.

In conclusione, Scheidel pone in risalto che per la formazione dell'impero romano risultò caratteristica la mobilità, che anzi determinò una svolta culturale in esso⁸², seppure veicolata in gran parte dalle guerre che Roma intraprese copiose e con un'interconnessione evidente tra imperialismo e mobilità per il verificarsi dei flussi migratori nel mondo romano⁸³.

Confortano Scheidel, però, sulle determinazioni numeriche prudenti proposte le cifre dei tre censimenti ricordati nelle *Res gestae* di Augusto⁸⁴, che tramandano dati circa il problema della sia pur approssimata quantificazione della popolazione romana: dal censimento tenuto nel 28 a.C. era risultato che i cittadini romani fossero 4.063.000; da quello del 18 a.C. 4.233.000; dall'ultimo, svolto nell'arco del suo principato (nel 14 d.C.), quasi cinque

⁷⁹ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 10 e 12 ss. Per darne un saggio, segnalo, p. es., le sigle che usa continuamente designate come «NRM» («Net Rate of Migration») e «NROM» («Net Rate of Out-Migration»).

⁸⁰ A.J. TOYNBEE, *L'eredità di Annibale I. Roma e l'Italia prima di Annibale* (1965), Torino, 1981; II. *Roma e il Mediterraneo dopo Annibale* (1965), Torino, 1983.

⁸¹ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 10 s.

⁸² W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 21 ss.

⁸³ Così W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 25 s.

⁸⁴ *Res gestae divi Augusti* cap. 8.2-4. Recente riesame delle questioni demografiche scaturenti dai censimenti augustei in M.A. FINO, *Exempla tradere. Ricerche di diritto romano nella prospettiva dell'ecologia umana*, Napoli, 2018, 40-59, ivi, bibliografia.

milioni fu il calcolo dei *cives romani*: 4.937.000⁸⁵. Tra fine III secolo e gli ultimi due secoli a.C., vi deve essere stata dunque una media di quattro milioni di cittadini⁸⁶. Dopo un calo vistoso – comprensibile – in seguito alla I guerra punica, i numeri totali paiono ragionevoli, se si pensa che, come s'apprende da Tacito⁸⁷, dal censimento successivo, effettuato per ordine di Claudio nel 47 d.C., risultarono essere 5.984.072 i cittadini romani.

Insomma, le cifre dei quattro censimenti attestano un incremento complessivo dell'ordine del 50% in settantacinque anni: lo pone in rilievo Elio Lo Cascio⁸⁸, il quale tuttavia non nasconde di pensare piuttosto che sia credibile un incremento ben più consistente del numero globale dei cittadini romani, che nel 48 d.C., compresi donne e fanciulli, sarebbe da stimare in 20.000.000-21.500.000, «con un incremento complessivo, rispetto al 14 d.C., del 22%», sulla base della tesi generalmente condivisa che l'intera popolazione dell'impero romano, in conseguenza dello stabilirsi della *pax Augusta*, abbia sperimentato un abbastanza regolare incremento. Questo di Lo Cascio viene reputato, però, un eccessivamente «high count» inverso al «low count» risalente a Beloch e fatto proprio da Brunt, ultimamente da Saskia Hin, a sua volta schieratosi per un «middle count» in materia di «counting Romans»⁸⁹ e che per il tempo del primo censimento augusteo fissa un 'range' tra i 5 e i 10 milioni di tutti i cittadini maschi, femmine e ragazzi comunque *sui iuris*, tra i 18 e i 45 anni d'età, censiti probabilmente al fine di un elenco delle persone assoggettabili all'imposizione tributaria, sulla base di un interessante studio innovativo, fondato su parametri non solo di carattere economico ed ecologico, ma anche di natura propriamente demografica, quali mortalità, fertilità e migrazioni⁹⁰.

Un recente riesame di Sisani⁹¹ sembra peraltro aver rafforzato la sostenibilità di una simile linea di incremento demografico. I dati della popolazione romana in qualche modo

⁸⁵ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 3 ss.

⁸⁶ W. SCHEIDEL, *Human Mobility in Roman Italy*, I, cit., 9.

⁸⁷ Tac. ann. 11.25.5: *Condiditque lustrum, quo censa sunt civium quinquagies novies centena octoginta quattor milia septuaginta duo*.

⁸⁸ E. LO CASCIO, *Popolazione e risorse nel mondo antico* (1996), ora in ID., *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*, Roma, 2009, 158 s.

⁸⁹ S. HIN, *The Demography of Roman Italy. Population Dynamics in an Ancient Conquest Society 201 BCE-14 CE*, Cambridge, 2013, 261 ss.

⁹⁰ S. HIN, *The Demography of Roman Italy*, cit., 210-257.

⁹¹ S. SISANI, *Censimenti romani e demografia: ritorno alle fonti*, in *Quaderni Lupiensi*, 9, 2019, 85-131, con analisi in dettaglio delle fonti, bibliografia ben selezionata ed aggiornata, nonché un'utile appendice concernente l'elenco completo dei risultati dei censimenti effettuati tra il 393 e il 69 a.C.

superano le divergenze interpretative, dunque, tra i sostenitori del cosiddetto «low count» (che Sisani reputa più plausibile) e quelli del cosiddetto «high count», (contrapposizione che quasi pare aver preso il posto della contrapposizione di qualche decennio fa fra ‘primitivisti’ e ‘modernisti’⁹²).

In sintesi, il postulato che a partire da Augusto abbiano iniziato ad essere censiti anche i ragazzi e le donne spiegherebbe una linea di sviluppo tutto sommato coerente sul piano statistico con i dati repubblicani, se si pensa che nel 69 a.C. il numero complessivo dei censiti fu di 910.000, senza ragazzi e donne appunto.

Ma comunque va rilevato che l’incremento della popolazione nella Roma imperiale di rado, salvo qualche sporadica eccezione, come quella di Claire Holleran⁹³, finora è stato intrecciato in via principale con l’immigrazione massiccia che si verificò allorché la scarsa propensione alle nozze e la denatalità divennero fenomeni pervasivi della società romana tra repubblica e principato. Questi furono, infatti, usati come apparenti motivazioni della legislazione matrimoniale augustea, che così celava l’introduzione del processo fiscale delatorio e degli effetti scaturenti dal meccanismo perverso dell’iniziativa procedurale ad opera di privati stimolati da premi a scapito patrimoniale dell’accusato⁹⁴.

Ma la Holleran, anche se solamente sul piano demografico ed economico-sociale (con particolare riferimento ai lavori svolti dagli immigrati) e non giuridico, un’analisi l’ha pur intrapresa, per mettere in luce alcuni punti, che per me risultano validi e condivisibili. Consapevole, con lealtà scientifica, della scarsità dei dati e prima di passare nel suo saggio a considerazioni quasi esclusivamente di economia urbana, la studiosa inglese indica il pe-

⁹² Per un sintetico e ben affidabile affresco storiografico degli studi sull’economia nel mondo antico, un accademico ‘campo di battaglia’ (Hopkins), si v. ora E. LO CASCIO, *La storia economica: i principali orientamenti degli studi (XIX-XXI secolo)*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell’Impero)*, a cura di E. Lo Cascio - D. Mantovani, Pavia, 2018, 3-22, sino alle nuove tendenze statunitensi della *New Institutional Economics* e della *Economic Analysis of Law*, sulle quali si concentra il notevole approfondimento, relativo al diritto romano, di L. MAGANZANI, *Economia e diritto romano (XIX-XXI sec.). Storie varie di convergenze parallele*, ivi, 135-171; cfr. altresì L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto, società ed economia in Roma antica e i romanisti del Novecento*, ivi, 173-208, che traccia un quadro storiografico interessante (con particolare riferimento a F. De Martino, Grosso, Volterra e la scuola di Serrao) della letteratura nel secondo Dopoguerra in argomento di forme giuridiche e reali funzioni economiche-sociali.

⁹³ C. HOLLERAN, *Migration and the urban economy of Rome*, in *Demography in the graeco-roman world. New Insights and Approaches*, Cambridge, 2011, 155-180.

⁹⁴ Lo dimostra l’analisi insuperata di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Delatori e fisco nell’età di Costantino*, Napoli, 1984 rist. 1993, 121-166; cfr. anche l’esposizione più distesa in ID., *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*³, Napoli, 2010; nonché il disincantato saggio-epilogo: ID., *Joersiana IV: Livia, Augusto e il plebiscito Voconio* (2012), in *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli, 2013, 539-552.

riodo tardorepubblicano e del primo principato come quello in cui sia stata una sorta di città prevalentemente di liberi migranti, per effetto dunque della ‘forza dinamica’ dell’immigrazione su larga scala nell’Urbe, che tuttavia riservava ai nuovi arrivati un destino spesso di povertà e consentiva il vero radicamento appena alle seconde generazioni. La sua popolazione, difatti, avrebbe raggiunto circa un milione di abitanti nel I secolo, sostiene la Holleran, sulla base dei calcoli derivanti dai dati relativi alle distribuzioni di grano alla plebe urbana e della capienza rispettivamente del Circo Massimo (circa 150.000 spettatori) e del Colosseo (pressappoco 50.000 spettatori). Ciò farebbe di Roma in quel secolo la più popolosa città occidentale, sino alla Londra nel XIX secolo, in piena rivoluzione industriale. Il numero maggiore di immigrati sarebbe stata costituita comprensibilmente dagli italici⁹⁵.

8. *L’epilogo*

La ripartizione per condizione giuridica delle persone tra *cives*, *latini* e *peregrini* sarà in vigore sino alla costituzione antoniniana, l’editto celebre emanato nel 212 da Caracalla, grazie al quale nell’impero romano tutti gli abitanti stranieri saranno ricompresi nei cittadini romani, con l’eliminazione della categoria dei *peregrini*. Anche se le scarse fonti coeve che fanno riferimento diretto alla *constitutio Antoniniana*⁹⁶, in realtà, appaiono in contrasto con l’immensa e variegata letteratura su di essa sviluppata nei nostri tempi⁹⁷, che in gran parte comunque ne intravedono i prevalenti scopi tributari, da realizzare grazie alla rivendicazione al fisco dei beni ‘caduchi’⁹⁸.

⁹⁵ C. HOLLERAN, *Migration and the urban economy of Rome*, cit., 155-165.

⁹⁶ P. GISS. 40; Dio 78.9.5 e specialm. Ulp. 22 ad ed. D. 1.5.17: *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini, cives Romani effecti sunt*.

⁹⁷ Si v. almeno, con altra bibliografia, la monografia di A. IMRIE, *The Antonine Constitution. An Edict for the Caracallian Empire*, Leiden-Boston, 2018, che sceglie ultimamente di percorrere una pluralità di angolazioni (fiscali, ragionevolmente, militari, ma soprattutto propagandistiche) per contestualizzare l’«enigmatic document»; cfr. anche, di recente, fra i tanti, G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit., 51-57; P. KUHLMANN – T. BARNES, *Die Constitutio Antoniniana: der Bürgerrechtserlass von 212*, in B. PFERDEHIRT – M. SCHOLZ (Hrsg.), *Bürgerrecht und Krise. Die Constitutio Antoniniana 212 n. Chr. und ihre innenpolitischen Folgen*, Mainz, 2012, 45-52 (testo) e 94-95 (note); nonché G. PURPURA, *Constitutio Antoniniana de civitate*, in ID. (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusianiani (FIRA). Studi preparatori I Leges*, Torino, 2012, 695-732, C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli, 2013. Per alcune generalità, F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*, cit., 32-37.

⁹⁸ Si v. F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*, cit., 69-71. La testimonianza determinante è in Tit. Ulp. 17.2: *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur; sed servato iure antiquo liberis et parentibus*.

Ma questa è tutta un'altra storia, che vedrà pur tuttavia altre espulsioni di stranieri, come quella seguita alla spaventosa carestia del 383 d.C.⁹⁹. Il significato stesso di *peregrini* si rimodellerà nel senso di coloro i quali si trovano in un posto soltanto di passaggio¹⁰⁰, che sarà peraltro acquisito dal nostro termine odierno 'pellegrini' in opposizione a 'indigeni' quali, invece, nativi del posto.

Infine, Giustiniano porterà alle estreme conseguenze la *constitutio Antoniniana* con la Novella del 539, rendendo gli abitanti dell'impero tutti sudditi (*subiecti*) e non più cittadini (*cives*), in solenne contraddizione con le vestigia del passato giuridico romano della *res publica*¹⁰¹, che con la tripartizione tra le categorie giuridiche dei *cives*, *latini* e *peregrini* aveva consentito la fluidità del riconoscimento di diritti e doveri senza rigide condizioni di appartenenza 'territoriale', almeno sino alla fase piuttosto tarda dell'impero¹⁰².

Abstract

In principio del saggio si pone in rilievo come le distinzioni tra cittadini e non-cittadini siano nate in una cornice sociale dinamica e aperta, qual era quella arcaica di Roma, nella quale soltanto nei secoli si cristallizzò poi la tripartizione classica fra romani, latini e peregrini, che comunque prescindeva da criteri di nazionalità. Quindi, si getta uno sguardo su bibliografia recente in materia di romanizzazione e identità italica, con una considerazione più mirata del caso della *remigratio* postannibalica dei coloni di Piacenza e Cremona. Ulteriori argomenti passati in rassegna sono la mobilità, le migrazioni, i censimenti e le espulsioni di stranieri tra repubblica e principato. Fonti che sono state oggetto di speciale appro-

⁹⁹ Si v. Ambr. *off. min.* 3.7.44-52; nonché Amm. Marc. 14.6.19-22.

¹⁰⁰ In tal senso CTh. 6.37.1 (Valentiniano e Valente, a. 364 Seeck).

¹⁰¹ Si v. Nov. 78.5: *Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimur. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus, ex quo etiam ad nos appellatio haec pervenit, ius Romanae civitatis prius ab unoquoque subiectorum petitus et taliter ex eis qui vocantur peregrini ad Romanam ingenuitatem deducens ille hoc omnibus in commune subiectis donavit, et Theodosius iunior post Constantinum maximum sacratissimae huius civitatis conditorem filiorum prius ius petitus in commune dedit subiectis, sic etiam nos hoc videlicet regenerationis et aureorum anulorum ius unicuique petentium datum et damni et scrupulositatis praebens occasionem et manumissorum indigens auctoritate omnibus similiter subiectis ex hac lege damus. Restituimus enim naturae ingenuitate dignos non per singulos de cetero, sed omnes deinceps qui libertatem a dominis meruerunt, ut et hanc magnam quandam et generalem largitatem nostris subiectis adiciamus* [a. 539]: cfr., di recente, S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana fra sovranità e impatto sociale*, in *Integration in Rome and in the Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Lille, June 23-25, 2011), ed. G. de Kleijn and S. Benoist, Leiden-Boston, 21-42.

¹⁰² Su tale linea interpretativa si v. CL. MOATTI, *Migration et droit*, cit., 232-240 e 244-245.

fondimento: Liv. 28.11.8-11, 31.10.1-7, 31.21.18, 32.26.3, 37.46.9-10, 37.47.1-2; *Res gestae divi Augusti* 8.2-4.

Abstract

In the beginning of the essay, it is pointed out how the distinctions between citizens and non-citizens were born in a dynamic and open social framework, such as the archaic one of Rome, in which only over the centuries the classical tripartite division between Romans, Latins and *peregrini*, which in any case disregarded nationality criteria. Therefore, a look at recent bibliography on the subject of Romanization and Italic identity is thrown, with a more focused consideration of the case of the postannibal *remigratio* of the colonists of Piacenza and Cremona. Further topics reviewed are mobility, migration, censuses and expulsions of foreigners between the republic and the principality. Sources that have been the subject of a special approbation: Liv. 28.11.8-11, 31.10.1-7, 31.21.18, 32.26.3, 37.46.9-10, 37.47.1-2; *Res gestae divi Augusti* 8.2-4.

Camerino, dicembre 2019.

MARTINA LORENZOTTI*

*Le nullità di protezione***

Sommario: PARTE I, 1. Nullità e profili generali. – 2. Gli effetti della nullità. – 3. La retroattività. – 4. Nullità e responsabilità. – 5. Cause di nullità. – 6. Invalidità, nullità, annullabilità. – 7. La nullità o le nullità? – PARTE II, 8. Le nullità relative, le nullità di protezione. – 9. Azioni di nullità e legittimazione. – 10. Origini delle nullità di protezione e art. 36 c. cons. – 11. Nullità di protezione: caratteristiche in comune con la nullità e l'annullabilità. – 12. La nullità di protezione o le nullità di protezione? – 13. Parzialità delle nullità di protezione. – 14. Campo di applicazione delle nullità di protezione. – 15. Deroghe. – 16. Ratio e funzioni. – 17. Convalida? Diverse prospettive. – 18. Contraente debole e tutele. – PARTE III, 19. Considerazioni finali: nullità, nullità di protezione, annullabilità.

1. *Nullità e profili generali*

«L'antico diritto civile conosce due sole possibilità: o che il negozio nasca perfetto, e produca tutte le conseguenze; o che non venga in essere»¹.

La nullità² non fu conosciuta nel mondo romano, né come concetto *ex se*³, né come ipotetica sanzione applicabile ai negozi giuridici, vedendo la luce, in un primo momento, durante l'evo moderno come istituto distaccato dalle figure solitamente riconosciute della inesistenza e dell'inefficacia; a seguito di una rapida e decisiva evoluzione, la nullità trovò

* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 19 ed., Napoli, 1968, 98.

² V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto: [artt. 1418 – 1423]*, Milano, 2015; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008.

³ M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXII, Milano, 1972, 579; R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 89; J. CARBONNIER, *Droit Civil*, Tomo 4, *Les Obligations*, 21^a ed., Parigi, 1998, 196.

disciplina all'interno delle più grandi codificazioni dell'Ottocento, nella codificazione napoleonica, nel codice civile unitario del 1865, prima, poi, nell'attuale codice vigente del 1942.

Una delle difficoltà innegabili che lo studio della nullità comporta è la mancanza di una definizione; esiste, infatti, una divergenza rimarchevole fra la cognizione di colui che studia il diritto e colui che lo applica: il primo presenta incertezze nel definire tale istituto, il secondo, il pratico, ha un'idea pressochè chiara della nullità in termini di conseguenze sul negozio nullo. D'altro canto, però, condivisibile è la concezione che negli anni si è avuta di tale figura: si crede che la nullità sia la forma più grave di invalidità⁴ del negozio giuridico⁵, considerando che un negozio nullo, nella pratica, è come se non fosse mai venuto in essere e per tale motivo ad esso si può disattendere. L'incertezza insita in tale istituto è stata nel tempo corroborata anche da incertezze semantiche e linguistiche delle stesse norme dei codici precedenti al 1942, considerando confusamente i termini nullità, annullabilità e rescissione, tanto che la dottrina antecedente alla formazione del codice attuale lo rilevò tanto da spingere il legislatore del '42 a un lavoro di organizzazione e distinzione delle invalidità contrattuali, prendendo come punto di riferimento in via preliminare e preminente il codice civile tedesco e francese.

2. Gli effetti della nullità

Il brocardo latino recita che *"quod nullum est nullum producit effectum"*, ovvero che ciò che è nullo, verosimilmente, di conseguenza, non produce effetti, ma l'ordinamento giuridico tende a temperare tale affermazione, trovando in via applicativa rigida corrispondenza per i contratti illeciti, i quali, per denominazione, incontrano disapprovazione sociale.

Rilevante risulta essere, quindi, la comprensione della produzione degli effetti di un negozio nullo; dunque, risulta necessario distinguere fra due ipotesi: se il contratto non dovesse essere stato eseguito, la nullità andrebbe a produrre i suoi effetti direttamente sulle aspettative delle parti stipulanti, causando, così, l'impedimento alla produzione degli effetti desiderati dalle parti; se, contrariamente, il contratto dovesse aver trovato esecuzione prima della dichiarazione di nullità dello stesso, risulterebbe dovuto il ripristino della situazione *ex*

⁴ A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983.

⁵ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

ante e la restituzione di quanto indebitamente ottenuto, in tal senso si parla tecnicamente di “ripetizione dell’indebito”, *ex art.* 2033 c.c., in cui «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato», oltre ad aver diritto “ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda”.

La nullità del contratto non si limita, tuttavia, alla produzione degli effetti in via esclusiva nei confronti delle parti stipulanti, ma, in determinati casi, riverbera i suoi effetti anche nei confronti di terzi, ovvero soggetti estranei al rapporto contrattuale, mentre, in talaltri, la nullità di un atto non risulta essere opponibile nei confronti di terzi, come nel caso di una sentenza che dichiara la nullità di un atto soggetto a trascrizione, la quale non è opponibile nei confronti di terzi che siano in buona fede e che abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto in un momento antecedente la trascrizione della domanda giudiziale, *ex art.* 2652 c.c.

Tuttavia, affinché il contratto nullo possa ancora continuare a produrre effetti, è possibile usufruire dell’istituto della conversione del contratto nullo⁶, *ex art.* 1424 c.c., qualora, considerato lo scopo perseguito dalle parti, “debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”, consentendo, perciò, al contratto nullo la produzione di effetti di un contratto diverso, del quale, però, contenga i requisiti di sostanza e di forma.

3. La retroattività

L’accertamento della nullità di un negozio giuridico, di regola, avviene in un momento successivo al perfezionamento dello stesso, ma, una volta accertata e dichiarata, vede l’esplicarsi dei suoi effetti anche al momento antecedente la stipula, in via retroattiva.

La retroattività della nullità viene considerata come principio pacifico, tanto che la letteratura, a tal proposito, parla di “principio generale” e se per la definizione della nullità non si hanno costrutti convergenti e univoci, per l’efficacia della nullità non si può dire altrimenti. La retroattività è di vertenza prettamente giuridica, ritenuta l’impossibilità nel mondo materiale di retroagire temporalmente a qualcosa di già accaduto, mentre nel giuridico è consentito andare a ripristinare lo *status quo ante*.

⁶ G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo: art. 1424*, Milano, 2012.

4. *Nullità e responsabilità*

La nullità, poi, va letta anche sotto un'altra ottica, premunita del tema della “responsabilità”; apparentemente distinti, tuttavia complementari appaiono essere tali due macrosistemi, i quali vicendevolmente vedono l'intrecciarsi dei loro percorsi, positivizzato dall'art. 1338 c.c., il quale disciplina la responsabilità di chi avendo conoscenza o dovendone essere dell'esistenza di una causa che conduce all'invalidità del negozio non ne abbia dato notizia alla controparte, che, in tal caso, avrebbe diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito, per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto sottoscritto; in merito, la Corte di Cassazione con sentenza n. 14626 del 2012⁷ fa presente che tale responsabilità per essere considerata presupposto di un risarcimento danni presuppone che il contraente danneggiato abbia effettivamente creduto e riposto le sue aspettative nella validità del contratto, senza sua colpa. Tale sistema, consente di dare tutela al contraente in stato di buona fede anche nella fase precontrattuale⁸; in dottrina, diversi dibattiti e prese di posizione hanno caratterizzato la natura di tale responsabilità, tanto che c'è chi parla di responsabilità extracontrattuale e chi di responsabilità contrattuale: i sostenitori della prima ipotesi focalizzano come oggetto di lesione l'autonomia negoziale, la quale risulterebbe essere limitata nelle sue ordinarie funzioni, mentre i sostenitori della seconda ipotesi suddetta parlano di obblighi di comportamento, originati dal contratto sociale, presente sia dal momento delle trattative, ancor prima, quindi, della conclusione del negozio giuridico invalidato.

5. *Cause di nullità*

Dopo aver trattato la nullità e i dibattiti che intorno ad essa ruotano, è di preminente rilevanza esplicitare ed elencare le cause che inducono alla nullità di un contratto; si fa riferimento, dunque, all'art. 1418 c.c., il quale si occupa delle “cause di nullità del contratto”. La contrarietà alle norme imperative, salvo diversa disposizione di legge, conduce il contratto alla dichiarazione di nullità; con la locuzione “norme imperative” si intende quelle disposizioni che non possono essere derogate liberamente dalla volontà delle parti e, in genere, sono

⁷ Cass. civ., 24 agosto 2012, n. 14626.

⁸ Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Giust. Cin.*, 2011, 4, 976.

precedute da “è nullo ogni patto contrario...” o “è nullo qualsiasi patto che...”, a rimarcare un’imperatività rigida non controvertibile. La nullità di un negozio giuridico può essere fatta valere anche in mancanza di uno dei requisiti di cui all’art. 1325 c.c., ovvero accordo delle parti, causa, oggetto e forma. Non è necessario che siano assenti tutti i requisiti suddetti cumulativamente affinché sia applicabile il regime della nullità, in quanto è sufficiente la mancanza di almeno uno di essi. Ulteriore elemento che pilota il negozio alla sua nullità è l’illiceità della causa, tale è quando contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, oltre all’illiceità dei motivi di cui all’art. 1345 c.c., in presenza di una conclusione negoziale spinta esclusivamente da un motivo illecito comune alle parti stipulanti; altresì, la mancanza nell’oggetto dei requisiti ai sensi dell’art. 1346 c.c. porta alla dichiarazione di nullità negoziale, i quali sono la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità; oltre a quanto detto, la nullità trova applicazione pratica anche negli altri casi di cui all’art. 1418, comma III, c.c., ovvero sia “il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge [458, 778, 785, 788, 794, 1350, 1354, 1355, 1472, 1895, 1904, 1963, 1972, 2103, 2115, 2265, 2744]”.

6. Invalidità, nullità, annullabilità

Contestualizzando, è da immaginare un grande cerchio concentrico, chiamato “invalidità”⁹, all’interno del quale, oltre alla nullità, si rinviene l’annullabilità¹⁰; non a caso, la dottrina maggioritaria sostiene che all’interno della macrocategoria dell’invalidità debba essere svolta una distinzione, a seconda del grado di gravità del vizio, fra la nullità e l’annullabilità; come detto e come già largamente conosciuto e diffuso, la nullità è la forma più grave di invalidità, caratterizzata dalla tutela di interessi¹¹ generali, dalla legittimazione assoluta, tanto da poter essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, dall’imprescrittibilità della relativa azione, dalla possibilità di rilevabilità d’ufficio da parte del giudice e dall’insanabilità della stessa, vero è che l’art. 1423 c.c. parla di impossibilità della convalida del negozio nullo, a meno che la legge non disponga altrimenti; l’annullabilità è, invece, la forma di invalidità meno grave rispetto alla precedente e si contraddistingue dalla tutela di interessi particolari, legittimazione

⁹ M. CRISAFI, E. TRUNFIO, *Le patologie contrattuali: nullità, annullabilità e annullamento*, Torino, 2007.

¹⁰ G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002; M. FRANZONI, *Dell’annullabilità del contratto*, Milano, 1997.

¹¹ F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Di dir. Civ. e comm.* Cicu e Messineo continuato da Mengoni, XXI, 2, 647.

ristretta, in quanto può essere azionata dalla parte nel cui interesse è posta, da una prescrizione quinquennale, dall'impossibilità di rilevanza *ex officio* e dalla sanabilità, tanto che l'art. 1444 c.c. tratta la recuperabilità del negozio annullato, se convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento¹² in sua tutela; vieppiù, la disciplina dell'annullabilità, riportata nel codice civile a partire dall'art. 1425 c.c. e ss., considera annullabili i contratti per incapacità delle parti, in presenza di un consenso dato per errore, estorto con violenza o con dolo, cause distinte, quindi, da quelle che inducono alla nullità del negozio. I due istituti, per i motivi sopra esposti, rivelano divergenze non trascurabili, pur appartenendo allo stesso genus.

7. La nullità o le nullità?

A questo punto, è interessante addentrarsi all'interno di un interrogativo intrigante e tutt'oggi caliginoso, racchiuso nella necessità di comprendere quale sia la vera portata e l'estensione della nullità: è ancora possibile parlare di nullità come categoria unica o sarebbe più corretto, a seguito di evoluzioni di matrice legislativa e giurisprudenziale, parlare di nullità nell'accezione pluralistica del termine? Sicuramente la figura che prevalentemente riesce a dare supporto a tali dubbi sono le nullità di protezione, le quali sono caratterizzate dalla previsione di una legittimazione ristretta, come applicato anche per l'istituto dell'annullabilità, in cui è il solo soggetto nel cui interesse viene contemplata l'invalidità a poter farla valere, con previsione di rilevanza d'ufficio, rimessa alla previa verifica dell'utilità pratica che la stessa produrrebbe a favore del soggetto verso il quale si invoca protezione.

Esempi pratici di nullità di protezione sono le nullità della disciplina del Codice del Consumo¹³, le nullità nel settore bancario e finanziario, le nullità per abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura.

Ciò che risulta essere innovativo sta proprio nel mettere a punto un nuovo concetto di ordine pubblico, tenendo presente la sottesa necessità di tutela del soggetto considerato in stato di debolezza economica-contrattuale e incentrando tutte le attività per la creazione di situazioni, circostanze in grado di ripristinare un'equità contrattuale fra le parti in gioco e impedendo, di fatto, la rilevanza d'ufficio da parte del giudice, nel caso in cui non si

¹² R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento: artt. 1441-1446*, Milano, 2009.

¹³ V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, 2019; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo: D.lg. 2 agosto 2007, n. 146, D.lg. 23 ottobre 2007, n. 221, L. 24 dicembre 2007, n. 244*, Torino, 2008.

ravvisasse praticamente un interesse del soggetto debole ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto che lo vede in stato di debolezza.

La configurazione come categoria unitaria della nullità sembrerebbe lasciar spazio alla pluralità delle forme della stessa che con il tempo hanno visto la luce, ma tale da causare la scissione di tale macrocategoria o tale da distinguerla in microsistemi?

Al quesito posto, non sono da tralasciare le influenze provenienti da fonti di derivazione europea, oltre alle nullità di protezione, le nullità sopravvenute, le nullità in materia bancaria, le nullità derivate. A questo quadro frammentato, contribuisce in maniera rimarchevole l'impressionante continua espansione ed estensione di tale istituto, agevolato il tutto dalla mancanza di definizione e contorni della figura della nullità, come in precedenza evidenziato.

La domanda posta, ad oggi, rimane senza soluzione monosemica, ma permette di essere un importante spunto di riflessione.

8. Le nullità relative, le nullità di protezione

Dopo l'analisi degli aspetti normativi, legislativi e giurisprudenziali della disciplina della nullità classica, è interessante trattare il tema delle nullità di protezione, incluse all'interno della categoria più vasta delle nullità relative¹⁴; sicchè, preliminarmente in ausilio della comprensione delle nullità di protezione sono da riportare le linee guida delle nullità relative, caratterizzate dalla determinazione di una legittimazione ristretta, ovvero una legittimazione concessa nei confronti di colui verso il quale la nullità è stata posta in sua tutela, in contrapposizione alla disciplina delle nullità assolute in cui la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse.

Le nullità relative troverebbero esistenza e menzione nel codice civile, laddove si può leggere "salvo diversa disposizione di legge".

Tale categoria appare essere fonte di contestazione, in particolare c'è chi sostiene che tale figura configuri, in realtà, una contraddizione in termini e i casi nei quali la dottrina parla di nullità relative altro non sarebbero che casi di inefficacia.

¹⁴ L. LAURA, *Le nullità relative di protezione*, 2017.

Fra il novero delle nullità relative rientrano anche le nullità di protezione¹⁵ che si contraddistinguono per il loro genus ibrido, non catalogabile né all'interno della disciplina della nullità e né in quella dell'annullabilità, in cui la *ratio* cardine delle stesse consiste in una tutela speciale nei confronti di coloro che si trovino in situazione di debolezza economico-contrattuale, rielaborando un nuovo concetto di ordine pubblico ed evidenziando il rilievo rivestito dalla tutela protettiva posta in essere dall'ordinamento.

9. Azioni di nullità e legittimazione

Rilevante appare essere la legittimazione a far valere tale azione di nullità che è sì in capo ai soli soggetti protetti, ma con possibilità di rilevabilità della stessa *ex officio*¹⁶ da parte del giudice nel caso in cui si identifichi un interesse concreto della parte debole all'ottenimento della dichiarazione di nullità del negozio contrattuale posto in essere; in merito alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di tale particolare nullità si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione del 2014¹⁷, le quali hanno sancito il riconoscimento del potere officioso¹⁸ del giudice, ponendo debitamente una netta distinzione fra la rilevazione e la dichiarazione della nullità: il giudice, infatti, ha il potere di rilevare la nullità, alla quale non seguirà la dichiarazione di nullità senza la domanda specifica in materia da parte del soggetto nei confronti del quale la tutela, se azionata, andrebbe ad agire. Ciò che viene perseguito attraverso le nullità di protezione è la c.d. "giustizia contrattuale"¹⁹, che caratterizza genericamente le nullità relative tutte.

Tale giustizia contrattuale viene rimarcata, ulteriormente, dal respingimento della domanda di azione di nullità di protezione proveniente dal contraente forte, dato che, contrariamente a quanto si potrebbe deduttivamente pensare, dare anche al contraente forte la possibilità di avvalersi di tale protezione, rivolta esclusivamente, invece, al contraente debole, consentirebbe allo stesso di avere un aggiuntivo vantaggio da trarre dalla sua posizione;

¹⁵ M. GIROLAMI, *Nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

¹⁶ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, 2014; D. RUSSO, *Rilievo officioso e nullità di protezione*, 2015.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Corr. Giur.*, 2015, 88.

¹⁸ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, 603.

¹⁹ Così anche G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2019.

infatti, il contraente in posizione non svantaggiata, oltre al godimento di tale situazione, troverebbe giovamento anche dalla possibilità, nella pratica non consentita, di poter decidere se, in quale momento e perché interrompere il regolamento contrattuale, non tenendo conto né in una fase antecedente e né in quella successiva delle volontà del soggetto debole, che rimarrebbe in tale posizione per plurimi svantaggi.

10. Origini delle nullità di protezione e art. 36 c. cons.

Le nullità di protezione hanno visto le proprie origini a partire dagli anni '90 del XX secolo, in particolare, attraverso spinte di derivazione europea e, a livello ordinamentale, mediante il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Differentemente a quanto comunemente si intende pensare, tale disciplina non agisce in tutela solo del contraente debole e del consumatore, nondimeno, in senso lato, degli utenti di servizi, oltre a imprese minori²⁰.

L'art. 36 c. cons. rappresenta, per l'analisi che in tale elaborato si intende eseguire, un articolo cruciale, tanto da occuparsi specificamente delle nullità di protezione; tale articolo fa riferimento anche ad articoli antecedenti, vedi artt. 33 e 34 c. cons., i quali esplicano il concetto di vessatorietà delle clausole e il relativo accertamento.

Sono considerate clausole vessatorie le clausole appartenenti ad un regolamento contrattuale che comportano nella loro formazione un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi sorti dal contratto a favore del contraente forte e a svantaggio del contraente debole; praticamente, per citare degli esempi, sono clausole vessatorie quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto l'esclusione o la limitazione della responsabilità del professionista o l'esclusione o la limitazione delle azioni e dei diritti del consumatore; viceversa, non possono essere considerate vessatorie le clausole che sono state oggetto di trattativa individuale.

11. Nullità di protezione: caratteristiche in comune con la nullità e l'annullabilità

Le nullità di protezione racchiudono, implicitamente, caratteristiche appartenenti alla disciplina classica della nullità, come l'imprescrittibilità dell'azione, e caratteristiche dell'annullabilità, come la legittimazione ristretta; tuttavia, nel disciplinare gli interessi dei quali

²⁰ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 19.

mediante le stesse viene garantita tutela è più arduo comprenderne la categorizzazione, ovvero farli rientrare fra le affinità dell'una o dell'altra disciplina, poiché, come l'annullabilità, persegue, come il rigor di logica porti a dedurre, interessi di tipo individualistico, in quanto tutela prettamente e rigidamente la figura del contraente debole e ulteriori soggetti in precedenza specificati, pur garantendo una tutela anche verso interessi generali²¹, dacchè, in via consequenziale ed estensiva, proteggendo il singolo, si va a garantire anche il funzionamento del mercato, sostenendo e sviluppando la libera concorrenza, a discapito dell'accrescimento e diffusione dello sfruttamento delle posizioni dominanti e delle situazioni di abuso, collocando così il suo ruolo e la sua portata in un contesto più vasto della singola sfera dell'individuo, regolando il complessivo sistema del mercato.

Eminente dottrina osserva infatti che “la contrapposizione fra nullità e annullabilità incontra una soluzione di continuità”²² proprio nelle nullità di protezione.

12. *La nullità di protezione o le nullità di protezione?*

Analogamente, come si è discusso di unitarietà o pluralità della macrocategoria della nullità classica, occorre porsi lo stesso interrogativo anche nel caso delle nullità di protezione, potendo sostenere, sin da subito, l'impossibilità di un'ipotetica eventuale unitarietà della categoria delle nullità di protezione, in quanto composta da varie e variegate forme e sfumature, tanto da dover valutare prima e poi regolare le stesse sia in base all'interesse sotteso da tutelare che in base all'intensità della tutela richiesta, oltre a tenere in conto che tali nullità possono coinvolgere le singole clausole o parti del contratto, senza andare ad inficiare nell'interezza il regolamento contrattuale, talchè è possibile parlare di un'operatività della disciplina di tali nullità connotata da parzialità, assicurando la conservazione del contenuto predisposto, a condizione che non sia *contra legem* e non apporti a squilibri significativi fra le parti.

13. *Parzialità delle nullità di protezione*

La parzialità che contraddistingue le nullità di protezione, al di là del principio di conservazione del contratto, va a rimarcare, per un'altra volta e per altre motivazioni, la sua

²¹ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, 2009; I. PRISCO, *Le nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, 2012.

²² P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 7^a ed., 2014, 567.

indeformabile tutela nei confronti del soggetto contraente debole, dacchè se ad ogni patologia corrispondesse il ricorrere alla nullità dell'intero rapporto contrattuale, il contraente, in aggiunta se caratterizzato da debolezza economico-contrattuale, potrebbe non ottenere alcun vantaggio da ciò, riservandosi dalla possibilità di servirsi dell'azione di nullità; al contrario, nel momento in cui il contraente è consapevole che, invocando le nullità di protezione nel caso di specie, non verrebbe meno il contratto stipulato, ma solo parte di esso effettivamente accertata come patologica, potrebbe essere più stimolato nel prendere iniziative.

14. Campo di applicazione delle nullità di protezione

Il campo di applicazione della disciplina delle nullità di protezione vede il concretizzarsi dell'azione nei casi in cui vi sia disparità fra le parti, trattative diseguali, obblighi e diritti diversi e squilibrati a seconda della parte stipulante; simili situazioni in cui ciò può avvenire sono, per citare un esempio, i contratti il cui contenuto è stato predisposto unilateralmente da una sola parte in gioco, vedendo nella controparte il solo potere di accettazione o meno di quanto già stabilito e, in genere, ciò è frequente nei contratti fra i professionisti e i consumatori, in cui, pur consentendo la formazione di una pluralità di contratti standardizzati, non tiene conto delle singole esigenze e volontà dei disparati soggetti contraenti.

15. Derghe

Sussistono deroghe della disciplina delle nullità di protezione al regime delle nullità di diritto comune non solo per quanto concerne il comma I dell'art. 1419 c.c., che sancisce che "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità", ma anche per il comma II del medesimo articolo, il quale esplica che "la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative".

Nella legislazione di derivazione comunitaria, la sostituzione delle clausole nulle avviene con norme dispositive e la protezione del contraente debole avviene mediante l'inderogabilità *in pejus*; nonostante ciò, le parti possono derogare in via convenzionale le disposizioni normative, anche se le stesse troverebbero, ad ogni modo, applicazione pratica perfino

in presenza di deroga pattuita dalle parti, quando tale deroga risulti apportare un trattamento peggiorativo nei confronti del contraente debole.

16. *Ratio e funzioni*

La *ratio* finale è, certamente, la repressione delle situazioni in cui sussistano diseguali poteri concessi alle parti, diseguali diritti e doveri, diseguali possibilità e raggio d'azione, diseguali trattamenti; succintamente, le nullità di protezione agiscono in tutela di innegabile evidenza di situazioni contrattuali nettamente differenti, in via ingiustificata, fra le parti.

All'interno di questo scenario ci sono sostenitori della teoria che vede nelle nullità di protezione una funzione correttiva, quale strumento in grado di rettificare le posizioni contrattuali squilibrate, quasi a configurare una sorta di "sanzione correttiva", oltre a considerare quanto scritto da chi afferma che "all'essenziale carattere di protezione si mescola quello pedagogico rispetto ad uno dei contraenti ritenuto più debole"²³.

17. *Convalida? Diverse prospettive*

Ha formato oggetto di discussione la prevedibilità dell'applicazione della disciplina di convalida²⁴ alle nullità di protezione, considerando la mancanza di un'espressa disposizione di legge che neghi o che, viceversa, ammetti tale possibilità; l'effetto della convalida consisterebbe nel rendere definitivi gli effetti dell'atto, talmente incisiva da creare l'inoppugnabilità dello stesso.

La dottrina esclude categoricamente che un contratto avente una patologia tale da renderlo nullo, nullità intesa come nullità di protezione, possa essere convalidato, anche per evitare che lo stesso soggetto debole che si intende tutelare con le nullità di protezione possa, in realtà, a causa della sua stessa debolezza, cedere alla volontà della controparte e convalidare il contratto, andando a vanificare, perciò, la *ratio* perseguita.

Nonostante la dottrina, come detto, muove verso il divieto di convalida, non si può non trattare, per completezza, le posizioni differenti assunte a tal riguardo, che, invece, vedono ammissibile la convalida di un negozio nullo, partendo dal presupposto che le nullità

²³ V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994, 538.

²⁴ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2010.

di protezione vanno applicate in tutela non solo del contraente debole, bensì, si prende carico della protezione anche di un interesse generale e, sicchè, non si può, secondo tale orientamento, condizionare attraverso l'iniziativa privata del singolo individuo la sorte del contratto, impedendo, attraverso scelte individuali, l'esplicarsi della volontà dell'interesse generale.

18. *Contraente debole e tutele*

A tal proposito si sono susseguite diverse prospettive: chi vede un parallelismo tra nullità e nullità di protezione, creando affinità anche nella disciplina della convalida e chi sostiene che è impensabile una convalida nel caso di nullità di protezione, perché altrimenti le nullità di protezione finirebbero a coincidere con l'annullabilità in ogni suo aspetto, optando, in via generale, per una tendenziale inammissibilità della convalida alla disciplina delle nullità di protezione, valorizzando un approccio casistico e attento agli interessi sottostanti, come emerge dalla posizione chi afferma che “non bisogna né negare in ogni caso la convalida [...] né ammetterla in via assoluta”²⁵, ma ragionare caso per caso e prendere la decisione giusta in base agli interessi in gioco di volta in volta presenti.

Per meglio comprendere la figura del contraente debole, risulta necessaria, in via preliminare, l'analisi centrale del concetto di “*potere contrattuale*”, ovvero, letteralmente, il potere di cui un soggetto contraente detiene e sfrutta nelle fasi di trattative, negoziazione e conclusione del regolamento negoziale ovvero la forza contrattuale di andare ad incidere sul contenuto dello stesso, tanto da indirizzarlo nella direzione voluta e cercata, influenzandone il corso; la forza contrattuale spesso si rispecchia, nella realtà pratica, con l'identificazione del soggetto contrattuale stesso (un istituto bancario, un ente pubblico ha una forza contrattuale piuttosto concentrata e incidente rispetto un semplice cittadino) o anche nell'aspetto “tempo”, che implica, essenzialmente, quanto segue: se un soggetto si dovesse trovare in debito e avesse un unico oggetto grazie alla vendita del quale potrebbe saldare la propria parte debitoria nei tempi richiesti, lo stesso si troverebbe in una situazione di pressione legata al tempo e sarebbe, con maggiore probabilità, indotto a vendere ad un prezzo minore rispetto a quello previsto e voluto in caso di assenza di pressione.

La distinzione di forza dei contraenti sulla carta è piuttosto rimarcata e comprensibile,

²⁵ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 42.

mentre nei casi reali accade spesso che le due posizioni non sono così marcatamente segnate e distinguibili; essenzialmente, il contraente debole è colui che si trovi in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte sia nella fase di trattative che in quelle successive prope-
deutiche alla conclusione del negozio giuridico.

Una tutela che tali nullità tengono in conto è correlata a valori come l'equità, la correttezza, la giustizia e l'equilibrio, in grado di prevenire, limitare, escludere, debellare le regole, anche pattizie, inique fra le parti.

Oltre alla natura sanzionatoria, va risottolineata la natura protettiva racchiusa nelle nullità di protezione e che per denominazione mette in evidenza, con la volontà di realizzare e/o ripristinare, a seconda dei casi concreti, l'equilibrio contrattuale²⁶, focus centrale dell'azione di tali nullità.

19. Considerazioni finali: nullità, nullità di protezione, annullabilità

Ci si deve concentrare ora sugli elementi che le nullità di protezione vantano in comune con le due forme di invalidità classiche citate: dalla nullità tradizionale riprende l'imprescrittibilità dell'azione e la rilevabilità d'ufficio, mentre dall'annullabilità la legittimazione relativa, tema intorno al quale si è più volte dibattuto e parlato nel presente. Ricordiamo che la nullità tradizionale da sempre ha rappresentato un mondo poco conosciuto, composto da dubbi, contraddizioni e poche certezze, anche se il brocardo latino "*quod nullum est nullum producit effectum*", "ciò che è nullo non produce effetti", aiuta lo studioso a dare qualche punto fermo sul quale poter fare riferimento. La nullità rappresenta una vera e propria sanzione con efficacia retroattiva, tale per cui se il contratto inficiato da tale istituto dovesse essere stato già eseguito in una fase precedente alla dichiarazione di nullità, necessario sarebbe andare a ripristinare la situazione *ex ante*, procedendo alla restituzione delle prestazioni ottenute, in base al principio della ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c. "chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato"; viceversa, se il contratto non dovesse aver avuto esecuzione prima della dichiarazione di nullità dello stesso, semplicemente verrebbe impedito ogni tipo di prestazione, con la conseguente impossibilità del verificarsi degli effetti voluti dalle parti.

²⁶ A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2018.

Sia la nullità che l'annullabilità rappresentano due forme distinte di invalidità con una differenza rimarchevole data dalla gravità delle stesse: maggiore è nella nullità, minore nell'annullabilità; inoltre, ciò che è nullo non produce effetti, mentre ciò che è dichiarato annullabile produce i suoi effetti, pur se in maniera non stabile, poiché è sufficiente la dichiarazione di una sentenza costitutiva a far venir meno tale efficacia, con effetto tra le parti *ex nunc*. Mentre la nullità ha come fondamento la tutela degli interessi generali, l'annullabilità si rivolge a favore della tutela degli interessi individuali; le nullità di protezione, come visto, si interpongono fra le due discipline, tanto da configurare una protezione sia per gli interessi individuali (come per l'annullabilità), che generali, come valente per la nullità.

La legittimazione rappresenta, inoltre, una tematica non di poca rilevanza. La nullità tradizionale può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e vige quindi un sistema di legittimazione assoluta, mentre l'annullabilità “solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge”, art. 1441 c.c., ed è qui che si inseriscono alcune delle caratteristiche peculiari delle nullità di protezione: esse, così come in vigore per l'annullabilità, hanno una legittimazione relativa e non possono, a differenza della nullità classica, essere fatte valere da chiunque ne abbia interesse, tuttavia si avvicinano anche alla disciplina della nullità per l'imprescrittibilità dell'azione che la contraddistingue, difatti la nullità è imprescrittibile, mentre l'annullabilità si prescrive in cinque anni che decorrono “dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età” quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, mentre “negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto”, art. 1442 c.c. L'azione di nullità ha natura dichiarativa, mentre l'azione di annullamento costitutiva.

L'art. 1423 c.c. è rubricato “inammissibilità della convalida” ovvero “il contratto nullo non può essere convalidato²⁷, se la legge non dispone altrimenti”; discordante l'art. 1444 c.c., il quale sostiene il principio opposto, incentrato sulla recuperabilità del contratto annullabile, la cui convalida avviene per volontà del contraente al quale spetta la proposizione dell'azione di annullamento.

Nelle nullità di protezione, l'istituto della convalida diventa oggetto di profonde

²⁷ Così anche S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

discussioni: la dottrina prevalente non reputa possibile la convalida di un contratto inficiato da nullità di protezione, onde evitare che il soggetto debole da tutelare, a causa della sua stessa debolezza, possa, in realtà, cedere alla volontà della controparte, facendo così venir meno la *ratio* tutelativa delle nullità stesse; come già detto, le posizioni inerenti la possibile convalida o meno di un contratto affetto da nullità di protezione sono svariate e variegate; una parte della dottrina reputa, invece, ammissibile la convalida, in quanto le nullità di protezione rappresentano norme a tutela non solo del singolo contraente debole, ma si estende, andando a coinvolgere un interesse generale, tale da non poter essere sottoposto ad una libera ed esclusiva iniziativa del singolo. A tal proposito, si sono formate diverse prospettive: chi assimila le nullità di protezione alla nullità classica, vedendo delle affinità anche nella disciplina della convalida e chi, invece, d'altro canto, sostiene impensabile un parallelismo di tale portata, in quanto andrebbe a ridurre le nullità di protezione in mera annullabilità. In virtù del principio di conservazione del contratto, l'art. 1424 c.c. consente la possibilità di convertire il contratto nullo, garantendo la produzione di effetti di un contratto diverso "del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità".

È a partire dagli anni '80 del secolo scorso che la debolezza contrattuale viene vista sempre più come oggetto di tutela e non come mera situazione dalla quale poter trarre vantaggio.

La tutela che, principalmente, ha ragion d'essere è quella verso il contraente debole, il consumatore²⁸, l'utente di servizi, la piccola impresa, ovvero di coloro che si trovino in posizione di minore forza contrattuale, già a partire dalle prime fasi di contrattazione; il consumatore rappresenta per definizione quel soggetto contraente che si trova all'interno di un quadro economico e di rapporti contrattuali spesso poco equilibrati, anche a causa di abusi di posizioni dominanti. La protezione data a tale soggetto è garantita dalla disciplina di derivazione comunitaria di cui si è molto discusso.

Le nullità di protezione, così come avviene per la nullità tradizionale, possono essere fatte valere sia dal soggetto interessato in prima persona che mediante l'intervento d'ufficio

²⁸ M. P. MANTOVANI, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, 2010.

da parte del giudice²⁹, che potrebbe, quindi, agire d’iniziativa, a meno che il contraente, cosciente e consapevole, non avesse dato atto di accettare egualmente quanto disposto dal contratto, pur essendo a conoscenza della patologia; vieppiù, il giudice ha il potere di rilevare una nullità di protezione all’interno del regolamento contrattuale, eppure, in mancanza di una specifica domanda di parte, non potrebbe dichiararla; inoltre, la rilevabilità d’ufficio da parte del giudice non può avvenire a svantaggio dell’interesse del contraente debole, ma può avere luogo anche avverso la volontà contraria del contraente stesso.

Le nullità di protezione rappresentano una figura particolare, un istituto perfettamente incastonabile tra la nullità e l’annullabilità, sebbene non rientranti né all’interno della prima né all’interno della seconda disciplina, tanto ciò vero non è mancato chi in dottrina ha osservato che “le nullità relative, di protezione o speciali, che dir si voglia, hanno ormai acquistato una loro collocazione ben precisa nel sistema delle invalidità, tra la nullità e l’annullabilità”³⁰.

Si ricorre alle nullità di protezione per far valere un proprio diritto, in particolar modo se la tutela dello stesso sia venuta meno a causa di una disparità di potere contrattuale; tale tipologia di nullità viene considerata come una vera e propria “sanzione correttiva”. Lo scopo ultimo delle nullità di protezione è quello di ristabilire l’equilibrio contrattuale, garantendo la tutela a favore del soggetto debole e impedendo situazioni di ingiustizia e squilibrio contrattuale.

In sostanza, le nullità di protezione hanno fatto parlare tutti sin dalla loro origine e continuano, a distanza di anni, a creare spunti vivi e dibattiti interessanti con riflessi significativi di natura sistematica e pratica giacché, come sopra rilevato, le nullità di protezione hanno rimescolato le carte utilizzate dai dogmatici, sino al punto da far seriamente dubitare dell’esistenza dei dogmi alla base della costruzione classica della nullità, e hanno anche modificato il sistema delle tutele in virtù delle modalità con cui queste nuove forme di nullità operano.

Abstract

The writing focuses on the discipline of nullity, highlighting the general profiles, including the retroactivity and imprescription.

²⁹ A. BECCU, *Clausole abusive e nullità di protezione: il ruolo del giudice e il ruolo del notaio*, in *Riv. Notariato*, fasc. 3, 2010.

³⁰ P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, p. 577.

In the second part the relative nullities are studied, specifically, the nullities of protection, comparing them with the discipline of nullity and annulment, both forms of invalidity of the legal transaction.

Finally, the writing concludes with some final considerations, where the figure of the nullities of protection is thought of as a "hybrid" figure, that approaches the discipline of nullity for some aspects, departing from it for others and finding affinity with the discipline of annulment, remembering how, actually, the nullities of protection were able to reshuffle the cards first used by the dogmatists.

Camerino, giugno 2019.

IVAN APARECIDO RUIZ*

*Diversidade cultural e direitos dos animais: o caso da Vaquejada no Brasil***

Sumário: 1. Introdução; – 2. Considerações e conceito da Vaquejada; – 3. Lei estadual do Ceará n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013, que regulamenta a Vaquejada como prática desportiva e cultural; – 4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983-Ceará no Supremo Tribunal Federal (STF); – 4.1. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/1988), na organização e estrutura do Poder Judiciário brasileiro; – 4.2. O caso concreto da Vaquejada no Brasil; – 4.3. O tratamento dos Direitos dos Animais e as manifestações culturais na CRF/1988 (art. 225, *caput*, § 1º, inc. VII, § 3º, combinado com o art. 215, *caput*); – 4.4. A posição do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983-Ceará; – 5. A superveniente Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, publicada no DOU de 7/6/2017, que acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica; – 6. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5728, que questiona a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96, de 6/6/2017; – 7. Conclusões, Referências bibliográficas.

1. Introdução

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. É professor associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). É professor pesquisador visitante sob orientação na Universidade de Camerino – UNICAM (Università degli Studi di Camerino).

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

Palestra proferida nas Jornadas internacionais da Cattedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza” sobre o tema “Diversità culturale: aspetti filosofici, giuridici ed economici” realizado em Civitanova Marche (UNICAM), nos dias 23-24 de novembro 2017. O texto foi atualizado até 09/12/2019, pois ainda tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF), ação declaratória de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96, de 6/6/2017, onde se discute a constitucionalidade da *Vaquejada*.

O presente texto fará uma análise na questão da diversidade cultural, no âmbito da jurisprudência brasileira, mormente nos tribunais superiores, dentre eles, em especial ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, primordialmente em matéria constitucional, a fim saber como este Poder, encarregado da função jurisdicional, vem interpretando a temática da diversidade cultural, atualmente muito discutida e debatida nos mais diferentes continentes. É matéria extremamente atual, até mesmo pelas diversidades das culturas, com muitas questões ainda em aberto. Portanto, o estudo e análise do tema é plenamente justificável.

2. *Considerações e conceito da Vaquejada*

O Brasil, devido a sua grande extensão territorial, pode-se, em consequência, falar em, basicamente, em um continente, e diante das diferentes migrações existentes, há uma pluralidade de culturas, com uso e costumes regionais peculiares. Basta pensar, por exemplo, na região *Sul*, compreendida pelos estados do Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e Paraná (PR), onde, praticamente, os migrantes são provenientes, em uma pequena quantidade de escravos africanos, e a grande maioria de Argentina, Açores, da Espanha, da Alemanha, da Itália, da Polônia, da Ucrânia e dos Países Baixos, com uma herança acentuadamente europeia¹, em comparação com o Norte², cuja população é largamente formada por mestiços, descendentes de indígenas e portugueses, sendo que em Manaus, maior cidade da região, é elevado o número de descendentes de ingleses, franceses e judeus, e Nordeste³, onde a população, chamada de povo nordestino, é constituída basicamente de três grupos étnicos: o indígena, o branco e o negro.

Dentre essa diversidade de cultura, surge no Nordeste e, particularmente, no estado do Ceará, a chama Vaquejada. A prática da Vaquejada ocorre, assim, no nordeste brasileiro e, em especial, como afirmado, no estado do Ceará. No corpo do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal

¹ A característica populacional vinda praticamente dos europeus contribui para o processo de formação da sociedade brasileira dessa região, com introdução do sistema de pequenas e médias propriedades rurais, com a finalidade agrícola oriunda a Europa.

² Esta região é formada pelos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins.

³ Esta região é compreendida pelo maior número de estado da Federação, sendo ao todo, 9 (nove), e que são os seguintes: Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

(STF), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, a respeito da origem da prática da Vaquejada, encontra-se a seguinte passagem do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso: “I. A prática da Vaquejada. 14. A origem das vaquejadas remonta às práticas pecuárias nordestinas dos séculos XVII e XVIII⁴. Àquela época, as fazendas de pecuária bovina não tinham sua extensão delimitada por cercas. Por essa razão, vaqueiros eram convocados por fazendeiros para separar seus bois e vacas que se misturavam aos de outras fazendas. Essa prática era conhecida como “apartação”. Com o passar do tempo, essa atividade tornou-se um evento festivo, atraindo a comunidade local. Por volta da década de 1940, vaqueiros de alguns Estados da região Nordeste começaram a divulgar suas habilidades na lida com o rebanho, por meio de uma atividade que ficou conhecida como “corrida de morão”⁵. Ela se diferenciava da “festa da apartação” por ser realizada nos pátios das fazendas, já agora delimitadas e cercadas. Após alguns anos, pequenos fazendeiros de várias partes da região Nordeste começaram a promover uma competição de derrubada de bois, na qual os vaqueiros vencedores recebiam como prêmio uma quantia em dinheiro. Essas competições passaram, então, a ser chamadas de vaquejadas.

Nas últimas décadas do século passado, a prática evoluiu, tornando-se uma atividade com características de esporte, na qual dois competidores a cavalo perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova. O objetivo da dupla é derrubar o boi dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado “faixa”. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O “vaqueiro-esteireiro” é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o “vaqueiro-puxador”. Próximo à “faixa”, o vaqueiro-esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado”.

Pode-se conceituar, então, a Vaquejada como uma atividade cultural do Nordeste brasileiro, na qual dois vaqueiros montados a cavalo, após o boi ser liberado do brete, local

⁴ L. CÂMARA CASCUDO, *A Vaquejada Nordestina e sua Origem*, Fundação José Augusto, 1976.

⁵ C. ALVES, *Vaqueiros e Vaquejadas*, Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1986.

este onde o boi fica preso antes de iniciar a competição, correm paralelamente e têm que derrubar o boi, puxando-o pelo rabo, entre duas faixas de cal marcadas no solo do parque da vaquejada, cujo animal deverá ficar com as patas para cima, para que possa haver a pontuação dos concorrentes.

Nessa prática, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a norma do regulamento, é cruel e causa dano ao animal. Mesmo que no momento da competição não venha se observar danos físicos e mentais, de imediato, a olho nu, existe probabilidade de sequelas graves que podem se manifestar após o evento. É de se registrar que a simples possibilidade de lesão já é motivo suficiente para se pensar na observância do princípio da precaução.

3. Lei estadual do Ceará n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013, que regulamenta a Vaquejada como prática desportiva e cultural

A Lei estadual n. 15.299, de 08/01/2014, do estado do Ceará, que regulamenta a Vaquejada como atividade desportiva e cultural, no art. 2º., define a Vaquejada, o que faz nos seguintes termos: “Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo”.

Essa lei estadual traz a (a) definição legal da Vaquejada, (b) aborda sobre a competição e os competidores, (c) traz as competições na modalidade amadora e profissional, (d) disciplina sobre os organizadores e, finalmente, (e) dispõe sobre o transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na Vaquejada.

4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983-Ceará no Supremo Tribunal Federal (STF)

Em face dessa Lei estadual n. 15.299, de 08/01/2014, do estado do Ceará, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, pela Procuradoria-Geral da República, na condição de autora, e como interessados o Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, e, finalmente, como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ).

O relator desta ação no Supremo Tribunal Federal foi o Ministro Marco Aurélio.

4.1. *O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/1988), na organização e estrutura do Poder Judiciário brasileiro*

No Brasil, a respeito questionamento da inconstitucionalidade de uma lei estadual é realizada perante o Poder Judiciário, mais precisamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro vem organizado no art. 92⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E o Supremo Tribunal Federal (STF), nessa estrutura organizacional, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, a “Sua função básica é a de manter respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o país, o que faz através de uma série de mecanismos diferenciados – além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional. Como cabeça do Poder Judiciário, compete-lhe a última palavra na solução das causas que lhe são submetidas. [...] Como guarda da Constituição, cabe-lhe julgar: a) a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra a), inclusive por omissão (art. 103, § 2º.); [...]”⁷.

O fundamento legal, portanto, para propositura da ação declaratória direta de inconstitucionalidade de lei estadual, ação adequada para questionar a constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), é o art. 102, inciso, I, letra “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.2. *O caso concreto da Vaquejada no Brasil*

No caso específico da Vaquejada no Brasil, ocorrido no estado do Ceará, esta foi a ação, qual seja a Ação direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República questionando a Lei estadual n. 15.299, de 8/1/2013, do Estado do Ceará.

⁶ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

⁷ A. C. DE ARAÚJO CINTRA, A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 30. ed., Malheiros, 2014, p. 200 s.

Nessa ação foi sustentado, na petição inicial, o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, art. 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, art. 215, conforme se demonstrará no item seguinte.

Foi afirmado ser necessário dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente. Consoante articula, a lei impugnada não encontra respaldo no Texto Maior, violando o disposto no art. 225, § 1º, inciso VII, da Lei Maior.

4.3. *O tratamento dos Direitos dos Animais e as manifestações culturais na CRF/1988 (art. 225, caput, § 1º, inc. VII, § 3º, combinado com o art. 215, caput)*

Na época da propositura da referida ação de declaratória de inconstitucionalidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao cuidar do Meio Ambiente, no art. 225, e em especial o § 1º, inciso VII, prescreve:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.

Ainda, nessa mesma Constituição, ao tratar o legislador constitucional da *cultura*, no art. 215, § 1º, assim estabeleceu: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Nesses dispositivos legais constitucionais se verifica o tratamento dos direitos dos animais e as manifestações culturais.

4.4. *A posição do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983-Ceará*

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento final da mencionada ação, assim decidiu, consoante se por observar da *ementa* do acórdão:

Processo Objetivo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Atuação do Advogado-Geral da União. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.

Vaquejada – Manifestação Cultural – Animais – Crueldade Manifesta – Preservação da Fauna e da Flora – Inconstitucionalidade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada”.

O ministro relator, Marco Aurélio, acolhendo o pedido da exordial, no final de seu voto, assim decidiu: “Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. É como voto”.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, sustenta que após examinar a matéria, chegou à conclusão oposta à do relator, afirmando a certa altura de seu voto que “Esse é o texto da Constituição. Portanto, o que se entende por processo civilizatório, com a devida vênia, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam insculpidas como tradição cultural. Ao contrário, numa sociedade aberta e plural, como a sociedade brasileira, a noção de cultura é uma noção construída, não é um a priori, [...]. Portanto, a partir do que consta da petição inicial e desse dispositivo da Constituição, com a devida vênia, concluo, no caso, por reconhecer a constitucionalidade, portanto, julgando improcedente o pedido, tal como manifestado pelo Ministério Público Federal”. [...] Sendo a vaquejada manifestação cultural, como aliás está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proi-

bir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país.

Como se pode observar, entendeu o ministro Edson Fachin que, em nome face do art. 251, § 1º, da CRF/1988, a manifestação cultural encontra amparo no texto da Lei Maior.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acompanhou a posição do ministro Edson Fachin, por entender que ela traz aspectos importantes e foca um outro aspecto importante, que é o art. 215⁸, § 1º.

O ministro Ricardo Lewandowski, na condição de Presidente da Corte, em esclarecimento, assevera, lembrando posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde “[...] é muito vasta no sentido de proibir qualquer tipo de instrumento que possa causar lesões aos animais nas vaquejadas. Há inúmeros e inúmeros acórdãos. Eu mesmo participei de vários julgamentos, numa Câmara de Direito Público que integrei, onde se proibia esporas com rosetas cortantes, o famoso sedém, que é aquela tira de couro que é apertada sobre os rins dos animais, choques elétricos e o uso de outros instrumentos contundentes”.

Na sequência, o ministro Roberto Barroso, em um longo e fundamentado voto vista, assim se manifesta, apresentando a seguinte ementa:

“Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Colisão de normas constitucionais: proteção de manifestações culturais *versus* vedação de crueldade contra animais.

1. A vedação de práticas que submetam animais a crueldade, prevista no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, constitui proteção constitucional autônoma, devendo-se resguardar os animais contra atos cruéis independentemente de haver consequências para o meio-ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, *caput* e § 1º) e,

⁸ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. [...]”.

de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), tem sido firme no sentido de interditar manifestações culturais que importem crueldade contra animais. Nessa linha: RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998; ADI 2.514, Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005; ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007; ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011.

3. Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução.

4. É permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente para declarar inconstitucional lei estadual que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural”.

No texto de seu voto vista, o ministro Roberto Barroso, precisamente na Parte II, entra na questão referente o debate na ética animal sobre bem-estar e direitos dos animais, fazendo-se uma (a) breve nota sobre a evolução das atitudes dos homens em relação aos animais, (b) o embate entre as correntes do bem-estar e dos direitos dos animais, e (c) a conciliação entre as correntes do bem-estar e dos direitos dos animais. Na Parte III do referido voto vista, o ministro Roberto Barroso vai tratar sobre a proteção constitucional dos animais contra crueldade no Brasil, adentrando a respeito da vedação da crueldade como tutela autônoma dos animais. Neste tópico, ao discorrer sobre a crueldade, assim se manifesta: “[...] a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à

mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie”.

Passa, na sequência, a tratar da jurisprudência do supremo tribunal federal, conforme se pode observar abaixo das decisões transcritas:

“Costume – Manifestação cultural - Estímulo - Razoabilidade – Preservação da fauna e da flora - Animais – Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi.” (RE 153.531 Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998).

Nas ADI 1.856 e 2.514, procedentes, respectivamente, dos Estados do Rio de Janeiro e Santa Catarina, esteve a Corte diante da questão sobre se as competições conhecidas como “brigas de galo”, autorizadas por leis estaduais, representariam práticas que submetem animais a crueldade. Na ADI 2.514 (Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005), a primeira entre as duas a ser julgada, o relator asseverou em seu voto que “ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais a crueldade”. A Corte decidiu o caso por unanimidade, deixando assentado na ementa que “[a] sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil”.

A lei catarinense questionada na ADI 1.856, diferentemente da fluminense, não apenas autorizava a referida prática, mas traçava um completo regime de regulação, prevendo, entre outras coisas, o reconhecimento da legalidade da briga de galo, incentivando-a amplamente na condição de atividade econômica. A Corte decidiu, também por unanimidade, que “[a] promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a

submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico.” Merece destaque a seguinte parte da ementa: “Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallusgallus”)” (ADI 1.856. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011) (Grifou-se)

Já na ADI 3.776 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007), na qual se questionava lei do Estado do Rio Grande do Norte, também sobre “brigas de galo”, a Corte, novamente por unanimidade, reafirmou sua orientação no sentido da proteção dos animais contra crueldade. Na oportunidade, afirmou o Ministro Cezar Peluso ser a postura da Corte “repudiar autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar manifestação cultural ou patrimônio genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas, cruéis ou atrozes, porque contrárias ao teor do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal”.

Como se observa, as atividades já declaradas inconstitucionais por esta Corte – “farra do boi” e “brigas de galos” – são manifestações culturais com características de entretenimento e não de outra natureza, como, por exemplo, a de caráter religioso. Esse não é o tema em questão na presente ação e, portanto, não será enfrentado. Por outro lado, a vaquejada também possui características de entretenimento, por ser ela uma “atividade recreativa-competitiva, com características de esporte”, como a própria Associação Brasileira de Vaquejada a define.

Com efeito, tendo em vista o caráter das práticas analisadas até aqui por esta Corte e a necessidade de se manter na maior extensão possível os interesses albergados nas normas constitucionais em colisão, considero mais apropriado assentar que do sopesamento entre elas decorre o seguinte enunciado de preferência condicionada¹⁴: manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatí-

veis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.

Mas a vaquejada, comparada à “farra do boi” e às “brigas de galo”, impõe um desafio maior à Corte. Em nenhum daqueles casos, havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade. Ela era tão inequívoca que a Corte não precisou explorar seu significado. A crueldade saltava aos olhos! Já na prática da vaquejada, em que o sofrimento de animais não é tão evidente, uma vez que os animais aparentam estar em bom estado antes, durante e logo após as provas, muitos são levados a crer que ela não envolve crueldade alguma. Entretanto, para ser prudente e levar a sério a tutela constitucional dos animais contra crueldade em casos como o presente, mostra-se particularmente necessário entender o que se compreende por crueldade e como é possível determinar se ela ocorre em determinada prática envolvendo animais. A seção seguinte é dedicada a esse desafio”.

No item III, o ministro Roberto Barroso trata sobre a crueldade contra animais. Realizado este estudo, com ampla fundamentação, adentra o ministro sobre a questão específica da *Vaquejada*, quando na Parte IV, de seu voto vista, procede uma análise da vaquejada, vaquejada e crueldade, e da impossibilidade de regulamentação da vaquejada, para ao final, concluir que “Diante do exposto, acompanho o relator, julgando o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade procedente, de acordo com os fundamentos aqui expostos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 8.01.2013, do Estado do Ceará, propondo a seguinte tese: manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada. É como voto”.

O ministro Teori Zavascki, em seu voto, manifestou que não se está julgando a inconstitucionalidade, ou não, da vaquejada; mas, sim está se discutindo a constitucionalidade, ou não, de uma lei do Estado do Ceará, que diz o seguinte: “Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará. Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla

de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo. § 1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal. § 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral. § 3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público. Art. 3º A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada. Art. 4º Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais. § 1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo. § 2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas. § 3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova”.

Finalmente, o ministro Teori Zavaski, afirma “[...] que se deve distinguir a constitucionalidade da vaquejada como prática cruel, e a constitucionalidade desta lei. Eu não vejo inconstitucionalidade nesta lei na forma como ela está colocada. Por isso eu vou pedir vênias para acompanhar a divergência”.

A ministra Rosa Weber, em antecipação de voto, entende “que a violência e a crueldade ao animal são ínsitas à vaquejada. E se a crueldade ao animal é ínsita à vaquejada, enquanto um entretenimento, ela é uma manifestação cultural que, como disse o Ministro Marco Aurélio, não encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição”.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, esclarece que fez “uma opção por aqueles que propugnaram pela possibilidade de exploração dessa atividade cultural, com essas ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada, levando-se ainda em consideração que, com toda essa humanização, não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E isso é contemplado constitucionalmente como direito social. Por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, pedindo vênias àqueles que

votaram contrariamente, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin”.

O ministro Dias Toffoli, quando do julgamento pediu vista. Nesse momento, o ministro Celso de Mello, pediu para antecipar o seu voto, pelo qual acompanhou o relator, ministro Marco Aurélio, para o fim de julgar procedente a ação declaratória de inconstitucionalidade, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, declarando inconstitucional o diploma normativo atacado, qual seja, a lei estadual cearense, enfatizando que o debate que se realiza em torno do tema objeto do processo, a respeito da Vaquejada, a “crueldade é inerente à sua prática”.

O ministro Gilmar Mendes, em confirmação de voto, acompanha a divergência iniciada pelo ministro Edson Fachin.

O ministro Dias Toffoli, em sede de seu voto-vista, acompanhando a divergência iniciada e valendo-se dos argumentos do ministro Edson Fachin, assevera que que “[...] não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos. Anote-se, além disso, que a própria lei que ora se ataca faz a defesa dos animais contra essas ações; ou seja, a própria lei exige o respeito aos animais e não institucionaliza a tortura, o que impede, **data venia**, que se admita a colisão da lei ora atacada com o art. 32 da Lei nº 9.605/98, definidora dos crimes ambientais”.

O ministro Ricardo Lewandowski, em confirmação do voto antecipado, acompanhou a posição do relator, “[...] que bem destacou que a atividade da vaquejada, aqui impugnada, revela “inequívoco envolvimento de prática cruéis contra bovinos”.

Finalmente, a ministra Cármen Lúcia, na qualidade de presidente neste julgamento, acompanhou o relator

Em data de 06/10/2016, em decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/2013, do Estado do Ceará, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli.

Dessa forma a referida lei do estado do Ceará que disciplinava a *Vaquejada* foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Portanto, não mais havia que se falar em Vaquejada.

5. *A superveniente Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, publicada no DOU de 7/6/2017, que acrescenta § 7º. ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica*

Tão logo foi publicada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), e face ao resultado da ADI 4983/CE, o Poder Legislativo (Congresso Nacional altera o tratamento da matéria, editando a Emenda Constitucional n. 96, de 6/6/2017.

A Emenda Constitucional tem o seguinte teor:

"Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017

Acrescenta § 7º. ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º. do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º.:

"Art. 225. [...]

§ 7º. Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º. deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º. do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."(NR)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 6 de junho de 2017".

Com essa Emenda Constitucional que acrescentou o § 7º., ao art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRF/1988), foi afirmado no texto constitucional que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme preconiza o § 1º., do art. 215, da aludida Constituição.

Tem-se, dessa forma, que o legislador brasileiro, ao acrescentar um dispositivo na CRF/1988, passou admitir, com todas as letras, a *Vaquejada* no território nacional.

6. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5728, que questiona a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96, de 6/6/2017

Em virtude da Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, que passou a admitir essa prática desportiva, foi proposta pelo Forum Nacional de Proteção e Defesa Animal, em face Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5728, que questiona, justamente, a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, cujo processo foi distribuído para o ministro Dias Toffoli atuar como relator no Supremo Tribunal Federal (STF). Nesta ação foi formulado pedido de liminar, que, não foi deferido, tendo o relator determinado que fosse aplicado o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo.

A Procuradoria Geral da República, em data de 03/05/2018, instada a se manifestar nesta ação declaratória de inconstitucionalidade, opina pelo conhecimento e, no mérito, pela procedência do pedido formulado, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017.

Em despacho nos autos do processo, pelo relator ministro Dias Toffoli, foi admitido o ingresso dos postulantes ABQM – Associação Brasileira de Criadores de Cavalo Quarto de Milha, Associação Bichos Gerais, e PROANIMA – Associação Protetora dos Animais do Distrito Federal.

Este processo, até o presente momento, encontra-se concluso com o relator, desde o dia 05/11/2019, sem qualquer decisão. Portanto, continua hígida a Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017, com a possibilidade de realização da Vaquejada no Brasil.

7. Conclusão

A conclusão que se chega, depois de uma exame e análise da decisão do Supremo Tribunal (STF), em votação apertada, por 6 votos pela inconstitucionalidade e 5 pela constitucionalidade e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade, de forma inusitada e com a agilidade que não se vê de forma corriqueira não Poder Legislativo brasileiro, houve uma alteração da Constituição Federal para admitir a Vaquejada no Brasil. O que foi mais lamentável nesse quadro todo, é que o presidente do Senado da República e da Câ-

mara dos Deputados Federais, na época da promulgação da citada Emenda Constitucional, compareceram ao retorno da Vaquejada, na tarde festiva para os cearenses. É o Poder Legislativo, no âmbito do político, alterando a legislação para atender interesses do poder econômico.

Resumo

O objetivo desta comunicação é a de realizar uma análise da questão da colisão entre os direitos dos animais e das manifestações culturais no Brasil em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, oriunda do estado do Ceará, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual a respeito da vaquejada, como manifestação cultural, e a posterior alteração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/1988), por parte do Congresso Nacional brasileiro, no sentido de não se considerar cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais. Para tanto, discorrerá sobre a Vaquejada no Brasil e da organização e estrutura do Poder Judiciário brasileiro, e, em particular do Supremo Tribunal Federal, como guardião da CRF/1988 e, ainda, do tratamento dispensado por essa Lei Maior a respeito da cultura e das manifestações culturais em cotejo com os direitos dos animais. A temática é extremamente atual, justificando o estudo e a análise.

Riassunto

Lo scopo di questa comunicazione è quello di condurre un'indagine sulla collisione tra i diritti degli animali e gli eventi culturali in Brasile a causa della decisione della Corte Suprema (STF), nell'Azione Dichiarativa di Incostituzionalità (ADI) 4983, proveniente dallo Stato del Ceará, che ha riconosciuto l'incostituzionalità della legge statale in materia di Vaquejada come una manifestazione culturale, e la conseguente modifica della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile del 1988 (CRF/1988), da parte del Congresso Nazionale del Brasile, al fine di non prendere in considerazione le pratiche sportive che utilizzano animali, a condizione che si tratti di eventi culturali. Per questo, si discuterà della Vaquejada in Brasile e dell'organizzazione e della struttura della Magistratura brasiliana, e in particolare della Corte Suprema, in quanto custode del CRF/1988 e anche del trattamento dispensato

da questa Legge Maggiore per quanto riguarda la cultura e gli eventi culturali in contrasto con i diritti degli animali. Essendo una tematica estremamente attuale, ne sono giustificati lo studio e l'analisi.

Camerino, dicembre 2019.

BELMIRO JORGE PATTO*

*Diversidade cultural, desigualdade social e encarceramento seletivo***

Sumário: 1. Introdução; – 2. Contexto histórico; – 3. Os contornos atuais da diversidade cultural no Brasil; – 4. Violação sistemática e seletiva de direitos e garantias fundamentais pelo Estado brasileiro; – 5. Conclusão.

1. *Introdução*

No contexto da temática da Cattedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza”, e da Giornate di studio su “Diversità culturale: aspetti filosofici, giuridici, economici”, aborda-se certa especificidade da formação social brasileira que tem na diversidade cultural um dos principais fatores de relações político-sociais desiguais que geram efeitos anômalos, dentre eles o do encarceramento seletivo, mostrando uma de suas mais cruéis facetas, uma vez que penaliza dupla ou triplamente cidadãos vulneráveis, evidenciando a ausência de políticas públicas que obedeçam aos comandos constitucionais da pauta de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Para tanto, relaciona-se historicamente o fenômeno do incremento da população carcerária e da violência urbana armada no Brasil a partir do início dos anos 2000, suas causas e impactos na sociedade brasileira, sociedade esta diversa culturalmente, desigual social e economicamente, até o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), o órgão constitucional do poder judiciário nacional, no julgamento da Arguição de Descum-

* Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá – UEM.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

Palestra proferida nas V Giornate internazionali da Cattedra UNESCO “Diritti umani e violenza: governo e governanza” sobre o tema “Diversità culturale: aspetti filosofici, giuridici, economici”.

primeto de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em que ficou configurado o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

Apesar da total inépcia de tal sistema o incremento da população carcerária neste período denota um descompasso entre a proteção de vulneráveis que o poder judiciário em Estado Democrático de Direito tem o dever de efetivar, não enquanto “ativismo” judiciário, mas na tutela de direitos e garantias fundamentais daquelas vulnerabilidades e a interpretação normativa que ao pugnar, nestes casos, por um dogmatismo quase autoritário se traduz na seletividade dos que serão encarcerados. De outro lado, o encarceramento enquanto pretensa solução dos problemas de segurança pública no Brasil falhou completamente dado que, no mesmo período analisado, as taxas de homicídios no país avançaram de forma assustadora. No ano passado (2016) morreram sessenta e uma mil (61.000) pessoas assassinadas por armas de fogo, dados que também apontam para a “seletividade” social e econômica dos que morrem. Além disto, há nítida falência da função ressocializadora da pena nos números de reincidência que inclusive servem de critério para ainda mais encarceramento.

A (des)proteção das diversidades culturais e sociais no Brasil está em rota de colisão com os fundamentos da Constituição Federal e deixa transparecer nas decisões judiciais dos casos penais a intolerância judiciária com os cidadãos em situação de vulnerabilidade e o descompromisso do Estado brasileiro com seus deveres de tutela de direitos e garantias fundamentais. Assim, para tentar entender como se chegou a tal situação caótica, necessária uma brevíssima incursão na história da formação da diversidade cultural brasileira, suas peculiaridades, paradoxos e consequências para a atualidade.

2. *Contexto histórico*

O processo colonial brasileiro se iniciou com a tentativa frustrada de povoamento e produção de riquezas em território inóspito e hostil. Nem os cidadãos da metrópole tinham interesse em permanecer por muito tempo sob tais condições, nem os autóctones se deixaram conduzir ao modelo de produção que se tentou lhes impor. Importa referir o problema enfrentado pelos jesuítas desde sua chegada ao Brasil, sintetizado na expressão cunhada

por António Vieira¹ da “inconstância da alma selvagem”; que depois virá ser objeto de análise no belo texto de Eduardo Viveiros de Castro² que identifica tal *inconstância* justamente na ausência de poder centralizado que pudessem fazê-los (os autóctones) submissos a qualquer hierarquia de poder interno, tornando assim difícil a “conversão” não apenas no plano logístico, mas também conceitual.

Neste período, pequenos núcleos sociais se formaram de modo precário e em geral tiveram vida ativa somente no lapso de duração de ciclos econômicos relativamente fugazes, uma vez que projetos de médio e longo prazo não se sustentavam no modelo exploratório extrativo de riquezas naturais.

Num segundo momento houve o incremento da população local com a remodelação do projeto que agora teria por base o sistema escravocrata de relações sociais. Mais do que exploração de mão de obra, o modelo socioeconômico Ibérico funcionava todo ele em torno da escravidão. Quer isto dizer que os modos de constituição de sociabilidades e relações econômicas tinham o escravo como ponto de partida e de chegada. Desde as grandes fortunas dos traficantes, até a compra de escravos por ex escravos alforriados.

Acrescente-se a isto o fato de o modelo Ibérico ser também fundamentado na Contrarreforma católica que, de sua vez, encontrou na monarquia portuguesa condições *sui generis* de fundamentação do trabalho *per se* e do trabalho escravo³.

Como cediço a transposição do modelo para o Atlântico reforça as características *raciais*, e no que se refere à atuação jurídica, fazia-se ainda mais distante da legalidade iluminista que estava a se constituir no continente europeu⁴.

¹ A. VIEIRA, *O sermão do Espírito Santo*, in *Sermões*, São Paulo, Hedra, 2003.

² E.V. CASTRO, *O mármore e a murta: sobre a inconstância da alma selvagem*, in *Revista de antropologia*, 1992, v. 35, p. 21 ss.

³ Como aponta A. J. R. RUSSEL-WOOD, *Histórias do Atlântico português*. São Paulo: UNESP, 2014. p. 52 s., em relação a Portugal “(...)”. Quanto à África, fazia-se uma distinção entre a Terra dos Mouros e a Terra dos Negros. No primeiro caso, a mão de obra escrava abrangia *mouros e negros*. Mesmo antes de escravos negros chegarem ao solo português na década de 1440, a condição de escravização havia sido associada a uma falta de ortodoxia religiosa, ou a um desvio daquilo que os portugueses consideravam como tal, ou paganismo. O trabalho físico passara a ser considerado depreciativo. Somente os “outros” - a saber, aqueles que não eram católicos nem portugueses - dedicavam-se ao esforço físico. Ao fazer isso, eles se rebaixavam ainda mais da já vilificada posição à qual sua filiação religiosa, ou a falta dela, os condenara. (...) . À geografia da “alteridade” baseada nas diferenças religiosas e sociais, acrescentou-se um componente racial”

⁴ Neste sentido, aponta-se, ainda com A. J. R. RUSSEL-WOOD, *op. cit.*, p. 68. “Ser escravo significava ser uma “*peessoa vil*”. Na década de 1720, um escravo negro foi acusado de assassinato. Apesar da falta de provas, ele foi condenado à “tortura judicial para chegar à verdade”. Com o propósito de justificar essa medida, um juiz

Evidencia-se no Brasil o caráter violento e arbitrário da atuação estatal e sua aceitação pela comunidade jurídica pois é constituinte da formação histórica do modelo adotado⁵.

A partir de tais condições histórico sociais uma das consequências será a formação de uma *marginalidade* populacional que vai se constituir para o futuro, como apontado acima, num dos mais graves problemas de segurança pública uma vez que é ínsita à formação social e à diversidade cultural produzida pelo modelo nacional a violência e a arbitrariedade das relações desiguais de poder, de trabalho e de sociabilidades⁶.

Sabe-se, ademais, que o evento da abolição da escravidão em 1888 somente reforçou a exclusão uma vez que abandonou à própria sorte os agora “libertos” sem nenhuma condição de trabalho e de inserção social. As discussões sobre o projeto migratório que viria a ser substitutivo da mão de obra escrava deixava evidente a repulsa daquela grande parcela da população brasileira de então que por força das condições precárias de sobrevivência

da suprema corte de apelações do Brasil decretou: Provas circunstanciais baseadas em meros fatos como os apresentados neste caso constituiriam bases mais do que adequadas para tortura quando o acusado é um escravo ou *pessoa vil* porque, em tais casos, não importa quão poucos indícios possa haver, a tortura é justificável. E, visto que nesse caso o réu é uma pessoa vil e um escravo como ele mesmo confessa, em meu julgamento o ônus da prova é incontestável”.

⁵ Mais recentemente na doutrina, aponta S. DE CARVALHO, O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, pp. 627. “A breve revisão bibliográfica sobre o tema, a partir de importantes autores da criminologia crítica, permite perceber que o racismo se infiltrou na América Latina como um discurso ou uma ideologia configuradora de práticas punitivas autoritárias e genocidas. No Brasil, esta racionalidade excludente sustenta, revive e alimenta, até os nossos dias, práticas decorrentes das políticas escravagistas contra a população afro-brasileira. Aliás, é esta configuração racista da *forma mentis* que rege o sistema punitivo nacional que renova discursos (sociais e criminológicos) que podem ser qualificados como “ciência” antimulata, nos termos propostos por Zaffaroni, e que sustenta práticas de controle social que têm no modelo escravagista seu referente imediato. Não por outra razão é a juventude negra a vítima preferencial da seletividade criminalizante das agências penais, conforme é possível perceber na análise dos dados de prisionalização”

⁶ Como assevera M. S. DE C. FRANCO, *Homens livres na ordem escravocrata*, São Paulo, UNESP, 1997. p. 14. “Esta situação deu origem a uma formação *sui generis* de homens livres e expropriados, que não foram integrados à produção mercantil. A constituição desse tipo humano prende-se à forma como se organizou a ocupação do solo, concedido em grandes extensões e visando culturas onerosas. Dada a amplitude das áreas apropriadas e os limites impostos à sua exploração pelo próprio custo das plantações, decorreu uma grande ociosidade das áreas incorporadas aos patrimônios privados, podendo, sem prejuízo econômico, ser cedidas para uso de outro. Esta situação - a propriedade de grandes extensões ocupadas parcialmente pela agricultura mercantil realizada por escravos - possibilitou e consolidou a existência de homens destituídos de propriedade dos meios de produção, mas não de sua posse, e que não foram plenamente submetidos às pressões econômicas decorrentes dessa condição, dado que o peso da produção, significativa para o sistema como um todo, não recaiu sobre seus ombros. Assim, numa sociedade em que há concentração dos meios de produção, onde vagarosa, mas progressivamente, aumentam os mercados, paralelamente forma-se um conjunto de homens livres e expropriados que não conheceram os rigores do trabalho forçado e não se proletarizaram. Formou-se, antes, uma “ralé” que cresceu e vagou ao longo de quatro séculos: homens a rigor dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais à sociedade. A agricultura mercantil baseada na escravidão simultaneamente abria espaço para sua existência e os deixava sem razão de ser”.

veio reforçar o ciclo vicioso da exclusão, da violência, da arbitrariedade e do descaso seletivos das instituições públicas.

O que se quer indicar aqui é que não houve uma política pública de inclusão da diversidade populacional e cultural no Brasil, muito ao contrário, as ações do Estado brasileiro, nas suas mais variadas formas de governo (monarquia, república velha, república nova, ditadura militar e Estado democrático de Direito) sempre foram no sentido de fortalecer os privilégios oligárquicos em detrimento da cidadania e da inclusão social.

No século XX o Brasil vivenciou o incremento das populações urbanas de forma desordenada. Em termos de Estado, conviveu em sua maior parte com ditaduras (Vargas e civil/militar), sempre denotando a precária cultura democrática no país.

3. Os contornos atuais da diversidade cultural no Brasil

Na perspectiva atual, apesar da riqueza da diversidade cultural que está na base de formação da sociedade brasileira, esta mesma diversidade operou dentro das instituições estatais uma máquina cruel de seletividades e abjeções. Neste longo percurso de cinco séculos, desembocou-se na situação de flagrante descaso e disfunção do sistema jurídico para com os desassistidos historicamente nas populações ditas marginais. A constituição de favelas, guetos, gangues e agora organizações criminosas de grosso calibre, colocam para a sociedade como um todo um dos mais importantes desafios para a continuidade da própria sociabilidade brasileira.

A desagregação se mostra nos números alarmantes de assassinatos que no ano passado ultrapassou a impressionante cifra de sessenta e uma mil (61.000) ocorrências; evidencia a gravidade do problema e a ineficiência das políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro. Note-se que este número não é uma excepcionalidade, nos últimos anos a média no Brasil tem girado em torno de quarenta e cinco mil (45.000) assassinatos por ano!⁷

Os dados estatísticos⁸ (cf. p. 10 relatório da ONU sobre minorias no Brasil), revelam que a população que mais está vulnerável às ocorrências de assassinatos são jovens negros e mulheres em sua maioria também negras. É possível afirmar que está em curso no país um

⁷ http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Atlas_violencia_2016.pdf; acessado em 15.10.2017: *Anuário* 2016, p. 18.

⁸ Confira-se: <https://undocs.org/en/A/HRC/31/56/Add.1>; acessado em 13.10.2017.

verdadeiro massacre de certas populações além do problema carcerário que se inclui neste horizonte de (quase?) guerra civil.

Além disto, a questão da intolerância vem também mostrando sinais de incremento, principalmente a partir da crise política de 2014, que refluíu do combate à corrupção para uma nítida retomada de velhos moralismos e conservadorismos étnicos e religiosos. Do outro lado, na atuação das forças de segurança pública, além do incremento de assassinatos e confrontos com polícias de extrema violência, a crise econômica aumentou a incidência de crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas. Apesar de a legislação prever medidas alternativas à prisão, em geral os juízes vêm aplicando a pena de prisão seletivamente. Tal seletividade se dá em dois níveis: tanto na vulnerabilidade desta parcela da população que acaba inserida na lógica da marginalidade e por isto estão sempre na “mira” da polícia, quanto na interpretação dos dispositivos legais pelos juízes na seara do direito penal, que em geral se dá em detrimento de direitos e garantias fundamentais quando se trata destas populações.

4. *Violação sistemática e seletiva de direitos e garantias fundamentais pelo Estado brasileiro*

O resultado desta tragédia social é que grupos minoritários (não necessariamente minoria numérica), acabam por não estar incluídos na vida democrática do país, fechando-se as portas para o enriquecimento da vida social do país, seu patrimônio histórico e cultural e, lamentavelmente, com o patrocínio da comunidade jurídica em total afronta aos comandos constitucionais que vêm sendo desobedecidos de maneira sistemática pelo Estado brasileiro.

O caso mais notório deste descompromisso ficou patenteado no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), n. 347 de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, quando se declarou o sistema penitenciário brasileiro em estado de coisas inconstitucional⁹.

⁹ Pode-se ler na Ementa do Acórdão, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>, acessado em 10.10.2017. “Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas de Custódia – Violação Massiva de Direitos Fundamentais – Falhas Estruturais – Estado de Coisas Inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administra-

Ora, como também mostram as estatísticas¹⁰, a população carcerária no Brasil se constitui em sua maioria de jovens negros e mulheres.

É de se observar que o descaso do Estado brasileiro com tal sistema tem “endereço certo”, ou seja, a seletividade é patente! Veja-se que a partir de tal julgamento não houve qualquer esforço notável que criasse um planejamento para debelar o problema. No início do corrente ano (2017), o Brasil foi confrontado com rebeliões sangrentas que desembocaram em cenas de verdadeira barbárie, e a única reação das *autoridades* foi aguardar para que a situação se acalmasse, o que neste caso significa um banho de sangue entre facções rivais, que aliás, foi problema que se constituiu sob a mais flagrante omissão de quem o dever de custodiar e ressocializar seres humanos.

No que concerne à comunidade jurídica, mesmo após este assustador diagnóstico levado a efeito pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, se observa um altíssimo e preocupante número de decisões “punitivistas” sem qualquer critério coerente e crítico com a situação prisional no Brasil. Toda semana se constata rebeliões nas chamadas “cadeias públicas”, que são locais precários e superlotados, em geral em delegacias, em total descompromisso do Estado com seu próprio diagnóstico. Os juízes continuam a mandar seletivamente milhares de cidadãos para as masmorras deste sistema falido.

Recentemente um caso notório em todo o país, após ser divulgado nos noticiários¹¹ mostra a outra face duplamente cruel do sistema de justiça brasileiro, que foi o de um filho de uma desembargadora do Estado do Mato Grosso do Sul que teve sua transferência do presídio para uma clínica de recuperação autorizada em tempo exíguo incomum no sistema processual, sob o argumento de que sofreria de transtorno *borderline* de personalidade. Sua prisão foi decretada porque portava 129,9 kg de maconha, e 270 projéteis (199 projéteis .762 e 71 projéteis 9 milímetros), de munição de arma de fogo de uso exclusivo de Forças Armadas! Fosse ele um jovem negro da periferia, seria apenas mais um dado estatístico. Neste caso a transferência teve a participação direta da mãe desembargadora em verdadeiro

tiva e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

¹⁰ Confira-se: http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Atlas_violencia_2016.pdf, cit., para um cf. de gráficos do perfil da população carcerária.

¹¹ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1904126-filho-de-presidente-do-tre-ms-presos-por-trafico-sai-de-cadeia-e-vai-a-clinica.shtml>; acessado em 18.10.2017.

atentado ao ordenamento jurídico do país. Não que se esteja defendendo *punitivismos*, mas apenas se quer evidenciar a seletividade no tratamento de casos que pelos cânones jurídicos deveriam receber julgamentos assemelhados.

Neste cenário, infelizmente sombrio, é possível afirmar que no Brasil estão em curso uma política de seletividade populacional/cultural, e uma criminosa atuação do Estado que desperdiça recursos financeiros e humanos numa estrutura caótica e desorganizada, além de episódios frequentes de corrupção, que não cumprem nenhum de seus papéis institucionais de proteção à vida, à dignidade humana e à diversidade cultural constitucionalmente garantidos.

5. Conclusão

Em sede de conclusão fica evidente o descompromisso sistemático e seletivo do Estado brasileiro com direitos e garantias fundamentais de proteção à diversidade cultural que desembocou num cenário de violência institucionalizada contra determinadas parcelas da população que têm na diversidade, justamente, a principal fonte desta seletividade.

O resultado deste quadro é o empobrecimento desta diversidade para o futuro, bem como o incremento irracional da violência social que tende a reforçar o ciclo vicioso do descompromisso, permeando todos os setores da sociedade civil e das instituições públicas, em perigoso cenário que, a persistir, pode desagregar o *tecido social* em conflito irreversível de classes, estamentos e facções.

A riqueza da diversidade cultural brasileira pode se perder reconfigurando-se em hegemonias estéreis de valores corrompidos pelos seletivos descaso, violência e autoritarismo institucionalizados.

Resumo

O presente trabalho relaciona criticamente o fenômeno do incremento da população carcerária e da violência urbana armada no Brasil a partir do início dos anos 2000, suas causas e impactos na sociedade brasileira, sociedade esta diversa culturalmente, desigual social e economicamente, tendo como ponto de partida a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), o órgão constitucional do poder judiciário nacional, no julgamento da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em que ficou configurado o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro. Apesar da total inépcia de tal sistema o incremento da população carcerária denota um descompasso entre a proteção de vulneráveis que o poder judiciário em Estado Democrático de Direito tem o dever de efetivar, não enquanto *ativismo* judiciário, mas na tutela de direitos e garantias fundamentais daquelas vulnerabilidades quando da interpretação normativa que ao pugnar, nestes casos, por um dogmatismo quase autoritário se traduz na seletividade dos que serão encarcerados. De outro lado, o encarceramento enquanto pretensa solução dos problemas de segurança pública no Brasil falhou completamente dado que, no mesmo período analisado, as taxas de homicídios no país avançaram de forma assustadora. No ano passado (2016) morreram sessenta e uma mil (61.000) pessoas assassinadas por armas de fogo, dados que também apontam para a *seletividade* social e econômica dos que morrem. A desproteção das diversidades culturais e sociais no Brasil está em rota de colisão com os fundamentos da Constituição Federal e deixa transparecer nas decisões judiciais dos casos penais a intolância judiciária com os cidadãos em situação de vulnerabilidade e o descompromisso do Estado brasileiro com seus deveres de tutela de direitos e garantias fundamentais.

Riassunto

Il presente documento si riferisce in modo critico il fenomeno della crescita della popolazione carceraria e la violenza urbana in Brasile armato a partire dai primi anni 2000, le sue cause e gli effetti nella società brasiliana, la società è diversa culturalmente, socialmente iniqua ed economicamente, con il punto della Corte Suprema Federale (STF), l'organo costituzionale del potere giudiziario nazionale, nel giudizio dell'Arbitrato per Non Conformità con Precetto Fondamentale (ADPF) n. 347, in cui è stato configurato lo “stato di incostituzionalità” del sistema carcerario brasiliano. Anche se l'inettitudine totale di un tale aumento del sistema di popolazione carceraria denota un divario tra la protezione dei vulnerabili della magistratura in uno Stato democratico ha il dovere di svolgere, non come attivismo giudiziario, ma la tutela dei diritti e delle garanzie di quelle vulnerabilità quando l'interpretazione normativa che nei casi, in questi casi, con un dogmatismo quasi autoritario si traduce nella selettività di chi verrà imprigionato. D'altra parte, la presunta detenzione

come la soluzione dei problemi di sicurezza pubblica in Brasile non è riuscito completamente, come nello stesso periodo analizzato, tasso di omicidi nel paese avanzato in modo spaventoso. Lo scorso anno (2016) è morto sessanta-mille (61.000) persone uccise da armi da fuoco, i dati indicano anche la selettività sociale ed economica di coloro che muoiono. La mancanza di protezione della diversità culturale e sociale in Brasile è in rotta di collisione con i fondamenti della Costituzione e rivela i giudizi di cause penali per l'intolleranza giudiziaria dei cittadini in una situazione di vulnerabilità e la mancanza di impegno dello Stato brasiliano con i loro doveri di tutela diritti e garanzie.

Camerino, dicembre 2019.

ROCCO FAVALE *

*Le forme convenzionali fra i due codici: dal saggio di Lorenzo Mossa (1919) alla monografia di Anteo Genovese (1949). Mera retrospettiva? ***

Sommario: 1. L'occasione della rilettura. – 2. Lorenzo Mossa, La documentazione del contenuto contrattuale (1919). Il *background* normativo al tempo della pubblicazione del saggio. – 3. Il pensiero di Mossa sulle forme volontarie. – 4. Anteo Genovese, Le forme volontarie nella teoria dei contratti (1949). Struttura dell'opera. Cap. I. La forma legale e la forma volontaria. – 5. Cap. II. L'interpretazione del patto circa la forma. – 6. Cap. III. La rilevanza giuridica del patto sulla forma. – 7. Cap. IV. L'estensione e i limiti della forma volontaria. – 8. Cap. V. La coercibilità derivante dal patto sulla forma. – 9. Cosa lasciano questi studi.

1. L'occasione della rilettura

Fra i vari temi che oggi sono affrontati con una rinnovata energia dalla nostra giurisprudenza si distingue quello della forma dei contratti di investimento mobiliare. Ma la nostra attenzione non è diretta al problema del c.d. contratto monofirma risolto positivamente dalle Sezioni Unite civili l'anno scorso¹, quanto all'altro delle clausole di forma degli ordini contenute nei contratti-quadro. Precisamente due decisioni emanate dalla S. Corte nello spazio

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ Si tratta della famosa Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, annotata da A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto delle forme"*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569 ss.; C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2018, p. 572 ss.; M. TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 579 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 741 ss.; U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"*, *ivi*, p. 734 ss.; R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, p. 485 ss.; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 658 ss.; L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 937 ss.; A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 275 ss.; M.L.

poco più di un mese interpretano la medesima clausola di forma avente identico tenore in guisa opposta. La clausola così si esprime: «gli ordini sono impartiti di norma per iscritto; qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente il cliente dà atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico o su altro supporto equivalente». Per Cass., 8 febbraio 2018, n. 3087, la clausola contrattuale non può integrare un patto costitutivo di forma *ad substantiam*. Per Cass., 12 marzo 2018, n. 5890, all'opposto, la clausola può integrare un patto costitutivo di forma *ad substantiam* per gli ordini di acquisto del cliente secondo la disposizione dell'art. 1352 c.c.².

Ciò dimostra in modo evidente l'incertezza della nostra giurisprudenza e, di conseguenza, anche degli operatori che debbono intervenire in casi simili.

La ragione ha due volti: da una parte, la complessità del tema di fronte al quale la dottrina è stata avara di contributi³; dall'altra, le poche riflessioni che i nostri giudici hanno dedicato al settore del formalismo volontario. Su quest'ultimo punto la dottrina non può fare altro che prendere atto della situazione. Mentre sul primo credo – a mio modesto parere – che una rilettura che si vuole compiere in questa sede di due famosi saggi di Lorenzo Mossa⁴ e di Anteo Genovese⁵, – vergati sotto i due codici e a distanza rispettivamente di cento e di settant'anni – possono aiutare gli interpreti a leggere correttamente le cc.dd. clausole di forma scritta.

2. Lorenzo Mossa, *La documentazione del contenuto contrattuale* (1919). *Il background normativo al tempo della pubblicazione del saggio*

Va subito precisato che il saggio di Mossa affronta il problema della forma negoziale a tutto tondo, sulla base di una disciplina codicistica che trova i suoi precedenti non soltanto

CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 292 ss.; C. DALIA, *La forma del contratto di investimento tra "funzione informativa" e requisito ad substantiam actus*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 365 ss. Sia consentito altresì di aggiungere anche il nostro lavoro: *Il processo di deformazione dei contratti di investimento mobiliare. «Das Richterrecht bleibt unser Schicksal»*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 808 ss.

² Entrambi gli arresti sono pubblicati in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 164 ss., con nota di A. MAGER, *Ordini di investimento e forma convenzionale*.

³ I lavori monografici in materia sono pochi, se paragonati al problema del formalismo legale: A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002; A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2016.

⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 414 ss.

⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit.

nel *code civil* francese ormai adulto, ma altresì nel codice civile sardo del 1837, anch'esso debitore del codice Napoleone.

Il nostro Autore insegna presso l'Università di Camerino⁶ quando pubblica il lavoro nel 1919 e la trattazione – come su detto – concerne tutti i profili più spinosi del formalismo negoziale: le questioni delle forme legali costitutive con riferimento al contenuto contrattuale che la forma scritta deve avvolgere, la sorte dei patti aggiunti verbali al negozio solenne, la latitudine della presunzione di completezza, la forma dei contratti modificativi ed estintivi. Temi che la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato con vedute diverse, anche a cagione della disciplina non proprio chiara, sin dal varo del codice civile del 1865.

Il lavoro poi prosegue con lo svolgimento di altre questioni non meno importanti per la pratica, come le forme convenute dalle parti del contratto, la fissazione in uno scritto di precedenti dichiarazioni negoziali verbali, i rapporti fra documento negoziale e patti precedenti aformali alla luce del principio della presunzione di completezza del documento⁷, infine la delicata questione della sanatoria del contratto concluso senza la forma necessaria legale.

La nostra indagine si fermerà ad analizzare il pensiero di Mossa in ordine alle forme volontarie, non perché le altre questioni abbiano importanza secondaria, ma esclusivamente per l'economia del lavoro.

Per meglio esaminare e valutare l'idea di Mossa sulle forme derivanti da autonomia negoziale è utile delineare un quadro dello stato della dottrina e della giurisprudenza, così come evoluta dal varo della codificazione civile unitaria. Ciò consentirà di rischiarare gli obiettivi e la collocazione scientifica dello Studioso sardo nonché i problemi scelti da trattare.

Intanto prima della codificazione unitaria, nel diritto comune il problema principale della forma convenuta dai privati era quello scaturente dal patto dubbio, di fronte al quale il giudice doveva «indagare la effettiva intenzione delle parti, per determinare a seconda di essa il significato del patto relativo alla redazione per iscritto»⁸. L'eventuale persistenza del dubbio

⁶ In seno alla Facoltà di Giurisprudenza ricopriva la qualifica di professore straordinario di Diritto commerciale.

⁷ Oggi siffatto problema ritorna in auge nelle contrattazioni commerciali caratterizzate dall'inserimento della *merger clause*. In proposito, di recente, il problema e i suoi contorni sono ben sviluppati da F. CASTRONOVO, *Tecniche di redazione del contratto dal common law statunitense al diritto italiano: conseguenze sul piano della prova del contratto nel nostro ordinamento*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 773 ss.

⁸ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. giur.*, 1945, pp. 5 ss., spec. 8 (contributo già pubblicato in *Temi em.*, 1943).

interpretativo ha spinto i dottori a determinare criteri presuntivi diretti a scioglierlo sulla base delle fonti romane e della prassi medievale. Risultato degli sforzi ricostruttivi è stata una doppia lettura del patto dubbio sulla forma, l'una di stampo restrittivo e l'altra di carattere più mite, che ha costituito l'orizzonte ermeneutico nel quale si è mossa la dottrina successiva⁹.

Pur ignorando il codice civile del 1865 il problema delle forme determinate per atto negoziale, dottrina e giurisprudenza hanno discusso ampiamente sui profili più rilevanti – legati da un nesso di condizionalità diretta – dell'ammissibilità delle convenzioni sulla forma nonché dei patti cc.dd. dubbi, nei quali gli studiosi non esternavano *apertis verbis* la funzione perseguita dallo scritto.

Per quanto concerne il preminente profilo dell'ammissibilità di accordi attraverso i quali le parti si vincolavano a redigere il contratto definitivo in forma scritta, dottrina e giurisprudenza erano per la positiva, in quanto assegnavano all'autonomia privata la funzione di eleggere il *vestmentum* del futuro negozio nonché degli eventuali atti modificativi od estintivi del rapporto già costituito entro il perimetro costituito dalla legge¹⁰. «Che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione dell'esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma, o anche l'adozione di una diversa forma da quella che è sufficiente per diritto obbiettivo (es. l'atto pubblico dove basterebbe la scrittura privata) è fuori di ogni possibile discussione»¹¹.

La rigidità della forma opera in senso discendente e non ascendente: l'iniziativa privata è sottoposta all'autorità delle disposizioni di legge sulla forma, ma all'assenza di un puntuale comando segue la libertà di determinare la forma dell'atto più adeguata ai propri interessi. I soggetti hanno il potere di “aggravare” le forme prescritte dal legislatore ovvero di determinarle entro l'area della forma libera. Il principio di libertà delle forme è così derogato dalla legge e dalla volontà delle parti¹².

⁹ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 17 ss., ove la puntuale e chiara rappresentazione dei due orientamenti facenti capo a Giovanni Bassiano e al Piacentino e all'Azzone.

¹⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931, p. 203, nota 9, ove le forme potevano essere determinate anche da negozi unilaterali.

¹¹ Così, A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925, p. 33.

¹² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, 5ª ed., Milano, 1926, p. 74, ove esplicitamente sostiene che «i contraenti possono subordinare l'esistenza del contratto a una forma determinata, e farne un contratto solenne»; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3ª ed. (1924),

All'opposto, v'era chi escludeva che l'autonomia privata avesse il potere di incidere sui requisiti di validità delle fattispecie negoziali, per cui la clausola di forma incideva soltanto sul diverso profilo della conclusione dell'accordo contrattuale, nel senso che la fissazione per iscritto fosse indice inequivocabile della definitività del consenso¹³. Una parte della dottrina sosteneva la tesi secondo la quale le parti non potevano vincolarsi per il futuro, perché potevano sempre successivamente derogare la forma concordata in precedenza¹⁴.

Riconosciuta la piena ammissibilità del patto sulla forma – di per sé idoneo a vincolare i contraenti in ordine alla validità o alla prova del contratto futuro – si proponeva all'attenzione degli studiosi la questione delicata della dubbia determinazione della forma voluta dalle parti. Nella prassi accadeva di frequente che gli autori, concordato il negozio definitivo in forma scritta, non specificavano se la stessa dovesse rilevare a fini di validità o meramente probatori¹⁵. Siffatta vicenda sollevava, di conseguenza, una questione di interpretazione del patto di forma¹⁶, risolta dagli studiosi in tutti i modi possibili.

rist., Napoli, 1992, p. 365; C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 177.

¹³ Di quest'opinione: G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., 606; ID., *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico (a proposito di uno scritto di A. Candian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, I, p. 417 ss., e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, p. 653; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 219, secondo il quale «nessuno vieta alle parti di avvertire che non intendono di obbligarsi se non in quanto la loro volontà sia manifestata in una forma data»; G. TEDESCHI G., *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 203; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano, Parte seconda, Diritto delle obbligazioni*, II, *Dei contratti in generale*, 3ª ed., Padova, 1939, p. 147, secondo cui la forma volontaria costitutiva fa sì che il progetto di contratto diventa contratto soltanto «quando sarà documentato».

¹⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435 s.

¹⁵ In guisa opportuna, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 28, nota 53, precisa che «quando si parla di forma scritta convenzionale a fini probatori, ci si può riferire a due situazioni ben diverse: a) al c.d. obbligo di documentazione, cioè a quel patto con cui i paciscenti, in una con la valida conclusione di un contratto verbale, o anche anteriormente o posteriormente ad essa, si obbligano a ripeterlo per iscritto, per lo più al fine di munirsi, appunto, di una prova più efficace; b) al patto con cui le parti regolano il regime probatorio relativo ad un giudizio avente ad oggetto un determinato contratto corrente tra le stesse. Nel primo caso la convenzione fa sorgere una vera e propria obbligazione di *facere*, consistente nel prestarsi all'attività materiale necessaria alla formazione del documento, inteso come “cosa” [...]; nel secondo caso, invece, non sorge alcun rapporto obbligatorio “sostantivo”, ma si compie un atto con efficacia puramente processuale, con il quale si dispone delle prove in giudizio, restringendo od escludendo convenzionalmente l'esperibilità della prova testimoniale. Le due convenzioni – quella statuente l'obbligo di documentazione e quella incidente sul piano processuale – sono, quindi, profondamente diverse *quoad effectum*».

¹⁶ Nel tempo di vigenza del codice civile del 1865 la giurisprudenza superiore, in guisa consolidata, qualificava le norme generali sull'interpretazione dei contratti (art. 1311 ss.) semplici regole logiche e, quindi, non vincolanti (ad es.: Cass. Regno, 12 maggio 1928, n. 2141, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 181; Cass. Regno, 29 marzo 1928, n. 1372, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 180).

La giurisprudenza optava per la tesi secondo la quale, in forza del principio generalmente riconosciuto della libertà di forma, le parti potevano invocare la forma solenne soltanto qualora avessero adempiuto il relativo onere di chiarezza e precisione. Se non dichiaravano espressamente che la futura redazione del contratto era imposta a pena di nullità, con esclusione di qualsiasi equipollente, si riteneva che la forma avesse valore soltanto probatorio¹⁷.

Non mancava chi¹⁸ individuava il problema in una pura *quaestio voluntatis*, sulla quale soltanto il giudice poteva e doveva pronunciarsi. In questo modo si trascurava, però, il punto essenziale, ossia che ciò che difettava era proprio l'esatta determinazione della volontà, con la conseguenza che necessitava un parametro normativo cui far riferimento per una corretta soluzione¹⁹.

Infine, parte della dottrina²⁰ riconosceva, in caso di dubbio, la forma costitutiva, la sola che realmente rispondeva alla comune intenzione delle parti. Alcuni autori sottolineavano che la soluzione del carattere necessario della forma «si basa su ciò che normalmente le parti non pensano a dare uno od un altro significato al loro accordo»; i contraenti «sanno invece che le loro dichiarazioni non abbisognerebbero di forma per avere un effetto pratico, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma». In materia non si distingue «esi-

¹⁷ App. Torino, 11 marzo 1889, in *Giur. it.*, 1889, I, 2, c. 360; Cass. Torino, 29 aprile 1904, in *Giur. tor.*, 1904, c. 890; Trib. Genova, 17 novembre 1910, in *Tem. gen.*, 1910, p. 695; Cass. Roma, 26 luglio 1919, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 197; Cass. Torino, 16 marzo 1923, in *Mon. trib.*, 1923, c. 652; App. Milano, 14 febbraio 1933, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 64. La dottrina favorevole alla tesi probatoria poggiava sulla primazia del principio di libertà delle forme: E. CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Torino, 1887, p. 93; P. COPPA ZUCCARI, *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, Roma, 1900, p. 20; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, GI, 1903, IV, c. 58; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 600 ss.; L. BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, p. 217 s.

¹⁸ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, cit., p. 93; C.F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, cit., p. 57 s.

¹⁹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 395; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., p. 602.

²⁰ C. ROLLA, *Forma convenzionale degli atti giuridici e clausole di prova*, cit., c. 177 s.; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, cit., p. 204.

stenza reale ed esistenza giuridica delle dichiarazioni; la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l'esistenza giuridica nella coscienza del giurista»²¹.

Il formalismo convenzionale nella pratica trovava terreno fertile nelle condizioni generali di polizza, ove le compagnie assicuratrici imponevano ai clienti prescrizioni più o meno particolareggiate circa il modo con cui la disdetta doveva essere emessa. A tal uopo si convenivano variegate modalità: l'invio della raccomandata alla direzione generale della compagnia²²; la presentazione personale dell'assicurato alla sede dell'agenzia che aveva rilasciato la polizza²³; l'emissione di una lettera interamente manoscritta dall'assicurato alla presenza di due testimoni²⁴; la spedizione di una raccomandata con ricevuta di ritorno²⁵; la spedizione della disdetta previa approvazione di un soggetto terzo, nella specie il creditore ipotecario di immobili assicurati²⁶.

Per giustificare convenientemente clausole aventi un così alto tasso di vessatorietà, si richiamano i luoghi stereotipati della inequivoca cognizione della intenzione di recedere²⁷, della migliore identificazione della persona assicurata recedente²⁸, della «vischiosità» tesa a

²¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433, sulla scia del pensiero di I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, 111, 1914, p. 47.

²² Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Pret. Milano, 23 settembre 1940, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 36; Trib. Milano, 19 febbraio 1940, in *Assicurazioni*, 1941, II, p. 70, con nota di V. SALANDRA, *Sulla forma della disdetta*.

²³ Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513, con nota di A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*; Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

²⁴ Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Assicurazioni*, 1941, II, p. 70; Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Assicurazioni*, 1939, II, p. 54; Trib. Milano, 25 ottobre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, nn. 128-129; Trib. Torino, 24 marzo 1937, in *Assicurazioni*, 1937, II, p. 283; Trib. Torino, 24 luglio 1934, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 111; Trib. Venezia, 8 marzo 1934, in *Foro ven.*, 1934, p. 355.

²⁵ Trib. Verona, 12 febbraio 1942, in *Assicurazioni*, 1943, II, p. 39; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Assicurazioni*, 1940, II, p. 75; Trib. Milano, 15 novembre 1937, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 85.

²⁶ Trib. Milano, 3 gennaio 1935, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 193.

²⁷ G. FANELLI, *Rassegna critica della giurisprudenza italiana sulle assicurazioni private (anno 1938). Principi generali*, in *Assicurazioni*, 1939, I, p. 335.

²⁸ Trib. Torino, 24 marzo 1937, in *Assicurazioni*, 1937, II, p. 283.

garantire all'impresa, per quanto possibile, la prosecuzione del rapporto²⁹ nonché del margine di riflessione della parte recedente³⁰.

Dei problemi connessi alla vicenda appena descritta, quello dell'equipollenza rappresenta per gli studiosi il nodo gordiano nel quale volontà delle parti, clausola di forma e scopo della stessa mettono a dura prova qualsiasi preparazione scientifica. Una base di accordo si rinviene nell'idea che la qualificazione della forma, convenuta come «necessaria» ovvero semplicemente «sufficiente», costituisce il risultato di una complessa questione di interpretazione³¹. Ma anche ammessi come sicuri i criteri in base ai quali qualificare i tipi di forma, l'accordo finisce qui, poiché una lunga diatriba investe la delicata questione intorno ai limiti di ammissibilità di *vestimenta* equipollenti.

In una prospettiva più rigida, strettamente legata all'idea del rispetto incondizionato dell'autonomia privata, si prospettava senza indugi l'invalidità dell'atto rivestito di una forma diversa da quella convenuta «necessariamente» nel relativo patto³².

A fronte di un siffatto atteggiamento astrattizzante ed alieno da qualsiasi peculiarità di specie, non sono mancati tentativi diretti a racchiudere entro confini più accettabili la regola della incondizionata osservanza delle forme «necessarie» per volontà delle parti, richiamando a sostegno i principi di buona fede, di affidamento e della prevalenza dello scopo sulla forma. Gli argomenti favorevoli all'equipollenza si fondano sull'idea che la buona fede induce la parte, a cui vantaggio è prevista la forma pattuita, a richiamare l'altra all'osservanza di un atto difforme in caso di ricezione; epperò un comportamento inerte del destinatario suscita un affidamento meritevole dell'agente sulla piena validità dell'atto³³.

²⁹ Trib. Milano, 16.2.1938, in *Assicurazioni*, 1939, II, p. 54.

³⁰ I. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Milano, 1923, p. 51.

³¹ R. FRANCESCHELLI, *Forma della disdetta nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1940, I, p. 17 s., ove si precisa che la pura indicazione di una determinata forma non è indizio sufficiente per escludere qualsiasi equipollente; A. DE MARTINI, *Forma convenzionale della disdetta all'assicuratore*, cit., p. 514; indicazioni utili anche in Cass. Regno, 7 maggio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, c. 678; Cass. Regno, 24 marzo 1933, in *Sett. Cass.*, 1933, p. 636.

³² Cass., 13 marzo 1944, n. 167, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, I, p. 513; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Cass. Regno, 19 gennaio 1940, n. 237, in *Assicurazioni*, 1940, II, p. 75; Cass. Regno, 4 agosto 1936, n. 3088, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 64 bis; App. Milano, 29 aprile 1925, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 31-33.

³³ Trib. Milano, 20 ottobre 1942, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 79; Trib. Milano, 21 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 52; Trib. Milano, 5 maggio 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 54; Trib. Milano, 25 marzo 1940, in *Assicurazioni*, 1941, II, p. 70; Trib. Milano, 16 febbraio 1938, in *Assicurazioni*, 1939, II, p. 54.

Alla medesima conclusione si perviene allorquando nella fattispecie opera il principio della «sufficienza della forma congrua a conseguire lo scopo dichiarativo che l'atto si propone»³⁴, secondo il quale il giudice, nonostante la convenuta solennizzazione della veste dell'operazione negoziale, avrebbe il potere di dichiarare la piena operatività di modalità equipollenti, nella ipotesi che accerti la loro idoneità a conseguire lo scopo dichiarato³⁵.

3. Il pensiero di Mossa sulle forme volontarie

Nella seconda parte del saggio Mossa affronta il problema delle forme volontarie, in particolare negli aspetti fondamentali dell'ammissibilità e del patto dubbio.

Sotto il primo esiste un «vecchio principio, quello secondo il quale i privati possono stabilire come requisito per l'efficacia dei loro negozi, sia contratti che atti unilaterali, la forma e particolarmente la forma scritta, quando essa non sia imposta dalla legge»³⁶.

Sotto l'altro profilo resiste una viva controversia «per stabilire quando, nella volontà privata di documentare i contratti, si debba ritenere, nel silenzio al riguardo, l'accordo di adottare la forma come modo assoluto per la manifestazione della volontà»³⁷.

Lo svolgimento del tema si sviluppa secondo che l'accordo sulla forma sia redatto prima ovvero dopo la conclusione del contratto principale. La questione è sempre quella di determinare la natura della forma voluta dalle parti nelle ipotesi in cui le stesse siano silenti sul punto. Ovviamente se il giudice adottando i criteri interpretativi riesce ad individuare la comune intenzione delle parti *nulla quaestio*: la natura della forma sarà quella voluta dagli interessati. Se invece, nonostante lo sforzo interpretativo-applicativo del giudice, resta oscuro il significato della forma fra validità o mezzo di prova, allora la soluzione deve propendere per una «forma come necessaria per l'esistenza dell'atto»³⁸. Questa presunzione di interpretazione della volontà delle parti si fonda su una fotografia della realtà nella pratica degli affari: i contraenti ignorano le sottili questioni giuridiche e «sanno invece che le loro dichiarazioni

³⁴ Trib. Torino, 17 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 84.

³⁵ Va ricordato che nel sistema processuale del 1865 non esisteva una disposizione omologa a quella dell'art. 156 c.p.c. (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Milano, 1923, p. 664 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 567 ss.).

³⁶ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 431.

³⁷ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 431.

³⁸ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 432.

non abbisognerebbero di forma per avere un pratico effetto, ma vogliono ciononpertanto che esistano secondo la forma; perché le dichiarazioni esistano la forma è indispensabile»³⁹. Gli autori del contratto non hanno di regola la percezione della distinzione fra “esistenza reale” ed “esistenza giuridica” delle dichiarazioni; «la volontà privata non contempla normalmente che la prima, ma la esistenza reale della dichiarazione, nella coscienza dei contraenti, coincide poi con l’esistenza giuridica nella coscienza del giurista»⁴⁰. Gli argomenti proposti dall’Autore sardo poggiano quindi su una ricostruzione fedele dell’ambiente reale in cui operano i soggetti che partecipano agli affari.

Nell’ipotesi di patto sulla forma posteriore alla conclusione del contratto principale la dottrina ha proposto variegate letture, da quella meramente probatoria all’obbligo di documentazione, all’assunzione di un obbligo a concludere un nuovo contratto. Il nostro Autore in questo caso rovescia gli argomenti posti a fondamento del patto anteriore sulla forma, in quanto «le parti non pensano a fare dipendere dalla forma l’esistenza reale, e quindi giuridica del loro contratto; esse sanno che il contratto esiste già senza bisogno di alcuna forma; se pensano alla forma ciò avviene normalmente con altro intento [...], quello di costituirsi un sicuro mezzo di prova»⁴¹. Di conseguenza, il patto posteriore fonda un obbligo diretto alla documentazione del contratto definitivo, il cui inadempimento giustifica la pretesa del contraente al risarcimento del danno subito⁴².

La tenuta e l’operatività della forma disposta negozialmente passa dal problema spinoso della c.d. revoca tacita del patto che viene richiamato in tutte le ipotesi non infrequenti in cui le parti concludono il contratto definitivo in guisa difforme. Mossa è chiaro: «le convenzioni sulla forma hanno [...] un valore tutto relativo, per cui non possono compararsi alla disposizione positiva che impone la forma»⁴³. Le forme convenute possono essere spazzate via dalle stesse parti in qualsiasi frangente: sia per mutuo dissenso diretto ad estinguere il patto precedente, sia con la stessa conclusione aformale del contratto definitivo che prima avevano eletto come formale. In quest’ultima fattispecie non v’è bisogno di alcun indizio

³⁹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433.

⁴⁰ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 433.

⁴¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 434.

⁴² F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla «documentazione» del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 110 ss.

⁴³ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435.

della volontà delle parti; «nel semplice e puro fatto del loro contrattare è da riconoscere, quindi, l'abolizione del precedente accordo»⁴⁴.

Questa configurazione piuttosto debole della forma disposta per negozio – incomparabile con la forma disposta per legge – rende quasi teorico il problema della sanzione per il contratto difforme inteso quale contratto valido per revoca tacita del precedente patto di forma⁴⁵. Il contraente interessato a far valere la forma convenuta assume l'onere impegnativo di provare che non ha mai espresso la volontà di revocare la forma al momento dell'accordo contrattuale raggiunto con l'altra parte.

In conclusione la ricostruzione del fenomeno della forma convenuta negozialmente nel pensiero di Mossa mette in evidenza i limiti di operatività e l'incomparabilità con la forma disposta per legge.

4. *Anteo Genovese, Le forme volontarie nella teoria dei contratti (1949). Struttura dell'opera. Cap. I. La forma legale e la forma volontaria*

Esattamente trent'anni dopo il saggio di Mossa, è pubblicata la prima monografia sul tema delle forme convenzionali da parte di Anteo Genovese per i tipi della Cedam. Il contesto normativo è cambiato con il nuovo codice: c'è la disposizione dell'art. 1352 che concerne esclusivamente le forme convenzionali.

All'indomani del varo del nuovo codice Guido Astuti rilegge e contestualizza il contenuto della disposizione dell'art. 1352 entro il dibattito tenuto dai dottori medievali, richiamando il problema fondamentale del cd. patto dubbio sulla forma⁴⁶.

Ritornando alla monografia di Genovese, l'analisi concerne esclusivamente la forma preventiva – richiamata esplicitamente dalla nuova disposizione codicistica – pattuita dalle parti a scopi sostanziali. Restano fuori, quindi, i problemi della ripetizione del negozio e delle forme pattuite per scopi esclusivamente probatori. Di conseguenza la trama del lavoro monografico si sviluppa secondo un'indagine tridimensionale che avvolge i problemi centrali

⁴⁴ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, cit., p. 435.

⁴⁵ Interessante, Cass. Torino, 25 maggio 1917, in *Giur. tor.*, 1917, p. 902.

⁴⁶ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 6 ss.

dell'interpretazione del patto sulla forma, della rilevanza della convenzione e del relativo rapporto e infine degli effetti.

Il contributo incentra subito l'attenzione al dualismo tra forma legale e forma volontaria che non può essere ridotta – secondo lo studioso veneto – alla asserzione che la forma necessaria per l'esistenza del negozio a volte è richiesta dalla legge a volte dalla stessa volontà dei soggetti interessati⁴⁷.

Siffatto dualismo deve fare i conti con l'idea che l'autonomia dei privati non ha la competenza a porre requisiti di validità degli atti negoziali, che invece sono di «competenza esclusiva dell'ordine giuridico»⁴⁸. Nella prospettiva dell'A. «mentre il formalismo legale attua il fondamentale interesse dell'organizzazione giuridica, fissando imperativamente un requisito d'esistenza affinché l'accordo delle parti assurga ad ente di diritto, il formalismo volontario serve a comporre gli interessi particolari dei soggetti, integrando quella che la vera e propria disciplina negoziale, conciliatrice degli interessi concreti, opposti o paralleli»⁴⁹.

Sotto il profilo più generale forma e volontà integrano la struttura dell'atto negoziale: la forma «è come il negozio è»⁵⁰. Volontà e forma sono «elementi inscindibili di un tutto unico»⁵¹. Accanto al profilo strutturale la forma assolve nell'ambito del negozio giuridico il compito formale di rendere riconoscibile agli altri soggetti l'espressione della volontà: «anche il contratto a forma libera ha bisogno di un suo corpo, di una forma sensibile, senza della quale la volontà interna è giuridicamente inesistente»⁵². La forma peraltro può assolvere anche un compito sostanziale integrando un determinato assetto di interessi. Qui la legge prescrive una forma determinata non soltanto per la riconoscibilità della volontà contrattuale, ma anche in quanto idonea a garantire l'esplicazione di determinati effetti giuridici.

In siffatto quadro ricostruttivo la forma volontaria non si sostituisce alla forma legale, ma assume una posizione entro il contenuto del contratto quale clausola lecita e meritevole. Osserva Genovese che «gli interessi superiori o generali, che dettano disposizioni imperative

⁴⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 8 s.

⁴⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, 2002, p. 126.

⁴⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 11.

⁵⁰ L'opera di A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 2, rispecchia le concezioni dottrinali del tempo quando avverte dell'impossibilità «di pensare alla forma come a un mezzo estrinseco di cui la volontà si avvalga per la sua espressione, come a qualcosa di scindibile».

⁵¹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 3.

⁵² A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 5.

sulla forma negoziale, costituiscono il limite, oltre il quale non può andare il potere dispositivo dei soggetti. Ed appunto perciò, dove quei limiti non operano, opera la libertà dei singoli»⁵³. Le forme convenzionali scaturiscono dall'autonomia privata mediante atto negoziale e, quale espressione di autonomia dei soggetti, giustifica la limitazione della loro libertà negoziale. *Vestimentum* insomma diretto a realizzare interessi individuali e concreti in guisa preventiva ovvero contestuale al perfezionamento del negozio definitivo.

Le tesi negative del formalismo volontario sono rifiutate dall'A. in vista di una configurazione che completi l'agire negoziale dei soggetti sotto il profilo formale, soddisfacendo interessi e perseguendo vantaggi in modo più proficuo. Fra queste si distingue la tesi che attribuisce natura di convenzione interpretativa al patto sulla forma, nel senso che il "negozio difforme" non integra un negozio definitivo. Sulla base dell'idea tradizionale che l'attività di interpretazione concerne dichiarazioni negoziali esistenti e valide è facile controbattere – secondo l'A. – che la medesima attività non può riguardare un atto negoziale futuro⁵⁴.

Il dualismo dal quale siamo partiti assume sempre più consistenza non appena l'indagine volge l'attenzione al rapporto fra forme legali e volontarie e principio di libertà di forma. Se le forme determinate da atto negoziale rappresentano «l'esercizio della libertà riconosciuta ai soggetti, libertà che significa libera scelta della forma che meglio piace»⁵⁵, allora le stesse non possono essere interpretate restrittivamente così come accade per le forme legali. Non avrebbe senso – secondo Genovese – discorrere di principio di libertà delle forme in seno alle forme convenzionali, per la semplice ragione che non costituiscono eccezioni al principio su richiamato. La clausola di forma è sottoposta alle norme sull'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. c.c., senza alcun tipo di restrizione⁵⁶.

Da queste considerazioni in seno al problema mai spento del dualismo forme legali e forme volontarie, il nostro A. perviene ad alcune conclusioni: la clausola di forma appartiene

⁵³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 12.

⁵⁴ Utili ed efficaci chiarimenti in ordine alle diverse fasi della formazione, validità, efficacia del contratto sono offerti da C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, p. 92 s.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 102 ss.

⁵⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 18.

⁵⁶ Un esempio è offerto P. GRECO, *Il requisito della scrittura nelle comunicazioni dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1938, II, p. 85 ss.

al contenuto del contratto e persegue gli interessi reali delle parti, senza porsi in opposizione al principio di libertà di forma e sempre revocabile dagli stessi contraenti.

5. *Cap. II. L'interpretazione del patto circa la forma*

Il secondo capitolo dell'opera costituisce il capitolo più articolato che si snoda fra la lettura della nuova disposizione dell'art. 1352 c.c. e il problema dell'interpretazione del patto dubbio secondo i versanti dell'interpretazione soggettiva ed oggettiva. Nella prospettiva dell'Autore la norma su richiamata «ha probabilmente voluto risolvere compiutamente il secolare problema interpretativo delle espressioni contrattuali, con cui i soggetti fissano la forma convenzionale»⁵⁷.

Il sistema delle forme convenzionali si struttura lungo le norme degli artt. 1352, 2725, comma 1, e 1326, comma 4, c.c. La disposizione fondamentale resta la prima delle norme appena richiamate, il cui contenuto peraltro non delinea nella completezza la figura, lasciando punti oscuri in seno a molti problemi, a cominciare dalla natura della presunzione, dalla esigenza della forma scritta per il patto sulla forma, dai *vestimenta* predisposti per modifiche successive del contratto principale, dalle clausole di forma convenute contestualmente alla conclusione del contratto definitivo. Da qui la conclusione secondo la quale «il problema interpretativo delle forme volontarie non ha ottenuto una vigorosa disciplina nel codice del 1942, sì che le fattispecie concrete più frequenti, le meno precise (patti orali) e le più difficili attendono ancora una regola priva di incertezze»⁵⁸.

Il cuore della disposizione sta nella presunzione che la norma prescrive per il caso di patto dubbio sulla forma. È una tecnica già utilizzata dai legislatori tedesco e svizzero, con la particolarità che la figura della presunzione viene calata nel momento interpretativo, o meglio la norma interpretativa assume le sembianze della presunzione. Tutto ciò consente di annoverare la norma dell'art. 1352 fra le regole di interpretazione, da giustapporre a quelle dettate dal legislatore in seno all'interpretazione del contratto. Così nasce un problema di relazione fra la disposizione dell'art. 1352 e le regole di interpretazione contrattuale, al fine di verificare

⁵⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 25.

⁵⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 28.

quale posizione deve assumere la prima rispetto alle regole di interpretazione soggettiva e oggettiva, così come articolate secondo gli artt. 1362-1371 c.c.

Uno degli aspetti più originali della norma dell'art. 1352 è la previsione della veste scritta per il patto sulla forma. È una novità ancora di più rilevante non appena si leggono le norme precedenti sulle clausole di forma regolate nel BGB (§ 125), nell'OR (art. 16), oltre al più antico ABGB (§ 884).

Sotto il profilo diacronico, la norma domestica non trova precedenti del pensiero di Pothier e di Demolombe, come una illustre dottrina ha sostenuto⁵⁹. Nell'idea di Genovese la veste del patto sulla forma integra «una forma integrativa», diretta a «dare una solida base di verosimiglianza alla presunzione legale»⁶⁰, e non un requisito più grave come quello della forma *ad substantiam* difeso da una dottrina isolata⁶¹ e forse ripresa da una decisione non tanto remota della Suprema Corte⁶².

La scrittura del patto in conclusione non salva la norma dell'art. 1352 «dalla condanna di irrazionale, per aver posto il requisito della scrittura, che, mentre non porrebbe al giudice alcun aiuto per la formazione di un esatto convincimento di ciò che hanno voluto i soggetti, diminuisce d'altra parte, in misura rilevante, l'utilità della presunzione stessa, limitata ai casi in cui maggiormente precise esse e sorvegliate sono le parole dei contraenti, cioè proprio a quei casi in cui il bisogno di ricorrere alla presunzione si sente meno»⁶³. La norma appena richiamata quindi non risolve il problema dell'interpretazione del patto dubbio nella sua interezza, per cui nei casi di patti non scritti si ritorna al vecchio interrogativo se la forma del contratto principale sia *ad substantiam* o *ad probationem*.

La disposizione si rivela insufficiente⁶⁴ allorché viene richiamata in riferimento alla ipotesi non infrequente di patto sulla forma contestuale alla conclusione del contratto definitivo. Il richiamo testuale alla «futura conclusione di un contratto» non lascia ampi margini

⁵⁹ Secondo L. COVIELLO sen., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, 2, Milano, 1902, p. 81, «se le parti hanno convenuto oralmente di fare la convenzione in iscritto, si deve presumere che nessun obbligo si sia contratto, ma deve ritenersi il contrario se l'accordo (sulla forma) risulta già da una scrittura».

⁶⁰ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 46.

⁶¹ E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Roma, 1948, p. 221.

⁶² Articolata la decisione di Cass., 14 aprile 2000, n. 4861, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3197, con nota di M. COSTANZA, *La forma convenzionale fra regole di formazione e regole di adempimento*.

⁶³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 45.

⁶⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 49, discorre di «insufficienza della norma».

interpretativi affinché la regola legale possa risultare di aiuto all'interprete. Anche se parte della dottrina incorpora l'ipotesi appena enunciata⁶⁵, il nostro Autore non sembra persuaso di ciò, per cui la norma contenuta nell'art. 1352 non può soccorrere l'interprete nella soluzione del caso. Allora non resta che trovare una risposta adeguata al problema della forma convenzionale contestuale entro le regole generali dell'interpretazione del contratto. In conclusione, la «soluzione legislativa è difettosa e parziale»⁶⁶.

Nel fenomeno delle forme volontarie rientra anche la fattispecie contenuta nell'art. 1326, comma 4, c.c., ai termini del quale «qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in una forma diversa»⁶⁷. Di questa regola non v'è traccia nel codice civile del 1865 né nei codici europei di maggior peso, a cominciare dal BGB⁶⁸, mentre siffatta regola entra nel panorama di diritto europeo attraverso l'*avant-project* del *Code européen des contrats* redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei⁶⁹.

Il proponente ha il potere di prescrivere una forma per l'accettazione incidendo di conseguenza sul profilo dell'*an* della conclusione del contratto⁷⁰. Il nostro autore vede in capo all'oblato un onere: se vuole concludere il contratto deve rivestire l'accettazione nella forma scritta, altrimenti la stessa «non ha effetto». Cosa significa per Genovese che l'accettazione viziata nella forma non ha effetto? La risposta è la medesima stabilita per l'accettazione non conforme prevista nell'ultimo comma dell'art. 1326, secondo cui l'accettazione difforme equivale a nuova proposta. In siffatta tesi si rivela con una certa chiarezza l'influenza del

⁶⁵ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, cit., p. 11; L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti ed i contratti sulle forme*, in *Riv. not.*, 1948, p. 20, nt. 11.

⁶⁶ Così, A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 23, intitola l'ultimo paragrafo della Prima Sezione del Capitolo II.

⁶⁷ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, cit., p. 38, mette in evidenza come questa previsione non abbia ricevuto la giusta attenzione da chi ha studiato il tema.

⁶⁸ Pur in mancanza di un'espressa disposizione, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 257, precisa che «il proponente può determinare in quale forma deve seguire l'accettazione della proposta».

⁶⁹ Art. 16, comma 5: «L'autore dell'offerta, dando una conferma immediata all'altra parte, può considerare concluso il contratto sulla base di una accettazione conosciuta in data successiva al termine di cui all'art. 15, comma 3, o di un'accettazione non conforme alla forma o alle modalità fissate nella proposta» (*Code européen des contrats. Avant-project*, 1, a cura di G. Gandolfi, Milano, 2001).

⁷⁰ A. GENOVESE, *Le formalità dell'accettazione stabilita dal proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 365, parla di «regola tecnica» imposta dal proponente, «che l'oblato deve osservare se vuole che la controparte risulti legata al contratto».

modello tedesco che, in modo geometrico, tratta alla stessa stregua tutte le ipotesi di accettazione non conforme, sia che riguardino il tempo sia che riguardino il contenuto, così come prescrive il § 150 BGB.

La giurisprudenza consolidata persegue anch'essa una tesi diretta a recuperare le attività preparatorie al contratto seguendo l'argomento principe del carattere disponibile dell'interesse del proponente; talché questi può attribuire efficacia all'accettazione priva di forma ai fini della conclusione mediante lo strumento dell'avviso, alla stregua della regola dell'accettazione tardiva. I giudici richiamano la figura della rinuncia, quale strumento idoneo a recuperare gli effetti della dichiarazione di accettazione dell'oblato⁷¹. Ma anche per la forma determinata dal proponente per la futura accettazione dell'oblato resta lo spazio interpretativo: la soluzione dell'art. 1326 trova applicazione «solo quando non risulta una volontà diversa»⁷².

Come anticipato all'inizio del paragrafo, il secondo capitolo rappresenta il cuore del volume, già per il solo fatto che la disposizione di nuovo conio contenuta nell'art. 1352 si concentra sul problema dell'interpretazione del patto dubbio sulla forma. Genovese avverte che «la posta in giuoco è importante: si tratta infatti di sapere se un contratto si è costituito oppure no, se un rapporto è sorto irrevocabilmente oppure no, e, in sintesi, se la forma negoziale prevista assuma il valore di un elemento essenziale del contratto oppure il più lieve valore probatorio»⁷³. Il diritto romano e il diritto comune non offrono punti di riferimento stabili e i relativi studi non hanno illuminato le vie di soluzione del problema. Per questo l'autore avverte di «raccomandare un atteggiamento prudente di fronte alla tradizione storica»⁷⁴.

Il punto principale è che il patto sulla forma costituisce un atto di autonomia privata sul quale intervengono le norme di interpretazione dei contratti e non le norme sull'interpretazione della legge. A ciò va aggiunto che il principio di libertà di forma concerne esclusivamente il campo delle forme legali e non può offrire alcun aiuto al nostro problema.

⁷¹ Per una puntuale e chiara ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 319 ss.; Cass., 15 ottobre 1977, n. 4414, in *Foro it.*, 1978, I, c. 940; Cass., 26 maggio 1965, n. 1054, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 614, con nota di A. GENOVESE, *La rinuncia del proponente ai requisiti dell'accettazione*, Cass., 8 giugno 1962, n. 1416, in *Rep. Foro it.*, 1962, *Obbligazioni e contratti*, n. 91; T. Milano, 4 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1999, c. 1863.

⁷² A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 30.

⁷³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 55.

⁷⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 58.

Allora se trovano applicazione al patto di forma le norme codicistiche sull'interpretazione del contratto operano immediatamente le regole dettate dagli artt. 1362 ss. In questo senso la regola dell'art. 1352 deve cedere in ogni caso alle norme generali di interpretazione soggettiva, in quanto dirette a svelare la c.d. comune intenzione delle parti incapsulata nel patto di forma. Di conseguenza, la previsione dell'art. 1352 entra in azione soltanto dopo che l'applicazione delle norme di interpretazione soggettiva non hanno diradato i dubbi circa la funzione perseguita dalle parti con la forma negoziata, ossia se a fini costitutivi ovvero meramente probatori. Siffatto dualismo per le parti contraenti, che di solito non possiedono le conoscenze tecnico-giuridiche, in realtà non assume le sembianze di una vera e propria contrapposizione. Alle parti la differenza sfugge se la finalità perseguita è quella di costituire una prova che aiuti alla realizzazione del diritto⁷⁵, in particolare una «funzione probatoria extraprocessuale»⁷⁶. Ciò significa che le parti non vogliono la forma ai fini della costituzione del negozio, vogliono la forma per avere una prova che possa dare tranquillità a ciascuna parte e scoraggiare la coltivazione del giudizio. Quindi «agli occhi del privato (a differenza di quelli del legislatore), la funzione extraprocessuale della prova assume un rilievo maggiore, poiché se la prova in giudizio salva il diritto, la prova stessa, prima del processo, salva il privato dalle liti»⁷⁷. Nella realtà il contraente vuole garantire fortemente il suo diritto, o meglio la prova del diritto, e questa prova la vuole contestualmente alla nascita del vincolo. Per meglio dire, i contraenti vogliono una forma per la prova contestuale alla stipulazione, cioè una forma costitutiva. Se è così, la forma *ad substantiam* per le parti rappresenta una mera forma probatoria contestuale alla conclusione del contratto, anzi, che fa dipendere la conclusione del contratto dalla dall'osservanza della forma. Nella prospettiva dell'A. «il dilemma tradizionale tra forma probatoria e forma essenziale perde molta della sua importanza nel campo del formalismo volontario, dove la forma essenziale appare come una forma probatoria d'intensità massima»⁷⁸.

⁷⁵ Questa idea era stata già paventata da una antica dottrina tedesca: I. SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. Eine Studie zur Lehre von den Willenserklärung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozessordnung*, in *AcP*, CXI, 1914, p. 47 s., in proposito avverte che la scelta del *vestimentum* a scopi di prova non è incompatibile con la scelta della forma a fini di validità dell'atto negoziale.

⁷⁶ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 70.

⁷⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 71 s.

⁷⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 74.

In questa prospettiva – anticipando soltanto quanto si dirà più avanti – il difetto di forma negoziata non può rendere invalido il contratto principale, con ulteriori conseguenze nella successiva fase di un eventuale recupero dell'atto difforme.

L'ultima sezione del secondo capitolo concerne l'interpretazione oggettiva⁷⁹, fase interpretativa che interviene a seguito del fallimento dei criteri di interpretazione soggettiva⁸⁰. L'opera su questo versante rispecchia il contesto culturale del suo tempo in quanto richiama gli sviluppi degli studi in materia di interpretazione del contratto, in particolare le indagini decisive per il nostro diritto di Grassetti⁸¹ e di Oppo⁸².

La nuova norma contenuta nell'art. 1367 c.c. rappresenta una evoluzione delle normative precedenti contenute nel vecchio codice civile del 1865 (art. 1132), debitore del *code civil* francese (art. 1157). Con riferimento alla lettera dell'art. 1367 c.c., l'Autore propone una lettura evolutiva che non si fermi a una mera giustapposizione fra significato negativo e significato positivo di una clausola o del contratto.

Il principio di conservazione disciplinato nella norma da ultimo richiamata, in mancanza di fattispecie particolari come quelle descritte nelle disposizioni degli artt. 1370 e 1368 c.c., mostra tutte le sue potenzialità al fine di risolvere in maniera soddisfacente il problema del patto dubbio sulla forma. La previsione dell'art. 1367 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui la dichiarazione contrattuale supporti più di un effetto positivo anche accanto ad un effetto negativo. Ciò per giustificare che tra più effetti positivi l'interprete deve seguire il principio del massimo effetto utile, ossia l'effetto positivo più forte. In questa prospettiva, il principio di conservazione pare assolvere una funzione determinante nell'ambito del patto dubbio sulla forma perseguendo il maggior effetto utile. Resta da chiarire la relazione che corre fra la norma generale contenuta nell'art. 1367 e quella dell'art. 1352, tenendo conto che quest'ultima assume una posizione speciale e quindi prioritaria rispetto alla prima. Specialità

⁷⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 339, discorre di "interpretazione tecnica", dove la soluzione supera la consapevolezza degli autori del contratto, «inquadrandola [...] non più nella totalità individuale di ambedue le parti, ma nella totalità dell'ambiente sociale, secondo le vedute in esso correnti circa l'autonomia privata».

⁸⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 339 s., precisa come «nell'ambito di un'interpretazione destinata ad una funzione normativa, quale è quella giuridica, l'interpretazione tecnica assume, o almeno può assumere, una funzione integrativa, che, nell'ambito di un'interpretazione meramente ricognitiva, quale quella filologica e storica [...], le è o estranea, o meno familiare».

⁸¹ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, ristampa, Padova, 1983.

⁸² G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943.

che si collega strettamente ai termini della fattispecie contenuta nell'art. 1352, la quale esige requisiti innovativi e severi rispetto alle norme del panorama europeo, fra le quali quelle contenute nel codice civile tedesco.

Riassumendo i termini del rapporto fra la norma speciale dedicata alle forme convenzionali e le norme generali sull'interpretazione del contratto, a fronte di un dubbio interpretativo circa la funzione della forma voluta dalle parti per il contratto da concludere, trovano applicazione primaria le norme generali di interpretazione soggettiva del contratto dirette ad aiutare l'interprete all'individuazione della comune intenzione delle parti. Se, nonostante l'applicazione di queste norme, il patto resta dubbio, allora in presenza della fattispecie così come caratterizzata dalla norma dell'art. 1352 la soluzione sarà quella dettata dalla previsione legale, ossia la forma costitutiva. Nell'ipotesi invece che la fattispecie dubbia non possieda i caratteri richiesti dal legislatore, l'interprete potrà sciogliere il significato del patto dubbio attraverso la norma dell'art. 1367 che persegue il maggior effetto utile, che nel caso sarà ancora una volta la forma costitutiva. Ove anche quest'ultima risulti non idonea a risolvere il dubbio, resta sempre sullo sfondo la regola finale dettata nell'art. 1371, che si muove fra i canoni dell'equo contemperamento degli interessi delle parti e l'altro del significato meno gravoso per l'obbligato.

6. Cap. III. La rilevanza giuridica del patto sulla forma

Si è constatato come la disposizione dell'art. 1352 c.c. comprende due norme, l'una attinente alla libertà dei privati, l'altra riguardante la composizione di questioni di carattere interpretativo.

A questo punto pare opportuno spostare la prospettiva di studio entro il procedimento di formazione del contratto principale e dei relativi vincoli preparatori costituiti dalle parti con un preventivo ed apposito patto *ad hoc*⁸³.

Generalmente i privati convengono una determinata forma ovvero una veste più complessa di quella predisposta dalla legge, grazie ad autonome convenzioni precontrattuali. Da qui i problemi della natura e dei conseguenti effetti esplicitanti all'interno del processo di

⁸³ Sulla funzione di agevolare la conclusione del contratto, cfr. V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 21; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 104 ss.

formazione del contratto, costituito, alle volte, anche da attività soltanto eventuali. Una chiara soluzione del problema può aiutare l'interprete a decifrare quelle fattispecie ambigue scaturenti immediatamente da un comportamento dei soggetti in violazione delle prescrizioni convenute dagli stessi in sede precedente, le quali potrebbero atteggiarsi a fenomeno sanante.

Non è dubbio che le forme convenzionali pongono una conferma dell'incidenza del potere privato all'interno dello svolgimento procedimentale: «tra i due poli [...] dei limiti inderogabili e [...] dei principi generali opera l'autonomia stessa in senso dispositivo del procedimento in un quadro di condizioni particolari di riconoscimento»⁸⁴.

Il capitolo sulla rilevanza giuridica del patto sulla forma assume un ruolo sostanziale nell'economia della monografia qui in rilettura, in quanto rappresenta ulteriore conferma della distanza che corre fra formalismo legale e formalismo volontario.

Genovese nella illustrazione delle diverse teorie, dirette a negare valore al patto sulla forma o ad attribuirgli efficacia meramente negativa o infine a riconoscergli efficacia positiva, accoglie senza esitazioni l'ultima corrente. Gli sviluppi successivi in dottrina e in giurisprudenza confermeranno la posizione preminente delle tesi positive dirette a riconoscere determinati effetti al patto sulla forma.

Una tesi abbastanza seguita in dottrina che riconosce il vincolo del patto sulla forma attraverso il richiamo del contratto normativo non ha trovato accoglimento nella prospettiva dell'Autore attenta alla incompatibilità dei tratti caratteristici della figura richiamata con il fenomeno oggetto di studio.

L'Autore attribuisce all'accordo di forma la massima forza vincolativa quando difende la tesi del contratto preliminare⁸⁵. Nelle ipotesi in cui le parti concordano una determinata forma per il futuro e definitivo negozio, implicitamente si sono voluti obbligare anche a prestare il consenso: «non obbligo di costituire la forma negoziale; ma, obbligo di prestare il consenso nella forma negoziale prestabilita»⁸⁶. Nell'ipotesi di vendita immobiliare il carattere solenne delle modalità convenute dalle parti, nonostante ad un primo approccio si sia tentati

⁸⁴ Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 80. Interessante Cass., 14 febbraio 1992, n. 1823, in *Rep. Giust. civ.*, 1992, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 36, ove riconosce all'autonomia delle parti di intervenire nel procedimento di formazione del contratto.

⁸⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 116 ss.

⁸⁶ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 121.

di inquadrare la vicenda nel fenomeno della ripetizione del contratto, risulta compatibile col procedimento di trascrizione, non appena si consideri l'esigenza del compratore di mettersi al riparo da eventuali conflitti con eventuali terzi acquirenti. La forma pubblica garantisce perciò sia la chiarezza del contenuto contrattuale, compresa anche la competenza nella terminologia, sia la certezza delle rispettive posizioni delle parti «così che i diritti contrattuali possono venire protetti durante l'esecuzione in ogni momento e contro chiunque»⁸⁷.

L'opinione sostenuta non troverà spazio nella successiva dottrina, né tanto meno in giurisprudenza, soprattutto perché richiama tipologie di patti sulla forma rinforzati da impegni sostanziali, dove le parti orientano i loro interessi non esclusivamente all'obbligo di forma ma ad una piattaforma più articolata. In questa guisa, la valutazione dell'obbligo di forma non porta necessariamente a determinate soluzioni di carattere angusto, giacché gli interessi sottostanti al regolamento contrattuale inducono l'interprete a porre in relazione dialettica la regola sulla "veste" e i valori segnalati nel complessivo programma negoziale.

Negli studi successivi la dottrina si aggirerà intorno a figure meno stringenti per le parti interessate come l'accordo normativo, il negozio regolamentare, il negozio configurativo.

L'ultima figura⁸⁸, quale strumento negoziale, unilaterale o bilaterale, consente alle parti di incidere sui procedimenti di formazione del contratto allo scopo di semplificarli o aggravarli⁸⁹. Il procedimento di formazione del contratto trova di conseguenza le sue regole nell'atto di autonomia e non più nelle norme di legge derogate, ciò per soddisfare interessi particolari delle parti⁹⁰.

⁸⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 132.

⁸⁸ Sulla figura: Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 80 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 36 e 149; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 108 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1155 ss.

⁸⁹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., p. 33.

⁹⁰ E. PALMERINI, *Commento art. 1352*, in *Dei contratti in generale (1350-1386)* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 189 s.

Accanto v'è la tesi dell'accordo normativo⁹¹, attraverso il quale le parti non sono vincolate a concludere il contratto definitivo, ma sono tenute a rispettare le regole precedentemente convenute nell'eventualità che pongano in essere l'attività definitiva⁹². Il problema della natura è meglio impostato richiamando la figura affine del negozio regolamentare, caratterizzato dal fatto che le parti regolano i propri rapporti, attuali e futuri, in intimo collegamento con altre operazioni negoziali al fine di realizzare determinati e peculiari interessi⁹³. I paciscenti hanno il potere di predisporre preventivamente parte della disciplina da adottare nei singoli rapporti che successivamente ed eventualmente potrebbero essere costituiti dagli stessi.

La libertà in capo alle parti circa la conclusione del contratto principale ha sempre costituito il punto di forza della tesi non negoziale. In proposito va replicato che l'interprete deve saper cogliere e sanzionare le condotte abusive poste in essere dalle parti, o meglio saper distinguere fra libertà del soggetto di rifiutare la conclusione del contratto particolare e minaccia di esercitare la libertà di rifiutare la conclusione del contratto in assenza di una modificazione delle regole contenute nel precedente accordo normativo-regolamentare.

Quest'ultima ipotesi può integrare una fattispecie di violazione della regola dell'art. 1375 c.c. che prevede l'esecuzione del contratto in buona fede. In questo modo, la libertà scaturente dal contratto preparatorio è limitata alla facoltà di non concludere contratti; non, per contro, di concluderli a condizioni diverse da quelle predisposte in sede preparatoria. Il patto sulla forma concluso in sede preparatoria può qualificarsi invero negozio regolamentare diretto a disciplinare in via preventiva la veste di futuri ed eventuali contratti definitivi fra le parti medesime⁹⁴.

⁹¹ Inteso come «accordo con il quale le parti concordano clausole da eventualmente utilizzare in una serie di rapporti futuri (c.d. contratti particolari) tra le parti stesse (c.n. bilaterali) o tra una parte e un terzo (c.n. unilaterali), se e quando uno o più di tali rapporti fossero conclusi» (G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 38).

⁹² L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ristampa, Napoli, 2011, pp. 287 e 458 ss.; E. COLAGROSSO, *Il libro delle obbligazioni, Parte generale*, Milano, 1943, p. 293; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 237.

⁹³ Sul negozio regolamentare cfr. F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 179 ss., giusta il quale la funzione consiste «nella modificazione della disciplina di un rapporto preesistente o nella creazione della disciplina di un rapporto futuro che per la sua particolare natura richiede una preventiva regolamentazione» (p. 195).

⁹⁴ Infine non può mancare un breve riferimento alla vecchia teoria dell'efficacia che equipara la clausola di forma ad una condizione volontaria, la quale supera la lettera dell'art. 1352 che richiama la figura dell'invalidità

7. Cap. IV. *L'estensione e i limiti della forma volontaria*

Siffatto capitolo della monografia affronta il delicato problema della latitudine della forma convenzionale, soprattutto nelle ipotesi in cui le parti non osservano sotto il profilo formale quanto convenuto in precedenza. Ciò richiama l'annosa questione della revoca del patto e delle sue forme espressa e implicita.

L'Autore segue nell'ipotesi una filosofia libertaria che si fonda su una ricostruzione del formalismo volontario secondo canoni autonomi rispetto al formalismo legale. Così la revoca esplicita del patto di forma non va compiuta in forma scritta in conseguenza dell'assenza di norme che impongono determinati requisiti. I soggetti in questo caso si muovono entro il regno della libertà di forma e permangono titolari di un potere che elimini quanto in precedenza stabilito.

Il discorso è più difficile con riferimento alla revoca implicita derivante dalla mera conclusione del contratto definitivo in guisa difforme. Nella stessa prospettiva libertaria, Genovese ammette che la mera conclusione del contratto difforme implica la revoca tacita del precedente patto di forma. La mera conclusione del contratto senza la forma convenuta significa che «l'interesse, che una volta le ha mosse a volere una certa forma, non si è fatto più sentire e che per esse non ha più alcun valore»⁹⁵. Inoltre la revoca per *facta concludentia* scaturisce dall'esecuzione bilaterale o anche unilaterale delle prestazioni del contratto, non anche dall'esecuzione di prestazioni parziali.

Va sottolineato come una parte della dottrina segue una tesi più restrittiva, da una parte, escludendo la rilevanza della revoca tacita, dall'altra, esigendo non tanto la veste scritta quanto almeno l'atto negoziale espresso di revoca. Soluzione assolutamente da non scartare soprattutto per le ipotesi di interazione con la diversa questione delle conseguenze giuridiche ai casi di difetto di forma convenuta.

(L. COVIELLO sr., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, p. 84). Nella dottrina moderna siffatta tesi è recuperata da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 299, ove la precisazione che la forma convenzionale «costituisce un requisito volontario, cioè un requisito che le parti stabiliscono per il loro contratto. Ora, la rilevanza in ordine al contratto che le parti possono attribuire a determinati requisiti è la rilevanza propria della condizione».

⁹⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 162.

La giurisprudenza, tuttavia, «con indirizzo ormai consolidato»⁹⁶, sostiene il principio secondo cui «le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciare al succitato requisito, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento»⁹⁷. In siffatto orientamento il principio di libertà di forma assume una capacità espansiva tale da restringere progressivamente qualsiasi operazione di ampliamento di regole sulla forma.

8. Cap. V. La coercibilità derivante dal patto sulla forma

L'ultimo capitolo - secondo l'Autore - «raccolge gran parte dell'interesse del presente studio»⁹⁸, orientato a misurare le «possibilità coercitive» del formalismo convenzionale. L'intensità del vincolo negoziale da cui deriva la veste del contratto definitivo rappresenta il nucleo essenziale dell'indagine al fine di verificare la sua attualità nella prassi.

La fattispecie della clausola di forma contenuta in un contratto definitivo che predispone la forma di un futuro negozio unilaterale compiuto da una delle parti e incidente sulla vita del rapporto contrattuale non assume rilievi problematici per la forte somiglianza con le ipotesi di forme legali. L'atto unilaterale deve avere la forma convenuta dalle parti e il suo compimento da parte del soggetto interessato in una veste diversa comporta la piena invalidità dell'atto, salvo sempre il potere delle parti di revocare convenzionalmente la forma convenuta e quindi di sanare l'atto difforme.

Questa ultima parte del lavoro assorbe l'attenzione dell'Autore sulle diverse ipotesi di forma convenuta mediante contratto normativo e contratto preliminare. La prima figura richiamata incentra l'indagine sulla tipologia di contratto normativo, obbligatorio e bilaterale, dove le parti stabiliscono le clausole che entreranno al momento della conclusione dei contratti particolari. Il punto debole, o meglio la caratteristica, di questa figura sta nel fatto che le parti contraenti non assumono l'obbligo di concludere il contratto particolare, in quanto esse restano sempre libere durante la trattativa per il contratto individuale di poter derogare

⁹⁶ Così, Cass., 22 febbraio 2012, n. 4541, in *Pluris on line*.

⁹⁷ Cass., 22 febbraio 2012, n. 4541, cit.; Cass., 22 agosto 2003, n. 12344, in *Contratti*, 2004, p. 247; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13277, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 163; Cass., 22 febbraio 1990, n. 1306, in *Pluris on line*.

⁹⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 177.

in qualsiasi misura al contratto normativo. Per meglio specificare il punto, il contratto normativo non obbliga le parti ad inserire le clausole del contratto particolare, ma ben può una di esse condizionare la prosecuzione delle trattative o addirittura la conclusione del contratto individuale al non inserimento di tutte o di alcune clausole del contratto normativo nel contratto definitivo. In conclusione, secondo l'Autore, «un contratto normativo bilaterale, contenente una clausola sulla forma essenziale, non svolge alcuna efficacia obbligatoria [...]». Una simile clausola potrà unicamente esser fatta rientrare fra i contratti direttivi (*Richlinienverträgen*), aventi una limitatissima funzione interpretativa nei vari casi concreti, in cui sia possibile ritenere che la stipulazione del contratto particolare, in forma diversa da quella convenuta, non escluda la volontà delle parti di osservare la forma pattuita, e ciò in considerazione delle particolari circostanze in cui la stipulazione aformale è avvenuta»⁹⁹.

Ma il pensiero di Genovese assume tutto il suo carattere originale nel momento in cui richiama per il patto sulla forma la figura del contratto preliminare, una figura forte che obbliga le parti a concludere il contratto definitivo, ancora di più se si pensa alla nuova norma contenuta nell'art. 2932 del codice vigente. Senza volerci attardare sulle dinamiche dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato alla disposizione appena richiamata, Genovese non svia dal problema di verificare se la sentenza del giudice possa sostituire la forma convenuta. La risposta non può essere che negativa, fondata sulla lettera della norma che esclude l'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre nel caso in cui risulti dal titolo, e «non esigendo forma alcuna per la dichiarazione di esclusione, permette anche quella implicita o indiretta, come dev'essere indubbiamente considerata l'ipotesi» della forma concordata¹⁰⁰. La tesi, pur argomentata in guisa raffinata, non ha trovato sponda nella dottrina successiva, la quale ha preso atto della forza vincolante “temperata” del patto sulla forma.

⁹⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 186.

¹⁰⁰ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 189.

9. Cosa lasciano questi studi

Da quanto detto in precedenza, gli studi offerti in rilettura possono ancora oggi risultare utili alla rivoluzione dommatica intrapresa dalla giurisprudenza¹⁰¹, soprattutto in determinati settori del diritto dove gli interessi della vita di qualsiasi genere entrano in collisione. L'ordito legale vigente lascia ampi spazi agli interpreti decidenti, ma per quanto siano meritevoli questi sforzi di costruire una nuova sistematica del diritto, il limite naturale del caso da risolvere ridimensiona (ovvero meglio: porta alla corretta dimensione) il progetto del nuovo sistema. La giurisprudenza può supplire il legislatore – cioè può fare il legislatore come riconosciuto anche in alcuni modelli giuridici¹⁰² – ma non può sostituirsi alla dottrina. Questa, anche se remissiva¹⁰³, non può abdicare al suo compito principale ed irrinunciabile di ordinare e sistemare il materiale normativo, perché l'ordinamento alla fine è sempre un sistema¹⁰⁴. Sistema costruito dall'esterno, idoneo a giustificare la deduzione teleologica posta in essere da chi applica il diritto. Allo stesso tempo, il sistema partecipa alla produzione del diritto, sia attraverso l'attività di comprensione del contenuto teleologico di una norma o di un istituto giuridico, sia attraverso la realizzazione della coerenza e unità del diritto, quali paradigmi fondamentali per lo sviluppo giudiziale del diritto.

Da qui la nascita di una dogmatica moderna, dal carattere integrale che costituisca il baluardo contro i pericoli di una dottrina che batte sentieri ricostruttivi ignorando l'azione

¹⁰¹ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 266, richiama per il formante giurisprudenziale la sua «natura incrementale».

¹⁰² Il riferimento è al famosissimo art. 1 ZGB, che dà al giudice, in caso di lacuna legislativa, il potere di decidere secondo la consuetudine o, ancora in mancanza, secondo la regola che adotterebbe come legislatore, attenendosi alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli. Per l'azione di *freie Rechtsfindung* della giurisprudenza svizzera si consenta il rinvio a R. FAVALE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, Torino, 2016, p. 32 s.

¹⁰³ Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 s., a fronte di una giurisprudenza posseduta dall'ansia creativa. Questa tentazione in realtà i giudici l'hanno sempre avuta, anche in tempi in cui la posizione del legislatore era forte. Interessanti i contributi di F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, (1911), in *Le prolusioni dei civilisti II (1900-1935)*, Napoli, 2012, p. 1563 ss.; L. COVIELLO sen., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, (1918), in *Le prolusioni dei civilisti II (1900-1935)*, Napoli, 2012, p. 1641 ss.

¹⁰⁴ Utili le avvertenze di M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, 2002, p. XV ss., nell'Introduzione, della ricerca del sistema come «elegante speranza». Inoltre: F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO e F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 1 ss.; C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli, 2009.

della giurisprudenza e di una giurisprudenza che procede in solitudine ignorando le ricostruzioni e le riflessioni della dottrina¹⁰⁵. Una dogmatica integrale che promuova la collaborazione fra dottrina e giurisprudenza¹⁰⁶ diretta ad un solo obiettivo: lo sviluppo del diritto teorico e pratico¹⁰⁷. Una giurisprudenza senza dottrina procede a tentoni, è una pratica cieca e senza principi; una dottrina senza giurisprudenza è una teoria insensibile che perde il contatto con gli interessi reali e vitali¹⁰⁸.

Ritornando ai casi richiamati all'inizio del lavoro, la redazione difforme dell'ordine dell'investitore e l'esecuzione delle relative prestazioni devono far riflettere sulla sua legittimità a chiedere successivamente l'invalidità dell'operazione negoziale posta in essere con l'intermediario. La giurisprudenza consolidata riconosce alle parti contrattuali il potere di rinunciare anche in via tacita attraverso comportamenti incompatibili con il mantenimento della regola di forma prima concordata¹⁰⁹. In alcune decisioni, la S. Corte esige, ai fini della revoca del patto di forma, accanto alla conclusione del contratto informale altresì un comportamento attuativo delle parti incompatibile con l'esistenza del precedente patto¹¹⁰. È evidente che una simile soluzione rafforzerebbe la tesi radicale negativa della forma convenzionale e quella in parte diversa di Genovese, secondo cui «il solo fatto che le parti siano addivenute alla perfezione del contratto senza la forma prestabilita, vuol dire che l'interesse, che una volta le ha mosse a volere una certa forma, non si è fatto più sentire e che per esse non più alcun valore»¹¹¹.

¹⁰⁵ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (1936), rist., Napoli, 2018, nella *Prefazione*, p. IX, discorre di «costruzione dogmatica integrale del diritto».

¹⁰⁶ Ancora oggi stimolanti le pagine di A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 5 ss.

¹⁰⁷ Illuminanti le pagine di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 941 ss., che inserisce il tema entro le orbite della storia e della comparazione, che poi tanto successo avrà nella letteratura comparatistica domestica ed europea.

¹⁰⁸ Sempre attuale è l'insegnamento di P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *AcP*, 1914, p. 1 ss., spec. p. 11 ss., che identifica nella realizzazione delle esigenze della vita, o meglio degli interessi, lo scopo primario dell'attività del giudice, dove la sua decisione esprime non soltanto una *Spezialwirkung* sugli interessi concreti, ma soprattutto una *Generalwirkung* idonea a costituire la base per una elaborazione armonica dei molteplici interessi che in futuro potrebbero entrare in collisione.

¹⁰⁹ Cass., 22 marzo 2012, n. 4541, in *Pluris online*, parla di «indirizzo ormai consolidato».

¹¹⁰ Così, Cass., 10 maggio 2013, n. 11124, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 971, con nota di A. BERTOLINI, *Dell'ammissibilità della revoca tacita del patto sulla forma ex art. 1352 cod. civ.*; Cass., 27 aprile 2017, n. 10379, in *www.cortedicassazione.it*, § 3.4.

¹¹¹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 162. La validità ed efficacia del contratto difforme potrebbe essere anche fondata su una diversa ricostruzione, anch'essa compatibile con il pensiero del nostro Autore, che qualifichi la proposta difforme come proposta non soltanto del contratto ma anche di mutuo

Noi siamo convinti, al contrario, che la strada più proficua per tutelare gli interessi delle parti sta nel rafforzare il ruolo della forma del mutuo dissenso del patto di forma, sulla base di una lettura della disposizione dell'art. 1352 che dia attenzione al profilo della forma del patto. La forma scritta voluta per la redazione di quest'ultimo dal legislatore esprime tutte le sue potenzialità non soltanto in sede di interpretazione del patto dubbio, ma anche in sede di abbandono del patto, al fine di scoraggiare comportamenti a sorpresa in pregiudizio della controparte. Di conseguenza, la conclusione difforme del contratto principale non produce automaticamente mutuo dissenso tacito della convenzione sulla forma, ma il diverso problema della sua invalidità o inefficacia. Per meglio dire, la redazione in forma scritta del patto di forma serve a tutelare le parti dal rischio della revoca tacita. Una conferma della bontà della nostra tesi si ha non appena si volge lo sguardo al modello tedesco, nel quale la dottrina, di fronte alla più agile lettera del § 125 BGB, che non prevede alcuna veste per il patto sulla forma, escogita la figura della clausola di forma doppia con la quale le parti stabiliscono di adottare la forma scritta per l'eventuale mutuo dissenso del patto di forma precedente; e tutto ciò per evitare il fenomeno della revoca tacita¹¹².

Abstract

Il contributo, che parte dall'analisi di due recenti sentenze della S. Corte in materia di contratti di intermediazione finanziaria, rilegge due opere classiche in materia di forme convenzionali al fine di mostrare la loro utilità attuale per una soluzione adeguata del problema delle forme volontarie predisposte per i negozi esecutivi di compravendita dei titoli.

Abstract

The paper starts from the analysis of two recent Supreme Court judgments related to financial intermediation agreements, reviews two works in the field of conventional forms in

dissenso del patto sulla forma e la conseguente dichiarazione difforme dell'oblato, quale atto diretto alla conclusione del contratto e al contratto estintivo del patto di forma. Naturalmente, la diversa ricostruzione pesa in ordine al problema della ripartizione dell'onere della prova, nel senso che la parte che vuole far valere il contratto deve dare la prova che la conclusione difforme del contratto definitivo ha portato anche al mutuo dissenso del patto di forma.

¹¹² Questo problema è sviluppato nel nostro lavoro *Forme convenzionali e mutuo dissenso*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, pp. 341 ss., 353 s.

order to show their current usefulness and provides an adequate solution to the issue concerning voluntary forms in executive agreements for the sale and purchase of securities.

Camerino, dicembre 2019.

Emilio e Ugo Betti. Giustizia e teatro, a cura di R. Favale e F. Mercogliano, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 59» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) p. 164.

Il volume, che raccoglie gli atti di un convegno tenutosi all'Università di Camerino nell'ottobre 2018 in occasione del LXX anniversario della perdita di Emilio Betti e del conferimento annuale del premio di drammaturgia 'Ugo Betti', viene aperto con commossi ricordi personali che iniziano sin dalla più tenera infanzia del rettore camerte (Claudio Pettinari, *I Betti*, p. 7-11), inframmezzati da brani di poesie di Ugo Betti e foto dei 'dioscuri' Emilio (1890-1968) e Ugo Betti (1892-1953).- Nella I sezione («Emilio Betti e la sua Facoltà camerte»), in primo luogo v'è una ampia ricostruzione (di Pier Luigi Falaschi, *Betti privato*, p. 15-56) di Emilio Betti come uomo di scienza, nel suo privato agire e pensare, dall'adolescenza alla scomparsa, con ricordi inediti, rievocazione di vicende personali, sinora inconfessate, ed episodi familiari relativi ad una personalità straordinaria, restituita finalmente alla verità che merita. I percorsi più propriamente legati alla sua attività accademica e ai vari filoni di ricerca universitaria vengono dunque ripercorsi dagli attuali docenti camerti di discipline insegnate da Emilio Betti: diritto romano (Felice Mercogliano, *Emilio Betti, romanista 'dogmatico'*, p. 57-77), diritto privato comparato (Rocco Favale, *Emilio Betti e gli studi di diritto civile comparato al tempo della nuova codificazione*, p. 79-98), diritto processuale civile (Maria Pia Gasperini, *Emilio Betti processualista civile*, p. 99-116), diritto civile (Lucia Ruggeri, *Betti civilista*, p. 129-134) e diritto agrario (Luca Petrelli, *Betti agrarista*, p. 135-142). Sulla sua concezione della libertà e della solidarietà s'incentra un ulteriore contributo specifico (di Carlotta Latini, *L'equivoco della libertà di Emilio Betti*, p. 117-128).- La II sezione («Ugo Betti e il Novecento teatrale italiano») illumina del fratello Ugo, magistrato e commediografo, l'inserimento nel panorama teatrale del suo tempo e gli orizzonti critici intorno alla sua copiosa produzione, sin dal contributo introduttivo, di carattere più generale (Marco De Marinis, *Ugo Betti fra letteratura e teatro nel Novecento italiano*, p. 145-152), per poi prendere in esame la considerazione che la critica riservò all'autore, in un'epoca di transizione tra approccio testo-centrico e sceno-centrico (Massimo Marino, *Note sulla fortuna critica e teatrale di Ugo Betti*, p. 153-160), e concludersi con alcune note sulle ambivalenti battute finali della sua

opera più celebre ‘Corruzione al palazzo di Giustizia’ (Pierfrancesco Giannangeli, *Le ultime due battute in Corruzione al palazzo di giustizia: una questione aperta*, p. 161-164).

[M.P. M.]

Rocco Favale, Giovanni Varanese e Maria Paola Mantovani, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 58» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) p. 269.

I saggi contenuti nel volume sono l'esito di *itinerari* di approfondimento di stampo civil-comparatistico. Filo conduttore dell'opera è la solida base metodologica su cui poggiano i contributi, ove è nitida, pur nella diversità dell'oggetto di riflessione, la necessità di adottare una prospettiva storico-dogmatica aperta e attenta alle esperienze giuridiche straniere, indagate alla luce dei problemi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali. I modelli giuridici di riferimento sono quelli appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law*, in particolare il modello francese e tedesco, con i quali il modello giuridico italiano è legato in modo profondo e significativo. Nel volume emerge, in modo plastico, l'idea di un quadro evolutivo del diritto civile che si avvale del proficuo apporto del diritto comparato. In tale prospettiva, il metodo comparativo consente di operare un'analisi sistematica della realtà sociale presa in considerazione muovendo dalle fattispecie delle norme di diritto civile. Gli *itinerari* di approfondimento toccano temi classici del diritto civile (interpretazione, rapporto obbligatorio, rapporto contrattuale, responsabilità). La tendenza a valorizzare l'argomento comparativo a fini ermeneutici costituisce un'evoluzione fondamentale nello stile giuristi, e ciò offre un'immagine della giuridicità contemporanea e del ruolo riservato all'argomento comparativo, divenuto un fondamentale strumento di ausilio e di supporto nella riflessione del giudice. In tale prospettiva, la comparazione giuridica può offrire all'interprete, ai fini della soluzione del caso concreto, nuovi spunti di ragionamento giuridico che sfuggirebbero ad una lettura puramente interna della questione. Sul rapporto obbligatorio, notevole è il contributo che la scienza giuridica italiana ha tratto dal modello giuridico tedesco, anche in termini di attenzione al profilo protettivo nella cornice del rapporto obbligatorio. Sul piano sistematico, occorre partire dallo studio degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) nel modello tedesco al fine di cogliere le coordinate essenziali della figura giuridica degli obblighi di protezione nell'ambiente giuridico italiano. La ricostruzione degli obblighi di protezione nel modello giuridico italiano, conduce ad affermare che vi sia stata una recezione trasformativa, e che tale figura abbia intrapreso un percorso autonomo rispetto al modello di origine.

Significativa è anche l'attenzione riservata al contratto, indagato sia sotto il profilo della conclusione sia alla luce di singoli modelli contrattuali (contratto di vendita), ponendo costantemente l'attenzione ai percorsi di armonizzazione a livello di diritto contrattuale europeo. Da ultimo l'approfondimento si rivolge alla responsabilità medica, nel modello giuridico francese e tedesco, ambedue connotati dalla presenza di una solida base normativa che ha tratto una delle sue principali fonti di ispirazione dal diritto giurisprudenziale.

[F.M.]

Stefano Testa Bappenheim, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, «Colana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 61» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) pp. 1-948.

Nell'ampio studio condotto nel volume si affronta una problematica trasversale a tutto il mondo occidentale attraverso un'analisi degli orientamenti legislativi, giurisprudenziali e dottrinali relativi, in particolare, a quei Paesi in cui il tema ha dato luogo a controversie pervenute in sede giudiziaria, riflettendo un attrito di carattere generale tra laicità, latamente intesa, e presenza pubblica religiosa.

L'Autore tiene a sottolineare come la circostanza che la presenza di simboli religiosi nello spazio pubblico abbia fatto nascere controversie giudiziarie giunte sin davanti alle varie Corti Supreme in tutte le cornici costituzionali di riferimento ed in tutte le epoche, dalla fine dell'800 (in Brasile) ad oggi (v. talune recentissime vicende negli Stati Uniti), dimostri come l'oggetto del contendere non sia una problematica di nicchia per seguaci di Feuerbach o di De Maistre, bensì abbia un forte impatto concreto sulla vita delle varie comunità, posto che il simbolo religioso, quale segno distintivo di fede, può fungere da simbolo sia di integrazione, come pure d'esclusione.

Lo studio evidenzia peraltro che, seppure la maggior parte delle controversie abbia riguardato simboli cristiani, anche i simboli di altre confessioni religiose abbiano dato luogo a dispute dinanzi alle giurisdizioni di vari Stati, come è avvenuto ad es. per gli eruvim ebraici, il kirpan sikh, o il velo islamico.

Il quesito sull'ammissibilità dell'utilizzo di un simbolo religioso nello spazio pubblico ha ricevuto molteplici e variegate risposte da parte delle diverse Corti adite in proposito, risposte che il volume raccoglie ed illustra, constatando che nei casi in cui le Corti hanno negato quest'ammissibilità (dal BVerfG nel 1995, alla CEDU con la sentenza Lautsi del 2011), vi sia sempre stata una massiccia reazione popolare, a riprova della complessità del tema e della forte componente emotivo-emozionale che esso implica.

I diversi Paesi presi in esame si caratterizzano per un quadro normativo costituzionale che regola le relazioni istituzionali tra Stato e Chiese, tra Stato e religioni, come pure riconosce la libertà religiosa individuale; in tali Paesi è indubbio che la religione e la fede

giochino ancora un ruolo importante, forse non (più) tanto sotto il profilo strettamente fideistico-dogmatico, ma (certamente ancora) sotto quello culturale, di quadro di riferimento sociale, di coordinate storiche di riferimento, e ciò spiega perché in essi si sia sentita la necessità o il desiderio d'erigere od installare, nello spazio pubblico, monumenti o simboli che possono avere anche un significato religioso, ma che sono stati collocati per il loro significato storico-culturale.

La conclusione cui si perviene, sulla scia della dottrina più autorevole, è che pur essendo preferibile tenere separate politica e religione, tale separazione è di fatto impossibile, perché entrambe si occupano della vita dell'uomo, in modo immanente l'una, trascendente l'altra, rispondendo cioè a due diverse esigenze, in merito alle quali bisogna valutare se siano sempre compatibili, e cosa fare laddove tale compatibilità non sia riscontrabile.

[M.P. G.]

Adolfo Di Majo, *Obbligazioni e tutele* (*La didattica del diritto civile* a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati), Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 289.

Il volume rientra fra quei testi di approfondimento della disciplina civilistica entro i principi del modello continentale franco-tedesco. L'Autore è uno degli studiosi più affermati in materia di obbligazioni che, negli anni Ottanta del secolo appena trascorso, ha commentato nel prestigioso *Commentario Scialoja e Branca* gli artt. 1173 ss. c.c. L'idea di base è il recupero della centralità della figura dell'obbligazione che nell'epoca moderna è stata scavalcata dagli istituti del contratto e dei fatti illeciti, ossia dalle sue fonti più importanti. La storia dell'obbligazione – come bene esplicita Di Majo – passa dalla fase del dominio del creditore alla cooperazione tra i soggetti titolari. La figura complessa dell'obbligazione conosce una *vis* espansiva che va oltre la prestazione e sulla base dei principi di correttezza, buona fede e solidarietà avvolge altresì gli interessi di protezione. L'istituto dell'obbligazione viene dischiuso attraverso i concetti chiave di prestazione, bene e patrimonio secondo una disamina binaria fra regole di fattispecie (le fonti) e regole di responsabilità. Il volume si divide in tre parti lungo un percorso fra diritto delle obbligazioni, tutele contrattuali e responsabilità civile. La prima si snoda attraverso il concetto di obbligazione, le fonti, gli interessi dei soggetti, la buona fede e la diligenza per concludere con il fenomeno dell'inattuazione e delle forme di tutela. Nella seconda parte sono trattate le tutele contrattuali, il danno e la risoluzione. Infine nella terza parte è indagata la responsabilità civile, secondo le fonti contrattuale ed extracontrattuale, con un capitolo finale rivolto al delicato e controverso tema delle aree turbolente fra contratto e torto.

[R.F.]

L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato 5-8 settembre 2018 Università degli Studi di Camerino, a cura di Giovanni Perlingieri e Lucia Ruggeri, I; II «Lezioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 41» (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019) p. VI+518; IV+519-1124.

Due tomi di atti che riuniscono i contributi dell'incontro a Camerino del settembre 2018, svoltosi in forma di scuola estiva dei dottorati di diritto privato, in realtà occasione per ripercorrere un'ampia panoramica di tematiche, non solo privatistiche ma di tutta la scienza giuridica, cari al camerte Emilio Betti, fra le quali spiccano in maniera trasversale la funzione interpretativa e ordinatrice del diritto. Al contempo, è stata una celebrazione per commemorarne il cinquantennio dalla dipartita con un originale taglio inter-generazionale (che personalmente immagino non sarebbe spiaciuto al Maestro, il quale fino agli ultimi anni romani coltivò un dialogo proficuo e aperto coi giovani in formazione, tra cui, p. es., i suoi promettentissimi tesisti Ferrajoli e Rodotà).

La sessione introduttiva non poteva che aprirsi con un approccio a *La figura di Emilio Betti*, che inaugura uno stimolante alternarsi di contributi tra maturi professori e giovani in formazione, nonché tra saggi più densi e invece più rapidi (quasi a rispecchiare la struttura dei lavori *illo tempore* articolati per ogni argomento in coppie composte da un relatore e da un discussant), così: Roberta Clerici, *Emilio Betti e il Diritto internazionale privato*, p. 3-15; Salvatore Boccagna, *Emilio Betti processualista*, p. 17-20; Roberta Landi, *Associazionismo e ordinamento: riflessioni sull'attualità del pensiero di Emilio Betti*, p. 21-43; Giuseppe Vecchio, *Regolazione sociale e potere nomopoietico delle organizzazioni collettive nel pensiero di Emilio Betti*, p. 45-54; Federica Tinti, *Convenienza economica*, p. 55-72; Raffaele Basile, *Sulla tesi di laurea di Emilio Betti*, p. 73-91. Quest'ultimo contributo – un po' *extra moenia*, ma non tanto, se si pensa che l'apertura del convegno avrebbe dovuto essere svolta su Betti romanista da Luigi Labruna, le cui condizioni di salute purtroppo non lo permisero – esige un pur breve rimando al volume pubblicato ora contenente un inedito bettiano rocambolescamente ritrovato presso un rivenditore di libri ad Heidelberg nell'estate del 2017 da Luca di Nella: Emilio Betti, *Delle fonti di obbligazione in diritto romano classico (Il «Manoscritto di Heidelberg», 1911)*, a cura di

Raffaele Basile, «SISDiC - Storie dal Fondo, raccolte da Pasquale Femia, 5» (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019) p. 163.

I contributi nel percorso di *Teoria delle obbligazioni* (II e III sessione) e in quello della *Teoria del negozio giuridico* (IV sessione, nonché V con l'abbinamento delle questioni concernenti le successioni *mortis causa*) fanno naturalmente, per così dire, la parte del leone. In effetti, sembra spieghino al meglio come Betti sia riuscito a riconfigurare la tradizione civilistica, partendo non a caso del diritto romano, senza acrobazie cerebrali, scorciatoie scientifiche, chiaroscuri intellettuali, ma soltanto andando per la sua strada contro incrostazioni tralaticie estremamente volontaristiche, nonché iperliberistiche nella concezione della causa del negozio giuridico. Betti fu, invece, l'artefice di un riformato assetto codicistico, di una novità ideologica dirompente, circa la disciplina degli elementi essenziali dei contratti, che avrebbero dovuto essere svincolati da allora in poi dal cosiddetto dogma della volontà, ormai anacronistico residuo pandettistico, rimodernato dal concetto della «funzione economico-sociale» di autentico conio bettiano (che peraltro Mauro Pennasilico vuole coraggiosamente ora rimodellare in una davvero attuale e *green* «funzione ecologico-sociale»: v. p. 801).

In dettaglio, ecco i contributi delle due suddette sessioni cruciali II e III, in materia di obbligazioni: Pasquale Stanzione, *Introduzione alla II sessione «Teoria delle obbligazioni»*, p. 95-98; Bruno Troisi, *Le obbligazioni naturali alla luce del concetto bettiano di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, p. 99-105; Mauro Grondona, *Premesse per una discussione sul concetto di cooperazione nel rapporto obbligatorio in Emilio Betti, ovvero: tra etica e diritto*, p. 107-129; Antonino Procida Mirabelli di Lauro e Maria Feola, *Inadempimento e responsabilità*, p. 131-191; Marco Farina, *Il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre nel pensiero di Emilio Betti*, p. 193-208; Raffaele Lenzi, *Obbligo a contrarre, rimedi e autonomia privata procedimentale: una rivisitazione alla luce del pensiero di Emilio Betti*, p. 209-224; Matteo Maria Francisetti Brolin, *L'interesse non patrimoniale nella teoria dell'obbligazione. Rileggendo Emilio Betti*, p. 225-286; Gabriele Carapezza Figlia, *L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti*, p. 287-302; Carla Pernice, *«Interesse socialmente tipico» e obbligazioni pecuniarie in Emilio Betti*, p. 303-333; Maddalena Semeraro, *Moneta legale, moneta virtuale e funzioni monetarie*, p. 335-354; Barbara Borrillo, *Circolazione delle situazioni giuridiche*, p. 355-379; Andrea Fusaro, *La circolazione del*

contratto, p. 381-390; Elena Belmonte, *La sfera di operatività della compensazione tra autotutela ed autonomia*, p. 391-409; Pasquale Stanzone, *Condizioni meramente potestative e rapporti obbligatori*, p. 413-424; Luca Ettore Perriello, *Atti di autonomia privata e fiducia*, p. 425-443; Francesco Di Ciommo, *Il negozio fiduciario tra tradizione e innovazione (breve «discussion» sulla relazione del dott. Luca Ettore Perriello)*, p. 445-457; Roberta Bonini, *Destinazione ad uno scopo negli atti inter vivos*, p. 459-478; Riccardo Mazzariol, *La legittimazione a negoziare*, p. 479-503; Pietro Sirena, *La legittimazione della parte negoziale nel pensiero di Emilio Betti*, p. 505-512.

Questi, di seguito nell'altro tomo, i contributi soprattutto sul problema della causa, tipicità, forma e nullità negoziale, della sessione successiva IV: Camilla Crea, *Emilio Betti: riflessioni sul negozio giuridico*, p. 519-539; Gianfranco Orlando, *Considerazioni sulla concezione bettiana della causa, a partire dagli «atti di neutralizzazione»*, p. 541-564; Anna Carla Nazzaro, *Neutralizzazione degli atti giuridici*, p. 565-573; Ettore William Di Mauro, *Emilio Betti e la causa concreta meritevole di tutela*, p. 575-591; Fabrizio Criscuolo, *Tipicità e atipicità negoziale*, p. 593-601; Francesco Mezzanotte, *Atipicità contrattuale e conformazione dell'appartenenza secondo autonomia*, p. 603-628; Andrea Federico, *Autonomia negoziale e conformazione degli statuti proprietari*, p. 629-644; Alessia Redi, *La nullità sopravvenuta*, p. 645-669; Vito Rizzo, *Nullità sopravvenuta*, p. 671-679; Andrea Maria Garofalo, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, p. 681-779; Mauro Pennasilico, *La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti*, p. 781-802; Giovanni Berti de Marinis, *La forma del contratto nel pensiero di Emilio Betti: spunti di attualità*, p. 803-833; Rocco Favale, *Le forme del contratto*, p. 835-851.

Ecco, gli altri contributi sul negozio in connessione con le successioni per causa di morte, della sessione V: Agustín Luna Serrano, *Introduzione*, p. 855-858; Vincenzo Barba, *Storicità e modernità nel diritto delle successioni*, p. 859-885; Marco Tatarano, *Il diritto successorio tra categorie ed interessi*, p. 887-912; Davide Achille, *L'atto di disposizione della successione futura tra effetto e funzione*, p. 913-929; Ciro Caccavale, *I patti successori nel pensiero di Emilio Betti. Nota a margine della concezione bettiana della causa*, p. 931-959; Sonia Tullia Barbaro, *Vincoli di destinazione e contenuto del testamento. Nel pensiero di Emilio Betti*, p. 961-976; Giuseppe Amadio, *Sui «vincoli di destinazione testamentaria» (in margine alla monografia di Sonia Tullia Barbaro)*, p. 977-987; Francesco Paolo Patti, *Autonomia privata e intervento del giudice. Orientamenti attuali alla luce del pensiero di Emilio Betti*, p. 989-1021; Roberto Calvo, *Autonomia privata e intervento del giudice*,

p. 1023-1028; Maria Rita Nuccio, *Conflitto di interessi e legittimazione: l'insegnamento di Emilio Betti*, p. 1029-1046; Fabio Padovini, *Conflitto di interessi e autonomia negoziale*, p. 1047-1050.

La *Teoria dell'interpretazione* costituisce, quindi, la sessione conclusiva e contiene: Vito Rizzo, *Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa. Sessione conclusiva: Teoria dell'interpretazione*, p. 1053-1060; Aurelio Gentili, *L'ermeneutica di un giurista ermeneutico: Emilio Betti e l'interpretazione*, p. 1061-1078; Erica Adamo, *Il metodo comparativo bettiano per una «intelligenza approfondita del diritto»*, p. 1079-1093; Mariacristina Zarro, *Interpretazione e Costituzione*, p. 1095-1106.

La degna chiusura è riservata a Pietro Perlingieri, *Relazione di sintesi*, p. 1107-1117, in principio con un ennesimo ricordo della dirittura etica di Emilio Betti, che gli spianò la strada per bruciare le tappe di un vertiginoso *cursus honorum*, inaugurato in occasione di un concorso ad assistente «in un freddissimo dicembre 1962» a Camerino. Qui, venuto ad insegnare di lì a poco, come studioso formato al prestigioso ma estremamente tradizionale ateneo napoletano, dinanzi agli avvenimenti di contestazione destabilizzanti del '68, precisa: «avvertii che le ragioni dello stare insieme erano profondamente cambiate ed erano saldamente consacrate nella Carta costituzionale». Credo sia stato un percorso formativo e di maturazione vissuto al tempo anche da altri grandi maestri, penso innanzitutto alla luce di un magistero ricevuto oramai trentennale a Luigi Labruna, ma pure a Luigi Ferrajoli e Francesco Lucarelli, che dal modello del costituzionalismo hanno tratto svolte decisive per i loro studi, con risultati ben noti e riconoscibili in opere ispirate probabilmente da quell'atmosfera provata (e poi rimpianta unanimemente) negli anni '60-'70 a Camerino (università giovane di statalizzazione recente e composta da personale dinamico, che convergeva qui da ogni dove, piccola, scollegata specialmente allora, decentrata, ma forse pertanto meno vincolata alle rigide e lente formalità dei megatenei, ai quali pure tutti in seguito approderanno). Anni questi con commozione rievocati da Perlingieri, nei quali si spegneva Betti (a Camorciano nell'agosto del '68, quasi che il destino abbia inteso risparmiargli gli anni più duri di quel clima di contestazione studentesca e soprattutto sociale, che già aveva vissuto in maniera traumatica a Parma nel primissimo dopoguerra) e al tempo stesso si riaccendeva più forte paradossalmente l'interesse per l'opera globale di Betti, che il convegno presente ha saputo valorizzare in maniera encomiabile e sarebbe riduttivo dire soltanto sotto l'aspetto della sua attualità, dimessamente l'unico voluto

inserire espressamente nel titolo. Perlingieri considera Betti, p. es., anche il vero precursore della «depatrimonializzazione» nel diritto civile ed attentissimo alla funzione anziché ai dogmi, dei quali fa sempre giustizia la storia, così come sensibilissimo fu all'interpretazione assiologica e all'educazione dei giuristi, i quali solamente con un'adeguata metodologia possono accostarsi ancora nell'attuale fase di pensiero purtroppo sempre più debole al suo immenso lascito scientifico e alle potenzialità del suo magistero, di cui i due tomi danno un esemplare riprova.

[F. M.]

Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero), a cura di Elio Lo Cascio e Dario Mantovani, «Pubblicazioni del CEDANT, 15» (Pavia, Pavia University Press, 2018) p. X+834.

Atti che riuniscono ventuno contributi (più indice delle fonti) del 'Collegio dei diritti antichi', organizzato a Pavia nel 2013 dal Centro di studi e ricerche sui diritti antichi (CEDANT), diretto da Dario Mantovani.

Nella prima sezione, opportunamente intitolata *Storia della storiografia e questioni di metodo*, un sintetico e ben affidabile affresco storiografico degli studi sull'economia nel mondo antico, un accademico «campo di battaglia» (Hopkins), viene delineato da Elio Lo Cascio, *La storia economica: i principali orientamenti degli studi (XIX-XXI secolo)*, p. 3-22, sino alle nuove tendenze statunitensi della *New Institutional Economics* e della *Economic Analysis of Law*, sulle quali si concentra pure il notevole approfondimento in fine, relativo al diritto romano, del corposo saggio di L. Maganzani, *Economia e diritto romano (XIX-XXI sec.)*. *Storie varie di convergenze parallele*, p. 23-171; poi Luigi Capogrossi Colognesi, *Diritto, società ed economia in Roma antica e i romanisti del Novecento*, p. 173-208, traccia uno spaccato della letteratura romanistica nel secondo Dopoguerra, con particolare riferimento agli apporti innovativi di Francesco De Martino, Giuseppe Grosso, Edoardo Volterra e, infine, della scuola di Feliciano Serrao; quindi, si passa ad un trittico più rivolto ad un versante di carattere metodologico ed analisi concettuale, piuttosto che di natura storiografica: Luuk de Ligt, *Roman law and Roman economic history: some methodological problems*, p. 209-221; Jean Andreau, *Concepts économiques dans les œuvres des juristes romains*, p. 223-254; Giorgia Maragno, *I numeri nelle fonti giurisprudenziali. Prospettive di analisi*, p. 255-286.

Nella seconda sezione dal titolo generale di *Forme giuridiche di attività economiche* vengono affrontate tematiche tipiche del diritto romano, per lo più privato (azioni con trasposizione di soggetti, banchieri, contratti di lavoro subordinato, società, locazione agraria e relativi al trasporto, pubblici, garanzie reali, specificazione) da: Tiziana J. Chiusi, *'A che cosa servivano le actiones adiecticiae qualitatis?'. Sulla funzione delle cosiddette azioni adiettizie*, p. 289-322; David Johnston, *The impact of economic activity on the structure of the law of partnership*, p. 323- 342; Gwladys Bernard, *The epigraphy of the societates: economic activities and legal status of place-name*

partnership, p. 343-364; Aldo Petrucci, *Il riflesso dell'attività di intermediazione finanziaria sulle regole giuridiche*, p. 365-393; Alfons Bürge, *Forme giuridiche del lavoro subordinato*, p. 395-407; Dennis Patrick Kehoe, *Agency, Tutorship, and the Protection of Pupils in Roman Law*, p. 409-430; Mattia Balbo, *Obblighi del padrone ed equipaggiamento del fittavolo nella riflessione dei giuristi*, p. 431-444; Luigi Pellicchi, *Dimensione economica e azione della giurisprudenza: il caso delle garanzie reali*, p. 445-505; Roberto Fiori, *L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto*, p. 507-567; Constantin Willems, *Vermögensallokation in Verarbeitungsfällen. Eine Effizienzanalyse von Eigentumszuordnung und Ausgleichsansprüchen im Fall der specificatio*, p. 569-600; Juan Manuel Blanch Nougués, *El modelo de la contratación pública en los tres primeros siglos del Imperio: un ensayo de análisis económico-jurídico*, p. 601-657.

La terza sezione, in tema di *Il mercato e il diritto: autonomia, tutela, effettività*, raggruppa tre contributi monografici specifici, con squarci notevoli di volta in volta su valutazione economica del danno aquiliano e riconoscimento dell'interesse soggettivo, tutela giudiziaria del proprietario ed estensione geografica e sociale dell'effettività del diritto romano: Andrea Lovato, *'Pretium' e 'quanti ea res est' nei giuristi: rapporto fra il prezzo di mercato e il calcolo giuridico*, p. 661-706; Ulrike Babusiaux, *Die Durchsetzung ökonomischer Interessen im klassischen römischen Zivilprozess*, p. 707-746; Werner Eck, *Die Wirksamkeit des römischen Rechts im Imperium Romanum und seinen Gesellschaften*, p. 747-782.

Il conclusivo *Epilogo* di Dario Mantovani, *Inter aequum et utile. Il diritto come economia nel mondo romano?*, p. 785-809, contiene riflessioni finali che hanno come filo conduttore «la necessità di tenere conto dei sistemi valoriali antichi e, con altrettanto scrupolo, della specificità delle fonti giuridiche» (p. 786), dopo aver premesso un caso esemplare, in Liv. 31.13.5-6, di modi diversi di concepire il mondo romano e i rapporti patrimoniali in esso: uno giuridico, fondato sulla giustizia (*aequum*) e l'altro economico, basato sull'interesse (*utile*), che spiega dal canto suo la trama dell'intero volume.

[F.M.]

Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione. Camerino 21 maggio 2019, a cura di Felice Mercogliano e Sara Spuntarelli, «Collana della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, 62» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2019) p. 142.

Atti del seminario svoltosi all'Università di Camerino nel maggio 2019, che ha visto come momento centrale la relazione generale del presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), Raffaele Cantone. Il volume tratta delle tematiche dell'anticorruzione e della trasparenza, indagandole sotto il profilo pluridisciplinare del diritto romano, del diritto civile e del diritto amministrativo, con ulteriori riferimenti al tema della ricostruzione post sisma. L'argomento viene esaminato sotto il duplice approccio teorico e tecnico.

Introduce relazioni e interventi il rettore camerte, Claudio Pettinari (*Un pomeriggio con Raffaele Cantone*, p. 7-9), con considerazioni introspettive, incrociate con l'esperienza sismica che ha reso le responsabilità accademiche ai più alti livelli un terreno di verifica estremo della trasparenza nell'agire istituzionale nell'ambito dell'emergenza e della ricostruzione. I saluti del direttore della Scuola di giurisprudenza, Rocco Favale (*Principio di legalità ed eventi catastrofici*, p. 11-15), introducono i profili giuridici della problematica. Il Presidente Cantone (*La strategia di prevenzione della corruzione in Italia*, p. 17-34) intesse la trama complessa delle questioni di principio e degli aspetti pratici circa la prevenzione e il contrasto della corruzione, ponendo in evidenza ruolo e rilievo della responsabilizzazione della p.a., della trasparenza dell'azione amministrativa e dell'imparzialità dei funzionari.

I contributi degli altri autori vanno, in principio, alle radici della storia delle misure normative avverso la corruzione nell'esperienza giuridica romana e della lotta alla *maladministration* (Felice Mercogliano, *Le radici romane delle misure normative di contrasto e prevenzione dei fenomeni corruttivi*, p. 35-51), per poi affrontare il tema della sorte del contratto concluso per effetto della consumazione di reati a danno della pubblica amministrazione sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico (Francesco Rizzo, *Corruzione e contratto nella prospettiva civilistica*, p. 53-77).

Gli interventi successivi indagano le questioni specificamente connesse alla gestione della ricostruzione post evento sismico (Sara Spuntarelli, *Funzione di gestione della ricostruzione e vigilanza collaborativa nei protocolli post sequenza sismica dell'Italia centrale tra regime speciale e regime*

ordinario, p. 79-105) e alla disciplina della trasparenza e dell'anticorruzione con riferimento alla ricostruzione (Vincenzo Tedesco e Claudia Caprodossi, *Anticorruzione, trasparenza e ricostruzione*, p. 107-124).

Chiudono gli interventi su esperienze vissute e problemi sentiti di dirigenti 'sul campo', che ricoprono funzioni delicate: il responsabile dell'area edilizia e sostenibilità dell'Università di Bologna, l'ing. Andrea Braschi (*Il delicato compito delle strutture tecniche*, p. 125-130), e il direttore generale dell'Università di Macerata, dott. Mauro Giustozzi (*Alcune questioni per la pubblica amministrazione. Fiducia, responsabilità, fare*, p. 131-137) .

[M. C.]

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2019

CONTRIBUTI DI:

LUIGI LABRUNA

Professore emerito di Diritto romano dell'Università di Napoli Federico II, già Preside della Facoltà di Giurisprudenza e Rettore dell'Università di Camerino.

MAURO PELLEGRINI

Avvocato del libero foro di Ancona; Dottore di ricerca in Diritto regionale e degli enti locali; professore a contratto in "Diritto pubblico" presso l'Università Politecnica delle Marche, Facoltà di Medicina e Chirurgia.

DENIS FRANCO SILVA

Ph.D. in Giurisprudenza presso la Pontificia Universidade Católica de Rio de Janeiro; Professore Associato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Universidade Federal de Juiz de Fora.

FRANCO MODUGNO

Giudice della Corte costituzionale e Professore Emerito di Diritto costituzionale presso l'Università La Sapienza di Roma.

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

Professore a contratto di Diritto ecclesiastico e di Diritto musulmano e dei Paesi islamici presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.

ANTONIO FLAMINI

Professore di Diritto privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.

FELICE MERCOGLIANO

Professore Associato di Diritto romano presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

MARTINA LORENZOTTI

Dottoressa magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Camerino.

IVAN APARECIDO RUIZ

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR e Doutorado em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. É professor associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). É professor pesquisador visitante sob orientação na Universidade de Camerino – UNICAM (Università degli Studi di Camerino).

BELMIRO JORGE PATTO

Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá – UEM.

ROCCO FAVALE

Professore Ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.