



DIPARTIMENTO PER GLI STUDI GIURIDICI
"ALESSANDRO GIULIANI"

a cura di ANTONIO PALAZZO

DIRITTO E PROCESSO

2001

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO



ANNO 2001

DIRITTO E PROCESSO



*Annuario del Dipartimento per gli
Studi Giuridici «Alessandro Giuliani»*

Rivista annuale
Anno 2001

Direttore: Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Mario Ascheri – Umberto Breccia – Francesco Donato Busnelli
– Severino Caprioli – Adelmo Cavalaglio – Marco Comporti –
Philippe Delebecque – Wolfgang Grunsky – Francesco Paolo
Luiso – Agustin Luna Serrano – Maurizio Lupoi – Antonio
Palazzo – Vito Rizzo – Umberto Santarelli – Peter Stein

Comitato di redazione:

Andrea Sassi – Francesco Scaglione – Stefania Stefanelli

Perugia – n. 0/2001

In corso di registrazione presso il Tribunale di Perugia – Responsabile: Antonio Palazzo

Stampato dalla Tipolitografica Pievese di Sgoifo Franco - Città della Pieve (pg), per conto
del Dipartimento per gli Studi Giuridici «Alessandro Giuliani» dell'Università degli Studi di
Perugia - via Pascoli, 33 - Perugia (P.I.: 00448820548)

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)



SOMMARIO

Diritto e Processo <i>nello Studio Perugino del XXI secolo</i>	Pag.	1
MAURO BOVE, <i>Il patto compromissorio rituale</i>	»	7
BEATRICE CAIROLI, <i>Brevi riflessioni sulla prevenzione dell'aborto nell'art. 5 della l. 22 maggio 1978, n. 194</i>	»	61
SEVERINO CAPRIOLI, <i>Satura Lanx 32. Preambolo alle scuole di specializzazione</i>	»	79
ADELMO CAVALAGLIO, <i>Una riflessione sul progetto di legge n. 2229 per le modifiche urgenti del processo civile</i>	»	87
BRUNO CAVALLO, <i>La proprietà dei beni c.d. archeologici</i>	»	101
STEFANO FANTINI, <i>La proprietà e il sottosuolo</i>	»	111
EMANUELE FLORINDI, <i>La tutela del software in sede civile</i>	»	119
MAURIZIO LUPOI, <i>Quale fiducia?</i>	»	149
VITTORIO MENESINI, <i>Il diritto al mercato come nuovo diritto della persona</i>	»	159
ANTONIO PALAZZO, <i>Diritto, processo e interessi privati</i>	»	207
FRANCESCO REALI, <i>Iustitia, bona fides ed aequitas: dal Decretum Magistri Gratiani al sistema giuridico anglo-americano</i>	»	221
VITO RIZZO, <i>Alcune considerazioni in materia di cultura giuridica, produzione scientifica e insegnamento del diritto civile nell'Italia del '900</i>	»	327
<i>Recensioni e segnalazioni</i>	»	343

Quando mi si chiedeva se dare un titolo alla Raccolta di Studi in memoria di Alessandro Giuliani pensai a *Diritto e Processo* perché era il binomio che esprimeva gli interessi cari a Sandro, Maestro della *Controversia* e della *Prova*, argomenti trattati in profondità e latitudine in tutta la sua vita di studioso. L'Annuario del Dipartimento a Lui intestato, che raccoglie gli studi di docenti e allievi della Scuola perugina e delle Scuole vicine all'Ateneo non soltanto geograficamente, ma anche per antica tradizione e metodo di studio, doveva necessariamente chiamarsi *Diritto e Processo*.

Esso vede la luce dopo che sono stati pubblicati gli Atti del convegno *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* anch'esso alla memoria di Sandro.

L'insegnamento del Diritto e della Procedura civile nello *Studium Perusinum* ha una storia secolare che, sia pure con una crisi nei secoli XVII e XVIII, registra nomi illustri di giuristi titolari delle rispettive discipline.

Nel 1308, l'anno stesso della Bolla clementina di riconoscimento dello Studio generale perugino, JACOPO DA BELVISO vi teneva già la cattedra di Diritto civile suscitando le invidie dei bolognesi che gli avevano ingiunto di tornare subito nella sua Università di nascita e formazione. E il Consiglio dei Priori e dei Savi di Perugia deliberava il 9 settembre di quell'anno di inviare a Bologna una «solenne ambasceria» per indurre i bolognesi di consentire al civilista Belviso *gratia et amore communis Perusii et populi*, di continuare il suo insegnamento perugino. Braccio di ferro tra i due comuni che continuò per anni con minacce e lusinghe al Belviso da parte di entrambe le istituzioni ⁽¹⁾.

I dieci anni di Jacopo a Perugia decidono, secondo l'ERMINI, dell'avvenire dello Studio: «è per lui che la Scuola si avvia per quel nuovo metodo scientifico, che la farà maestra a tutti di dottrina civilistica» ⁽²⁾.

Vero continuatore del Belviso è CINO DE' SIGHIBULDI o SINIBULDI da Pistoia, nato forse nel 1265, era sicuramente a Perugia sul finire del

⁽¹⁾ G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, vol. I, Firenze, ed. Olshki, 1971, p. 127 ss.

⁽²⁾ ERMINI, *op. cit.*, p. 129.

1326 dove dava consigli al Comune e dove i documenti lo ricordano nel 1328-29 sulla «cattedra ordinaria di diritto civile».

E a Cino succede BARTOLO DA SASSOFERRATO, nato nel 1313 o 1314, «una delle più forti menti di giurista che l'umanità abbia mai avuto»⁽³⁾.

Bartolo entrò nella Scuola civilistica perugina di Cino e come sentiva dire da lui Baldo⁽⁴⁾: «ciò che formò il mio ingegno fu la lettura di Cino».

Bartolo rimase sulla cattedra di Diritto Civile a Perugia sino alla morte (1357); solo tra il 1342-43 e 1351-53 fu a Pisa per leggersi l'Inforzato.

Nome illustre è pure il successore e allievo di Bartolo, BALDO DEGLI UBALDI o Baldeschi, nato nel 1319 (o forse nel 1327), che aveva conseguito probabilmente il dottorato tra il 1343 o 1344 su presentazione di Bartolo.

Varie città si contesero la presenza di Baldo: Bologna, Pisa, Firenze, Padova, Piacenza e Pavia, ma il più lungo periodo di insegnamento lo trascorse nella sua Perugia. La sua ultima residenza fu Pavia dove moriva nel 1400.

Dice Ermini: «se Bartolo è senza dubbio il massimo giurista del secolo per limpidezza di concetti, visione sintetica dei problemi e rigore di costruzione dogmatica, Baldo supera il maestro per ricchezza di erudizione, acume giuridico, modernità di atteggiamenti. Scrisse un suo discepolo, Paolo di Castro: "Pro certo fuit uno polito dottore et seppe bene anche lui indurre più sottilmente che Bartolo; ma pur generalmente seguita meglio il Vero che Baldo"»⁽⁵⁾.

Tra i fratelli di Baldo, Pietro porta un contributo materiale agli studi e all'insegnamento del diritto civile a Perugia⁽⁶⁾.

Anche l'insegnamento del Notariato assurge a dignità universitaria nello Studio Perugino dei secoli XIV e XV con nomi illustri quali MAF-

⁽³⁾ L'espressione dice ERMINI (*op. cit.*, p. 137) è usata da GIASON DEL MAINO, in I. 132, D. 45, 1. Su cui vedi anche F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Diz. biografico degli italiani*, vol. VI, Roma, Ist. Enc. it. Treccani, 1965, spec. p. 28 ss. (estr.).

⁽⁴⁾ BALDUS, in *Fend.*, II, 26.

⁽⁵⁾ ERMINI, *op. cit.*, p. 146 ss.

⁽⁶⁾ ERMINI, *op. cit.*, p. 152 ss.

FEO DI RIGUCCIO che vi legge l'*Ars Notaria* di Rolandino de' Passeggeri⁽⁷⁾.

Ma è stato l'insegnamento di Bartolo con il suo rigore tecnico giuridico, il centro della cultura civilistica più ricco di contenuti a Perugia. E diffusore ne è stato ALBERICO GENTILI, grato ai maestri perugini per avergli dato prima di Oxford la massima formazione.

Il Gentili pronunciò due orazioni in lode delle Accademie di Perugia e di Oxford e l'occasione fu quella delle Assemblee riunite per il solenne conferimento di dottorato a Perugia e di cattedra ad Oxford (1602 e 1603).

Ecco come si esprime il Gentili sul metodo di studio seguito a Perugia e sulla prova che viene richiesta per la creazione di un dottore⁽⁸⁾:

«Gli studenti ricevono dai dottori al termine di ogni lezione la indicazione del tema che sarà trattato prossimamente, e degli scrittori interpreti e dove questi si possono reperire, affinché siano letti prima della lezione che segue, ed ad un tempo sia esaminato ciò che poi verrà esposto e brevemente vi sia rivolta attenzione, onde i dottori abbiano poi pochissimo da esporre di cui i discepoli non abbiano in precedenza preso conoscenza: utilissimo metodo di studio, poiché non è sufficiente che gli uditori ascoltino con tutta attenzione il professore, ove già non abbiano precedentemente conosciuta la materia; lodatissimo metodo anche per i sermoni sacri come riferisce Crisostomo. E grave colpa è ritenuta comportarsi diversamente, negligenza che danneggia tutto, negligenza grandissima che è matrigna certamente dell'erudizione.

Se poi ambisci il grado dottorale, devi adire tre dottori designati, che ti indicano la legge sulla quale il giorno seguente dovrai parlare e dissertare con loro: duro esame (credete ad un esperto), per timore del quale non pochi partono verso altre accademie a conseguire il grado, pure avendo seguito l'intero corso di studi a Perugia; e che ad alcuni di coloro che si arrischiano ad affrontarlo, fa sentir dire, dai tre dottori insieme, non essere loro ancora lecito di aspirare alla dignità del dottorato.

Se poi ti è stato concesso di chiedere tale dignità, allora accedi al collegio e ricevi la indicazione di due testi, che interpreterai entro ventiquattro ore.

⁽⁷⁾ ERMINI, *op. cit.*, p. 183 s.

⁽⁸⁾ A. GENTILI, *Lodi delle accademie di Perugia e di Oxford*, testo latino con versione italiana e note a cura di Giuseppe Ermini, Perugia, 1968, pp. 27-31.

Assistono i dottori della tua professione, quaranta, cinquanta giureconsulti, e il più giovane disputa con te contro le tue tesi. E nulla dico delle altre due tesi alle quali parimenti sei tenuto, procurate a te molto prima e forse nemmeno proporzionate alle tue forze, ma che non ritengono di udire. Per i due punti che ti ordinano di discutere, la brevità del tempo concesso ti esclude ogni frode e consente un giudizio conclusivo sul tuo sapere e sul tuo merito.

Quanta dottrina infatti è appena sufficiente, perché tu possa trarne ciò che riempia ed adorni i due commenti? E d'altro lato, di quanto ingegno vi è bisogno perché tu colga, in tanta angustia di tempo, quel che puoi dire in modo adeguato? Né della tua varia dottrina e del tuo non puerile giudizio: qui necessita davvero la memoria dei giureconsulti e l'acume dei dialettici, qui dove invano cercheresti aiuto nelle carte, che non ti è lecito portare. Ciò, in breve, degli studenti perugini».

Baldo e Bartolo hanno insegnato al mondo giuridico europeo a coltivare attraverso il diritto dei privati l'interdisciplinarietà culturale della giustizia.

La storiografia contemporanea, rivisitando i termini delle dottrine tradizionali, sta dimostrando che il rinnovamento della scienza giuridica nell'età moderna va ricercato nei giuristi del *mos italicus*, come ad esempio Matteo D'Afflitto e Alberico Gentili, piuttosto che nei giuristi umanisti del *mos gallicus*⁽⁹⁾.

Ma viene anche per la Scuola civilistica perugina il periodo della crisi che «è generale per tutto il mondo civile vivente in regime di diritto comune», che «si accompagna a quella degli Ordinamenti stessi dello Studium Perusinum» e si protrae nel sei e settecento anche dopo la riforma operata da Urbano VIII nel 1625⁽¹⁰⁾. In questi due secoli mancano civilisti equiparabili ai Maestri dei secoli precedenti e l'erudizione soffoca la pienezza del metodo tecnico giuridico di stampo bartoliano.

Il periodo napoleonico e la restaurazione presentano segni di ripresa

⁽⁹⁾ Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in *El Dret Comú i Catalunya* (Actes del II Simposi Internacional, Barcelona 31 maig - 1 juny 1991), Barcelona, 1992, p. 145 ss.; A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in AA.VV., *La legislazione. Profili politici e giuridici*, Milano, 1992, p. 13 ss.

⁽¹⁰⁾ ERMINI, *op. cit.*, p. 537.

soprattutto per l'attenzione ai codici ottocenteschi e all'ordine degli studi con una razionalità dei programmi di insegnamento, ma non sono di gran fama i titolari delle cattedre.

È necessario attendere la ripresa della vita universitaria dopo l'unità nazionale per ritrovare a Perugia i nomi più illustri della civilistica italiana ed il conseguente alto livello didattico e scientifico, anche se per la brevità di tempo del loro insegnamento non nasce mai una scuola perugina contemporanea del diritto civile e del diritto processuale civile.

Basti pensare per il diritto civile, commerciale e processuale (romano, intermedio e contemporaneo) a Guido Padelletti (1869-70); Silvio Perozzi (1884-85); Enrico Serafini (1886-89); Alfredo Ascoli (1888-90); Cesare Bertolini (1890-94); Pier Carlo Zanzucchi (1906-09); Vincenzo Arangio Riuz (1909-10); Filippo Vassalli (1911-14); Pietro de Francisci (1916 e 1922); Filippo Messina Vitrano (1920); Gioacchino Scaduto (1922-23); Andrea Guarneri Citati (1923-24); Lodovico Barassi (1899-1902); Giuseppe Messina (1902-04); Carmelo Scuto (1910-13); Ageo Arcangeli (1905-06); Antonio Scialoja (1906-09); Enrico Redenti (1909-11); Antonio Segni (1921-25)⁽¹¹⁾.

Chi scrive, quale curatore dell'Annuario, aveva promesso all'Amico Sandro che non avrebbe più lasciato Perugia e risale al '96 il volume «L'interpretazione della norma civile», scritto per la Scuola, con Lui e la sua brava allieva Avv. Ione Ferranti.

La promessa mantenuta è stata premiata per la cura della qualità e del numero di opere monografiche pubblicate in questi anni da giovani validissimi, mentre Perugia è divenuta ogni anno sede di convegni internazionali con temi civilistici di viva attualità.

Possa questo Annuario essere continua testimonianza di un lavoro comune che goda l'assistenza dall'alto di chi di queste fatiche ne ha conosciuto la cura.

Un ringraziamento immediato va intanto al Magnifico Rettore prof. Francesco Bistoni che l'ha sponsorizzato con la sua sensibilità culturale.

A.P.

⁽¹¹⁾ Cfr. ERMINI, *op. cit.*, vol. II, p. 906 s.

MAURO BOVE

IL PATTO COMPROMISSORIO RITUALE

SOMMARIO: 1. Profili generali della giustizia privata. — 2. Concetto di arbitrato rituale e sua legittimità costituzionale. — 3. Effetti del patto compromissorio rituale. — 4. Forme e validità. — 5. Estinzione. — 6. Sindacato sulla valida esistenza del patto compromissorio rituale.

1. — Oggetto del presente scritto è lo studio dell'atto col quale si fonda quel tipo di arbitrato che, per essere disciplinato dal codice di procedura civile agli artt. 806 ss., è comunemente definito «rituale». Di esso si vorrebbero analizzare, in buona sostanza, il contenuto essenziale, le forme, l'efficacia, nonché l'eventuale sopravvenuta inefficacia, ed infine i problemi relativi ai modi e ai luoghi in cui si può sindacare la sua valida esistenza.

È noto come questo c.d. arbitrato rituale non esaurisca, almeno nella nostra esperienza giuridica, l'intero fenomeno della giustizia privata, all'interno della quale, al contrario, si collocano almeno altri due fenomeni: l'arbitrato libero o irrituale e la perizia arbitrale o contrattuale. Tuttavia, anche se queste diverse *species* hanno evidentemente elementi in comune, un loro studio nell'ambito di un unico saggio sarebbe o troppo lungo e complesso o troppo superficiale, per cui a noi è sembrato opportuno isolare l'analisi del solo arbitrato rituale ed anzi, ancor più limitatamente, del solo patto compromissorio c.d. rituale. Comunque questa limitazione non esclude l'opportunità o forse la necessità di una sorta di introduzione alla giustizia privata, sicuramente succinta, ma finalizzata a mettere in luce considerazioni preliminari che ben possono valere per ogni tipo di arbitrato.

Se insorge una lite tra due soggetti sull'esistenza e/o il modo di essere di un rapporto giuridico, gli strumenti rintracciabili nell'ordinamento per porvi rimedio sono più di uno.

È possibile che quei soggetti trovino da soli la soluzione della crisi del rapporto, giungendo al perfezionamento di un contratto che abbia

come fine quello appunto di superare la lite ⁽¹⁾. Un tale contratto può essere una transazione, se i soggetti, come si evince dall'art. 1965 c.c., pongono fine alla lite facendosi reciproche concessioni, oppure può trattarsi di un c.d. contratto di accertamento ⁽²⁾, contratto innominato, ma senza dubbio ammissibile in virtù del principio generale dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c., che si caratterizza per la mancanza delle dette reciproche concessioni.

È possibile, invece, che i litiganti non riescano a raggiungere alcun accordo. In tal caso si apriranno le porte della giurisdizione statale, ossia la parte interessata alla ricerca della tutela del suo (preteso) diritto usufruirà della possibilità che l'art. 24, 1° comma, cost. le garantisce di chiedere ad un giudice dello Stato una decisione che accerti la sua situazione sostanziale protetta.

Ma è anche immaginabile, e questa è la soluzione per così dire intermedia tra le due appena indicate, che i litiganti giungano a stipulare un negozio in virtù del quale essi, se non trovano la soluzione della lite, tuttavia scelgono di affidarsi ad un terzo perché questi trovi per loro quella soluzione che da soli non sono stati in grado di individuare consensualmente. In tal caso siamo in presenza di un arbitrato, il quale, in termini generali, si può definire come quel fenomeno per cui due soggetti sottraggono alla giurisdizione statale una controversia per deferirla alla decisione vincolante di uno o più privati.

Già da questi primissimi rilievi si può ricavare un duplice dato tecnico, sintetizzabile in ciò che il fenomeno arbitrale emerge a livello dell'ordinamento statale almeno in due momenti, ossia produce due tipi di effetti, uno negativo e l'altro positivo. Quello si produce col patto che fonda il fenomeno e consiste nell'impedire ⁽³⁾, anche se in modi diversi, la

⁽¹⁾ Per quanto stiamo per dire vedi LUISO, *Diritto processuale civile. IV I processi speciali*, Milano, 2000, pp. 302-303.

⁽²⁾ La teoria del negozio di accertamento è stata inizialmente elaborata in Germania da Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Göttinga 1967 ed è penetrata in Italia all'inizio del XX secolo (fra le prime opere si ricordi solo quella di MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, (1902) ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, in partic. p. 42 ss.). Non potendo qui approfondire il discorso vedi, se vuoi, anche per ulteriori citazioni BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 688 ss., in partic. pp. 718-720.

⁽³⁾ L'effetto impediente a cui si accenna sarà al centro della presente indagine perché esso rappresenta uno degli aspetti più importanti della teoria del patto compromissorio,

decisione statale sul rapporto controverso; questo si produce con il responso dell'arbitro, che si presenta come la soluzione vincolante per le parti del loro conflitto, per cui l'arbitro non potrebbe certo essere confuso né con la figura di un mediatore né con quella di un consulente.

Noi ci occuperemo solo del primo momento citato, quindi solo del patto compromissorio. Ma, poiché, come è stato poco sopra accennato, in realtà l'esperienza della giustizia privata, invece che essere unitaria, si frantuma piuttosto in diverse forme di arbitrato, un discorso unitario sul patto compromissorio non potrebbe procedere oltre queste prime e generiche battute. Invero, già all'inizio del suo esplicarsi, ossia a livello del suo atto fondativo, il fenomeno arbitrale produce nell'ambito dell'ordinamento statale effetti diversi. In altri termini, l'effetto impediente in parola si attegna in modi del tutto differenti a seconda che si tratti di un patto compromissorio rituale o di un patto compromissorio libero o ancora di un patto per perizia arbitrale. Noi, si ripete, in questa sede analizzeremo solo l'efficacia del patto compromissorio rituale.

Tuttavia c'è una questione generale che ancora va affrontata in un'introduzione alla giustizia privata, perché comune a tutte le varie forme di arbitrato. Ci riferiamo alla questione del limite della giustizia privata, che è sempre lo stesso in ogni caso, precisamente è quello attinente alla disponibilità dei diritti oggetto della controversia. Per tradizione secolare e per esplicita disposizione normativa (arg. dagli artt. 806 c.p.c. e 1966, 2° comma, c.c.) l'arbitrato è ammissibile solo se sono in gioco controversie relative a diritti disponibili ⁽⁴⁾. Ne consegue che un patto compromissorio

sia per le sue implicazioni scientifiche sia per la sua importanza pratica. Peraltro la dottrina tedesca, che pure è stata la prima ad analizzare a fondo proprio questo effetto impediente, ha voluto accennare al fatto che in linea di principio ciò che è essenziale al patto compromissorio è solo l'istituzione dell'arbitrato e non anche l'esclusione della giustizia statale, potendosi lasciare ad una o ad entrambe le parti la scelta tra la giustizia privata e quella pubblica: così, per tutti, SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 32. Tuttavia questo modo di concepire il contenuto dell'accordo arbitrale non sembra avere una qualche applicazione pratica, per cui, appearing il rilievo puramente teorico, resta confermata la validità del rilievo compiuto nel testo per cui un elemento caratteristico del patto compromissorio sta nell'effetto (negativo) di escludere la giustizia statale. Vedi anche l'accenno *infra*, nt. 55.

⁽⁴⁾ Cfr., per tutti, CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. sist. di dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino, 1991, p. 1. Si tenga presente che l'altro limite che sembra emergere

stipulato in relazione ad un diritto indisponibile è radicalmente nullo ⁽⁵⁾.

L'analisi di questo limite generale ha diversi aspetti. Il primo e forse più importante di essi, almeno per il processualista, attiene al rilievo per cui esso deve essere assunto tendenzialmente ⁽⁶⁾ come l'unico vero limite alla giustizia privata. Da ciò deriva, in buona sostanza, la necessità di sgombrare il campo da due possibili equivoci: uno relativo al tipo di giurisdizione statale alla quale l'arbitrato si surroga e l'altro relativo al tipo di norme che presiedono alla decisione della controversia.

Dal primo punto di vista si deve affermare che un limite all'arbitrato non può derivare dal fatto che altrimenti la controversia sarebbe stata decisa da un giudice speciale o anche dall'autorità giudiziaria ordinaria, ma investita in ragione di un criterio di competenza per materia ⁽⁷⁾. Limiti di questo genere, se sono già stati, in precedenza, riconosciuti falsi da una parte della dottrina ⁽⁸⁾, risultano oggi superati dallo stesso legislatore, il quale, all'art. 6, 2° comma, l. 21 luglio 2000, n. 205 («Disposizioni in materia di giustizia amministrativa») dispone: «Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto» ⁽⁹⁾.

dall'art. 806 c.p.c., relativo alle controversie di lavoro, va letto non in termini assoluti, ma solo nel senso che in questo campo non si vuole lasciare il lavoratore da solo di fronte al datore di lavoro, per cui l'arbitrato è ammissibile anche nelle controversie di lavoro, purché esso sia previsto nei contratti collettivi. Cfr. a tal proposito l'art. 808, 2° comma, c.p.c., l'art. 412-ter c.p.c. e l'art. 5, l. 11 agosto 1973, n. 533.

⁽⁵⁾ E, si aggiunga, se per avventura dovesse ugualmente celebrarsi il processo arbitrale, si porrebbe capo ad un lodo altrettanto radicalmente nullo, ossia affetto da un vizio che potrebbe farsi valere in ogni sede utile. Comunque ci asteniamo da ogni approfondimento su questo aspetto, perché esso esula dal nostro attuale campo.

⁽⁶⁾ La prudenza è imposta dal fatto che l'esperienza giuridica può assumere forme veramente complesse, per cui non è del tutto escluso che un limite all'arbitrato possa derivare, in situazioni particolari, anche da ragioni diverse da quella sottolineata ora nel testo. Il riferimento è soprattutto al fenomeno fallimentare, nel quale, come vedremo tra breve, sembra che gli elementi da considerare ai nostri fini debbano essere diversi.

⁽⁷⁾ Così anche LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 308-309.

⁽⁸⁾ Per una sintesi del dibattito vedi CECHELLA, *op. cit.*, pp. 13 ss. e 16 ss. e BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. I. La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999, p. 100 ss. Per una rassegna di giurisprudenza vedi FADDA e IASIELLO, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, p. 300 ss., in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, Torino, 1999.

⁽⁹⁾ Vedi una prima riflessione sulla norma citata in ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella l. n. 205/2000*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 627 ss.; VERDE,

Dal secondo punto di vista bisogna chiarire che una cosa è parlare di indisponibilità dei diritti, altra cosa è, invece, parlare di inderogabilità delle norme che disciplinano il caso da risolvere ⁽¹⁰⁾, perché non è escluso che dal verificarsi della fattispecie prevista in una norma inderogabile sorga un diritto tuttavia disponibile. Siamo di fronte a norme inderogabili, da contrapporre a quelle derogabili o dispositive ⁽¹¹⁾, quando il legislatore esclude che i privati possano previamente mettere fuori gioco in via negoziale norme da lui ritenute particolarmente forti (appunto inderogabili) o per la presenza di un interesse pubblico o in funzione della tutela della c.d. parte più debole. Tuttavia ciò non significa che in tali ambiti sia impedito l'arbitrato, ma al più ciò implica che in tali ambiti il legislatore statale voglia e possa considerare l'arbitrato con maggiore prudenza, perché appunto si vogliono tutelare gli interessi sottesi alle dette norme inderogabili. Altra questione è poi quella attinente al modo in cui lo Stato può scegliere di mostrare questa prudenza: esso può imporre certe cautele iniziali, come ad esempio accade in materia di lavoro, nella quale l'arbitrato è ammesso solo sulla base di una duplice manifestazione di volontà, collettiva e individuale, ma esso può anche limitarsi ad impedire alla volontà dei compromittenti di escludere il sindacato nel merito della decisione arbitrale.

Ma, tolti gli equivoci, resta la questione più spinosa, ossia quella attinente all'individuazione dell'area delle controversie coinvolgenti diritti indisponibili. Non possiamo certo, nell'attuale sede, affrontare in modo

Arbitrato e pubblica amministrazione, ivi, 2001, p. 407 ss.; LUISO, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, ivi, p. 421 ss. Per una rapida sintesi del dibattito sull'arbitrabilità delle controversie coinvolgenti la pubblica amministrazione cfr. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 182 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 306-308; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 43 ss., in partic. p. 61; CECHELLA, *op. cit.*, pp. 6-8; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 142; D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1903.

⁽¹¹⁾ Le quali si caratterizzano per il fatto di consentire agli interessati «una propria normazione giuridica delle relazioni giuridiche in modo che essi sono legittimati a scegliere, all'interno di determinati limiti giuridici, tra più possibilità di normazione giuridica: il diritto oggettivo non pone qui per la fattispecie un'unica [...] disciplina giuridica»: così BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Acp* (40), 1881, p. 1 ss., in partic. p. 9.

esteso un problema così vasto come quello, squisitamente civilistico, che qui si pone. Tuttavia non possiamo esimerci del tutto dal tracciare almeno qualche linea guida su di esso.

In termini generali sono indisponibili i rapporti in riferimento ai quali non opera l'autonomia negoziale delle parti o, se si vuole, più in particolare non è possibile una transazione. L'art. 1966, 2° comma, c.c. dice che un diritto può essere sottratto alla disponibilità delle parti per sua natura o per espressa disposizione di legge. Ma, se ovviamente non vi possono essere dubbi sull'arbitrabilità quando il legislatore si esprime⁽¹²⁾, quando, invece, nella legge nulla è detto di esplicito può essere più o meno difficoltoso stabilire se un certo rapporto ha o non ha natura disponibile, perché può risultare più o meno discutibile la sussistenza di un qualche interesse d'ordine pubblico, che, solo, può giustificare l'eccezione dell'indisponibilità alla regola della disponibilità.

Così, ad esempio, non vi sono state difficoltà applicative per quello che riguarda le controversie in materia di stato e separazione personale. A parte l'esplicita previsione dell'art. 806 c.p.c.⁽¹³⁾, in questo ambito è opinione comune ritenere che si tratti di materie sottratte alla libertà contrattuale dei privati⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Una delle disposizioni che è sempre stata citata a questo proposito è l'art. 54 della l. 27 luglio 1978, n. 392, a tenore del quale «è nulla la clausola con la quale le parti stabiliscono che le controversie relative alla determinazione del canone siano decise da arbitri». La norma è stata abrogata dall'art. 14, l. 9 dicembre 1998, n. 431 limitatamente alle locazioni abitative e, quindi, essa sopravvive per le locazioni ad uso diverso da quello abitativo (cfr. FRATINI, *Compromettibilità in arbitri delle controversie in materia di locazione di immobili e affitto di aziende*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 552 ss., in partic. p. 556). L'esempio, fra l'altro, è interessante perché è indice di una sempre incombente confusione tra l'inderogabilità delle norme e l'indisponibilità dei diritti. Sulla necessità di evitare una simile confusione abbiamo già detto. E, comunque, è interessante sottolineare come la norma ora citata vietasse la clausola e non anche il compromesso, per cui essa intendeva tutelare il conduttore nella fase di regolamentazione preventiva del rapporto locatizio, presumendo in essa una sua posizione contrattuale più debole, ma non vietava il compromesso nel momento dell'insorgenza di un'eventuale controversia (FADDA e IASIELLO, *Le questioni arbitrali*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, cit., p. 270 ss., in partic. p. 289).

⁽¹³⁾ Che giustamente è stata qualificata «pleonastica», perché sicuramente le questioni in parola non potrebbero non rientrare tra quelle insuscettibili di formare oggetto di transazione: così VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 59.

⁽¹⁴⁾ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 306; CECHELLA, *op. cit.*, p. 4; FADDA e IASIELLO, *Le questioni arbitrali*, cit., p. 277; DANONI, *op. cit.*, p. 145 ss. Sembra, invece, che

Né sembra potersi dubitare, anche in mancanza di disposizioni di legge, del fatto che non sono arbitrabili le controversie relative a diritti della personalità o all'esistenza di crediti alimentari (arg. dall'art. 447 c.c.)⁽¹⁵⁾.

E ancora comunemente si rileva che un indice abbastanza sicuro per affermare l'indisponibilità del diritto, e quindi la non arbitrabilità della controversia su di esso, sia rappresentato dalla previsione della necessaria partecipazione del P.M. ove si dovesse celebrare il processo statale⁽¹⁶⁾. Invero, come da altri rilevato⁽¹⁷⁾, se la *ratio* della partecipazione del P.M. è «quella di garantire, quando oggetto del processo è un diritto indisponibile, la completezza del quadro di riferimento fattuale e probatorio di fronte al giudice», «ogniqualevolta il legislatore prevede che il P.M. debba partecipare ad un processo avente un determinato oggetto, ne possiamo dedurre *a contrario* che si tratta di un diritto indisponibile e pertanto non suscettibile di arbitrato».

Ma accanto a settori nei quali la linea di demarcazione tra arbitrabilità e non arbitrabilità sembra abbastanza sicura, ve ne sono altri in cui, invece, emergono ancora molti dubbi. Si pensi solo alle controversie relative alla nullità di un contratto, a quelle in materia societaria e a quelle connesse al fallimento.

Affrontando il problema attinente al primo tipo di controversie, si premette che ovviamente esso si pone solo sul presupposto che, almeno quando si ha a che fare con una clausola compromissoria, gli eventuali vizi del contratto sostanziale non si ripercuotono sul contratto (processuale) diverso ed autonomo rappresentato dal patto compromissorio. In questo presupposto non vi è altro che l'espressione del principio c.d. dell'autonomia della clausola compromissoria, principio che, già in precedenza emerso in dottrina e giurisprudenza, è, oggi, ormai codificato

si possa concludere per l'arbitrabilità delle controversie, collegate a quelle in parola, relative ai profili patrimoniali, almeno se è in gioco la determinazione del *quantum* dell'assegno alimentare (così CECHELLA, *loc. ult. cit.*, con ulteriori citazioni in dottrina; FADDA e IASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 282 ed ivi ulteriori citazioni di giurisprudenza).

⁽¹⁵⁾ FADDA e IASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 281. Ma per le controversie relative alla misura del credito alimentare vedi la precisazione contenuta nella nota precedente.

⁽¹⁶⁾ CECHELLA, *op. cit.*, p. 3; FADDA e IASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 282; FESTI, *op. cit.*, pp. 140, 152 ss.

⁽¹⁷⁾ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 306.

dall'art. 808, 3° comma, c.p.c. (18). Per cui la domanda è: possono le parti di un contratto compromettere in arbitri le controversie relative alla nullità del contratto? (19).

Il dibattito ruota essenzialmente intorno alla valenza che per la nostra questione assume l'art. 1972, 1° comma, c.c., in virtù del quale è «nulla la transazione relativa a un contratto illecito». Secondo alcuni da tale norma non può che derivare la non arbitrabilità della controversia su negozio illecito, mentre secondo altri una simile conclusione non è affatto scontata perché «non è detto che tale disposizione si debba estendere all'arbitrato rituale, posto che tale istituto non è di mera composizione delle pretese contrapposte, ma di loro definizione tramite accertamento (al più potrebbe dubitarsi della possibilità di fare ricorso all'arbitrato d'equità)» (20).

Volendo accontentarsi di una lettura superficiale dell'art. 1972, 1° comma, c.c., sembrerebbe inevitabilmente segnata la sorte di un patto compromissorio col quale le parti volessero investire l'arbitro dell'accertamento della illiceità del contratto, semplicemente richiamando l'equazione sopra posta per cui non è arbitrabile ciò che non è disponibile e non è disponibile ciò che non è transigibile. Però è anche vero che forti perplessità emergono già dalla lettura del secondo comma della stessa norma, dalla quale deve evidentemente ricavarsi la transigibilità in altri casi relativi a titolo nullo, con conseguente indiretta arbitrabilità delle controversie relative alla nullità di un contratto per ragioni diverse dalla sua illiceità. Ma allora, per un verso, sorge il sospetto che qui si sovrapponga il problema dell'inderogabilità delle norme al problema dell'indisponibilità dei diritti e, per altro verso, volendo andare oltre l'accennata lettura superficiale dell'art. 1972 c.c., dovremmo affrontare la spinosa questione della distinzione tra le nozioni di ordine pubblico, buon costume e norme inderogabili, compito che non possiamo qui fare nostro (21). E allora ci limitiamo a riportare una

(18) Su di esso si tornerà *infra* nel quarto paragrafo.

(19) In linea di principio risponde affermativamente alla domanda Cass., 9 dicembre 2000, n. 15941, in *Ginst. civ.*, 2001, I, p. 1874.

(20) Così VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 63. Per una sintesi del dibattito sul problema vedi BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. I. La nozione di compromettibilità* cit., p. 62 ss.

(21) Trattasi di una problematica ancora aperta nella dottrina civilistica: vedi citazioni in BERLINGUER, *op. cit.*, p. 66 ss. Si ricorda solo che uno dei punti più discussi è se si

riflessione di altri che, criticando l'idea della non arbitrabilità della questione in parola, rileva: «In buona sostanza si è quindi estesa all'arbitrato tutta la valenza proibitiva che l'art. 1972 c.c. esercita nei confronti della transazione, ed ancor più; senza tener conto che – pur volendola ricomprendere nel rinvio di cui all'art. 806 c.p.c. – la norma citata si articola peculiarmente, nel modo illustrato, proprio per attagliarsi alla natura tipica dell'accordo transattivo, mediante il quale si realizza un rapporto di interdipendenza tra l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*. È infatti proprio in ragione di tale rapporto di interscambio che l'illiceità del contratto principale viene ad inficiare anche l'intesa transattiva: perché il dato ed il ricevuto sorreggono un'intesa che sarà finalizzata o alla conservazione dell'accordo illecito, o al suo scioglimento. Ma in ogni caso troverà la propria giustificazione causale nel contratto illecito, e sarà quindi essa stessa affetta da illiceità. [...] L'intesa arbitrale, viceversa, che non realizza nessun interscambio di pretese e che gode di una giustificazione causale differente da quella del contratto principale, non può essere travolta dall'illiceità del contratto» (22).

Anche per quanto riguarda le controversie in materia societaria (23) emergono, soprattutto in giurisprudenza, equivoci, in particolare quando

possa o meno distinguere tra negozio illegale, in ipotesi contrario a norme imperative, e negozio illecito, in ipotesi contrario all'ordine pubblico. Sul punto specifico vedi anche la sintesi di D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, cit., p. 1907.

(22) BERLINGUER, *op. cit.*, pp. 68-69. Analogamente FESTI, *op. cit.*, pp. 143-145.

(23) Si tenga presente che è sempre più frequente nella prassi l'inserimento di clausole compromissorie negli statuti societari, perché in questi ambiti sono molto sentite tre esigenze alle quali appunto l'arbitrato riesce a rispondere positivamente: l'esigenza di rapidità, quella della riservatezza e, infine, l'esigenza di affidare ad esperti controversie spesso dipendenti da conoscenze tecniche diverse da quelle giuridiche. Su questi aspetti vedi BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. II. Le materie non compromettibili*, cit., pp. 202-204. Il fenomeno è talmente esteso e rilevante che ha portato recentemente il Parlamento ad approvare una delega al Governo (legge-delega 3 ottobre 2001, n. 366, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, n. 234 dell'8 ottobre 2001), in virtù della quale questo «può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del Codice di procedura civile, per tutte o alcune delle controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità e il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge» (art. 12, 3° comma).

frequentemente si sostiene l'idea per cui, se in linea di principio in questo ambito sarebbe possibile l'arbitrato, tuttavia esso dovrebbe essere escluso quando vengono in gioco interessi della società o la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi ⁽²⁴⁾. Così, per fare qualche esempio, si è ritenuto che non siano compromettibili le controversie in materia di revoca per giusta causa di un amministratore ai sensi dell'art. 2259 c.c., di esclusione del socio, quando da questa derivi necessariamente lo scioglimento della società, di approvazione del bilancio, di fusione della società con altra, di distribuzione delle riserve sociali per la quota eccedente la riserva legale e, più in generale, le controversie relative all'impugnazione per nullità delle delibere assembleari ⁽²⁵⁾.

Già dai pochi esempi citati sembra evidente come spesso si perda di vista il fatto che l'unico, vero, criterio di distinzione tra arbitrabilità e non arbitrabilità dovrebbe stare solo nella disponibilità o meno delle situazioni sostanziali in gioco, preferendosi il richiamo a criteri diversi, a volte confusi e comunque mai decisivi ai nostri fini, come la presenza di norme inderogabili o di interessi collettivi della società o dei soci. Del resto prova evidente della confusione si ha nelle azioni contro gli amministratori. Quando si tratta della revoca per giusta causa ai sensi dell'art. 2259 c.c. si dice che non vi è la possibilità dell'arbitrato perché l'accertamento della sussistenza della «giusta causa» potrebbe mettere in gioco norme inderogabili; però poi, quando si tratta dell'azione di responsabilità, visto che l'art. 2393, 4° comma, c.c. prevede che la «società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere», si è costretti ad affermare l'arbitrabilità, nonostante che anche qui possano ben entrare in gioco norme inderogabili ⁽²⁶⁾. Comunque anche per le controversie societarie a noi basta in questa sede aver segnalato il problema e soprat-

⁽²⁴⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 21 dicembre 2000, n. 16056, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2573; Cass., 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 405 (con nota di VIDIRI, *Compromesso (e clausola compromissoria) e controversie in materia societaria*) e Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 56.

⁽²⁵⁾ Vedi per una breve rassegna FADDA e IASIELLO, *Le questioni arbitrabili*, cit., p. 291; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. II. Le materie non compromettibili*, cit., p. 217 ss.; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 64.

⁽²⁶⁾ Il rilievo è in BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. II. Le materie non compromettibili*, cit., p. 225.

tutto aver ribadito il principio per cui la non arbitrabilità non può discendere né dalla necessità di applicare norme inderogabili, né da un'eventuale attribuzione, in ipotesi, della controversia ad un giudice speciale o al giudice ordinario per ragioni di competenza per materia ⁽²⁷⁾, ma essa deve essere tracciata in termini molto più limitati e solo in virtù della presenza di un diritto indisponibile ⁽²⁸⁾.

Resta da occuparsi delle controversie connesse alle procedure concorsuali in genere e al fallimento in particolare. Anche per questo lo spazio del presente scritto consente solo qualche accenno, soprattutto tenendo conto del fatto che tale problematica è estremamente articolata, intrecciandosi in essa piani diversi, che, rispecchiando appunto la complessità del fenomeno fallimentare, va probabilmente oltre la semplice distinzione tra situazioni disponibili e situazioni indisponibili ⁽²⁹⁾. Oltretutto il legislatore fornisce un ben scarso aiuto, se si pensa che l'unica norma dettata in materia di rapporti tra l'arbitrato e il fallimento è l'art. 35 L.F., in virtù della quale il giudice delegato può autorizzare il curatore a stipulare transazioni e compromessi. Mentre nulla è detto, ad esempio, sul problema della sopravvivenza dei patti compromissori conclusi dal fallito prima dell'apertura della procedura concorsuale ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Così, ad esempio, non si potrebbe affermare la non arbitrabilità della controversia in tema di esclusione del socio per il fatto che gli artt. 2287 e 2527 c.c. attribuiscono al tribunale la competenza funzionale a conoscere delle opposizioni del socio avverso la delibera di sua esclusione. Peraltro questo limite sembra essere oggi superato anche dalla giurisprudenza (vedi BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. II. Le materie non compromettibili*, cit., p. 230), restando esso solo nel caso in cui dall'esclusione del socio derivi lo scioglimento della società (ma anche su questo sono condivisibili le perplessità di BERLINGUER, *op. ult. cit.*, p. 231).

⁽²⁸⁾ Cfr. ancora VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 64.

⁽²⁹⁾ Sui diversi elementi di valutazione che vengono in gioco nello studio dei rapporti tra l'arbitrato e il fallimento vedi BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. II. Le materie non compromettibili*, cit., p. 151 ss.

⁽³⁰⁾ Così il ventaglio delle opinioni sostenute nella giurisprudenza pratica e teorica è molto ampio. Tra le due opinioni estreme, di coloro che escludono sempre la sopravvivenza del patto compromissorio (fondandosi su varie ragioni: la funzione pubblicistica del fallimento rivolto all'attuazione del concorso, la competenza inderogabile del tribunale fallimentare di cui all'art. 24 L.F. o anche la non opponibilità al fallimento di un accordo personale qual è il patto compromissorio) e coloro che al contrario l'affermano, sono emerse anche opinioni intermedie: alcuni hanno distinto tra patto compromissorio e processo arbitrale, affermando che questo, una volta avviato, è opponibile al fallimen-

Limitandoci all'aspetto attinente all'arbitrabilità oggettiva delle controversie, almeno due rilievi in negativo sembrano indiscutibili. Il primo: non si può dire che nell'ambito del fallimento si abbia sempre a che fare con situazioni indisponibili e ciò perché, a tacer d'altro, lo stesso legislatore dimostra di credere nel contrario quando prevede un possibile spazio per l'arbitrato pure nel fallimento nel già citato art. 35 L.F. ⁽³¹⁾. Il secondo: dopo quanto abbiamo detto fino ad ora, non sembra che possa essere dato alcun credito all'argomento per cui l'arbitrato sarebbe da escludere nel fallimento per la competenza inderogabile che l'art. 24 L.F. attribuisce al tribunale per le azioni che derivano dal fallimento ⁽³²⁾.

Ma, chiariti questi punti in negativo, in positivo il discorso, per essere esauriente, dovrebbe scendere nell'analisi delle varie e diverse controversie immaginabili ⁽³³⁾, per vagliare non solo la disponibilità o meno dei loro oggetti, ma anche la loro maggiore o minore implicazione con la procedura fallimentare. Tuttavia, non essendo pensabile un tale impegno in questa sede, a noi basti ricordare che, in generale, anche a prescindere dalla distinzione tra patti compromissori stipulati prima del fallimento e patti compromissori stipulabili dopo, sembra che oggi l'ipotesi di lavoro più accreditata ⁽³⁴⁾ sia quella in virtù della quale si distingue tra controversie particolarmente connesse col fallimento e controversie più flebilmente connesse con esso: le prime non sarebbero arbitrabili, mentre le seconde potrebbero trovare la loro definizione di fronte all'arbitro. La linea di demarcazione in tal caso sarebbe tracciabile più in virtù di ragioni processuali che in ragione dell'indisponibilità delle situazioni in oggetto. Così

to; altri hanno sostenuto la possibilità di scelta del curatore; altri ancora hanno rilevato che solo le azioni inderogabilmente connesse al fallimento non possono essere compromesse in arbitri, mentre nessuna limitazione può immaginarsi per le azioni meno connesse, vale a dire quelle che sarebbero concepibili anche a prescindere dal fallimento. Per una rassegna sulla problematica vedi CAVALAGLIO, *Sui rapporti tra clausola compromissoria, processo arbitrale, lodo rituale e giudizio fallimentare di verifica dei crediti*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 707 ss.; BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, cit., p. 977 ss.; FESTI, *op. cit.*, p. 388 ss.

⁽³¹⁾ L'argomento è ampiamente utilizzato: vedi, anche per ulteriori citazioni, VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 51.

⁽³²⁾ Così anche VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 68.

⁽³³⁾ Per una carrellata di queste vedi VINCRE, *Fallimento e arbitrato rituale (premesse per uno studio)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 729 ss.

⁽³⁴⁾ Vedi BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 995-996.

tra le prime rientrerebbero tutte le controversie che rappresentano (eventuali) momenti peculiari del fallimento, come, ad esempio, l'opposizione alla sentenza di fallimento, l'opposizione allo stato passivo, l'impugnazione di crediti ammessi; mentre tra le seconde rientrerebbero le azioni immaginabili anche senza il fallimento, come le azioni revocatorie o le azioni di simulazione, e le azioni scaturenti sì dal fallimento, ma non collegate propriamente all'attuazione del concorso, come quelle inerenti alle situazioni sostanziali nate dalla continuazione dell'esercizio dell'impresa ⁽³⁵⁾.

Esaurita l'analisi del limite comune a tutte le forme di arbitrato, dobbiamo ora procedere concentrando la nostra attenzione sul patto per arbitrato rituale.

2. — Al fine di una migliore, e più comprensibile, analisi degli aspetti concernenti il patto che fonda l'arbitrato c.d. rituale, è opportuno fornire di questo fenomeno nel suo complesso un breve inquadramento generale. Ciò va fatto con un'avvertenza importante, che forse può sgombrare il campo da alcuni equivoci nei quali a volte cade la dottrina italiana. L'arbitrato, se genericamente è quel fenomeno per cui i litiganti si sottraggono alla giustizia statale per affidarsi alla decisione di un terzo di loro fiducia, tecnicamente può assumere struttura e forme assai diverse a seconda delle scelte operate dal diritto positivo. Di conseguenza, non si può costruire una teoria 'assoluta' dell'arbitrato, valida in ogni epoca e in ogni sistema giuridico, ma più limitatamente bisogna inquadrare l'arbitrato in base alle norme di riferimento.

⁽³⁵⁾ Analogamente, spostando l'attenzione all'esecuzione forzata singolare, sembra che si possa escludere l'arbitrabilità dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. (così anche VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 66), mentre la si debba ammettere per l'opposizione all'esecuzione, almeno quando è fondata sulla contestazione del credito (ancora VERDE, *loc. ult. cit.*), e per l'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. (vedi, se vuoi, BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, pp. 261-262, nt. 102). Per quanto riguarda le controversie in sede di distribuzione di cui all'art. 512 c.p.c., sembra si possa dire che, se si ritiene (anche in virtù dell'art. 52 L.F.) infungibile, ai fini dell'attuazione del concorso, il procedimento di verifica dei crediti previsto dalla legge fallimentare (sul punto vedi CAVALAGLIO, *op. cit.*, p. 712), è difficile poter concepire l'arbitrabilità delle controversie che possono nascere tra i creditori nella fase distributiva dell'esecuzione forzata: in entrambi i casi sembra che ai fini dell'attuazione del concorso i crediti debbano essere accertati nei modi previsti dalle rispettive procedure (così anche VINCRE, *op. cit.*, p. 738).

Ora, se ovviamente le norme di riferimento per noi oggi attuali sono gli artt. 806 ss. c.p.c., non è possibile non riconoscere nell'arbitrato (rituale) quel fenomeno per cui i privati, rispetto ad una controversia relativa a diritti disponibili, si sottraggono alla giurisdizione statale per affidarsi alla decisione vincolante che della loro controversia adotterà una persona terza ed imparziale, non in un modo qualsiasi, ma sostanzialmente avvalendosi dello stesso modo che avrebbe seguito il giudice pubblico. Vale a dire: l'arbitro, alla fine di un processo caratterizzato dall'operatività del principio del contraddittorio, necessario per trovare la soluzione di una c.d. *quaestio facti* e di una c.d. *quaestio iuris*, svolgerà un'operazione di sussunzione giuridica sulla cui base potrà un comando, non liberamente scelto, ma vincolativamente tratto appunto da quella operazione, dall'accertamento di qual è il diritto nel caso concreto. Insomma l'arbitro, terzo rispetto ai litiganti (arg. dall'art. 815 c.p.c.), è chiamato a pronunciare una decisione immediatamente vincolante che è analoga ad una sentenza (arg. dagli artt. 823, 4° comma, e 827, 2° comma, c.p.c.), perché essa presuppone necessariamente non solo la già rilevata terzietà di chi la pone in essere, ma anche un'imprescindibile attività preliminare che ha i caratteri essenziali del processo⁽³⁶⁾, attività disciplinata da norme la cui eventuale violazione va a ripercuotersi sull'atto finale della serie, e perché in essa l'ordinamento si concretizza proprio come in una sentenza dello Stato, in cui la norma concreta posta non persegue il fine di chi la pone, ma persegue nel caso concreto il fine già scelto in generale dal legislatore nella norma che trova applicazione.

Se l'arbitrato rituale ha le caratteristiche appena viste, sembra francamente indiscutibile che in esso non si possa ravvisare un fenomeno negoziale⁽³⁷⁾, ma piuttosto un fenomeno sostanzialmente giurisdizionale⁽³⁸⁾. Nessuno dubita del fatto che alla base dell'arbitrato rituale vi sia

⁽³⁶⁾ In particolare la vigenza del principio del contraddittorio: vedi gli artt. 816, 4° comma, e 829 n. 9 c.p.c.

⁽³⁷⁾ Così, invece, una parte della dottrina italiana: FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato «rituale» ed «irrituale»: qualcosa si muove?*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 256 (ed ivi citazione di altre opere dello stesso autore); MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 821 ss.

⁽³⁸⁾ L'opinione sostenuta nel testo è sostanzialmente pacifica sia nella dottrina tedesca, fin dalle classiche opere di HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, II, Lipsia,

un contratto⁽³⁹⁾, né del fatto che l'arbitro sia un privato sfornito di poteri giuspubblicistici. Ma questi rilievi non possono condurre ad affermare che quella dell'arbitro sia un'attività negoziale e che il lodo da lui pronunciato sia un negozio giuridico⁽⁴⁰⁾. Sostenere ciò significa confondere il concetto di sentenza con quello di negozio in nome di rilievi di partenza che non giustificano la conseguenza, né la rendono necessaria⁽⁴¹⁾. Negozio e sentenza sono atti di normazione concreta del tutto dissimili, perché in questa la norma concreta posta è condizionata da un'operazione di accertamento che non è coesistente a quello, col quale è perseguito il fine di chi lo pone in essere, presentandosi le norme giuridiche dello Stato come fonte di autorizzazione e di limite esterno al potere negoziale. E se il lodo arbitrale è un accertamento⁽⁴²⁾, esso evidentemente è una sentenza e non un negozio, non avendo alcuna importanza la indubbia carenza nell'arbitro di potere giuspubblicisti-

1912, pp. 103, 110, 122, 123, e di OERTMANN, *Schiedsrichter und staatliches Recht*, in *ZZP* (47), 1918, 105 ss., in partic. pp. 120-125, sia nella dottrina francese, per la quale vedi MOTULSKY, *La nature de l'arbitrage*, in *Écrits. Etudes et notes sur l'arbitrage*, Parigi, 1974, p. 5 ss.; DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Lille, 1990, pp. 5-7, 148 ss., 283 e ROBERT, *L'arbitrage*, Parigi, 1993, pp. 3-4, 8.

⁽³⁹⁾ Anzi vi sono due contratti: quello tra le parti che scelgono la via arbitrale (patto compromissorio) e quello successivo con il quale le parti incaricano gli arbitri.

⁽⁴⁰⁾ Così invece ha fatto recentemente Cass., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 699, smentendo l'opinione che in precedenza la stessa C.S. aveva sempre sostenuto sulla sostanziale giurisdizionalità dell'arbitrato rituale (vedi, per tutte, Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 253 e Cass., 11 marzo 1997, n. 2175, *ivi* 1997, p. 547). La C.S. ha ribadito la scelta in favore della negozialità dell'arbitrato rituale anche nella sentenza 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2381.

⁽⁴¹⁾ È condivisibile l'osservazione di RICCI, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 ss., in partic. pp. 261-262, che, criticando la sentenza della C.S. citata nella nota precedente pone in luce «l'assoluta inconsistenza della deduzione, in virtù della quale la «natura negoziale» del lodo è desunta dalla «natura privata» del procedimento arbitrale. Secondo la Corte esiste un ostacolo di carattere «ontologico» a che gli arbitri formino un atto con effetti di sentenza (anziché di negozio), semplicemente perché essi sono dei privati. Ma è questo un esempio di apriorismo puro. È invece evidente che i privati possono formare atti con effetti di sentenza, tutte le volte in cui ciò sia imposto o consentito dalle norme».

⁽⁴²⁾ L'arbitro «deve, come il giudice dello Stato, decidere una controversia giuridica, dunque trovare il diritto attraverso l'accertamento della fattispecie e la sussunzione della fattispecie accertata sotto le norme giuridiche» (BREITZKE, *Vertrag und Vergütung des Schiedsrichters*, in *NJW*, 1968, p. 1113).

co⁽⁴³⁾. Al fondo dell'idea avversaria vi è un pregiudizio: ritenere che all'attività giurisdizionale sia coesistente il potere giuspubblicistico e che, quindi, essa non possa non essere svolta dallo Stato. Ma ciò non sembra logicamente essenziale al concetto di giurisdizione, piuttosto sembra un'opzione che un concreto ordinamento positivo può o meno assumere. Così, ad esempio, una simile opzione era stata adottata nei codici processuali del 1865 e del 1942, nei quali il lodo arbitrale non aveva alcun valore prima della sua omologazione in virtù di un provvedimento del giudice dello Stato⁽⁴⁴⁾. Mentre nel sistema attuale essa è palesemente respinta dal legislatore, sia quando viene conferito al lodo un valore autonomo a prescindere da ogni 'recezione' con atto dello Stato, sia quando lo stesso meccanismo è previsto per i giudicati stranieri⁽⁴⁵⁾. Qui è evidente che il legislatore ha dato autonomo valore a giurisdizioni diverse da quella statale, mantenendo su di esse solo un potere di controllo.

Per cui, in definitiva, nel sistema attuale l'arbitrato rituale si presenta come una giurisdizione privata, che i litiganti possono scegliere in alternativa alla giurisdizione pubblica in quanto il legislatore lo consente. In essa l'arbitro fa, ancorché con poteri giusprivatistici, ciò che altrimenti avrebbe fatto il giudice statale, ossia risolve le controversie pronunciando una sentenza privata⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Il discorso sarebbe del tutto diverso se si potesse accogliere la teoria contrattualistica, che riconduce l'arbitrato rituale ad un arbitraggio nella transazione. Ma questa teoria, in astratto coerente al suo interno, non risponde all'attuale diritto positivo e non è più sostenuta da alcuno. Per essa vedi le opere ormai risalenti di ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 39 ss. e SAIITA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, (1931) rist. Milano, 1969, *passim*.

⁽⁴⁴⁾ Per approfondimenti sia consentito il rinvio a BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., *passim*.

⁽⁴⁵⁾ Vedi l'art. 64 della l. 31 maggio 1995, n. 218.

⁽⁴⁶⁾ Concorda con questa impostazione un'ampia parte anche della dottrina italiana: TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 631 ss.; RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 809 ss.; VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 469 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1998, pp. 125, 134-135; MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 773 ss.; CAVALAGLIO, *op. cit.*, pp. 708, 713-714; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, pp. 1, 2, 127 nt. 114; GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 393 ss., in partic. pp. 404-405; DANOVI, *op. cit.*, pp. 3 ss., 64, 117-118, 243, 248;

L'istituzione di questa giurisdizione privata, per mezzo della quale le parti escludono l'operatività della giurisdizione statale, non si pone in contrasto con alcuna norma costituzionale.

Non con l'art. 24, 1° comma, cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»), perché questa norma impone allo Stato di approntare un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, ma non impone ai privati di servirsene. Con essa deve essere garantita una facoltà, non imposta una necessità. Quindi, semmai, dall'art. 24, 1° comma, cost. deve essere tratto, e concretamente è stato tratto⁽⁴⁷⁾, il divieto degli arbitrati obbligatori, ma nessun impedimento può da esso derivare agli arbitrati volontari.

Ma neanche con gli artt. 25, 1° comma («Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge»), e 102, 1° comma («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»), cost., che, lungi dal voler sancire il monopolio in capo allo Stato dell'attività giurisdizionale, vogliono solo garantire al singolo che lo Stato metterà a sua disposizione un apparato giudiziario strutturato in modo tale da garantire l'indipendenza, e quindi l'imparzialità⁽⁴⁸⁾, dell'organo giudicante.

Piuttosto da queste norme si devono ricavare alcuni compiti specifici del legislatore in materia di arbitrato: esso deve, non solo, in negativo,

BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. I. La nozione di compromettibilità*, cit., pp. 43-49, 122. Questa prospettiva sembra inevitabilmente rafforzata dalla recente Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, per cui: «Un collegio arbitrale è legittimato a sollevare, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, una questione di legittimità costituzionale, atteso che a quest'ultimo fine è sufficiente che sussista esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti, anche se estranei all'organizzazione della giurisdizione, posti in posizione *super partes*. Invero, in un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – possono e debbono ritenersi legittimati a sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa».

⁽⁴⁷⁾ Vedi, per tutti, LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 316-317 e, da ultimo, FESII, *op. cit.*, p. 7 ed ivi ulteriori citazioni.

⁽⁴⁸⁾ Garanzia oggi prevista anche autonomamente nell'art. 111, 2° comma, cost.

escludere ogni ipotesi di arbitrato obbligatorio, ma anche, in positivo, assicurare un controllo giudiziario sull'arbitrato con un contenuto minimo. In primo luogo, se l'arbitrato si giustifica solo come giurisdizione fondata sul consenso ⁽⁴⁹⁾, è imprescindibile la previsione della possibilità di un controllo giudiziario sulla sussistenza nel caso concreto di questo consenso, ossia un controllo sulla valida esistenza di un patto compromissorio. In secondo luogo, visto che abbiamo a che fare con un'attività sostanzialmente giurisdizionale, sarebbe difficile escludere la possibilità di un controllo statale sul fatto che nel (celebrato) processo arbitrale siano stati rispettati quei principi che la nostra Costituzione ritiene essenziali ad ogni processo, quando, nell'art. 111, 2° comma, dice: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale» ⁽⁵⁰⁾.

3. — Nel contesto concettuale sopra descritto è più agevole, a questo punto, fissare gli elementi essenziali della teoria del patto compromissorio, quale, si ripete, atto fondativo del fenomeno arbitrale ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ È appena il caso di rilevare che l'arbitrato si fonda sempre sul consenso, anche quando si ha a che fare con i c.d. arbitrati organizzati o amministrati. Il punto sta solo nella maggiore o minore estensione della manifestazione di volontà delle parti. È possibile che queste vogliano scegliere non solo di istituire un arbitrato, ma anche le regole del gioco: qui siamo di fronte ad un arbitrato, come si suol dire, *ad hoc*. Ma è anche possibile che le parti si limitino a scegliere la via arbitrale affidandosi per ogni ulteriore regolamentazione ad un servizio organizzato, ad un'istituzione (si pensi alle Camere di commercio). In entrambi i casi l'arbitrato è fondato sul consenso, ma nel secondo caso esse, insicure delle loro capacità, preferiscono affidarsi ad un servizio, che fornisce loro liste di arbitri, regole per la nomina, regole procedurali. Sul problema vedi, da ultimo, CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 663 ss., ed ivi ulteriori citazioni.

⁽⁵⁰⁾ Così ampiamente SONNAUER, *Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte*, Colonia, Berlino, Bonn, Monaco, 1992, pp. 25 ss., 38 ss., 45-46, 53 ss., 67 ss. vedi anche LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 305 e, se vuoi, BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, p. 208.

⁽⁵¹⁾ Non si può, invece, qualificare come atto fondativo il contratto, pur importante per il concreto funzionamento dell'arbitrato, tra le parti e gli arbitri (*Schiedsrichtervertrag*). Questo è un contratto sostanziale, riportabile al mandato, dal quale nascono diritti ed obblighi reciproci tra i contraenti, contratto che certamente si fonda a sua volta sull'esistenza del patto compromissorio, ma che non condiziona, almeno di solito, la vita dell'arbitrato. In altre parole, le sue eventuali vicende negative non travolgono (ten-

Strutturalmente il patto compromissorio è un contratto e non un atto processuale, ossia esso resta fuori dalla concatenazione di atti che, funzionalizzati alla produzione di un atto finale, unico ad avere effetti nel mondo sostanziale, costituiscono il processo ⁽⁵²⁾. Quindi il patto compromissorio condivide con tutti gli altri contratti i modi di perfezionamento e la tipologia dei possibili vizi ⁽⁵³⁾.

Ma è pur vero che esso è un contratto particolare perché non costituisce, né modifica o estingue rapporti giuridici sostanziali, bensì produce effetti processuali. Ciò in due direzioni: in positivo con tale contratto si fonda l'intero fenomeno arbitrale e, in particolare, l'efficacia vincolante del (futuro) lodo ⁽⁵⁴⁾; in negativo con esso si impedisce lo svolgersi dell'attività giurisdizionale dello Stato ⁽⁵⁵⁾. In questa sede ci occuperemo solo del secondo effetto citato e non anche del primo, perché l'analisi di esso comporterebbe essenzialmente lo studio del lodo, cosa che esce dal nostro attuale campo d'indagine ⁽⁵⁶⁾.

denzialmente) la possibilità di svolgere comunque il processo arbitrale. Sul punto torneremo *infra* nel quinto paragrafo.

⁽⁵²⁾ La precisazione è particolarmente valorizzata dalla dottrina tedesca, per la quale basti il richiamo a SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935, pp. 42 ss., 102 ss.; BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlino, Francoforte, 1957, p. 230 ss.; SCHLOSSER, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (21ª ed.) Tubinga, 1994, sub § 1025; SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, p. 23 ss.

⁽⁵³⁾ Su questi vedi comunque *infra* il quarto paragrafo.

⁽⁵⁴⁾ SCHIEDERMAIR, *op. cit.*, pp. 103-104; BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, pp. 234, 242-243.

⁽⁵⁵⁾ Per la verità, riprendendo uno spunto emerso *supra*, nella nt. 3, a voler essere pignoli, almeno in astratto, si potrebbe concepire anche un patto compromissorio col quale i contraenti abbiano voluto produrre solo l'effetto positivo citato e non anche l'effetto impediante, volendo piuttosto essi lasciare la possibilità di scegliere, al momento opportuno, tra la giustizia privata e quella pubblica: così SCHIEDERMAIR, *op. cit.*, p. 103 e BEITZKE, *Zuständigkeitsstreit zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht*, in *ZZP* (60), 1936/1937, p. 317. Però questa possibilità astratta risulta inesistente nella prassi.

⁽⁵⁶⁾ Si tenga anche presente che sembra per la verità del tutto inutile, da un punto di vista pratico, chiedersi se dal patto compromissorio derivino pure obblighi di carattere sostanziale, indirizzati alla cooperazione tra le parti al fine di instaurare e porre termine al processo arbitrale. Invero, a tal proposito è più verosimile parlare di oneri, visto che l'eventuale inerzia di una parte può danneggiare solo chi ha optato per essa e non certo impedire lo svolgimento del fenomeno arbitrale. Così, per fare un solo esempio, se una parte non si attiva per la nomina del 'suo' arbitro, l'altra potrà ugualmente far iniziare l'arbitrato utilizzando il disposto di cui all'art. 810, 2° comma, c.p.c. Il problema, poco trattato nella dottrina italiana, ha suscitato dibattito in Germania, sui termini del quale

Dire che il patto compromissorio impedisce su un piano processuale lo svolgersi della giustizia statale significa attribuire una precisa valenza tecnica alla scelta che le parti hanno fatto in favore della giustizia privata: significa dire che il patto compromissorio opera nel processo statale a livello dei presupposti processuali, precisamente rappresenta un presupposto processuale c.d. negativo⁽⁵⁷⁾. Ciò comporta che, se per avventura uno dei contraenti, abbandonando la scelta originariamente effettuata in favore dell'arbitrato, si rivolge al giudice statale per chiedere giustizia, questi non potrà fare altro che negare la decisione nel merito e rigettare la domanda proposta affermando di non avere il potere di decidere su di essa, quindi, come si suol dire, rigettarla in rito. Qui il patto compromissorio manifesta tutta la sua processualità, perché è evidente che con esso i privati non hanno disposto del rapporto sostanziale, in ipotesi intercorrente tra loro, ma hanno inciso solo sulla 'via' da percorrere al fine di ottenere tutela per quel rapporto⁽⁵⁸⁾: essi hanno scelto l'alternativa di un giudice privato escludendo il giudice pubblico.

Però, a questo punto, sorge un grave problema. Il nostro legislatore ha esplicitamente previsto la possibilità per i privati di scegliere l'arbitrato⁽⁵⁹⁾,

vedi una sintesi in HABSCHIED, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen*, in *KTJ*, 1955, p. 33 ss.

⁽⁵⁷⁾ I presupposti processuali sono elementi che condizionano il potere-dovere del giudice di decidere nel merito la causa. Essi possono essere positivi o negativi: quelli sono dati da condizioni che devono esistere perché si possa decidere nel merito, questi, invece, richiamano condizioni che non devono esistere affinché si possa giungere ad una pronuncia sul diritto sostanziale fatto valere in giudizio (si pensi alla litispendenza e al precedente giudicato). Il patto compromissorio, come vedremo, è evidentemente un presupposto processuale negativo, perché appunto esso non deve esistere perché il giudice statale possa decidere nel merito la lite.

⁽⁵⁸⁾ Vedi, tra i tanti autori, da ultimo FESTI, *op. cit.*, p. 34. Il rilievo non esclude ovviamente che pure il patto compromissorio, essendo strutturalmente un contratto, sia disciplinato dalle norme generali che sui contratti detta il codice civile, in quanto compatibili. Sul punto si tornerà comunque in seguito.

⁽⁵⁹⁾ Si tenga presente che, in mancanza di una previsione normativa, non si sarebbe potuto costruire la figura di un contratto processuale come quella che nel testo è utilizzata per spiegare il patto compromissorio, perché nel diritto processuale non ha spazio il principio di autonomia contrattuale, ma vige l'opposto principio della tipicità dei negozi processuali. Sul punto vedi LUISO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 292 ss. e, se vuoi, BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., pp. 729-730. In generale sulla non operatività nel diritto processuale civile del principio di autonomia negoziale cfr. BÜLOW, *op. cit.*, pp. 68-69; POLLAK, *Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß*,

ma non ha dettato alcuna disciplina del caso in cui uno di essi, violando l'accordo raggiunto in tal senso, si rivolga al giudice pubblico per azionare quei diritti che pur si sarebbero dovuti azionare di fronte al giudice privato. Nessuno dubita del fatto che in una situazione di questo tipo si debba fornire alla parte convenuta il mezzo per far valere lo stipulato patto compromissorio e, quindi, per inibire la pronuncia nel merito da parte del giudice ordinario, insomma le si debba concedere un'eccezione processuale impediente. Ma, fissato l'obiettivo, bisogna anche capire come tecnicamente si possa disciplinare tale eccezione, ossia è necessario fissare un eventuale termine processuale entro il quale essa può essere rilevata ed anche chiarire se essa può essere fatta valere solo dal convenuto o anche dal giudice. E, visto che, come si accennava, nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che si occupi del problema⁽⁶⁰⁾, all'interprete non resta altro che utilizzare qui la disciplina di qualche altra eccezione processuale impediente, che evidentemente sia molto vicina a quella che a noi interessa.

Ora, per risolvere il problema posto, dobbiamo partire da un rilievo che sembra francamente indiscutibile: il rilievo per cui bisogna in ogni caso lasciare alle parti contraenti la possibilità di revocare la scelta precedentemente effettuata in favore della giustizia privata. Insomma qui dobbiamo tenere presente il principio generale ricavabile dall'art. 1372, 1°

Berlino, 1893, pp. 48, 73 ss.; BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte*, in *ZZP* (35), 1906, p. 401 ss., in partic. pp. 402, 406-407; HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke*, II, Breslau, 1910, p. 41 ss., in partic. p. 89.

⁽⁶⁰⁾ Vi sono altri ordinamenti che, invece, disciplinano l'eccezione in parola. L'art. 1458 c.p.c. francese la qualifica come eccezione d'incompetenza e precisa che essa non può essere rilevata d'ufficio («Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente./Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle./Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence»). Il § 1032 ZPO prevede che l'eccezione di patto compromissorio possa essere rilevata solo ad opera del convenuto, il quale deve attivarsi prima dell'inizio della trattazione orale, e dice che il giudice, su questa base, rigetterà la domanda come inammissibile («Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, es sei denn, das Gericht stellt fest, daß die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist»).

comma, c.c., per cui coloro che hanno assunto un vincolo giuridico in virtù di un contratto possono di comune accordo decidere in un momento successivo di liberarsi da quel vincolo. Di questo principio la disciplina processuale dell'eccezione di patto compromissorio deve tenere conto, nel senso che si deve lasciare al convenuto la possibilità di evitare il rigetto in rito della domanda per giocarsi la partita direttamente ed immediatamente sul terreno del merito ⁽⁶¹⁾.

Se questo è vero, le scelte in astratto immaginabili nell'ambito del nostro ordinamento sono due: utilizzare la disciplina dell'eccezione di difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 4, 1° comma, e 11 della l. 31 maggio 1995, n. 218 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»), oppure utilizzare la disciplina dell'eccezione di incompetenza per territorio semplice di cui all'art. 38, 2° comma, c.p.c.

L'opinione più diffusa, maggioritaria in dottrina e praticamente costante in giurisprudenza, fondandosi sull'idea che la questione in parola debba essere lasciata nella disponibilità delle parti, sostiene che l'eccezione di patto compromissorio debba essere disciplinata secondo il regime proprio dell'eccezione di incompetenza per territorio semplice ⁽⁶²⁾. A noi questa scelta non sembra né corretta né inevitabile alla luce del suo, pur corretto, presupposto di fondo.

⁽⁶¹⁾ Con ciò, peraltro, non vogliamo dire che nel corso del processo possa perfezionarsi un accordo estintivo del patto compromissorio per la pura e semplice inerzia del convenuto che non abbia rilevato l'eccezione di patto compromissorio. Sul punto torneremo *infra* nel quinto paragrafo.

⁽⁶²⁾ Per la dottrina vedi BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, p. 81; BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 899 ss., in partic. p. 902; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 31-32, 192, 317, 321; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 841; HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990, p. 95; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Studi in onore di L. Montasano*, I, Padova, 1997, p. 523 ss., in partic. pp. 524-526; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 1999, p. 43. Per la giurisprudenza vedi, fra le ultime, Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2383; Cass., 21 dicembre 2000, n. 16056, *ivi*, I, c. 2573; Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, *ivi*, 2000, I, c. 1901; Cass., 9 dicembre 2000, n. 15941, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1874; Cass., 25 agosto 1997, n. 7990, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 789. Per una sintesi della questione si rinvia anche a D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 550 ss.; DANOVÌ, *op. cit.*, p. 422 ss. e DE SANTIS, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 177 ss.

La scelta non è corretta perché, essendo l'arbitro un giudice privato che opera al di fuori della giurisdizione statale, non si possono costruire i rapporti tra arbitro e giudice pubblico in termini di competenza ⁽⁶³⁾.

Ma essa non è neanche necessitata, perché, se è vero che bisogna dare al convenuto di fronte al giudice statale la possibilità di non avvalersi dell'opzione precedentemente effettuata in favore dell'arbitrato, è anche vero che per salvare tale possibilità la disciplina dell'art. 38, 2° comma, c.p.c. non è l'unica utilizzabile, potendosi arrivare allo stesso risultato anche in virtù del complesso normativo discendente dagli artt. 4, 1° comma, e 11 della l. 31 maggio 1995, n. 218.

Costruire l'eccezione di patto compromissorio come un'eccezione di difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto rappresenta sicuramente la scelta più limpida sul piano sistematico. Infatti, con il patto compromissorio i contraenti hanno voluto istituire, in riferimento ad una o più controversie tra loro nate o che potrebbero nascere in futuro, una giurisdizione alternativa a quella statale, intendendo con ciò spogliare il giudice pubblico del suo ordinario potere giurisdizionale. Quello per arbitrato è un contratto sulla giurisdizione, contratto ammissibile perché l'ordinamento esplicitamente lo prevede ⁽⁶⁴⁾.

Ed inoltre, come si accennava prima, in questo modo si salva anche l'esigenza di fondo di lasciare al convenuto la possibilità, se vuole, di evitare una pronuncia di rigetto in rito della domanda proposta nonostante il patto compromissorio. Invero dall'intricata combinazione degli artt. 4, 1° comma, e 11 della l. 218/1995 si ricava che l'eccezione di difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo solo se il convenuto resta contumace ⁽⁶⁵⁾, mentre, se il convenuto si costitui-

⁽⁶³⁾ Similmente FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 41-42; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 319; VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 1 ss., in partic. p. 23. Vedi anche, se vuoi, BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 534 ss., in partic. pp. 538 nt. 9, 543, e *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 681 ss., in partic. pp. 686-687.

⁽⁶⁴⁾ E non è l'unico caso previsto: si pensi all'art. 4, 2° comma, l. 218/1995, che così recita: «La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili».

⁽⁶⁵⁾ L'art. 11 prevede la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione anche nell'ipotesi in cui trattasi di azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero e nel caso in cui la

sce, sta solo a lui il potere di rilevare la detta eccezione, potere oltretutto da spendere nel primo atto difensivo per evitare che scatti la presunzione di accettazione della giurisdizione statale. Insomma, è vero che nella citata disciplina vi è il potere di rilevazione del giudice, ma è anche vero che il detto potere è solo residuale, in quanto esso emerge unicamente in caso di totale inerzia della parte convenuta, la quale, quindi, ha la piena opportunità, se vuole, di costituirsi e in concreto non sollevare l'eccezione in parola.

Chiarito il contenuto e l'efficacia peculiare del patto compromissorio, non si può dire certo che con ciò sia esaurito il nostro discorso. A questo punto è necessaria un'analisi strutturale, che metta in luce le possibili forme del patto compromissorio, nonché i requisiti della sua validità e le possibili vicende estintive della sua efficacia. Quindi, a seguito di tale analisi, termineremo preoccupandoci di individuare le istanze e i limiti in cui è sindacabile la valida esistenza del contratto per arbitrato.

4. — Ancorché produca effetti processuali, il patto compromissorio è un contratto e, come tale, ad esso si applicano le norme e i principi generali che valgono in tema di formazione e di validità dei contratti ⁽⁶⁶⁾. Tuttavia per esso l'ordinamento detta anche alcune norme specifiche, delle quali è ora necessario occuparsi.

Il patto compromissorio può assumere la forma del compromesso o della clausola compromissoria. Quello si ha quando le parti devolvono ad arbitri la decisione di una o più controversie tra loro insorte (art. 806 c.p.c.), questa, invece, si riferisce a controversie non ancora sorte, ma che potrebbero in futuro sorgere in riferimento ad un certo rapporto contrattuale sostanziale intercorrente tra le stesse parti. Quindi la differenza tra

giurisdizione italiana è esclusa per effetto di norma internazionale. Ma questa previsione non riguarda evidentemente il nostro discorso.

⁽⁶⁶⁾ VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., 44; SALVANESCHI, in TARZIA-LUZZATTO-RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, p. 21; GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, p. 20. Nella dottrina tedesca vedi, per tutti, SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, p. 76. Peraltro si rileva come, anche se si volesse negare al patto compromissorio la natura di contratto, per attribuire ad esso solo la qualificazione di accordo non contrattuale, sempre si dovrebbe qui applicare, in quanto compatibile, la disciplina prevista nel titolo II, libro IV, c.c. Sul punto vedi FESTI, *op. cit.*, pp. 13, 17.

le due forme sta nell'oggetto ⁽⁶⁷⁾. Col compromesso si individua specificamente la controversia che si vuole assoggettare alla giurisdizione arbitrale e ciò, oltre a dover essere fatto a pena di nullità per specifica disposizione di legge (art. 807, 1° comma, c.p.c.), può essere fatto proprio perché appunto quella controversia è già sorta. Al contrario la stessa determinazione dell'oggetto non sarebbe possibile nella clausola compromissoria, visto che questa viene ad esistere ancor prima che nasca una qualche lite tra le parti ⁽⁶⁸⁾. Per la clausola compromissoria è, per così dire, naturalmente impossibile andare oltre la determinabilità del suo oggetto, determinabilità comunque indispensabile visto che, come recita l'art. 1346 c.c., un contratto deve avere un oggetto determinato o determinabile. Il nostro ordinamento ha scelto, come criterio per garantire la detta determinabilità, quello di ancorare la clausola compromissoria ad un rapporto contrattuale ⁽⁶⁹⁾. Insomma, il compromesso ha sicuramente un oggetto più limitato e comunque determinato, ma esso può riguardare qualsiasi tipo di controversia. La clausola compromissoria ha un oggetto solo determinabile, ma essa può riferirsi unicamente a liti nascenti da un contratto ⁽⁷⁰⁾.

L'unica differenza sostanziale tra le due forme di patto compromissorio è quella appena sottolineata. Per il resto in entrambi i casi si ha l'immediato assoggettamento dei contraenti alla giurisdizione arbitrale, anche se, ovviamente, esso è praticamente attuale solo quando si è di fronte al compromesso, ma ciò non per una differenza di effetti rispetto alla clausola, bensì semplicemente perché il compromesso riguarda una lite già sorta. In altre parole la clausola compromissoria è già un patto

⁽⁶⁷⁾ Ovviamente tralasciamo in questo contesto ogni considerazione sul problema dell'arbitrabilità, perché esso, pur riguardando l'oggetto del patto compromissorio, è stato già trattato sopra.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per tutti, FESTI, *op. cit.*, pp. 192-193.

⁽⁶⁹⁾ Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Dir. maritt.*, 2000, p. 216.

⁽⁷⁰⁾ Ciò è quanto francamente sembra che si possa dire alla luce dell'attuale quadro normativo, anche se ci rendiamo conto che in astratto è del tutto razionale l'idea secondo la quale, essendo qui in gioco solo un problema di determinabilità dell'oggetto del patto, non vi è ragione per ancorare la clausola compromissoria solo ad un rapporto contrattuale, ben potendo essa, sempre in astratto, avere un oggetto determinabile anche se ancorata ad un rapporto non contrattuale. Per questa idea vedi da ultimo FESTI, *op. cit.*, p. 194 ss. Essa del resto è fatta propria dal § 1029 ZPO e dall'art. II, 1° comma, della Convenzione di New York del 1958.

compromissorio a tutti gli effetti e non semplicemente una sorta di preliminare di compromesso, in ipotesi occorrente di un'ulteriore manifestazione di volontà da parte degli interessati al momento dell'insorgenza del conflitto ⁽⁷¹⁾.

Né differenze tra compromesso e clausola compromissoria possono essere immaginate rispetto alla nomina degli arbitri o rispetto a particolari effetti sulla situazione giuridica che eventualmente sarà oggetto del processo arbitrale.

Dal primo punto di vista, nel nostro attuale ordinamento è del tutto chiarita la distinzione tra il contratto di arbitrato, a prescindere dalla forma che esso assume, e il contratto fra le parti e gli arbitri, per cui, fra l'altro, il codice di rito, pur dopo aver disposto, nell'art. 809, 2° comma, che il «compromesso o la clausola compromissoria deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli», non fa conseguire alcuna sanzione di nullità in caso di mancanza delle dette indicazioni ⁽⁷²⁾ ed anzi fornisce il modo di sopperire all'eventuale disattenzione delle parti.

Dal secondo punto di vista, bisogna tornare al principio per cui il patto compromissorio è, comunque e sempre, un contratto e non un atto processuale, anche se esso ha effetti processuali. Ciò significa che neanche il compromesso, nel quale pure deve essere determinato l'oggetto, può provocare l'interruzione della prescrizione del diritto sostanziale interessato. Un simile effetto non potrebbe ancorarsi né ad un atto di disposizione dello stesso diritto sostanziale, in ipotesi ravvisabile nello stesso compromesso ⁽⁷³⁾, perché questo, come la clausola compromissoria, re-

⁽⁷¹⁾ Quanto si dice nel testo, se potrebbe in astratto essere smentito da scelte diverse del legislatore, non sembra discutibile oggi in Italia nell'attuale quadro normativo: vedi, per tutti, FESTI, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁽⁷²⁾ Invece l'art. 1448, 2° comma, c.p.c. francese, codice dal quale derivano molte delle nostre norme sull'arbitrato, dispone ancora che il compromesso deve effettuare le indicazioni del testo a pena di nullità. Così disponeva l'art. 11 del nostro codice processuale del 1865. Del resto la nomina dell'arbitro è stata considerata per lungo tempo elemento essenziale del compromesso: ciò fino alla C.P.O. germanica, che è stata la prima legislazione a superare il principio. Per profili storici vedi BORNHAK, *Schiedsvertrag und Schiedsrichter nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte*, in ZZP (30), 1902, p. 1 ss., in partic. pp. 8, 20, 30, 39-40.

⁽⁷³⁾ Così VERDE, *La convenzione di arbitrato cit.*, pp. 45-46. Vedi anche GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 19.

sta solo un contratto di arbitrato, come tale efficace solo sul piano processuale; né all'idea che nel compromesso vi sia già la proposizione della domanda di arbitrato, perché questo è palesemente escluso dall'art. 2943, 4° comma, c.c., per il quale la prescrizione è interrotta «dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri».

Il nostro ordinamento detta, poi, alcune regole specifiche che riguardano la forma e la capacità.

Sulla prima vi è totale identità di trattamento tra le due *species* di patto compromissorio: combinando gli artt. 807, 1° e 2° comma, e 808, 1° comma, c.p.c., risulta che questo deve in ogni caso essere stipulato per iscritto a pena di nullità. Rispetto al modo di intendere tale principio vi sono alcune affermazioni costanti dalle quali è necessario partire.

Si vuol dire che siamo in presenza della previsione di una forma scritta *ad substantiam* e non semplicemente *ad probationem* ⁽⁷⁴⁾, che peraltro le manifestazioni di volontà delle parti non devono essere necessariamente contestuali, potendo esse risultare anche da atti separati ⁽⁷⁵⁾, ed infine che comunque il rigore formale non può escludere che il patto sia stipulato *per relationem*, ossia attraverso il concorde riferimento che le parti facciano ad un atto esterno (clausola o regolamento arbitrale) senza ri-

⁽⁷⁴⁾ LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 322; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 47; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 32; SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 21; MARENGO, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 14; V. FERRO, *Il compromesso*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, cit., p. 533 ss., in partic. pp. 568-569; G.B. FERRO, *La clausola compromissoria*, *ivi*, p. 609 ss., in partic. p. 643; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994, p. 176; GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 19, 31; FESTI, *op. cit.*, p. 205 ss. In giurisprudenza Cass., 25 agosto 1998, n. 8417, *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 60. Invece distingue il regime formale del compromesso e della clausola compromissoria PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 187 ss.

⁽⁷⁵⁾ VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 47; SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 21; V. FERRO, *op. cit.*, pp. 569-570; G.B. FERRO, *op. cit.*, p. 644; GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 20-21; AMADEI, *Lo scambio degli atti di nomina degli arbitri come stipulazione del compromesso*, in *Riv. arbitrato*, 2001, p. 37 ss., in partic. pp. 39; FESTI, *op. cit.*, p. 217. In giurisprudenza vedi Cass., 9 dicembre 2000, n. 15941, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1874; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1541, *Rep. Giust. civ.*, 1999, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 52.

portarne il testo e senza direttamente sottoscriverlo ⁽⁷⁶⁾, purché «il riferimento operato *per relationem* non sia generico ed indeterminato, ma contenga l'indicazione dell'espressa volontà di compromettere e lo specifico riferimento al patto contenuto nell'atto richiamato» ⁽⁷⁷⁾.

Fra queste certezze a noi sembra poco convincente la prima ed ovviamente la più importante, ossia che l'art. 807 c.p.c., quando dispone la necessità di utilizzare la forma scritta a pena di nullità, vada letto come se prevedesse un caso di forma scritta *ad substantiam*. Il dubbio emerge già dalla lettura del 2° comma dello stesso art. 807, per il quale la «forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente» ⁽⁷⁸⁾. Questa disposizione è in contrasto con l'idea che il patto compromissorio debba essere stipulato secondo la forma scritta con carattere costitutivo, perché evidentemente in essa è immaginata una dichiarazione di volontà che non è manifestata per iscritto, ma solo documentata, ossia provata, per iscritto. Gli interpreti, per salvare il postulato di partenza della valenza *ad substantiam* della forma scritta per il patto compromissorio, sono costretti a dire che l'art. 807, 2° comma, c.p.c. è norma eccezionale, perché introduce «un'equivalenza *quoad effectum*: la manifestazione per telegrafo o telescrivente non avviene *per forma scritta*, ma in forma che la legge considera, quanto al compromesso, *equivalente* («la forma s'intende rispettata ...»)» ⁽⁷⁹⁾. Ma, forse, sarebbe

⁽⁷⁶⁾ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 40.

⁽⁷⁷⁾ SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 22. Conformemente VERDE, *La convenzione di arbitrato* cit., p. 47; LA CHINA, *op. cit.*, p. 36; V. FERRO, *op. cit.*, p. 571; G.B. FERRO, *op. cit.*, p. 651; GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 32. In giurisprudenza Cass., 24 settembre 1996, n. 8407, *Rep. Giust. civ.*, 1996, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 36.

⁽⁷⁸⁾ La norma riprende un disposto già contenuto nell'art. II/2 della Convenzione di New York sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (resa esecutiva in Italia con l. 19 gennaio 1968, n. 62) e nell'art. I/2 della Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale nello spazio europeo (resa esecutiva in Italia con l. 10 maggio 1970, n. 418). Per riferimenti vedi VERDE, *La convenzione di arbitrato* cit., p. 47; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 188; SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁽⁷⁹⁾ VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 49. Similmente SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 23. Ovviamente il discorso che si svolge nel testo parte da un concetto, diciamo così, tradizionale di 'forma scritta', che si riferisce al caso di un soggetto che manifesta la sua volontà in un documento da lui sottoscritto. Diverso, invece, dovrebbe essere l'approccio se si accettasse l'idea per cui, nell'attuale società tecnologica, la sottoscrizione sarebbe solo uno dei modi possibili per attribuire uno scritto a qualcuno, potendo

meglio cominciare ad incrinare la granitica idea per cui la sanzione di nullità in parola vada letta nella sua massima valenza possibile. Forse bisognerebbe riflettere sul fatto che probabilmente, almeno oggi, la necessità dello scritto non debba più essere messa in collegamento con l'eccezionalità della scelta della via arbitrale, quanto piuttosto, più modestamente, con il bisogno di certezza sull'esistenza della volontà compromissoria, bisogno che, se è soddisfatto pienamente, quando essa si manifesta per iscritto, potrebbe essere soddisfatto ugualmente anche in modi diversi ⁽⁸⁰⁾. Già queste riflessioni, collegate al disposto dell'art. 807, 2° comma, c.p.c., dovrebbero bastare a mettere in crisi l'opinione dominante sulla solennità formale del patto compromissorio.

Ma c'è di più. La comune lettura dell'art. 807, 1° comma, c.p.c. è palesemente contraddetta dal combinato disposto degli artt. 817 e 829 n. 4 c.p.c., in virtù del quale non è possibile impugnare un lodo che abbia pronunciato fuori dai limiti del patto compromissorio ove la parte interessata, avendone avuto la possibilità, non ha tuttavia eccepito nel corso del processo arbitrale l'esorbitanza dai detti limiti. Ora, se è indiscutibile ed indiscusso che un lodo deve avere a monte un valido patto compromissorio e se sembra altrettanto indiscutibile che nel caso ipotizzato l'originario, ed espressamente stipulato, patto compromissorio non copra anche l'oggetto sul quale appunto è stato pronunciato il lodo, risulta evidente che qui il legislatore immagina che il patto compromissorio sia stipulato per comportamenti concludenti, ossia per l'attiva partecipazione al processo arbitrale senza contestare la carenza del patto fondati-

essa essere sostituita dalla decisione di trasmettere la volontà e dall'uso di un apparato tecnico per la comunicazione. Così IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 651, il quale conclude il suo ragionamento dicendo: «Nel caso di dispaccio non sottoscritto, ma consegnato o fatto consegnare all'ufficio di partenza; come in quello di espressione per telescrivente; l'apparato tecnico non *riproduce* una scrittura privata preesistente, ma dà forma alla volontà della parte, che si esprime nell'atto stesso di trasmettersi al destinatario. La paternità del messaggio, giunto al destinatario, non è assunta mediante la sottoscrizione, ma in base alla decisione di trasmettere (che è, in una, volontà di dichiarare e volontà di far conoscere ad altri)» (*op. cit.*, p. 653).

⁽⁸⁰⁾ Del resto in riferimento ad un altro contratto processuale molto vicino al patto compromissorio, l'accordo per derogare alla giurisdizione italiana in favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero, l'art. 4, 2° comma, l. 218 del 1995 dispone semplicemente che la deroga deve essere provata per iscritto, con ciò superando il principio più rigoroso che prima era sancito nell'art. 2 c.p.c.

vo ⁽⁸¹⁾. Ma allora con ciò è addirittura possibile, in via evolutiva, ricavare interpretativamente quanto altri ordinamenti prevedono esplicitamente, ossia che la carenza di forma scritta può essere sanata dalla partecipazione al processo arbitrale senza protestare ⁽⁸²⁾. Se di ciò ci si convincesse, evidentemente risulterebbe ridimensionata la rigida idea per cui la forma scritta richiesta per il patto compromissorio è quella c.d. *ad substantiam*.

Per quanto riguarda la capacità di compromettere in arbitri, invece, il patto compromissorio non ha una disciplina unitaria. Invero, mentre l'art. 807, 3° comma, c.p.c. dispone che al «compromesso si applicano le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione», l'art. 808, 3° comma, prevede che «il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria». Ora, si potrà anche criticare questa differenza, però essa appare difficilmente superabile nell'attuale quadro normativo ⁽⁸³⁾. Per cui l'unico

⁽⁸¹⁾ Si rileva come, se è vero che in un processo cumulato i presupposti processuali vanno valutati separatamente per ogni causa (cfr., per tutti, MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, p. 124 ss.), in riferimento alla causa decisa oltre i limiti dell'originario patto compromissorio noi, in mancanza del combinato disposto degli artt. 817 e 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., dovremmo essere di fronte ad un lodo pronunciato in assoluta carenza di patto compromissorio. Ma, allora, sembra nel torto la C.S. quando cerca di distinguere tra l'ipotesi di sentenza arbitrale pronunciata oltre i limiti del patto compromissorio e l'ipotesi di sentenza arbitrale pronunciata in totale mancanza di un patto compromissorio, applicando solo alla prima ipotesi, e non anche alla seconda, quel citato combinato disposto normativo (cfr. Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.*, 2001, p. 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*). Invero, non si può dire che i casi in parola sono diversi, perché in questo vi sarebbe una totale carenza di manifestazione di volontà delle parti, mentre in quello vi sarebbe solo una manifestazione di volontà insufficiente, perché anche nel primo caso, limitatamente alla parte eccedente l'originario patto, abbiamo a che fare con una carenza del tutto identica a quella che si verifica nel secondo caso.

⁽⁸²⁾ Vedi il § 1031 ZPO, che, dopo aver disposto al suo 1° comma: «Die Schiedsvereinbarung muß entweder in einem von den Parteien unterzeichneten Schriftstück oder in zwischen ihnen gewechselten Schreiben, Fernkopien, Telegrammen oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen, enthalten sein», aggiunge, al 6° comma: «Der Mangel der Form wird durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt».

⁽⁸³⁾ MARENGO, *op. cit.*, p. 17, propone il superamento auspicando che la disciplina dell'art. 808 si applichi anche al compromesso. Si aggiunge che non convince neanche il presupposto psicologico da cui parte l'autore, secondo il quale «semmai il maggior rigore dovrebbe essere usato in ordine alla clausola, che è sottoscritta *ante litem*, e quello minore al compromesso, ch'è stipulato a lite insorta e coerenziata». Invero, da un'osservazione

rilievo da aggiungere a questo quadro è che bisogna in ogni caso tenere presenti quelle norme sostanziali che fanno del compromesso un atto rientrante o meno nell'ordinaria amministrazione a seconda che esso riguardi vicende sostanziali dell'uno o dell'altro tipo: così, ad esempio, l'art. 320, 3° comma, c.c., secondo il quale i genitori hanno bisogno dell'autorizzazione a compromettere da parte del giudice tutelare solo se la scelta della via arbitrale riguarda atti sostanziali di straordinaria amministrazione ⁽⁸⁴⁾.

Residua, a questo punto, la necessità di far emergere alcuni rilievi che riguardano solo la clausola compromissoria.

Il primo attiene all'applicazione degli artt. 1341, 2° comma, e 1342, 2° comma, c.c., nei quali è esplicitamente previsto che la clausola compromissoria, se è contenuta in condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti o in moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, deve essere specificamente approvata per iscritto dall'aderente a pena di inefficacia ⁽⁸⁵⁾. Secondo l'opinione dominante in questa disciplina vi sarebbe un ulteriore rafforzamento della forma scritta *ad substantiam*, nel senso che una clausola compromissoria con le caratteristiche in questione dovrebbe essere redatta ed approvata specificamente per iscritto, in modo separato e distinto rispetto al restante regolamento negoziale, a pena di nullità assoluta ⁽⁸⁶⁾. A noi francamente un simile modo di impostare il problema non

statistica emerge chiaramente che l'arbitrato si instaura quasi sempre sulla base di una clausola compromissoria, piuttosto che sulla base di un compromesso, e ciò è facilmente spiegabile per l'eccezionalità di quest'ultimo, in quanto, se le parti sono in lite, è molto difficile che esse si accordino anche solo sulla via da seguire per risolvere il conflitto (analoga ossevazione da ultimo in FESTI, *op. cit.*, pp. 6-7). Quindi, ammesso che questo discorso possa avere una valenza giuridica, semmai è proprio il compromesso ad esigere il maggior rigore.

⁽⁸⁴⁾ Conformemente a quanto detto nel testo VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 46 nt. 8; SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, p. 26; FESTI, *op. cit.*, pp. 362-365. Sulla questione vedi anche MIRABELLI, *La capacità a compromettere in arbitri*, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 215 ss.

⁽⁸⁵⁾ Per una sintesi del dibattito vedi G.B. FERRO, *op. cit.*, p. 645 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 28 giugno 2000, n. 8788, in *Rep. Giust. civ.*, 2000, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 81.

⁽⁸⁶⁾ LA CHINA, *op. cit.*, p. 34; PONTECORVO, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 202-203 ed ivi ulteriori citazioni. In giurisprudenza cfr. Cass., 12 giugno 1997, n. 5292, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 759.

convince, perché esso non risponde alla *ratio* della normativa, né discende necessariamente da questa. La normativa vuole evidentemente tutelare il c.d. contraente più debole, ossia, più precisamente, il contraente che si trova in una situazione di svantaggio rispetto all'altro, non tanto o non solo per ragioni economiche, quanto piuttosto per una minore capacità di conoscere quelle clausole contrattuali che è stato l'altro a predisporre. Ma, se questa è la logica, non si capisce per quale motivo si dovrebbe ritenere che la mancanza di specifica sottoscrizione dovrebbe comportare una nullità assoluta. Invero sembra assai più coerente affermare che trattasi di una inopponibilità, che va solo a vantaggio del contraente nel cui interesse è scritta la norma ⁽⁸⁷⁾. Ciò, del resto, oggi risulta anche da un'altra normativa che si pone a tutela del contraente più debole, ossia dagli artt. 1469-*bis* ss. c.c., dettata in relazione ai c.d. contratti del consumatore, fra i quali l'art. 1469-*quinquies*, 3° comma, dispone che l'inefficacia «opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». Ed anzi, sempre fondandosi su quella *ratio*, che, si ripete, sta tutta e solo nella protezione della persona da possibili conseguenze negative derivanti da una sua carenza di conoscenza, si dovrebbe pure ricavare l'idea che la specifica sottoscrizione della clausola compromissoria, lungi dall'essere un requisito sostanziale di forma, rappresenta piuttosto un modo per essere sicuri che l'aderente ha voluto veramente esprimere una volontà di compromettere in arbitri, volendosi evitare che questi si trovi ad essere soggetto ad un arbitrato senza essersene accorto. Ma, allora, da ciò si dovrebbe anche desumere che la specifica sottoscrizione della clausola potrebbe nel caso concreto essere surrogata dalla prova che sul punto vi era stata una specifica trattativa tra le parti ⁽⁸⁸⁾. Ciò ancora in sintonia col recente art. 1469-*ter*, 4° comma, c.c., per cui non «sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale».

⁽⁸⁷⁾ Così già ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, pp. 780-781.

⁽⁸⁸⁾ Così la giurisprudenza: Cass., 15 giugno 1979, n. 3373, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 235 con nota favorevole di ROPPO, *Una buona decisione della Corte Suprema a proposito di contratti standard e tutela dell'aderente*; Cass., 18 aprile 1978, n. 1842; Cass., 15 settembre 1977, n. 3989, approvata da parte della dottrina: MARENGO, *op. cit.*, p. 26; G.B. FERRO, *op. cit.*, p. 647.

Per quanto riguarda, poi, la diretta applicabilità degli artt. 1469-*bis* ss. c.c. alla clausola compromissoria, il discorso potrebbe addirittura diventare ideologico, perché mancano basi normative per svolgerlo. Queste norme rappresentano il recepimento della direttiva CEE 93/13 del 1993. Però, mentre tale direttiva inseriva tra le clausole (presunte) abusive anche quella compromissoria che obbligava le parti a rivolgersi ad una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, nella normativa interna non vi è cenno alle clausole compromissorie. Di conseguenza il tutto si riduce a baloccarsi sul n. 18 dell'art. 1469-*bis* c.c., nel quale si prevede, fra l'altro, che si presumono vessatorie le clausole con cui si sanciscono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. A fronte di questa disposizione si potrebbe sostenere qualsiasi cosa, a seconda dei propri gusti: che essa non ha niente a che fare con l'arbitrato, il quale è una deroga alla giurisdizione statale e non riguarda la competenza, che essa vi ha necessariamente a che fare ⁽⁸⁹⁾, proprio perché il patto compromissorio è appunto una deroga alla competenza del giudice ordinario, o infine che essa va interpretata estensivamente o applicata per analogia anche alla clausola compromissoria, ma solo nello spirito della direttiva comunitaria dalla quale la normativa interna deriva. A noi, che peraltro istintivamente saremmo portati ad accogliere la prima soluzione, non sembra in verità che sia il caso in questa sede di soffermarci sul problema in modo particolare, opinando che, in fondo, l'unica cosa sensata per il momento è attendere un assestamento della giurisprudenza sulla questione.

L'ultimo rilievo da compiere, sempre attinente solo alla clausola compromissoria, riguarda il principio di autonomia di questa, sancito dall'art. 808, 3° comma, c.p.c. per cui la «validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce» ⁽⁹⁰⁾. Tale disposto, col quale la novella n. 25 del 1994 ha accolto un'opinione già diffusa in precedenza, in sé comporta che i vizi relativi al contratto sostanziale non si espandono necessariamente alla

⁽⁸⁹⁾ Questa sembra essere l'opinione dominante nella nostra dottrina: cfr. FESTI, *op. cit.*, p. 342 ss. ed ivi ulteriori citazioni.

⁽⁹⁰⁾ Sul punto vedi da ultimo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 437 ss. e FESTI, *op. cit.*, p. 38 ss.

accedente clausola compromissoria, potendo anzi questa fondare anche il giudizio arbitrale eventualmente instaurato proprio per decidere sulla sussistenza di quei (presunti) vizi del contratto sostanziale.

Questo principio non rappresenta una scelta arbitraria e particolare del legislatore, bensì piuttosto esso rappresenta la naturale conseguenza dell'idea per cui il patto compromissorio, anche nella forma della clausola compromissoria, resta sempre e comunque un contratto a sé ⁽⁹¹⁾, un contratto caratterizzato dalla sua specifica efficacia processuale. Quindi il patto compromissorio, anche se si colloca nel contesto di un altro contratto, con effetti sostanziali, rimane sempre un'autonoma entità giuridica, da considerare separatamente dal contesto sul piano della sua valutazione giuridica ⁽⁹²⁾.

5. — Come un qualsiasi altro contratto, è possibile che il patto compromissorio, venuto in essere validamente, perda la sua vitalità, quindi si produca l'estinzione dei suoi effetti, per qualche vicenda che si verifichi successivamente alla sua stipulazione ⁽⁹³⁾. Nella nostra attuale legislazione mancano norme che si occupano del problema ⁽⁹⁴⁾, ma ciò, a prescindere da ogni ideologismo ⁽⁹⁵⁾, non esclude affatto la categoria della cessazione

⁽⁹¹⁾ Così Cass., 14 aprile 2000, n. 4842, in *Rep. Giust. civ.*, 2000, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 60; Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1327.

⁽⁹²⁾ Né tale autonomia è messa in crisi dal principio per cui il potere di stipulare il contratto sostanziale comprende anche il potere di convenire la clausola compromissoria: così MIRABELLI, *op. cit.*, p. 239.

⁽⁹³⁾ Non ci occuperemo della possibile estinzione del patto compromissorio in ipotesi causata da vicende che riguardano il rapporto sostanziale a cui esso si riferisce. In questa area rientra anche la teoria dei limiti soggettivi di efficacia del patto in parola, teoria che oltretutto andrebbe inquadrata in un più ampio discorso, qui impossibile, relativo al processo arbitrale che possiamo definire complicato.

⁽⁹⁴⁾ Invece nel c.p.c. del 1865 l'art. 34 prevedeva l'estinzione del compromesso per: 1) la revocazione della nomina degli arbitri fatta consensualmente tra le parti nel compromesso; 2) il venir meno di un arbitro, salvo la possibilità di una sua sostituzione in via giudiziaria, prevista solo se l'arbitrato si fondava su una clausola compromissoria (cfr. art. 12 di quel codice); 3) la scadenza del termine stabilito nel compromesso o, in difetto, decorsi novanta giorni dal compromesso.

⁽⁹⁵⁾ Che a volte sembra trasparire in dottrina quando si parla di un generico *favor* verso la risoluzione arbitrale delle controversie: così CECCHIELLA, *Ancora sulla cessazione degli effetti del patto compromissorio, quando per dimissioni di un arbitro il collegio costituito non può pronunciare: una tacita abrogazione dell'art. 811 c.p.c.?*, in *Riv. arbitrato*, 2000, p. 77, il quale pe-

del patto compromissorio, proprio perché per questo, come si è già detto in precedenza, sono pur sempre richiamabili i principi generali che vigono in materia di contratti, sia pure con gli opportuni adattamenti che si impongono per il fatto che il patto compromissorio è un contratto con effetti, non sostanziali, ma processuali.

Il patto compromissorio può estinguersi per vicende volontarie o per fatti. In quelle rientrano sia il caso dell'estinzione per volontà concordata delle parti sia il caso dell'estinzione per volontà di una sola parte. In questi si possono distinguere ipotesi di estinzione fisiologica da ipotesi di estinzione patologica del patto.

Cominciando dalla prima causa di estinzione, è ovvio che il patto compromissorio, essendo un normale contratto, viene meno se i contraenti d'accordo decidono che esso debba venir meno ⁽⁹⁶⁾. Qui c'è la semplice applicazione dell'ovvio principio sancito in generale dall'art. 1372 c.c. per cui il contratto, che ha forza di legge tra le parti, si scioglie per mutuo consenso.

Piuttosto c'è da dire che, se volessimo accettare l'idea dominante secondo la quale la stipula del patto compromissorio deve avvenire con forma scritta *ad substantiam*, dovremmo anche dire che un accordo risolutorio di esso deve sempre rispettare lo stesso requisito ⁽⁹⁷⁾. Ma noi abbiamo criticato una simile idea, per cui in questa sede possiamo con coerenza affermare che una volontà caducatoria del patto compromissorio può essere manifestata pure implicitamente, ossia attraverso comportamenti o mancati comportamenti delle parti. Così, ad esempio, non è escluso che, valutando le peculiari circostanze del caso concreto, la detta volontà possa essere tratta da alcune omissioni o inerzie delle parti nel corso stesso del processo arbitrale ⁽⁹⁸⁾.

raltro, come vedremo fra breve, finisce comunque per ammettere alcune ipotesi di estinzione del patto compromissorio.

⁽⁹⁶⁾ Il caso sembra pacifico: cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 41; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 448-449; CECCHIELLA, *Ancora sulla cessazione degli effetti del patto compromissorio ecc.*, cit., p. 79; RONCO, *Omessa formulazione dei quesiti arbitrali e cessazione di efficacia del patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 1606-1607.

⁽⁹⁷⁾ Così coerentemente, da ultimo, FESTI, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁽⁹⁸⁾ Però è fondamentale l'analisi della vicenda particolare e sembra azzardato costruire presunzioni di rinuncia all'arbitrato: in senso contrario vedi RONCO, *op. cit.*, p. 1607, commentando Cass., 22 gennaio 2001, n. 890, che si occupava di un caso in cui gli

Se questo ragionamento è convincente, residua però un problema. Ci si chiede: se uno dei contraenti agisce di fronte all'A.G.O e l'altra, costituendosi, non solleva eccezione di patto compromissorio, abbiamo con ciò il perfezionamento di un accordo risolutivo di tale patto? Insomma, se con la sua domanda l'attore evidentemente ha rinunciato alla via arbitrale ⁽⁹⁹⁾, possiamo attribuire la stessa valenza di volontà caducatoria alla semplice mancata eccezione da parte del convenuto?

A nostro parere la risposta negativa a tale domanda ⁽¹⁰⁰⁾ si può ricavare dall'osservazione della disciplina dell'eccezione di patto compromissorio, che, come abbiamo detto sopra, sembra doversi ispirare agli artt. 4, 1° comma, e 11 della l. 31 maggio 1995, n. 218 in materia di diritto internazionale privato. È vero che l'art. 4, 1° comma, di questa legge dispone che la giurisdizione del giudice italiano sussiste ove il convenuto costituito non abbia eccepito il (presunto suo) difetto, ma è anche vero che non sembra ragionevole in tal caso parlare di un negozio giuridico, mettendo sullo stesso piano questa ipotesi con l'altra, prospettata dalla norma in parola, in cui le parti accettano la giurisdizione del giudice italiano in virtù di un vero incontro di volontà perfezionatosi già prima del processo. Sostenere il contrario significherebbe solo dar corpo ad una finzione ⁽¹⁰¹⁾, per cui sembra avere ragione chi ha ravvisato nella norma in questione solo un «pezzo» della disciplina del rilievo dell'eccezione, completata dal successivo art. 11 della stessa legge. Di conseguenza, la semplice mancata eccezione di patto compromissorio da parte del convenuto costituito determina solo la preclusione dell'eccezione nel processo, ma non anche il perfezionamento di un accordo risolutivo del patto, a meno che, ovviamente, vi siano nel caso concreto ulteriori elementi da cui poter inferire

arbitri avevano pronunciato un lodo di non luogo a provvedere perché le parti avevano omissso di formulare i quesiti.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Cass., 29 gennaio 1993, n. 1142, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1091.

⁽¹⁰⁰⁾ Nello stesso senso FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pp. 42-43; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arbitrato* 1998, p. 659 ss., in partic. p. 669; MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 345; CECHELLA, *Ancora sulla cessazione degli effetti del patto compromissorio ecc.*, cit., p. 79.

⁽¹⁰¹⁾ Così ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 727 ss., in partic. p. 735.

una soluzione diversa ⁽¹⁰²⁾. Dal che ovviamente si ricava che, se per avventura il processo statale dovesse estinguersi o porre capo ad una sentenza di rito, sempre resterebbe aperta per quella certa controversia la via arbitrale. Né, ove sia stato instaurato contemporaneamente il processo arbitrale, in questo si potrebbe far valere la presunta estinzione del patto compromissorio.

Interrogandoci ora sulla possibilità di un'estinzione del patto compromissorio per volontà di una sola delle parti, innanzitutto sembra del tutto ovvio che anche per questo contratto resti agli stessi contraenti, in base all'art. 1373, 1° comma, c.c., la possibilità di prevedere la facoltà di recesso unilaterale. Il problema sorge, invece, quando ci si chiede se, in mancanza di previsioni contrattuali, sia immaginabile qualche ipotesi in cui una parte possa liberarsi con una sua dichiarazione di volontà dal patto compromissorio.

A tale proposito l'unica cosa che appare indiscutibile è l'impossibilità di applicare qui le norme dettate dal codice civile sulla risoluzione dei contratti. Un simile assunto discende pianamente dal rilievo che nel patto compromissorio non vi è la composizione di una contrapposizione di interessi tramite la fissazione di prestazioni corrispettive ⁽¹⁰³⁾. Ma, escluso ciò, non ci si può limitare a dichiarare chiuso il discorso, appagandosi della semplice affermazione che ogni altra scelta mancherebbe di basi positive ⁽¹⁰⁴⁾. Invero anche in mancanza di tali basi, resta sempre per l'interprete la necessità di fare una verifica secondo una prospettiva sistematica per vedere se proprio è da escludere ogni spazio di operatività ad un possibile recesso unilaterale, magari per giusta causa, dal patto compromissorio.

⁽¹⁰²⁾ Il discorso non cambierebbe neanche se si accettasse l'idea dominante secondo la quale l'eccezione di patto compromissorio trova la sua disciplina nell'art. 38, 2° comma, c.p.c. Infatti, se, in virtù di questa norma, un eventuale accordo sulla competenza del giudice indicato dal convenuto eccepiente deve valere solo all'interno del processo in cui si è formato, sarebbe difficile attribuire una maggiore efficacia giuridica al caso della mancata eccezione. Ma allora, in riferimento al nostro argomento, sarebbe veramente discutibile interpretare la mancata eccezione di patto compromissorio come la manifestazione di una volontà caducatoria del patto stesso da parte del convenuto.

⁽¹⁰³⁾ HABSCHIED, *Die Kündigung des Schiedsvertrages aus wichtigem Grund*, in *KTS*, 1980, p. 285 ss., in partic. p. 291.

⁽¹⁰⁴⁾ Così CECHELLA, *Ancora sulla cessazione degli effetti del patto compromissorio ecc.*, cit., p. 79.

Ebbene sembra ragionevole osservare come il rapporto che si instaura tra le parti in virtù di un patto compromissorio sia essenzialmente un rapporto di cooperazione destinato a durare nel tempo, o, se si vuole, in un certo tempo, rapporto finalizzato al perseguimento di uno scopo comune, che interessa ad entrambe: la soluzione arbitrale della lite, a prescindere da chi risulterà vittorioso. Ma, se così è, non si vede perché non si possa avvicinare, *mutatis mutandis*, il patto compromissorio ad un contratto di società ⁽¹⁰⁵⁾, visto che, a parte lo scopo di dividere gli utili, nei due casi più soggetti decidono di cooperare al fine di raggiungere un risultato comunemente interessante e si impegnano a sopportare, se necessario, i relativi oneri economici. E allora, per questa strada, non dovrebbe essere difficile applicare, analogicamente, anche al patto compromissorio l'istituto del recesso per giusta causa di cui all'art. 2285, 2° comma, c.c.

Piuttosto può risultare difficile applicare in concreto tale assunto di principio, innanzitutto perché si deve concretizzare in riferimento al patto compromissorio il concetto, indeterminato, di 'giusta causa'. Questo può essere individuato in astratto solo con l'affermazione, a sua volta indeterminata, che si deve intendere per 'giusta causa' la sopravvenienza di ogni modificazione di circostanze da cui consegue che non si possa più ragionevolmente pretendere da una parte la permanenza del vincolo alla scelta della giurisdizione arbitrale ⁽¹⁰⁶⁾. È vero che un simile concetto può sembrare addirittura vago ed è vero anche che non emerge una casistica sulla questione nella nostra esperienza. Ma non si può neanche tacere sul fatto che, per un verso, una simile casistica emerge, invece, in quei paesi nel cui ambito il problema è stato studiato ⁽¹⁰⁷⁾, e, per altro verso, il recesso per giusta causa potrebbe essere una risposta ragionevole a vicende critiche la cui valenza giuridica, come non è obliterata in altri rapporti di

⁽¹⁰⁵⁾ In questo senso HABSCHIED, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrag und ihre Auswirkungen*, in *KTS*, 1955, p. 33 ss., in partic. pp. 35, 38; LORENZ, *Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch*, in *Acp* (157), 1958/1959, p. 265 ss., in partic. p. 285; SCHLOSSER, *op. cit.*, sub § 1025, p. 129.

⁽¹⁰⁶⁾ Così ancora la dottrina tedesca, per la quale vedi SCHLOSSER, *loc. ult. cit.* e HABSCHIED, *Die Kündigung des Schiedsvertrages*, cit., pp. 292-293.

⁽¹⁰⁷⁾ Ci riferiamo all'esperienza tedesca, nel cui ambito si fanno essenzialmente due casi: quello del sopravvenuto conflitto bellico tra gli Stati a cui appartengono i contraenti e quello in cui una parte subisca rovesci economici tali da non consentirle più di far fronte alle spese del processo arbitrale.

durata, non si vede perché dovrebbe, invece, essere del tutto negata in riferimento al patto compromissorio. Anzi, attraverso questa prospettiva, favorendo il formarsi di una cultura dell'arbitrato più raffinata, perché maggiormente capace di rispondere alle molteplici vicende dei rapporti giuridici, forse gli stessi contraenti potrebbero imparare a riferirsi a casistiche che la prassi dovrebbe a poco a poco individuare.

Venendo ora all'analisi dei possibili fatti estintivi del patto compromissorio, bisogna distinguere tra la naturale fisiologia del fenomeno e la sua patologia.

Nella prima si iscrive la decisione arbitrale con la quale è risolta la lite tra le parti. Ovvero: se ogni contratto si esaurisce con il perseguimento del suo scopo, è evidente che il patto compromissorio, in virtù del quale le parti hanno voluto affidare alla decisione degli arbitri la loro lite, si esaurisce ove appunto questa decisione (definitiva) è pronunciata ⁽¹⁰⁸⁾.

Il principio, pur così semplice ed ovvio, ha però bisogno di alcune precisazioni.

Innanzitutto l'esaurimento in parola del patto compromissorio si ha solo con la pronuncia del lodo in merito e non anche con la pronuncia di un lodo in rito. Questo, se sicuramente non rappresenta il raggiungimento dello scopo che le parti si erano prefissate, non può generalmente avere ripercussioni sulla vita del patto compromissorio. Tuttavia, se è immaginabile qualche caso in cui una simile ripercussione è prospettabile, semmai questa opererà su un piano patologico, ossia come fatto estintivo derivante dalla sopravvenuta impossibilità di raggiungere lo scopo fisiologico del patto compromissorio. Ciò probabilmente accade nell'eventualità che gli arbitri si dichiarino sforniti del potere di giudicare per la carenza attuale di un valido patto compromissorio ⁽¹⁰⁹⁾, ma non sembra che possa accadere in casi diversi ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ L'evidenza dell'assunto è tale che esso si ritrova nella dottrina fin dal XIX secolo: cfr. LESSONA, *Arbitramento*, in *Enc. giur. it.*, I, 3ª, Milano, 1893, p. 564 ss., in partic. p. 633.

⁽¹⁰⁹⁾ Per maggiori approfondimenti sul caso cfr., se vuoi, BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 409 ss., in partic. pp. 421-422. Vedi comunque *infra* in questo stesso paragrafo e in quello successivo.

⁽¹¹⁰⁾ Così bene ha fatto Cass., 22 gennaio 2001, n. 890, in *Giur. it.*, 2001, p. 1606, ad affermare che un lodo di rito, che dichiara semplicemente il non luogo a provvedere per

In secondo luogo, ove il patto compromissorio ha assunto la forma della clausola, non vi è alcun dubbio che l'esaurimento in parola riguarda la lite celebrata, restando ovviamente in vita la scelta della via arbitrale per ogni altra controversia che dovesse nascere dal rapporto contrattuale a cui la clausola compromissoria si riferisce ⁽¹¹⁾.

In terzo luogo, è necessario chiarire quale possa essere la ripercussione sul patto compromissorio dell'eventuale annullamento del lodo, che può sopraggiungere a seguito dell'impugnazione per nullità di cui agli artt. 828-830 c.p.c. A questo proposito il rilievo centrale da mettere in risalto è che un simile problema non deve avere una soluzione dogmaticamente necessaria. Qui sono essenziali solo le scelte positive del legislatore. Così, ad esempio, il legislatore tedesco ha scelto la via della naturale reviviscenza del patto compromissorio a seguito dell'annullamento del lodo pronunciato sulla sua base, nel disporre, al § 1059, 4° e 5° comma, ZPO: «Se è stato chiesto l'annullamento, il giudice, in casi idonei, può, su istanza di una parte, previo annullamento del lodo, rinviare la causa all'arbitro./ L'annullamento del lodo ha, nel dubbio, come conseguenza che l'accordo arbitrale ritorna in vita in riferimento all'oggetto controverso».

Invece il nostro legislatore non ha affrontato il problema in modo esplicito, per cui all'interprete resta solo da trarre un'idea implicita, qui certamente di sfavore per l'arbitrato, dall'art. 830, 2° comma, c.p.c., a tenore del quale l'A.G.O., se l'impugnativa è accolta e le parti non hanno disposto diversamente, decide nel merito la causa. Una simile 'naturale' conseguenza dell'annullamento del lodo evidentemente implica che nel nostro sistema con la pronuncia del lodo si deve intendere definitivamente estinto il patto compromissorio, senza che si possa immaginare un suo ritorno in vita a causa dell'eliminazione della pronuncia arbitrale.

la mancata formulazione dei quesiti, non estingue il patto compromissorio. Qui Ronco, commentando la sentenza, confonde il problema dell'estinzione del patto compromissorio per la semplice pronuncia di un lodo col problema dell'estinzione di tale patto per una presunta volontà caducatoria che le parti avrebbero in ipotesi manifestato nella mancata formulazione dei quesiti. Su tale ultimo aspetto abbiamo già espresso, poco sopra, la nostra opinione tendenzialmente negativa.

⁽¹¹⁾ Questa precisazione, che noi abbiamo già fatto in *L'estinzione del patto compromissorio*, cit., p. 691, è dimenticata nella critica di FESTI, *op. cit.*, p. 381.

L'unica possibilità quindi di una simile reviviscenza è concepibile solo se sono le stesse parti a prevederla.

Resta infine la patologia del patto compromissorio: la sua estinzione causata da una vicenda che rende impossibile il raggiungimento del suo scopo.

A parte il caso, a cui abbiamo già fatto riferimento poco sopra ⁽¹¹²⁾, di un processo arbitrale che si conclude con un lodo in cui gli arbitri negano il loro potere di decidere la lite a causa dell'inesistenza di un valido patto compromissorio, questo si estingue innanzitutto perché la controversia alla quale si riferiva viene in qualche modo risolta per altra via. Innanzitutto è possibile che i litiganti giungano ad una transazione ed allora la scelta dell'arbitrato non ha più ragione di esistere, a meno che le stesse parti non decidano di mantenere in vita il patto compromissorio per le liti che eventualmente possano nascere dall'attuazione della transazione. Inoltre il patto compromissorio si estingue anche quando la controversia è decisa con un giudicato statale. Certo, una simile eventualità, in teoria, non dovrebbe verificarsi, ma è anche vero che, se una parte adisce il giudice statale e l'altra, costituitasi, non solleva l'eccezione di patto compromissorio, il processo pubblico va avanti e ben può giungere al suo esito naturale, che è appunto la decisione nel merito: a questo punto il patto compromissorio non può che estinguersi, perché esso non potrebbe più realizzare il suo scopo di far decidere da un giudice privato quella stessa lite ⁽¹¹³⁾. Residua, peraltro, l'eventualità, probabilmente remota, che, nonostante il giudicato statale, le parti instaurino ugualmente il processo arbitrale e che questo, in mancanza del rilievo del precedente giudicato statale, arrivi ad un lodo di merito. In tal caso delle due l'una: o il giudicato arbitrale è conforme a quello statale, e allora non vi è alcun problema, oppure esso è contrario a quello statale, ma in questa ipotesi esso prevale, sempre che si accetti l'idea dominante secondo la quale il conflitto pratico tra giudicati si risolve a favore del secondo ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ E sul quale pure torneremo nel prossimo paragrafo.

⁽¹¹³⁾ Peraltro si sottolinea ancora come l'eventuale estinzione del patto compromissorio non si collega alla mancata eccezione del convenuto, ma solo al giudicato. Per cui, se per ipotesi il processo si estinguesse o ponesse capo ad una sentenza di rito, il patto compromissorio sarebbe ancora vitale.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., per tutti, MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 404 ss., in partic. p. 469, al quale si rinvia per ogni altra citazione.

Ma la questione più spinosa che si pone in questo ambito è quella che si può sintetizzare nella seguente domanda: l'eventuale crisi del rapporto tra le parti e gli arbitri ha ripercussioni negative sul patto compromissorio?

Anche questo è un problema di diritto positivo, problema che, quindi, può trovare soluzioni diverse a seconda delle diverse scelte del legislatore. Oggi la scelta del legislatore è chiara nel senso di tenere ben distinto il patto compromissorio, contratto tra le parti col quale si sceglie la giustizia privata, dal contratto di mandato tra le parti e gli arbitri. Negli artt. 810 e 811 c.p.c. sono indicati i modi per far fronte alle varie situazioni di crisi che si possono venire a creare nel corso della costituzione del collegio arbitrale o anche dopo questa costituzione, ove un arbitro venga a mancare per qualsiasi motivo. Per cui noi dobbiamo concludere per una risposta tendenzialmente negativa alla domanda appena posta.

Però resta da analizzare un caso particolare: quello in cui i contraenti nominano l'arbitro nello stesso compromesso e non dispongono alcunché per l'eventualità che questi non accetti l'incarico o venga meno dopo l'accettazione. Qui si potrebbe anche pensare che la scelta di quel certo arbitro sia elemento essenziale della volontà compromissoria, ossia che le parti vogliano l'arbitrato solo se a decidere sarà l'arbitro da loro nominato nel compromesso, con la conseguenza che questo deve considerarsi estinto se quel certo arbitro non può o non vuole decidere. Ma allora siamo essenzialmente in presenza di una questione di interpretazione della volontà contrattuale, a fronte della quale tutto quello che si può dire è che a tale proposito le parti possono volere qualsiasi cosa; tuttavia, se la loro volontà sul punto è carente o oscura, certamente l'interprete, alla luce dell'attuale quadro normativo, non può inferire dalla semplice nomina dell'arbitro nel compromesso che le parti vogliono l'arbitrato solo a condizione che a decidere sia solo quel certo arbitro.

Peraltro, se invece risulta, cosa ovviamente possibile, che un elemento essenziale della volontà compromissoria era proprio la nomina dell'arbitro, allora la mancata accettazione o il venir meno dell'arbitro nominato travolge anche il compromesso. E qui emerge ancora un altro quesito: si può, in tale contesto, parlare di «venir meno» dell'arbitro ove questi non pronunci il lodo nel termine imposto dalle parti o, in mancan-

za di previsione privata, dalla legge? In altre parole: il termine per la decisione sta a significare che l'arbitro ha una *potestas iudicandi* a tempo, esaurito il quale egli, non avendo più potere decisorio, si può dire che sia venuto meno, oppure esso vuole solo dare contenuto ad una norma di attività, la cui violazione rende al più il lodo annullabile?

Anche questo è un problema che non ha una soluzione dogmaticamente necessaria, ma deve riceverla dal diritto positivo. E il nostro attuale ordinamento, visti gli artt. 820, 821 e 829 n. 6 c.p.c., sceglie la seconda alternativa prospettata, per cui l'infruttuoso decorso del termine per la decisione non estingue il contratto (di mandato) tra le parti e l'arbitro, ma solo rende il lodo, comunque pronunciato tardivamente, viziato e quindi annullabile, oltretutto unicamente se l'interessato si sia attivato prima della deliberazione dell'arbitro ⁽¹¹⁵⁾.

6. — L'ultimo compito della nostra indagine è vedere in quali istanze è possibile che emerga la discussione sulla valida ed attuale esistenza del patto compromissorio, ossia, in altri termini, è possibile far valere i vizi originari del patto o i fatti che abbiano determinato una sua successiva estinzione.

Innanzitutto la parte interessata può sollevare il problema di fronte allo stesso arbitro investito della lite sul rapporto sostanziale a cui il patto compromissorio si riferiva. In tal caso non vi è dubbio che l'arbitro, che si trovi a fare i conti con un'eccezione di mancanza o invalidità o ancora estinzione del patto compromissorio, possa svolgere un sindacato pieno su tutti gli eventuali aspetti della questione. Il patto compromissorio è l'atto costitutivo della giurisdizione privata e il giudice privato non incontra alcun limite nel valutare il fondamento del proprio potere giurisdizio-

⁽¹¹⁵⁾ L'art. 829 n. 6 c.p.c., nel disporre che il lodo è annullabile se è pronunciato dopo la scadenza del termine, fa salva la previsione dell'art. 821 c.p.c., a tenore del quale «Il decorso del termine [...] non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza». Peraltro sembra che residui il caso in cui l'arbitro, a seguito della notificazione operata dalla parte ai sensi di quest'ultima norma, rinunci al compimento del suo incarico: qui viene meno il rapporto di mandato e, quindi, di conseguenza, viene meno il compromesso nel quale la nomina di quel certo arbitro era considerata essenziale.

nale. Su ciò egli deciderà comunque con un lodo impugnabile ai sensi degli artt. 828 e 829 c.p.c.: sia che si convinca della valida esistenza ed efficacia del patto, decidendo quindi anche nel merito, sia che, al contrario, egli si dichiari sfornito del potere di decidere per carenza di un valido patto compromissorio ⁽¹¹⁶⁾.

Piuttosto c'è da aggiungere che probabilmente l'eventuale decisione in rito dell'arbitro, con la quale questi dichiara l'insussistenza del suo potere, anche se non può propriamente vincolare il giudice statale successivamente adito che si trovi a decidere della stessa questione, però di fatto risolve ogni problema, perché il patto compromissorio, non potendo più raggiungere il suo scopo, non è più vitale. Del resto a noi sembra che questa opportuna soluzione di coordinamento tra il processo arbitrale e il processo statale trovi una sua indiretta conferma nell'art. 4, 3° comma, della l. n. 218 del 1995, il quale, in riferimento all'accordo che deroga alla giurisdizione italiana in favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero, dispone che detta deroga «è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa».

Ma è anche possibile che la questione in parola emerga di fronte al giudice statale. In tal caso il discorso è più complesso, perché diversi possono essere i contesti nei quali può realizzarsi una simile eventualità e non è detto che in essi il giudizio pubblico debba essere strutturalmente sempre uguale, in particolare non è detto che il sindacato del giudice statale sulla valida esistenza di un patto compromissorio debba in ogni caso avere la stessa profondità che, invece, abbiamo visto essere tipica del giudizio privato. In altri termini qui il problema presenta due aspetti. Per un verso, bisogna specificare le diverse situazioni nelle quali il giudice pubblico può trovarsi a valutare la valida esistenza di un patto compromissorio e, per altro verso, ci si deve chiedere se in tutte queste situazioni

⁽¹¹⁶⁾ Un accenno in tal senso anche in LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 518 ss., in partic. p. 525. Sicuramente, peraltro, a noi non sembra neanche prospettabile l'eventualità che contro un lodo del genere (di rito) sia spendibile il regolamento di competenza (sulla questione vedi ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Studi in onore di L. Montesano*, I, Padova, 1997, p. 523 ss., in partic. pp. 539-542), perché, a parte ogni altra considerazione, i rapporti tra il giudice privato e il giudice pubblico, come è stato rilevato in precedenza, non sono inquadrabili in termini di competenza.

l'estensione del giudizio che fonda la soluzione della questione attinente alla valida esistenza del patto compromissorio è sempre la stessa.

Per affrontare il problema è utile distinguere il caso in cui il processo arbitrale è terminato con la pronuncia del lodo dal caso in cui, invece, il fenomeno arbitrale non ha ancora preso l'avvio ⁽¹¹⁷⁾ o, già avviatosi, non è ancora giunto alla sua conclusione.

Nella prima ipotesi il discorso è semplice, perché la nostra legislazione, come del resto quelle a noi vicine ⁽¹¹⁸⁾, prevede, all'art. 829 n. 1 c.p.c., che il lodo possa essere impugnato per nullità del patto compromissorio. Qui non solo è possibile il sindacato sulla valida esistenza del fondamento dell'arbitrato, ma è anche indubbio che un simile sindacato debba avvenire a cognizione piena. Anzi è proprio in virtù di questo motivo di impugnativa, giustamente qualificato come non rinunciabile dallo stesso art. 829 c.p.c., che si attua quella necessità di controllo da parte dello Stato sull'esistenza di un valido fondamento alla giustizia dei privati, di cui si è accennato sopra a proposito dei rapporti tra l'arbitrato e l'art. 24, 1° comma, cost., secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Come si è detto sopra, il riconoscimento a livello costituzionale del diritto di azione, situazione giuridica del singolo a fronte dello Stato, se non implica l'impossibilità per i privati di escludere la giustizia statale, impone però che questa esclusione si fondi su un consenso validamente espresso e, quindi, impone anche al legislatore il dovere di approntare un rimedio attraverso il quale l'interessato, se vuole, possa denunciare di fronte al giudice statale l'inesistenza di quella valida espressione ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ La genericità dell'espressione è dovuta al fatto che, come vedremo, a volte può essere rilevante il momento in cui è proposta la domanda arbitrale, mentre altre volte può essere rilevante il diverso momento in cui è costituito il collegio arbitrale.

⁽¹¹⁸⁾ Vedi il § 1059, 2° comma, n. 1 let. a) ZPO e il più esplicito art. 1484, 2° comma, n. 1 c.p.c. francese, secondo cui l'impugnativa per nullità è ammessa se l'arbitro ha statuito senza patto compromissorio o sulla base di un patto compromissorio nullo o estinto.

⁽¹¹⁹⁾ Dal che si ricava, a nostro avviso, l'inammissibilità di un accordo col quale le parti escludano l'impugnabilità del lodo per vizio del patto compromissorio, al fine di attribuire esclusivamente all'arbitro il giudizio sulla sussistenza del proprio potere giurisdizionale. Tale accordo è invece ammesso dalla giurisprudenza tedesca (clausola *Kompetenz-Kompetenz*), contro la quale però si esprime una parte della dottrina: vedi BAUR, *Re-*

Dobbiamo solo aggiungere che, quando il processo arbitrale è terminato con la pronuncia del lodo, l'impugnazione di questo nei termini e nei modi di cui agli artt. 828 ss. c.p.c., è l'unica via per sindacare la valida esistenza del patto compromissorio, che in ipotesi lo abbia fondato. In altri e più espliciti termini, ove di fronte al giudice statale, chiamato a decidere sulla stessa causa risolta dall'arbitro o su una causa da questa dipendente, una delle parti dovesse far valere il giudicato arbitrale ⁽¹²⁰⁾, l'altra parte non potrebbe tentare di inibire l'esplicarsi dell'efficacia del lodo lamentando incidentalmente un motivo di nullità, annullabilità o inesistenza del patto compromissorio ⁽¹²¹⁾. Qui, al più, si può pensare che, ai fini di un opportuno coordinamento, proposta la domanda di impugnativa del lodo durante la pendenza di altro processo (statale) in cui questo rileva, tale ultimo processo si possa sospendere applicando analogicamente l'art. 337, 2° comma, c.p.c. ⁽¹²²⁾. Insomma a nostro parere il sistema è ricostruibile secondo linee semplici e radicali: l'interessato, che non utilizzi l'impugnativa per nullità, non potrebbe far valere l'invalidità o addirittura l'inesistenza del patto in altra sede, perché il lodo, stabilizzato, costituisce ormai cosa giudicata. Quindi, fra l'altro, a tal proposito

cbtshängig-Schiedshängig, in *Festschrift für Fasching*, Vienna, 1988, p. 81 ss., in partic. p. 87; SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁽¹²⁰⁾ Nel primo caso per fondare un'eccezione di cosa giudicata, quindi facendo valere l'effetto impediente della sentenza privata, e nel secondo caso per vincolare il giudice statale a quanto l'arbitro ha statuito sulla situazione pregiudiziale, quindi facendo valere l'effetto positivo del giudicato arbitrale.

⁽¹²¹⁾ BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tubinga, 1991, pp. 85-92.

⁽¹²²⁾ Si aggiunga che nel nostro ordinamento il giudice statale chiamato a fornire il lodo dell'*exequatur*, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., non può occuparsi della questione relativa alla valida esistenza di un patto compromissorio. Ciò è ovviamente indiscutibile, ma è interessante rilevare come questo assunto è solo il portato di una scelta del nostro legislatore, che ben avrebbe potuto effettuare scelte diverse. Così, ad esempio, nel sistema tedesco il procedimento per la dichiarazione di esecutività del lodo, dopo una complessa evoluzione storica, ha assunto un duplice scopo: quello di costituire l'azione esecutiva e quello di eliminare la questione dell'eventuale annullabilità del lodo (vedi i §§ 1060, 1062-1065 ZPO). Peraltro si ricorda anche che pure nel nostro ordinamento è previsto un caso in cui si ha un solo procedimento rivolto al citato duplice scopo: si tratta del riconoscimento dei lodi stranieri di cui agli artt. 839-840 c.p.c. (ma in questa materia vedi già in precedenza gli artt. IV e V della Convenzione di New York del 10 giugno 1958).

sembra del tutto criticabile l'idea, pur diffusa in Italia, secondo la quale un lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio sarebbe radicalmente inesistente ⁽¹²³⁾. Invero anche in quest'ultimo caso l'interessato ha l'onere di avvalersi dell'impugnativa per nullità, se vuole svincolarsi dall'altrimenti inevitabile vincolatività del lodo. Ciò, a nostro parere, è ricavabile da tre ordini di considerazioni.

Innanzitutto sembra che l'arbitro che pronuncia senza un patto compromissorio sia più avvicicabile ad un giudice che sentenza senza giurisdizione piuttosto che a un non-giudice, quindi la sua decisione, ancorché viziata, non può certo dirsi inesistente. Questo rilievo discende dal fatto che bisogna tenere ben distinte le due fattispecie che fondano il fenomeno arbitrale: il patto compromissorio, quale contratto con cui le parti scelgono la via arbitrale, e il *receptum arbitri*, quale serie nomina-accettazione dell'arbitro. Su una simile bipartizione nessuno discute ⁽¹²⁴⁾. Ma allora, se è ovvio che la nomina e l'accettazione dell'arbitro presuppongono un patto compromissorio, è altrettanto vero, però, che, come si

⁽¹²³⁾ Così in giurisprudenza cfr. Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 529; Cass., 30 agosto 1995, n. 9162, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 90. Così anche in dottrina FAZZALARI, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 197; TARZIA, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 162; LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 13 ss., in partic. p. 16; PUNZI, *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 29; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., pp. 212-214; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 611-612. Ma vedi in senso contrario VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 642 ss. Nella dottrina tedesca è pacifico che il lodo pronunciato senza patto compromissorio sia da trattare come il lodo pronunciato sulla base di un patto compromissorio viziato o inefficace: cfr., per tutti, SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, p. 251.

⁽¹²⁴⁾ Invece qualche discussione ha suscitato in passato l'inquadramento del rapporto tra le parti e gli arbitri. Secondo una prospettiva puramente giuspubblicistica, sostenuta in tempi meno recenti, l'arbitro sarebbe un incaricato di pubblico servizio, per cui la sua nomina sarebbe anch'essa un atto giuspubblicistico di designazione, al quale, subordinatamente alla successiva accettazione, la legge collegherebbe il potere-dovere giuspubblicistico dell'arbitro di pronunciare il lodo: così GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, Napoli 1911, *passim* e p. 51 ss.; VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Fero it.*, 1932, c. 1061; CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, Padova, 1957, pp. 69-70. Ma questa prospettiva è ormai ampiamente superata e oggi la stragrande maggioranza degli autori vede nel binomio nomina-accettazione il perfezionarsi di un rapporto contrattuale, dal quale emerge l'obbligo appunto contrattuale dell'arbitro di pronunciare il lodo.

è appena rilevato, un arbitro nominato senza patto compromissorio non è un non-giudice, bensì un giudice che pronuncia una sentenza senza giurisdizione, e una tale sentenza non è certo inesistente.

In secondo luogo, riprendendo uno spunto già emerso in precedenza, sembra francamente difficile poter parlare di un lodo inesistente per mancanza di un patto compromissorio quando la legge non tratta certo come inesistente il lodo che pronuncia oltre i limiti del compromesso⁽¹²⁵⁾. In questo secondo caso il lodo, nella parte relativa all'oggetto non contemplato nel patto compromissorio, dovrebbe essere inesistente quanto un lodo che abbia pronunciato senza alcun patto compromissorio!

In terzo luogo notiamo che nel catalogo dei motivi di impugnativa del lodo troviamo anche la carenza di sottoscrizione degli arbitri⁽¹²⁶⁾, vale a dire è trattato come motivo di annullabilità, e non di inesistenza, un vizio che nel processo statale rappresenta l'unica causa codificata di c.d. inesistenza della sentenza⁽¹²⁷⁾. Dal che sembra ancora più difficile poter sostenere l'idea che un lodo pronunciato senza patto compromissorio possa essere inesistente⁽¹²⁸⁾.

Passando ora ad analizzare il caso in cui il processo arbitrale non è ancora stato svolto, è bene distinguere a seconda che il fenomeno arbitrale abbia preso un qualche avvio oppure no.

Partendo da questa seconda situazione, che è certamente la più semplice, si deve rilevare che il problema della sindacabilità da parte del giudice statale della valida esistenza di un patto compromissorio non dipende da un qualche presupposto dogmatico, ma solo dalle scelte del legislatore, il quale può, in astratto, favorire la previa decisione dell'arbitro sul fondamento del suo potere oppure non riconoscere ad esso alcun privilegio. Così il codice processuale francese ha scelto la prima soluzione, affermando che, quando il processo arbitrale non è ancora iniziato, il giudice statale, che si trovi a decidere sull'eccezione di patto compromisso-

⁽¹²⁵⁾ Arg. dagli artt. 817 e 829 n. 4 c.p.c.

⁽¹²⁶⁾ Vedi il combinato disposto dell'art. 829 n. 5 e dell'art. 823 n. 6 c.p.c.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. Part. 161, 2° comma, c.p.c., sul quale cfr. da ultimo Cass., 10 gennaio 2001, n. 260, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2161.

⁽¹²⁸⁾ A nostro parere si può parlare di lodo inesistente, o affetto da nullità veramente assoluta, quando il vizio del patto compromissorio è in realtà vizio diretto anche del lodo, ossia nel caso di un arbitrato celebrato su materia non compromettibile.

rio, può sindacare solo la manifesta nullità di questo⁽¹²⁹⁾, mentre quello tedesco ha scelto la seconda, prevedendo, per un verso, che il giudice statale, che si trovi a decidere sulla sollevata eccezione di patto compromissorio, possa valutare la valida esistenza di tale patto⁽¹³⁰⁾ e, per altro verso, che, almeno prima della costituzione del collegio arbitrale, è possibile anche instaurare un apposito processo di accertamento sulla validità o meno del patto compromissorio⁽¹³¹⁾.

Nella nostra legislazione non vi è alcuna indicazione, per cui, sembrando difficile poter tracciare, in assenza di norme, delle limitazioni alla cognizione del giudice pubblico, finisce per essere inevitabile affermare che nel nostro sistema dobbiamo implicitamente ritenere vigenti i principi esplicitamente enunciati nella ZPO tedesca, che vanno a sostanziare quello che comunemente si chiama sistema delle vie parallele⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ Art. 1458, 2° comma, c.p.c.: «Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle». Sul principio c.d. della *compétence-compétence* vedi, da ultimo, una recente sentenza della Corte di cassazione del 26 giugno 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 529, con nota di GAILLARD.

⁽¹³⁰⁾ Ciò vale persino se si ammette la clausola c.d. *Kompetenz-Kompetenz*, perché con questa si vuole al più evitare un'eventuale impugnativa del lodo di fronte al giudice statale per carenza di un valido patto compromissorio, ma non si vuole imporre, in mancanza di un valido patto compromissorio, l'instaurazione di un processo arbitrale per vedersi pronunciare un lodo di rigetto in rito. Quindi anche la citata clausola non elimina il potere del giudice statale di risolvere la questione in parola quando essa si pone al fine di decidere sull'eccezione di patto compromissorio sollevata nel processo pubblico instaurato sul diritto in riferimento al quale si assume stipulato il (presunto) patto stesso.

⁽¹³¹⁾ § 1032 ZPO: «Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, es sei denn, das Gericht stellt fest, daß die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist./ Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden».

⁽¹³²⁾ Si rileva come nella nostra dottrina, mentre non vi è discussione sulla sindacabilità della valida esistenza di un patto compromissorio quando la questione emerge a seguito dell'eccezione che il convenuto oppone a colui che ha instaurato un processo statale sul rapporto giuridico che avrebbe dovuto formare oggetto del processo arbitrale, vi sia invece contrasto sull'ammissibilità di un'autonoma azione di accertamento che abbia ad oggetto appunto il patto compromissorio: a favore vedi REDENTI, *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino 1959, p. 786 ss., in partic. p. 795 e COLLE-SANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 244 ss., in

La situazione si complica quando il fenomeno arbitrale ha cominciato a muovere i suoi passi.

In tal caso il sistema francese rafforza il privilegio dell'arbitro escludendo qualsiasi sindacato da parte del giudice pubblico, limitandosi a dire che questi deve dichiararsi incompetente a fronte di un'eccezione di patto compromissorio⁽¹³³⁾. E pure in Italia si è sollevata qualche voce per affermare lo stesso principio, ossia l'idea che, una volta costituito il collegio arbitrale, spetti solo a questo valutare la valida esistenza del patto compromissorio, perché solo il collegio arbitrale potrebbe decidere sulla propria *potestas iudicandi*. Un tale assunto è stato fatto proprio dalla C.S. nel caso che il processo arbitrale sia instaurato prima di quello statale⁽¹³⁴⁾ e addirittura qualche autore ha proposto di estenderlo anche al caso in cui il processo arbitrale sia instaurato dopo quello statale⁽¹³⁵⁾.

Ora a noi non sembra che una simile prospettiva, almeno nei citati termini, possa essere accolta nel nostro attuale sistema, per il semplice fatto che essa attribuisce un privilegio all'arbitro che, se è in astratto concepibile, può diventare concretamente prospettabile solo se il legislatore lo prevede. Non si può inibire il potere del giudice statale di conoscere della valida esistenza del patto compromissorio dicendo che, costituito il collegio arbitrale, ormai solo questo, e non anche il giudice pubblico, può

partic. pp. 250-251, 256-257; contro vedi ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., pp. 836-838; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 76; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., p. 527. Ma francamente non si vede cosa potrebbe impedire un'azione del genere, sempre ovviamente che sussista nel caso concreto l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. Invero, anche se il patto compromissorio ha essenzialmente un effetto processuale, non si può obiettare che una simile azione avrebbe in realtà ad oggetto una questione processuale, perché, al contrario, essa ha comunque ad oggetto l'esistenza o meno di un contratto tra le parti e non una questione di rito relativa ad un altro ipotetico processo sul rapporto sostanziale a cui si riferiva il patto compromissorio messo in discussione.

⁽¹³³⁾ Art. 1458, 1° comma, c.p.c.: «Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente».

⁽¹³⁴⁾ Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 325 e in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2842. Il principio trova conferma in Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, *ivi*, p. 515, la quale, però, considera rilevante il momento della domanda arbitrale. Tuttavia vedi, più recentemente, *contra* Cass., 30 agosto 2000, n. 11404, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2185, con nota di VITALE.

⁽¹³⁵⁾ VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 329 ss.

decidere sulla sua *potestas iudicandi*, perché a fronte di un'eccezione di patto compromissorio anche il giudice pubblico deve decidere sulla sua *potestas iudicandi*. Quindi in mancanza di norme diverse, non si vede come si potrebbe attribuire prevalenza alla cognizione arbitrale⁽¹³⁶⁾.

Piuttosto c'è da aggiungere che ad un risultato analogo, ancorché non identico, a quello perseguito dall'opinione da ultimo emersa potrebbe pervenirsi se si ammettesse che nei rapporti tra l'arbitro e il giudice statale non giochi solo l'eccezione di patto compromissorio, ma anche quella di litispendenza⁽¹³⁷⁾. Invero a noi questo sembra possibile semplicemente in virtù di tutto quello che abbiamo detto sull'arbitrato rituale e sui suoi rapporti con il giudice statale. Infatti, se quello non è altro che l'espressione di un'autonoma giurisdizione (privata) e se, quindi, il suo frutto, il giudicato arbitrale, ha, su un processo statale avente lo stesso oggetto, lo stesso effetto impediente che avrebbe un giudicato statale, non si vede perché non si dovrebbe collegare alla domanda arbitrale lo stesso effetto impediente che si produce con la domanda nel processo pubblico. Insomma, nessuno dubita del fatto che l'eccezione di litispendenza è una sorta di eccezione di cosa giudicata anticipata, avendo i due istituti, la litispendenza e il giudicato sostanziale, lo stesso scopo di evitare conflitti (pratici) tra giudicati. E allora non si capisce proprio perché dal 'mondo' dell'arbitrato possa prodursi l'eccezione di cosa giudicata, ma non anche l'eccezione di litispendenza⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ Anzi, in mancanza di indicazioni normative, semmai la prevalenza dovrebbe andare al giudice statale, visto che comunque poi starà a lui eventualmente occuparsi della stessa questione in sede di impugnativa del lodo. Ed infatti era questa la scelta della giurisprudenza francese prima della riforma del 1980, che ha introdotto il principio della *compétence-compétence* dell'arbitro di cui al citato art. 1458, 1° comma, c.p.c.: sul punto vedi LUISSO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 518 ss., in partic. pp. 521-522.

⁽¹³⁷⁾ In senso contrario si esprime la maggioranza della nostra dottrina, per la quale vedi, fra gli altri, FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 43; LUISSO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., pp. 522-523; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario* cit., p. 666 ss. Vedi poi da ultimo, anche per ulteriori citazioni, RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giurisdizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 500 ss. In senso contrario per la giurisprudenza cfr. Cass., 30 agosto 2000, n. 1104, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2185.

⁽¹³⁸⁾ Vedi, se vuoi, maggiori approfondimenti nel nostro *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 506 ss.

Se questo ragionamento dovesse convincere, si potrebbe introdurre anche nella nostra esperienza una sorta di *compétence-compétence* sul modello francese, che porterebbe ad un privilegio limitato per l'arbitro in caso di previa pendenza del processo arbitrale. Infatti, non potremmo applicare all'eccezione di litispendenza arbitrale il regime dell'art. 39, 1° comma, c.p.c., che prevede la chiusura del processo instaurato per secondo sul semplice rilievo della pendenza di altro processo preventivamente instaurato sullo stesso oggetto, per il semplice fatto che l'arbitro non è un giudice dello Stato. Per cui all'eccezione di litispendenza arbitrale di fronte al giudice pubblico potrebbe essere solo applicato, in via analogica, l'art. 7 della l. 218/1995, che disciplina il caso in cui di fronte al giudice italiano penda un processo su un oggetto per il quale è già stato incardinato un altro processo di fronte ad un'altra giurisdizione⁽¹³⁹⁾. Ma, se così si facesse, si avrebbe una duplice conseguenza: per un verso il processo statale instaurato dopo quello arbitrale non verrebbe chiuso in rito, ma semplicemente sospeso e, per altro verso, il giudice statale, prima di provvedere in tal senso, dovrebbe in buona sostanza limitarsi ad una valutazione sommaria della valida esistenza del patto compromissorio. Infatti, in

⁽¹³⁹⁾ Nello scritto citato nella nota precedente noi avevamo cercato di sostenere l'operatività dell'eccezione di litispendenza sia nel processo statale sia in quello privato. Senza voler tornare qui sul punto, si rileva che il discorso svolto nel testo può mantenere la sua validità anche se si volesse negare la spendibilità dell'eccezione di litispendenza nel processo arbitrale per la previa pendenza del processo pubblico. Invero, si potrebbe anche sostenere che l'art. 7 l. 218/1995, se è sicuramente norma di attività che si rivolge al giudice statale, non necessariamente deve vincolare il giudice privato. E ancora si potrebbe rilevare come, se, in astratto, sembra del tutto logico che là dove opera l'eccezione di cosa giudicata (ossia il riconoscimento del giudicato) debba operare anche quello strumento preventivo che è l'eccezione di litispendenza, tuttavia in concreto il legislatore può legittimamente fare scelte diverse, ossia disporre che un giudice debba riconoscere la sentenza pronunciata da altro giudice, senza però che la semplice pendenza del processo, prima del giudicato, espliciti un effetto impediente di per sé. Insomma non è assurdo che l'ordinamento, per un verso, preveda il riconoscimento del giudicato in altro processo, ove esso giunga, e, per altro verso, non disponga l'operatività di mezzi preventivi, quale, ad esempio, appunto, l'eccezione di litispendenza. Così, guardando al nostro caso, non vi sarebbe nulla di strano se si riconoscesse che l'arbitro, pur dovendo rispettare il giudicato statale, una volta sopraggiunto, non debba tuttavia arrestare la sua attività per la sola (previa) pendenza del processo statale, proprio perché non vi è alcuna norma che esplicitamente lo indirizzi in questa direzione, essendo, si ripete, l'art. 7 l. 218/1995 essenzialmente rivolto al giudice pubblico e non anche (non necessariamente) al giudice privato.

base all'art. 7 citato il giudice italiano adito per secondo, prima di sospendere il processo, deve non solo constatare la previa pendenza di altro processo sullo stesso oggetto, ma anche compiere una prognosi di riconoscibilità dell'emananda sentenza. Ora, se questa prognosi nel sistema della l. 218/1995 comporta essenzialmente il compimento di una valutazione preventiva del requisito di cui all'art. 64 let. a) della stessa legge⁽¹⁴⁰⁾, nei rapporti tra arbitro e giudice statale essa significherebbe che al giudice statale, successivamente adito, sarebbe data solo la possibilità di compiere una valutazione sommaria sul potere giurisdizionale dell'arbitro, ossia una valutazione sommaria sulla valida esistenza del patto compromissorio⁽¹⁴¹⁾.

In conclusione, non si può escludere che prima o poi il giudice statale possa occuparsi della questione attinente all'esistenza di un valido fondamento della giustizia privata, ma, se certo non si potrebbe eliminare l'eventualità di un simile sindacato quando il fenomeno arbitrale è ormai compiuto, è del tutto possibile, e probabilmente opportuno, che il legislatore tracci dei limiti all'intromissione del giudice pubblico prima che l'arbitro abbia avuto l'opportunità di pronunciarsi.

⁽¹⁴⁰⁾ Secondo il quale la sentenza straniera è riconosciuta in Italia quando «il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano».

⁽¹⁴¹⁾ Accettando il quadro appena delineato il privilegio per la decisione dell'arbitro quando questo è già costituito sarebbe sancito in termini più morbidi rispetto a quanto avviene nel sistema francese, ove il giudice statale nel caso che stiamo immaginando non ha alcun potere di valutare la valida esistenza del patto compromissorio. Questa rigidità ha portato qualcuno a sollevare dubbi di legittimità costituzionale a fronte di un sistema in cui si imponesse al giudice pubblico di sospendere il processo anche nell'ipotesi in cui sussistano rilevanti dubbi sulla competenza dell'arbitro (SONNAUER, *op. cit.*, p. 106). In fondo sono gli stessi dubbi di compatibilità con l'art. 24, 1° comma, cost. che hanno portato Cass., 30 agosto 2000 n. 11404, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2185, a negare, per un verso, la spendibilità dell'eccezione di litispendenza arbitrale nel processo statale successivamente instaurato e, per altro verso, ogni possibile limitazione per il giudice statale di decidere sulla valida esistenza di un patto compromissorio). Ma, se si accetta la prospettiva da noi proposta, dubbi del genere non possono generarsi perché il giudice statale non dovrebbe accogliere l'eccezione di litispendenza arbitrale ove l'oggetto del processo statale sia chiaramente non compreso nel patto compromissorio o questo sia chiaramente invalido.

BEATRICE CAIROLI

BREVI RIFLESSIONI
SULLA PREVENZIONE DELL'ABORTO
NELL'ART. 5 DELLA L. 22 MAGGIO 1978, N. 194

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975. — 3. Il colloquio: cenni generali. — 4. I soggetti: i consultori e le strutture socio-sanitarie. — 5. Il medico di fiducia. — 6. Il contenuto del colloquio. — 7. Considerazioni conclusive.

1. — L'art. 1 della l. 22 maggio 1978, n. 194, intitolata «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza» si apre con una solenne affermazione: «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

Partendo da questo dato, la presente riflessione si propone il fine di esaminare la disciplina del colloquio di cui all'art. 5 della l. 194 il quale, avendo negli intenti dichiarati dal legislatore funzione informativa, dissuasiva e preventiva dell'aborto, dovrebbe rappresentare uno strumento di tutela sia della maternità che della vita umana nella fase del suo sorgere. In particolare, si cercherà di verificare se l'incontro di cui all'art. 5 assolve realmente a tale funzione o se piuttosto lo stesso, sia per come è regolamentato sia per come viene condotto nella prassi dei consultori, è inadeguato rispetto al raggiungimento del fine indicato.

Gli studi condotti in materia, peraltro sporadici, hanno lasciato aperti molti problemi, soprattutto relativi alla coerenza dell'art. 5 con le solenni dichiarazioni di apertura della l. 194 e con le indicazioni contenute nella famosa sentenza della Corte Costituzionale del 1975 cui il legislatore si sarebbe dovuto ispirare, al punto che, attualmente, l'incontro che precede l'eventuale rilascio del documento o del certificato per l'intervento rappresenta di fatto un mero lasciapassare all'aborto.

Partendo quindi dall'esame del citato art. 5, alla luce dei principi af-

fermati nella sopra citata pronuncia del giudice delle leggi, si procederà alla verifica di possibili linee evolutive, e ciò secondo una duplice direttrice.

In primo luogo, in una prospettiva *de iure condito*, si tenterà di dimostrare che un recupero del ruolo del colloquio rappresenta una strada utilmente percorribile al fine di colmare le discrasie evidenziate.

In secondo luogo, questa volta in un'ottica *de iure condendo*, si prenderanno in considerazione alcune possibili modifiche della normativa vigente al fine di adeguarla allo spirito che la informa, e ciò alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento, tra i quali il rispetto e la promozione del valore della persona costituiscono punto di partenza e di arrivo della riflessione, nonché la chiave di lettura dei profili esaminati.

2. — La sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975 della Corte Costituzionale ⁽¹⁾ merita un approfondimento particolare proprio per il fatto che ha enunciato i principi ed i criteri che hanno guidato il legislatore nella elaborazione della l. 194 e che, per quello che interessa ai fini del presente lavoro, avrebbero dovuto ispirarlo nella predisposizione degli opportuni strumenti di prevenzione e di controllo, al fine di assicurare che la pratica dell'aborto riguardasse solo casi in cui effettivamente ricorrono esigenze terapeutiche gravi e non altrimenti risolvibili per la madre.

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia in esame riguarda la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano ⁽²⁾ in riferimento all'art. 546 c.p., che puniva l'aborto di donna consenziente, nella parte in cui non prevedeva la liceità del medesimo nel caso in cui la prosecuzione della gravidanza avesse comportato un danno, o un pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre.

Nell'occasione la Corte ha espressamente affermato che la tutela del concepito ha rilevanza costituzionale, ed a questo proposito ha fatto riferimento agli artt. 2 e 31 Cost.: sotto il primo profilo ha osservato che tra i diritti inviolabili dell'uomo vanno collocati anche quelli del concepito, pur con le peculiarità del caso; sotto il secondo aspetto ha rilevato che il

⁽¹⁾ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515.

⁽²⁾ Trib. Milano, 2 ottobre 1972, in *Le leggi*, 1972, commentata da BOGNETTI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 43.

secondo comma dell'art. 31 Cost. tutela espressamente la maternità. Movendo da questo assunto, i giudici hanno tuttavia chiarito che tali situazioni possono venire in conflitto con altre, ugualmente coperte da garanzia costituzionale, con la conseguenza che è necessario operare un bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco.

Ciò premesso, la sentenza, vero e proprio *leading case*, conclude affermando che nel caso di contrasto tra la tutela del concepito e della salute della madre (art. 32 Cost.) la prevalenza va accordata a quest'ultima, in quanto «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

La pronuncia, che per ben tre volte sottolinea la particolarità della situazione sottoposta al suo esame, si chiude con l'invito al legislatore di predisporre le misure necessarie «per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre [...], e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

La dottrina non ha esitato ad evidenziare le contraddizioni insite nella decisione della Corte Costituzionale, dovute soprattutto alla contemporanea affermazione della tutela della vita del concepito e dell'affievolimento di tale protezione di fronte ad un interesse di rango inferiore, quello alla salute, della madre ⁽³⁾.

⁽³⁾ Per tutti, D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 539; BISCONTINI, *Interruzione della gravidanza e tutela della maternità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 7 s., (ora anche in BISCONTINI, FAVALE, RUGGERI, *Interruzione volontaria della gravidanza e procreazione assistita*, Camerino, 2001, p. 13 ss.) il quale ben specifica che «il valore della vita è unitario», con la conseguenza che il riconoscimento del diritto alla vita del nascituro mal si concilia con l'affermazione secondo cui esso debba soccombere di fronte al diritto alla vita, o addirittura alla salute, della madre. La giurisprudenza, dal canto suo, ha ripetutamente sottolineato che l'aborto è un mezzo per tutelare la salute della gestante e non un'espressione del diritto di autodeterminarsi: Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno resp.*, 1999, p. 766; Cass., 10 dicembre 1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, c. 77; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1107.

Per completezza si aggiunge che altra parte della dottrina ha tentato di ancorare la tutela del concepito all'art. 32 Cost., ritenendo in questo senso che tale norma, riferendosi agli individui, possa applicarsi anche all'embrione, il quale, pur non essendo perso-

Queste posizioni si pongono chiaramente in opposizione alle teorie, anche recenti, di quanti ritengono ammissibile il ricorso all'intervento di interruzione della gravidanza tutte le volte in cui la stessa non corrisponde ad una scelta consapevole di procreare, in ossequio al principio dell'autodeterminazione. In questo senso si sottolinea che l'aborto è una questione che interessa solo la donna, unica a dover prestare il relativo consenso ai sensi degli artt. 2, 13, 32 Cost., con la conseguenza che l'interruzione volontaria della gravidanza non costituisce un mezzo per tutelare la salute della gestante ma un diritto dell'individuo, tappa fondamentale verso una maggiore indipendenza della donna, anche nella prospettiva di una sua affrancazione dalla potestà maritale, nel rispetto dei principi di cui all'art. 29 Cost.⁽⁴⁾

Tralasciando comunque in questa sede un approfondimento di tali considerazioni generali, l'aspetto sul quale interessa focalizzare l'attenzione è quello relativo all'esplicito invito fatto al legislatore di predisporre le cautele necessarie a far sì che l'ampliamento delle ipotesi di liceità dell'aborto, oltre i limiti di cui all'art. 54 c.p., riguardi i soli casi di grave danno o pericolo per la salute della donna accertato medicalmente.

Come è stata recepita questa indicazione nella l. 194?

In realtà, nonostante le affermazioni di cui principalmente agli artt. 1 e 4, la legge, di fatto, col meccanismo dell'art. 5, ha vanificato questa indicazione.

Quest'ultima norma prevede infatti che il documento che autorizza l'aborto venga rilasciato «di fronte alla richiesta della donna [...] sulla base delle circostanze di cui all'art. 4», il che significa, se le parole hanno un senso, che il rilascio del documento stesso non è subordinato all'accertamento di quelle condizioni da parte di un medico, ma alla loro semplice allegazione da parte della gestante. Tale assunto è confermato dal fatto che nel documento di cui all'art. 5 il medico deve limitarsi ad indicare lo stato di gravidanza e la sua epoca, con esclusione di ogni riferimento allo stato di salute della madre, elemento questo che finisce nella pratica per liberalizzare l'aborto eseguito nei primi novanta giorni di gestazione, in

na, comunque è individuo (così BUSNELLI, *Commentario alla l. 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 1601).

⁽⁴⁾ FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, 1999, p. 117 ss.

palese contrasto con le indicazioni di cui alla sentenza della Corte Costituzionale⁽⁵⁾.

Quanto precede rende evidente che una valorizzazione del ruolo e del meccanismo del colloquio, delle informazioni che il medico può fornire, nonché degli accertamenti sanitari che vanno prescritti (comprensivi, come si vedrà, anche di eventuali consulenze psicologiche) può contribuire al recupero dello spirito della sentenza esaminata, le cui indicazioni, almeno per quanto riguarda l'aspetto richiamato, sono state indubbiamente tradite dalla legge in esame.

3. — Il colloquio di cui all'art. 5 rappresenta uno degli aspetti più caratteristici della legge 194, ed è uno dei tanti elementi (si pensi al periodo di riflessione di sette giorni, alla possibilità per gli operatori sanitari di sollevare obiezione di coscienza) che connotano l'intervento *de quo* in termini del tutto singolari.

La previsione di un incontro avente, come si vedrà, la principale funzione di aiutare la donna che intende abortire a superare le cause che la inducono a questa scelta testimonia una precisa scelta politica; mentre infatti in altri ordinamenti, come in quello statunitense, l'aborto è una situazione strettamente personale, il legislatore italiano, con la previsione del colloquio di cui all'art. 5, ha sottolineato con forza che il problema dell'aborto, la tutela ed il sostegno della maternità sono situazioni che coinvolgono ed interessano l'intera collettività, elementi questi per cui esse non vanno gestite a livello individuale, ma è opportuna una problematizzazione a livello sociale in un'ottica di condivisione⁽⁶⁾.

In questa linea si colloca la scelta dei soggetti cui affidare la gestione del colloquio.

L'art. 4 prevede al proposito tre possibilità, potendo l'interessata, alternativamente, rivolgersi o ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'art. 2, lett. a), l. 29.7.1975 n. 405; o ad una struttura socio-sanitaria

⁽⁵⁾ CASINI-CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, *Sub art. 5, passim*; BISCANTINI, *op. cit.*, 9 s. Per una disamina anche di orientamenti opposti, v. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992, p. 145 ss., ove ampi riferimenti.

⁽⁶⁾ CASINI, *op. cit.*, p. 100, ove si sottolinea che l'intento di conferire al problema una rilevanza sociale è testimoniato dalla sostituzione della sanzione penale con l'adozione di misure di carattere sociale.

abilitata dalla Regione; o ad un medico di fiducia.

4. — I compiti dei consultori (o delle strutture socio-sanitarie) riguardo alle procedure preliminari all'interruzione di gravidanza risultano dal combinato disposto della l. 405/75, dell'art. 2 e del 1° comma dell'art. 5 della l. 194.

Quest'ultimo sancisce che tali strutture, oltre a dover garantire gli accertamenti medici necessari, devono «in ogni caso» esaminare con la gestante ed eventualmente con il padre del concepito le possibili soluzioni dei problemi proposti, aiutando la donna a superare le cause che determinano la richiesta, devono metterla in condizione di far valere i suoi diritti di madre e di lavoratrice, ed infine devono promuovere ogni misura idonea a sostenerla, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza che dopo il parto.

Queste indicazioni vanno integrate, come già detto, con le previsioni della l. 405/75, la quale individua le funzioni dei consultori nell'assistenza alla famiglia ed alla maternità nelle forme del sostegno psicologico e sociale, nella somministrazione dei mezzi necessari per una procreazione responsabile, nella tutela della salute della donna e del concepito, nella divulgazione di informazioni per promuovere o prevenire la gravidanza (art. 1) ⁽⁷⁾; a queste attività l'art. 2 della l. 194 aggiunge quelle di assistenza alla donna già gravida, individuando veri e propri doveri, ulteriori rispetto a quelli della l. 405. Analizzando le lett. a) e b) del citato art. 2, si nota che il primo dovere è quello di informazione (circa il diritto del lavoro, si veda la l. 30 dicembre 1971, n. 1204), anche se non ne sono specificate le modalità, vale a dire se essa debba essere fornita per iscritto o oralmente, in maniera generica o personalizzata.

La lettera c) prevede poi interventi ulteriori, integrativi di quelli di cui alla lett. a) in caso di loro insufficienza, realizzabili anche in via indi-

⁽⁷⁾ È da notare che l'art. 1 della l. 405 fa riferimento anche all'uomo; se quindi si ritenesse l'art. 2 della l. 194 un'integrazione dell'art. 1 della l. 405, si potrebbe evidenziare un contrasto tra le due previsioni, ed ipotizzare che l'attività informativa debba riguardare la coppia; in realtà la tesi, per quanto suggestiva, non sembra accoglibile in quanto la l. 194 espressamente subordina la partecipazione del padre del concepito alle procedure preliminari al consenso della madre, e, siccome trattasi di norma successiva e per di più speciale, prevale sull'altra.

retta tramite enti locali competenti o strutture sociali operanti sul territorio.

Dalle indicazioni legislative si evince chiaramente che l'attività svolta dai consultori di assistenza sanitaria e sociale alla maternità consta di due fasi, la prima necessaria, la seconda solo eventuale: da un lato, infatti, essi svolgono attività di carattere informativo e dissuasivo; dall'altro, se ricorrono certe condizioni, sono tenuti al rilascio del titolo (documento o certificato) che autorizza l'intervento.

Per quanto concerne il primo aspetto, è chiaro che una significativa opera dissuasiva presuppone una completa ed esaustiva attività informativa: solamente infatti da quella valutazione «faccia a faccia» della situazione e dalla prospettazione di concrete, possibili soluzioni alternative all'aborto (soluzioni di cui spesso la gestante ignora l'esistenza) può emergere una inaspettata via d'uscita al problema, e la conseguente rinuncia al proposito abortivo. Il colloquio rappresenta quindi una fase essenziale in quanto è l'unico momento in cui la gestante esplicita le motivazioni che la inducono ad abortire, le verbalizza, ne prende coscienza, se ne assume la responsabilità. È possibile che in tale sede vengano sfatati dubbi inconsistenti, come ad esempio la presunta sussistenza di malformazioni del feto per l'avvenuta assunzione di farmaci in realtà innocui, o l'incidenza di patologie della gestante sul corso della gravidanza ⁽⁸⁾. A questo proposito, a parte rare ipotesi, un esame delle dichiarazioni fornite dalle dirette interessate evidenzia che nella stragrande maggioranza dei casi le richieste di aborto sono, nei fatti, motivate dal timore di affrontare una situazione difficile per motivi di carattere economico o sociale ⁽⁹⁾.

Sono al riguardo interessanti le osservazioni di un filosofo portoghese il quale, proprio a proposito dell'IVG, ha parlato di un panico cieco e generalizzato, che genera una disperazione tale da far perdere il senso della atrocità di certi gesti: i mezzi di comunicazione parlano di «ango-sce, orrori pericoli, minacce [...]». Se fossimo minacciati da uno o più pericoli potremmo vivere nella paura; ma il pericolo è generale, universale; pervade tutto [...]. Incarniamo una cultura di morte perché non scorgiamo motivi di speranza. Per uscire dal panico bisogna ritrovare la spe-

⁽⁸⁾ CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 90.

⁽⁹⁾ Elementi tratti da una raccolta di testimonianze; cfr. AA.VV., ... *ma questo è un figlio*, Milano, 1999, *passim*.

ranza»⁽¹⁰⁾. Si tratta di un punto centrale, importantissimo, in quanto risulta che la gran parte delle donne che richiedono di interrompere la gravidanza lo fa proprio perché si trova improvvisamente innanzi ad un problema inatteso in totale solitudine, senza nessun appoggio, né materiale, né morale, da parte del padre del concepito e del contesto in cui vivono (familiari, amici, colleghi ...); questa situazione di panico, che fa apparire insormontabili le difficoltà del momento, è di solito l'elemento che permette di superare nell'immediato qualunque remora all'aborto; ne deriva che a volte una corretta informazione, soprattutto sulle soluzioni alternative, nonché un opportuno coinvolgimento del partner, al momento totalmente deresponsabilizzato dalla l. 194, spesso potrebbero far superare i motivi profondi su cui si basa la richiesta ed evitare un intervento, questo sì, rischioso sia per la salute fisica che psichica della donna.

Da quanto precede si potrebbe essere indotti a ritenere che il nostro legislatore abbia valorizzato il ruolo del colloquio in massima misura. Al contrario, l'analisi della disciplina in materia dimostra che essa è del tutto inadeguata ad assolvere al compito cui dovrebbe far fronte, ed un primo aspetto problematico è rappresentato dalla mancanza della necessaria preparazione nei soggetti deputati a sostenerlo.

In questo senso, poiché la stessa legge prevede che il serio pericolo per la salute può essere determinato dalle cause più varie, e poiché il compito principale del consultorio è quello di far superare queste difficoltà, è evidente che dovrebbe partecipare al colloquio chi ha una preparazione specifica, idonea alla individuazione delle possibili soluzioni al problema che viene presentato nel caso concreto. Ora, se probabilmente un medico specializzato in ginecologia ed ostetricia è in grado di informare correttamente la gestante in relazione ai rischi conseguenti all'intervento abortivo ed alle soluzioni alternative all'aborto quando il motivo alla base della richiesta riguarda problemi di salute fisica, il medesimo non sarà probabilmente ugualmente capace di svolgere con efficacia i compiti informativi e dissuasivi previsti dalla legge quando le difficoltà addotte dall'interessata concernono problemi di ordine psicologico⁽¹¹⁾ o di carattere eco-

⁽¹⁰⁾ HUGO DE AZEVEDO, *Il panico abortista*, in *Studi Cattolici*, 1992, n. 381, p. 745 ss.

⁽¹¹⁾ Il problema della competenza dei soggetti deputati al colloquio è particolarmente evidente quando la richiesta di abortire si fonda sul pericolo di un danno per la salute

nomico e sociale i quali ultimi, si ribadisce, sono quelli più frequentemente allegati.

Così, l'aver affidato *esclusivamente* al personale sanitario il compito di gestire il colloquio ha avuto come necessaria conseguenza lo svilimento della sua funzione informativa e dissuasiva in quanto l'ampia varietà qualitativa dei problemi che possono essere evidenziati dalla richiedente evidentemente supera le competenze di un laureato in medicina.

Chiarito il problema in questi termini, una soluzione possibile e di facile realizzazione potrebbe essere quella di prevedere che all'incontro partecipino non un solo medico ma un collegio di professionisti, tra i quali deve figurare almeno un ginecologo, uno psicologo, un legale, un assistente sociale, vale a dire figure professionali la cui diversificata preparazione consente di dare risposte esaurienti a tutti i problemi che, ai sensi dell'art. 4 della l. 194, rilevano ai fini dell'insorgenza di quel rischio per la salute che autorizza il ricorso all'aborto. In alternativa, si potrebbe pensare all'ipotesi di un primo incontro, generico, strumentale all'individuazione dell'ostacolo alla prosecuzione della gravidanza, seguito da un secondo incontro, con lo specialista della materia, avente il fine specifico di far superare la situazione che rende difficile portare a termine la gestazione.

5. — In alternativa al consultorio, la gestante che intenda abortire può anche rivolgersi ad un «medico di fiducia».

Un attento esame della normativa mostra che la scelta del soggetto con cui sostenere il colloquio non è indifferente, in quanto la natura del colloquio si modifica a seconda del soggetto di fronte al quale si svolge.

psichica, essendo complesso anche per uno specialista effettuare non solo una diagnosi sulle attuali condizioni di salute mentale, ma anche una prognosi sull'eventuale incidenza della gravidanza sulle future condizioni mentali di una donna che spesso, all'atto della richiesta, non presenta specifici problemi psichici. In questa particolare ipotesi, la previsione di più incontri, al limite nell'arco dei sette giorni di riflessione, si potrebbe rivelare estremamente utile. Va comunque sottolineato che, qualunque sia la motivazione addotta dalla gestante, comunque il medico che partecipa all'incontro dovrebbe avere una formazione al «rapporto interpersonale» nonché un'idoneità allo stesso che non viene né fornita nel corso degli studi universitari né verificata successivamente agli stessi: cfr. BENCIOLINI, *Sul valore formale e sostanziale dell'«incontro» previsto dalle procedure di cui all'art. 5 legge n. 194 del 22 maggio 1978*, nota a Pret. Città di Castello, 12 dicembre 1981, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 724.

In tal senso si evidenzia infatti che l'incontro con il consultorio si configura con funzione essenzialmente propositiva e promozionale; questa funzione è ben sottolineata dall'ampia dizione dell'art. 5, il cui primo comma stabilisce che i consultori devono esaminare con l'interessata le possibili soluzioni dei problemi adottati a fondamento della richiesta aiutandola a superarli e, comunque, devono «promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»: partendo quindi da elementi più specifici e concludendo con una formula così generale, è chiaro che il legislatore ha voluto lasciare ai consultori un'amplessissima libertà d'azione, conferendo loro ogni facoltà che sia idonea ad evitare l'aborto.

Viceversa, la norma accorda al medico una funzione prettamente valutativa ed informativa⁽¹²⁾; egli infatti è tenuto ad effettuare gli «accertamenti sanitari necessari», a valutare le circostanze poste a fondamento della richiesta ed informa la gestante «sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e sulle strutture socio-sanitarie».

Un primo interrogativo a questo proposito riguarda il contenuto e l'ampiezza dell'informazione fornita dal medico. In realtà la *ratio* della disciplina in esame, ben esemplificata dall'art. 1, richiederebbe un'informazione particolarmente accurata, non solo quindi relativa all'esistenza delle strutture di cui parla l'art. 5 ma relativa pure al loro funzionamento, alle concrete opportunità di fruire di sussidi, materiali e psicologici.

A questo proposito, per il medico di fiducia che non sia inserito in una struttura socio-assistenziale valgono le stesse considerazioni fatte riguardo ai medici del consultorio, non avendo lo stesso cognizione di tutte le opportunità che si offrono: se a fondamento della richiesta sono poste difficoltà di ordine sociale ed economico, ad esempio, sarebbe necessaria la consulenza di un legale, il quale possiede una specifica conoscenza della normativa speciale e generale in materia di lavoro, assistenza, rapporti familiari e personali, emigrazione, locazione⁽¹³⁾.

Va poi sottolineato che, anche in ordine alla funzione accertativo-certificativa, non ogni medico ha specifiche competenze in ordine alla

⁽¹²⁾ CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 89.

⁽¹³⁾ CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 98.

verifica dell'età gestazionale, all'incidenza della gravidanza sulla salute psichica della donna, ...: si tratta di elementi che, ad esempio, un medico generico difficilmente sarà in grado di valutare correttamente⁽¹⁴⁾, e ciò tanto più nelle ipotesi in cui la richiesta di abortire si basi su una presunta compromissione della salute psichica derivante dalla prosecuzione della gravidanza⁽¹⁵⁾.

Va infine evidenziato un altro profilo: il medico di fiducia non è sottoposto ad alcun controllo, né sanzione, per il caso di incompleta o inesatta informazione; semmai, si potrebbe ipotizzare una responsabilità a sensi dell'art. 19 della legge, per aver cagionato un aborto senza l'osservanza delle modalità di cui, tra l'altro, all'art. 5, anche se comunque la norma potrebbe operare solo se colui che partecipa al colloquio sia colui che effettua concretamente l'intervento chirurgico, visto che essa si applica solamente a colui che «cagiona» l'aborto⁽¹⁶⁾.

Come ovviare agli inconvenienti descritti?

Un possibile intervento minimale potrebbe consistere, sull'esempio del modello francese, nell'obbligare i medici a consegnare alle richiedenti opuscoli illustrativi redatti dagli enti locali con la collaborazione di associazioni di volontariato⁽¹⁷⁾. Essi dovrebbero contenere informazioni sia in ordine alle caratteristiche, anche tecniche, dell'intervento, ai rischi, fisici e psichici che comporta e, soprattutto, una capillare indicazione, maga-

⁽¹⁴⁾ A questo proposito la dottrina ha sollevato dubbi di legittimità in relazione all'art. 5 laddove non impone che gli accertamenti del caso, come quello relativo all'età gestazionale, vengano effettuati da uno specialista (CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 121). V. anche LEONE, *La prevenzione dell'aborto volontario*, Palermo, 1984, p. 74.

⁽¹⁵⁾ Si noti che il riferimento alla salute psichica avrebbe dovuto limitare il ricorso all'aborto, in quanto, mentre esiste una cospicua letteratura in materia di sindrome post-abortiva (basti pensare che solo negli USA esistono ben due riviste specializzate che se ne occupano), non esiste nessuna denuncia di danni alla salute psichica derivanti dalla prosecuzione della gravidanza.

⁽¹⁶⁾ PADOVANI, *Commentario alla l. 22 maggio 1978 n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 1706, afferma che la responsabilità non è limitata a chi pratica l'intervento, ma riguarda tutti coloro che, in difformità dalla legge, abbiano agevolato o reso possibile l'intervento, configurandosi una ipotesi di concorso. Sul punto v. anche BISCONTINI, *op. cit.*, p. 11.

⁽¹⁷⁾ È quanto accade in Francia, ove il medico deve fornire un dossier-guida non solo relativo ad aspetti medici, comprendenti modalità e rischi dell'intervento, ma concernente anche informazioni sulle concrete possibilità di sussidi e di far adottare il nascituro (CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 98).

ri classificata per aree problematiche, delle concrete possibilità di aiuto cui l'interessata potrebbe far ricorso, con riferimento sia a strutture istituzionali che ad organismi di volontariato. Sarebbe particolarmente utile poi che questo materiale informativo comprendesse pure informazioni relative allo sviluppo del feto. Si ritiene a questo proposito che la forma privilegiata sia quella della documentazione fotografica o filmata, in quanto l'immagine impedisce ogni mediazione svolta dalle parole di chi è preposto all'incontro, ed inoltre facilita la comprensione da parte di ogni donna.

Un intervento ben più significativo consisterebbe invece, come d'altronde era emerso già nei lavori preparatori, nel modificare la legge limitando le categorie dei soggetti che possono prendere parte al colloquio, e ciò proprio a garanzia della completezza ed esattezza dell'informazione.

6. — Affrontata la questione dal punto di vista dei soggetti, è ora importante analizzarla dal punto di vista del contenuto del colloquio; si tratta cioè di stabilire, specificando le generiche indicazioni contenute nell'art. 5, quali informazioni debbano essere fornite alla richiedente. Queste ultime possono essere esaminate sia in una prospettiva statica, con riferimento tanto allo stato attuale della donna e del concepito, quanto alle possibili ripercussioni dell'intervento sul suo stato di salute, sia in una prospettiva dinamica, con riguardo alle misure concretamente adottabili per fronteggiare la situazione di difficoltà ed evitare l'aborto.

Per quanto concerne questo secondo aspetto è interessante rilevare che in Germania, ad esempio, la legge stabilisce che i consultori siano concretamente impegnati in compiti come la ricerca di una casa e di un lavoro per la gestante. In Italia invece, a quello che risulta, nessuna ASL ha elaborato un protocollo contenente previsioni circa una metodologia d'approccio alle donne con problemi relativi alla maternità⁽¹⁸⁾, con la pratica conseguenza che l'opera dissuasiva e propositiva di possibili soluzioni è rimessa esclusivamente alla competenza ed alla ... buona volontà del personale deputato al colloquio.

Con riguardo invece al primo profilo segnalato, esso attiene più strettamente al problema della completezza e precisione dei dati sottopo-

⁽¹⁸⁾ Rileva l'insufficienza dell'attività svolta dai consultori EUSEBI, *La legge sull'aborto: problemi e prospettive*, in *Institia*, 1996, p. 264 ss.

sti alla paziente affinché possa prestare un consenso realmente informato e quindi consapevole all'intervento. La produzione giurisprudenziale in tema di consenso informato al trattamento sanitario presenta delle linee costanti, nel senso che l'informazione che precede il consenso deve rendere il paziente edotto del tipo di intervento, di eventuali alternative terapeutiche, dei rischi che si accompagnano tanto all'effettuazione che al rinvio dell'attività curativa.

Applicando questi principi alla nostra materia, è evidente che l'informazione deve essere particolarmente accurata soprattutto perché l'intervento che interrompe la gravidanza elimina una vita umana nella fase iniziale del suo sviluppo, e questo è un dato che l'interessata deve necessariamente conoscere, proprio affinché il consenso prestato sia consapevole e corrisponda ad una reale volontà di affrontare quell'intervento.

Colui che interviene all'incontro dovrebbe quindi innanzitutto informare la gestante di *chi è il feto*, proprio come ad un qualunque altro paziente viene comunicato *che cosa è* ciò su cui si intende intervenire⁽¹⁹⁾.

A questo proposito si ritiene che il medico debba innanzitutto illustrare alla madre le caratteristiche del feto ed il suo effettivo stato di sviluppo. Questo chiarimento dovrebbe essere il più possibile aderente alla realtà oggettiva; per questo motivo, piuttosto che essere affidato ad una descrizione verbale da parte del medico, dovrebbe essere fornito, come sopra già evidenziato, attraverso immagini. A questo proposito, non si vede perché non possa essere fatto obbligo al medico di consegnare alla gestante opuscoli «ufficiali» che, raccogliendo fotografie di feti durante i nove mesi di gestazione, ne documentano chiaramente le varie fasi dello sviluppo; ugualmente il medico dovrebbe mostrare alla donna immagini e suoni dell'ecografia, illustrandole chiaramente tutto quello che l'esame evidenzia. Qualcuno potrebbe obiettare che in questo modo si fa pressione psicologica sulla gestante facendo leva su sue eventuali reazioni

⁽¹⁹⁾ La giurisprudenza ha espressamente affermato che il colloquio è volto a «rendere la donna appieno consapevole del significato dell'atto interruttivo di gravidanza e ad aiutarla, prospettandole soluzioni diverse al suo problema e facendole conoscere i mezzi di tutela (n.d.r. invero, allo stato, assai scarsi) offerti dall'ordinamento alle madri, a desistere da manifestato proposito», ritenendo che l'elusione di queste attività «quanto meno» configura il reato di cui all'art. 328 c.p. (Pret. Città di Castello, 12 dicembre 1981, cit.).

«emotive», tuttavia non si vede proprio come il far prendere coscienza della realtà possa considerarsi pressione psicologica, soprattutto alla luce del fatto che molte delle donne che hanno abortito hanno affermato che, se avessero saputo che non stavano asportando un semplice «grumo di sangue», forse avrebbero scelto diversamente⁽²⁰⁾, e visto soprattutto che questa consapevolezza acquisita a posteriori, quando ormai l'intervento è stato eseguito, è uno degli elementi scatenanti la sindrome post-abortiva.

Proprio a proposito di ciò, si ritiene che sia obbligo del medico informare la donna che chiede di abortire anche dei possibili rischi dell'intervento, sia di ordine fisico che psicologico, a volte particolarmente gravi⁽²¹⁾.

Quanto descritto rappresenta ciò che *potrebbe essere fatto*. Ma, ci domandiamo, restando aderenti al dettato normativo, cosa *deve fare* il medico che partecipa al colloquio, e cosa invece *non può fare*?

Dalla lettera dell'art. 5 emerge che i poteri-doveri del medico nella fase consultiva sono estremamente limitati.

Si rileva infatti che il documento che viene rilasciato al termine dell'incontro attesta lo stato di gravidanza e la richiesta della donna, mentre non è affatto previsto che accerti pure la ricorrenza del pericolo per la salute; piuttosto, è la stessa norma a specificare che esso viene rilasciato dietro richiesta della donna di «interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'art. 4». In tale ultimo caso è evidente che la funzione del colloquio è di molto svilita, difatti il medico non è tenuto ad accertare la ricorrenza del serio pericolo il quale è semplicemente allegato dalla donna, configurandosi così, nei fatti, una sorta di diritto potestativo ad abortire, ben lontano dallo spirito della legge e dalle direttive di cui alla sentenza 27/75⁽²²⁾.

Così, l'allegazione da parte della richiedente delle circostanze di cui

⁽²⁰⁾ AA.VV., ... *ma questo è un figlio*, cit., *passim*.

⁽²¹⁾ Molto copiosa la letteratura sul punto. Con riguardo ai danni per la salute psichica, che si manifestano con depressioni, nevrosi, psicosi, fino ad arrivare in rari casi al suicidio, v. GINDRO, *Aborto volontario. Le conseguenze psichiche*, Edizioni Internazionali, 1996. Con riguardo ai rischi per la salute fisica, che comprendono sterilità sopravvenuta, infezioni, emorragie, fino alla morte della paziente, v. BERGAMASCHI, *Le complicanze dell'intervento di interruzione di gravidanza*, in *Med. mor.*, p. 279 ss.

⁽²²⁾ Sul punto, CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 116.

all'art. 4 della legge obbliga il medico al rilascio del documento, residuando al medesimo solamente il potere-dovere di imporre di soprassedere per i 7 gg. di cui all'art. 5 u.c.⁽²³⁾.

Per completezza si rileva che accanto a quella ora descritta si colloca una posizione minoritaria secondo la quale il personale sanitario deve rifiutarsi di rilasciare il documento qualora non ravvisi la ricorrenza del serio pericolo di cui alla legge⁽²⁴⁾, con la conseguenza che andrebbero allegati al verbale del colloquio i motivi, le circostanze addotte e l'opera dissuasiva effettuata⁽²⁵⁾.

Da quanto precede emerge che, pur essendo il colloquio un obbligo legale imposto al medico, esso, per la mancanza di potere di accertamento sull'effettivo pericolo per la gestante, fa sì che la donna abbia un ampio potere di autodeterminazione, al punto da vanificare la portata dell'art. 4 «ridotto ad un'indicazione morale, del tutto irrilevante sul piano giuridico»⁽²⁶⁾.

7. — Quanto precede offre lo spunto per svolgere alcune osservazioni conclusive.

È evidente innanzitutto che l'istituto del consenso informato si caratterizza in maniera del tutto particolare nell'ambito dell'intervento di interruzione volontaria della gravidanza proprio in ragione delle particolari

⁽²³⁾ In tal senso, CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 90 ss., i quali rilevano che ogni emendamento volto all'introduzione di un controllo medico effettivo è stato respinto. Gli AA. osservano che un potere di rifiuto del medico può configurarsi solo se la gestante rifiuta l'incontro o l'allegazione delle motivazioni di cui all'art. 4, ovvero di firmare il documento, oppure se è interdetta o minore e manca l'assenso di chi esercita la potestà, salvo il caso dell'autorizzazione di cui all'art. 12, o, infine, se la domanda non è presentata personalmente. Cfr. sul punto anche BISCONTINI, *op. cit.*, p. 8. In giurisprudenza, App. Firenze, 5 ottobre 1978; Trib. Pesaro, 9 giugno 1978.

⁽²⁴⁾ Corte cost., 25 maggio 1987, in *Dir. fam.*, 1988, p. 19 e Id., 14 aprile 1988 (ord.), in *Giur. cost.*, 1988, p. 2098. In dottrina, ZANCHETTI, *op. cit.*, p. 145 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

⁽²⁵⁾ GALLI, ITALIA, REALMONTE, SPINA, TRAVERSO (a cura di), *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 1978, p. 151. Si è tuttavia osservato che i moduli predisposti per la redazione del documento non prevedono uno spazio per l'inserimento dei motivi (BENCIOLINI ed APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1990, p. 148).

⁽²⁶⁾ CASINI-CIERI, *op. cit.*, p. 114.

caratteristiche che connotano questa operazione. La stessa scelta del legislatore, che ha disciplinato tale trattamento sanitario con una legge speciale, prevedendo un preliminare colloquio obbligatorio e consentendo al personale sanitario di sollevare obiezione di coscienza, testimonia e conforta questo assunto.

Del resto, al di là del dato normativo, è intuitivo cogliere che l'aborto si distingue da qualunque altro intervento chirurgico soprattutto in ragione del fatto che altro è consentire ad un'operazione le cui ripercussioni saranno a favore ed a carico solo del diretto interessato, altro è prestare il consenso ad un intervento con il quale ci si assume la responsabilità della soppressione della vita altrui nella fase del suo primo sviluppo ⁽²⁷⁾.

L'attenzione è stata rivolta all'art. 5 della legge ed in particolare al ruolo del colloquio, il quale, allo stato della normativa attuale, può costituire un valido strumento di tutela della donna e del concepito, o, se si preferisce, di tutela della maternità complessivamente considerata.

Così, la valorizzazione del ruolo dell'incontro preliminare all'aborto può rappresentare un utile strumento attraverso il quale recuperare i principi espressi in quella vecchia sentenza del 1975 della Corte Costituzionale che voleva che l'aborto fosse praticato solo in casi estremi ed in seguito ad un serio accertamento medico relativo all'incidenza della gravidanza sulle condizioni di salute della donna, manifestando una chiara presa di posizione contro la maternità negata ed a favore di quella realizzata. In definitiva, partendo dalla considerazione per cui la legge parla ai cittadini non tanto con le sanzioni, quanto con l'autorevolezza del messaggio, rendere il colloquio uno strumento effettivo di dissuasione dell'aborto, un mezzo di partecipata valutazione della situazione problematica e di reale ricerca di soluzioni alternative, genererebbe un clima di maggiore fiducia, di approvazione e di condiviso senso di stima nei confronti di quelle donne che scelgono di portare a termine una gravidanza difficile. Viceversa la prassi attuale, per la quale il colloquio costituisce un vuo-

⁽²⁷⁾ Il lavoro ha volontariamente trascurato di esaminare le diverse posizioni volte rispettivamente a riconoscere o meno la personalità dell'embrione, tema peraltro che stimola particolarmente la riflessione dei giuristi, come è dimostrato dal convegno sulla tutela dell'embrione tenutosi a Camerino nei giorni 4 e 5 maggio 2001 e da recenti pubblicazioni in materia; cfr. al proposito il recente studio di M. CASINI, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, Padova, 2001.

to adempimento burocratico, trasmette un messaggio di indifferenza dell'ordinamento nei riguardi delle problematiche legate alla maternità.

In conclusione, il disposto dell'art. 5 rappresenta un aspetto centrale della disciplina e può costituire un elemento d'unione tra le diverse forze politiche, sulla cui base riaprire il dialogo sull'aborto.

SEVERINO CAPRIOLI

SATVRA LANX 32.

PREAMBOLO ALLE SCUOLE DI SPECIALIZZAZIONE (*)

Dovunque si ragioni sul mestiere del giurista, ed in specie sull'avviamento dei giovani alle magistrature ed alle professioni, un uomo di scuola in quanto tale può e deve interloquire, dicendo schietta la sua opinione. Ma conviene che io mi soffermi sul preambolo. Nella stessa legge (15 maggio 1997, n. 127) trova fondamento così la progettata scuola di specializzazione (art. 17, co. 113 s.), come l'imminente od incombente nuovo corso degli studi preparatori (art. 17, co. 95); e la scuola di legge fa da preambolo alla scuola di specializzazione.

Se agli intenti dichiarati non può riconoscersi una perentoria conclusione ermeneutica (lo insegnava da magistrato Lodovico Mortara), giova non ignorarli. Tanto più quando risultino parzialmente tradotti in norme. Oggi del resto la parola suasiva minaccia di surrogarsi alla parola ragionante; e la prosa del disposto, l'attitudine del mezzo, cede all'ideologia.

Di tutto ciò sarà possibile ragionare fra qualche generazione *sine ira et studio*. Gli storici sapranno raccontarci come precisamente siano andate le cose. Conviene intanto sapere come desideravano che andassero le cose coloro che hanno predisposto le norme, che ne hanno preparato il contenuto. Con l'avvertenza che molti furono i coautori materiali (il loro nome è *legione*, per dirla scherzosamente e rispettosamente), ed altissimo l'assunto. Poco più di due anni sono bastati per darci «criteri generali per l'ordinamento degli studi universitari e [...] la tipologia dei titoli di studio rilasciati dalle università» (d. M.u.r.s.t. 3 novembre 1999, n. 509, *G.U.* 4 gennaio 2000, s.g., num. 2).

*

(*) Contributo al convegno organizzato dal Consiglio nazionale forense, Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, sulla *Professione di avvocato. Nuove regole per l'esame di abilitazione*, Perugia, 25 novembre 2000.

Sappiamo tutti che un gruppo di lavoro ha preparato, se non predisposto, le norme dopo averci confidato la propria visione del mondo. Quel gruppo ha tentato generosamente un'impresa ardua, che descrivo in pochi tratti: mancando un riconosciuto sistema dei saperi, disporne i frammenti in unità; e da questa trarre corollari in ordine alla trasmissione istituzionale delle conoscenze. La scarsa efficienza di quell'organizzazione universitaria degli studi, che abbiamo ricevuta, è il sintomo di una crisi dei saperi che ha origini lontane. Per considerare il solo campo dei giuristi, il d.m. 11 febbraio 1994, leggermente modificato con il d.m. 31 maggio 1995 (*G.U.* 27 giugno 1994, s.g., num. 148; e *G.U.* 14 novembre 1995, s.g., num. 266), previsto dall'art. 9 della l. 19 novembre 1990, n. 341, risolse ogni problema con somma eleganza: dette la formula, anzi l'algoritmo potrei dire con il Presidente Borruso, dell'ordine degli studi sancito nel r.d. 30 settembre 1938, n. 1652, tabella III. Prestazione intellettuale di altissimo rango, benché non percepita, al punto che le Facoltà crederono di partecipare ad una palingenesi degli studi giuridici con le loro delibere di conformazione. Meglio avvertito il legislatore successivo, quando impone diversi «ordinamenti degli studi» (art. 17, co. 95, l. 127/1997), riconoscendo finalmente che alla formazione di un giurista non potrebbe bastare il curriculum quadriennale (co. 113 s.). Il gruppo di lavoro è riuscito in poco più che due anni ad emulare Humboldt e Savigny, i creatori della prima università *Kunstwerk* (Berlino, 1809), l'università come sistema delle scienze.

Il *Rapporto finale* di quel gruppo (est. G. Martinotti), 21 novembre 1997; e la conseguente *Nota di indirizzo* ministeriale prendevano ispirazione da un'accentuata *rerum novarum cupiditas*. Richiesta come le altre di un parere, la Facoltà di Perugia non mancò di esprimere (nella riunione del 25 marzo 1998) il proprio argomentato avviso negativo sul documento della commissione ministeriale, presieduta dal Martinotti. Qui un afflato comitiano pervade la partizione dell'universo scibile in *area*. Il diverso sistema dei saperi viene ricondotto però a basi d'indole differente, tutte formali: si coacervano strumenti internazionali e solenni dichiarazioni d'intenti. Omologazione europea è la parola d'ordine, circolazione degli studenti e circolazione dei laureati è il sogno: dentro un'Europa che ai giovani non offre alcun futuro certo, ma soltanto amene *Wanderungen* alla

ricerca di situazioni provvisorie. Tutto in una temperie che avrebbe come costante la crisi degli Stati nazionali.

Quanto alle scienze giuridiche, il tracciato dell'*area* non si conforma però a quello strumento internazionale, che pure sembrerebbe ispirare l'impresa. Uno «spazio educativo europeo» non può aprirsi per i giuristi contro la stessa lettera del trattato istitutivo. Riconoscimento delle «identità nazionali degli Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici», non salvaguardia, posta a difesa di arcaiche separazioni è l'art. F del trattato sull'Unione europea (Maastricht, 7 febbraio 1992 [l. 3 novembre 1992, n. 494]). Luigi Mengoni ha posto in luce le conseguenze inevitabili di questa clausola: non superamento, ma rifondazione degli Stati nazionali; e saldo ancoraggio delle leggi allo Stato, in quanto espressione di quella sovranità popolare, che risiede nei parlamenti (potrebbero darsi democrazie senza parlamenti?). Il sistema europeo in formazione è un sistema a competenza normativa plurima, dove la prerogativa statale sorregge la stessa competenza comunitaria.

Ciò visto, nel tracciare il profilo delle scuole di legge non può ricalcarsi alcun modello estraneo (non straniero, di certo). Le basi per una scansione ragionevole degli studi non possono ritrovarsi in uno «spazio» non ancora esistente, che anzi risulterà soltanto dal ponderato svolgersi delle diverse «identità». Se non esistono «fisiche nazionali» (Vittorio Scialoja) – e si dica pure, non esistono sociologie nazionali, o medicine nazionali, o teorie economiche nazionali, od algebre nazionali –, il denotante giuridico non consente di sottacere le specificità che gli danno carattere. Il buon giurista europeo, formatosi in scuole italiane adeguate alla logica della Comunità, non può non essere insieme un buon giurista italiano. Quanto alle occasioni d'impiego, sarebbe disonesto fomentare illusioni, lasciando credere agli studenti – siano essi francesi o tedeschi od olandesi o spagnoli od italiani – che un titolo dottorale conseguito al termine di studi eccellenti nei loro Paesi li possa rendere atti a situazioni lavorative marcate da forti specificità; e ciò in virtù di convenzioni fra Stati – o di concerti ministeriali – di riconoscimento. Gli «*n* crediti di *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad esempio, conseguiti da un giovane laureato a Tubinga, gli consentiranno di aprire studio professionale a Venezia? Gli consentiranno di concorrere ad un posto di uditore giudiziario?

Con rara onestà intellettuale, il gruppo riconosce che «le singole aree afferenti alla macroarea sono soltanto parzialmente omogenee» (*Considerazioni generali del gruppo di lavoro per l'area delle scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali*, punto A). Riesce perciò ad onorare l'impegno assunto grazie ad inavvertiti slittamenti semantici, laddove teorizza il carattere «prevalentemente monodisciplinare» di giurisprudenza, sociologia e statistica, contrapponendolo al «carattere multidisciplinare» di economia e di scienze politiche. Svariando così dalla struttura delle aree alla struttura interna dei corsi di studio; e da questa al rilievo esterno. La monodisciplinarietà dell'area giurisprudenza si riduce al fatto di una sola «laurea in Giurisprudenza», pur se specificata in qualche sede per indirizzi certificati.

Non superato riappare nelle *Considerazioni generali* di quel gruppo (punto B) l'equivoco dell'autonomia, che domina da un decennio così l'incalzante progettazione come la stagnante prassi universitaria. Il nesso che stringe disciplina statale ed autonomia è tutt'altro dall'antitesi generale-speciale.

Tutto da sottoscrivere, se non per l'arcaizzante coppia qualità-quantità, che ripete l'antitesi formazione-preparazione professionale, ciò che il gruppo scriveva dei fini cui debbono mirare i corsi di secondo livello (*Considerazioni generali*, punto C).

Lo sforzo più meritorio compiuto dal gruppo consiste in una traduzione della durata degli insegnamenti in durata dell'applicazione studentesca (*Considerazioni generali*, punto D). In ciò la proposta acquista un sapore vailatiano che la rende interessante, come già era il tentativo sancito con il d.m. 11 febbraio 1994. Nessun commento merita però la ricezione di una docimologia tanto seducente quanto sviante; e per dirla schiettamente, lùdicra. Basti vedere come l'architettura dei crediti formativi *designat* negli arcaici trentesimi, giacché per l'art. 5, co. 4 del d. m. 509/1999 la liquidazione del credito maturato dallo studente avviene con il superamento dell'esame di profitto, «fermo restando» il disposto dell'art. 11 co. 7, lettera *d*, che è un riassunto dell'art. 87, co. 2 s. del r.d. 6 aprile 1924, n. 674. Bell'esempio di stratigrafia legale. Ma conviene intanto osservare lo strato intermedio fra questo del 1999 e l'originario del 1924: «l'introduzione di un sistema di crediti didattici finalizzati al riconoscimento dei

corsi seguiti con esito positivo», imposta dall'art. 11, co. 2 della l. 19 novembre 1990, n. 341 ai regolamenti delle strutture didattiche. Basti vedere come un «supplemento al diploma di ogni titolo di studio» debba recare «le principali indicazioni relative al *curriculum* [...] seguito dallo studente» (art. 11, co. 8, d.m. 509/1999). Chi è avvezzo a leggere norme decrittandole, intende bene: certificare gli astratti crediti formativi acquisiti da uno studente (e presupposti dal diploma) non basta, se non accompagnato da un «supplemento» che ne dichiari la sostanza – sarà questo il veridico diploma, non la solenne pergamena –. Non è poi una bizzarria, se vengono galvanizzati per altro (art. 12, co. 2, lettera *c*), senza neppure un ritocco lessicale, quegli arcaici piani individuali di sessantanovesca memoria, ritorsione del ceto accademico dinnanzi ad istanze giovanilmente incomposte di molti allievi, che la conformazione degli ordini degli studi ai decreti previsti dall'art. 9, co. 1 della l. 19 novembre 1990, n. 341 aveva abolito in forza dell'art. 4, co. 1 della l. 30 novembre 1970, n. 924.

Mancando l'abrogazione espressa del d. M.u.r.s.t. 11 febbraio 1994, per la parte in cui non risulta incompatibile con questa disciplina lo schema contenuto del d.m. 4 agosto 2000, conformare gli ordini degli studi alla disciplina sopravvenuta consisterà nella loro puntuale traduzione nella terminologia di quest'ultima. Del resto il d.m. 4 agosto 2000 definisce «le classi dei corsi di laurea» (art. 1, co. 1) ed obbliga le università ad «adeguare gli ordinamenti didattici» (art. 1, co. 39); presupponendoli nella loro composizione attuale e lasciandoli in vigore per quanto non sia appunto incompatibile con la disciplina sopravvenuta. Il solo confronto dei testi costringe a questa persuasione. Le Facoltà dovranno esercitare la propria autonomia nel rispetto di tale disciplina stratificata.

Si sarebbe potuto credere che il «*principio di contrattualità*», meditato e definito dal gruppo di lavoro ministeriale come il «primo» fra i «principi che [...] informano il complesso della filosofia organizzativa della» sua «proposta» (p. 1), fosse una delle innocue metafore cui ci hanno avvezzato i sociologi della generazione precedente alla nostra. Ed invece la retorica privatizzante dei novatori sovrappone all'impalcatura dei crediti un coronamento così pesante da schiacciarla. La *filosofia organizzativa* del gruppo ministeriale viene a patti con il tempo; ed ecco finalmente imporsi, con prepotenza statistica, per «ogni corso di studio [...] una durata

normale in anni» (art. 8 del d.m. 509/1999). *Normale* ricade nello stesso ambito semantico di quella «adeguata preparazione iniziale» che è presupposta nella «definizione» del credito (art. 1, lettera *l*) e non è connotazione giuridica ma piuttosto sociologica; e comprende la previsione di una durata anomala, evidentemente maggiore della normale. Quel *principio di contrattualità* genera la figura dell'originaria opzione studentesca fra «impegno a tempo pieno» e «contestuale impegno in attività lavorative» (art. 5, co. 6; cfr. art. 11, co. 7, lettera *b*). Come dire, sublima in stato giuridico un mero fatto, la persistente situazione degli studenti fuori corso: li trasforma in studenti *a tempo determinato*. Nulla di meglio, per occultare ogni difetto di funzionalità, che mutare nome alle cose.

Ma bisogna decrittare i precetti ed osservarli nella loro organicità, perché non producano effetti contrari a quelli che perseguono. Il disposto che delinea la figura del credito formativo (art. 1, lett. *l*, d.m. 509/1999) comprende l'esposizione dello studente alle «attività formative»; e non sta senza l'altro, che ne forma la premessa, ed attribuisce allo studente la facoltà di optare per il tempo pieno (l'esistenza di un tale precetto si inferisce dagli artt. 5, c. 2; 11, c. 7, lettera *b*, stesso decreto). E studente a tempo pieno non può essere se non quello che si espone regolarmente all'attività didattica: detto in italiano, lo studente che frequenta lezioni ed esercitazioni e seminari e via dicendo, che fruisce di «ogni attività organizzata o prevista dalle università al fine di assicurare la formazione [...] degli studenti» (art. 1, lettera *o*, d.m. 509/1999). L'opzione traduce in fattispecie volontaria la norma che già sancisce l'obbligo di frequenza (art. 6 s. r.d. 4 giugno 1938, n. 1269 Regolamento sugli studenti), e quella che attribuisce la determinazione delle modalità di questa ai consigli delle strutture didattiche (art. 11, co. 2, l. 19 novembre 1990, n. 341).

Qui risulta evidente che la riforma degli ordinamenti didattici modifica la struttura delle Facoltà in ogni senso; ed impone l'apprestamento di attrezzature (edifici in primo luogo) adeguate alla pedagogia innovatrice. E non può trovare attuazione, senza che venga finalmente osservato il precetto che determina l'aula massima, per dirla nel linguaggio dei teorici, obbligando le Facoltà a «sdoppiare» gli insegnamenti «ogni qualvolta il numero degli esami sostenuti nell'anno precedente [...] supera 250» (art. 12, co. 6, l. 341/1990): norma violata di frequente, stante l'inadeguata dotazione organica delle Facoltà.

Il credito formativo è la misura unica di attività eterogenee: il «lavoro di ap-

prendimento» da svolgere «nelle attività formative previste dagli ordinamenti didattici dei corsi di studio» (sinèdoche per discipline, per insegnamenti ufficiali di queste e didattica complementare agli insegnamenti). Comprende insieme, per parlare italiano, «lo studio individuale» (detto «personale» nell'art. 5, co. 3), che è l'attività propria dello studente, e le «attività didattiche», proprie del personale insegnante. Le attività didattiche non possono essere «comunque *superiori a metà*» del credito (arg. *ex* art. 5, co. 3).

*

Una lettura non meno attenta meriterebbe la *Nota sui decreti d'area per giurisprudenza* (15 settembre 1999), opera di un gruppo distinto e speciale. Bastino qui pochi e brevi rilievi: gli «sbocchi molteplici», che verrebbero aperti alla «grande maggioranza dei laureati» (§ 2), richiedono la modifica di altre discipline statali: questa non deriverà dalla mera applicazione dei decreti d'area. Sappiamo del resto che ha cominciato i suoi lavori una commissione ministeriale, per tracciare il quadro delle «professionalità prodotte dai diplomi universitari, dai dottorati di ricerca e dai diplomi delle scuole di specializzazione» (art. 17, co. 111, l. 127/1997). Ho letto bene: «prodotte dai diplomi».

Sembra che l'aspirazione dominante nell'opera dello speciale gruppo di lavoro sia quella di proteggere, dietro lo schermo di una sorta di riserva, certi «insegnamenti di base formativi e affini» (§ 3, con esemplificazione esauriente, ma non perspicua nella sua onesta trasparenza). Ma persiste l'antitesi impropria di formazione e tecnica. Mentre si coglie l'occasione (§ 5) per lamentare «gravi carenze» «nella formazione offerta da quasi tutte le scuole secondarie, licei classici inclusi». Luoghi nei quali è invalsa da tempo quella prassi docimologica, che si intende trapiantare nella Facoltà di Legge, concentrando l'attenzione degli studenti sul momento-esame, quasi «interrogazione programmata». L'ingegnosa traduzione della durata degli insegnamenti in crediti studenteschi mostra il suo limite invalicabile nella stessa *Nota* (§ 5, co. 1), dove si torna a ragionare per «numero di insegnamenti». Mentre la proposta di «limitare il numero delle pagine richieste all'esame», altro segno di ammirevole onestà intellettuale, non merita commento. Se questa è la pedagogia praticata oggi nelle Facoltà di Legge, conviene abbandonare ogni illusione. Del resto, se

la docimologia dei crediti didattici persuade a misurare gli insegnamenti sul «numero delle pagine richieste all'esame», non è lecita alcuna speranza di risanamento.

*

Ma torniamo alle vostre e nostre scuole. Il provvedimento M.u.r.s.t., Dipartimento per la programmazione, il coordinamento e gli affari economici, numero 3289, del 29 settembre 2000, vista l'impossibilità di «pervenire [...] all'attivazione delle scuole nel prossimo anno accademico 2000-2001», fissa un nuovo termine per gli atti di competenza rettorale. Chi non ignora il fisiologico interagire che stringe nelle motivazioni l'espreso e l'inespresso, ha qualche ragione per sperare in ripensamenti. Lavoriamo perché questi avvengano e siano adeguati alle necessità. Dico lavoriamo, perché lo stesso legislatore ha voluto che nel «determinare» i corsi di studio attivi – compresi i corsi di laurea – ed il loro contenuto didattico le università consultino le «organizzazioni rappresentative [...] delle professioni» (art. 11, co. 4, d. M.u.r.s.t. 509/1999). Come ha voluto che le nostre scuole di specializzazione siano rette da un consiglio direttivo e che in questo si rappresentino, con l'accademia, la magistratura e le professioni (art. 5, co. 3, d. M.u.r.s.t. 21 dicembre 1999, n. 537). Per finire il discorso con un altro interrogativo, perché la sola «magistratura ordinaria»?

ADELMO CAVALAGLIO

UNA RIFLESSIONE
SUL PROGETTO DI LEGGE N. 2229
PER LE MODIFICHE URGENTI DEL PROCESSO CIVILE

Il disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 21 dicembre 2001 riapre l'annoso problema della riforma del processo civile, prevedendo, in prima battuta, interventi definiti con l'ormai consueta qualificazione di «misure urgenti», come in tutte le precedenti occasioni fin dagli inizi degli anni '90.

I propositi o meglio gli obiettivi sono chiaramente esplicitati e molto evidenti nella formulazione dell'articolato, in cui si avverte che quanto si viene facendo non anticipa, né condiziona o pregiudica la riforma complessiva annunciata del processo civile.

Con riguardo al testo approvato, e salvo possibili modifiche nel corso dell'*iter* parlamentare, non si possono non vedere con favore le novità ipotizzate: esse corrispondono in buona parte a necessità di riordino, di maggiore coerenza e di razionalizzazione di istituti, sui quali si registrano larghi consensi e che sono il risultato della esperienza di questi ultimi anni.

Vengono introdotti elementi per il coordinamento e per la semplificazione di numerose disposizioni attuali, il che senza dubbio comporterà una migliore operatività delle varie attività processuali.

Ma al di là di questi aspetti, sui quali si deve esprimere solo condivisione e sui quali non sembra utile entrare nei minimi particolari, si debbono registrare due dati molto più significativi.

Il primo è costituito dalla considerazione riservata al processo esecutivo, sul quale inspiegabilmente non era mai caduta l'attenzione del legislatore. Per la prima volta dall'entrata in vigore del codice di rito si interviene significativamente sulla disciplina del processo esecutivo con modificazioni non solo «organizzative», ma anche con previsioni di sicura maggiore valenza: si pensi, tra le altre, all'intervento dei creditori, al pignoramento presso terzi, all'opposizione, all'esecuzione con possibilità di so-

sensione dell'efficacia del titolo esecutivo, alla vendita senza incanto, alle controversie sulla distribuzione delle somme. Indipendentemente dalla possibilità di apportare ulteriori miglioramenti, le innovazioni riguardanti il processo esecutivo assumono grande importanza per l'evidente motivo che finalmente si comincia a dare il giusto innegabile rilievo all'effettività della tutela giurisdizionale e, cioè, alla sua incisività nel momento insopprimibile della concreta realizzazione del diritto sostanziale accertato. Si viene così a rimediare, seppur con notevole ritardo, alla insensibilità ed alla negligenza finora mostrata dal legislatore in maniera del tutto ingiustificata per gli aspetti di una compiuta offerta di tutela.

Il secondo aspetto di sicuro spessore riguarda la modificazione dell'attuale disciplina di alcuni istituti del processo di cognizione, che obbediscono ad una logica dichiarata di soddisfare le esigenze di efficacia e di celerità della giustizia civile, venendo così ad assumere il significato di segnale in questa direzione in vista della riforma complessiva. Testimonianza di questa volontà si ritrova nelle novità ipotizzate con riguardo alla fase introduttiva del processo di cognizione, nella ulteriore valorizzazione dei provvedimenti di condanna anticipata e nella caduta dell'automaticità e, quindi, della strumentalità della tutela cautelare rispetto al giudizio di merito. Queste previsioni non sono espressione di mera razionalizzazione o di semplificazione della disciplina, ma intendono costituire un primo contributo alla riduzione dei tempi del processo o incidendo sulla attuale elefantiasi della fase di trattazione o rafforzando i provvedimenti diversi dalla sentenza idonei a definire la controversia o disincentivando, dopo la fase cautelare, l'instaurazione di un giudizio di merito, che nel migliore dei casi si propone come non certo tempestivo rimedio all'eventuale ingiustizia del provvedimento cautelare.

Nell'ottica condivisibile di scoraggiare la parte, che in maniera avventata sollecita la funzione giurisdizionale per profittare della durata del processo, non sarebbe azzardato prevedere nella proposta di riforma anche una diversa disciplina della cosiddetta responsabilità aggravata. In fondo si tratterebbe di specificare meglio il contenuto di una simile responsabilità, per ricomprendervi, con giusta individuazione, non solo le ipotesi della temerarietà della lite, ma anche comportamenti tenuti dalle parti in giudizio oggettivamente e chiaramente dilatori, che già potrebbe-

ro trovare una sanzione nell'ambito del processo stesso. Si tratterebbe, in altre parole, di dare contenuto alla disposizione, che pone il dovere di lealtà e di probità a carico delle parti processuali, che ha costituito da sempre solo un'affermazione di principio, in quanto sfornita di sanzione.

Non potendo entrare nel dettaglio dell'intero articolato, forse merita qualche considerazione il tentativo di semplificazione della fase introduttiva del giudizio ordinario rispetto alla vigente disciplina. Attualmente siamo di fronte a regole della introduzione e trattazione della causa veramente singolari ed abnormi, che sembrano immaginate quasi per favorire la dilatazione della durata dei processi. Infatti, la legge processuale offre alle parti numerose facoltà, proprio rispetto alla fase in discorso, che vengono per lo più regolarmente tutte esercitate anche indipendentemente dalla loro effettiva necessità. Al riguardo è sufficiente porre attenzione al possibile numero di scritti difensivi, che le parti possono scambiarsi prima che il giudice possa provvedere sull'ammissione dei mezzi di prova: oltre ovviamente all'atto iniziale attivo o passivo, il convenuto dispone del termine previsto dall'art. 180 c.p.c., l'art. 183 c.p.c. prevede la precisazione e l'integrazione delle domande con doppio termine per memoria e relativa replica, così come l'art. 184 c.p.c. prevede memorie per la formulazione dei mezzi istruttori, il tutto sempre facendo salva la possibilità dell'autorizzazione a comunicazione di compare ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 170 c.p.c. Tutti questi termini non corrispondono ad udienze, anzi sono tutti preparatori a queste, ma comportano comunque un notevole dispendio di energie, di tempi e di costi, sol che si pensi che prima della decisione sull'ingresso dei mezzi istruttori, l'attore ha la possibilità di predisporre ben cinque scritti difensivi ed il convenuto addirittura sei.

Di difficile giustificazione appare la facoltà concessa al convenuto di depositare una memoria ai sensi dell'180 c.p.c. per la proposizione di eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio, quando ha avuto a sua disposizione un congruo termine dilatorio per l'udienza di prima comparizione ed è stato messo in grado di approntare tutte le sue difese nella comparsa di costituzione: il che non dovrebbe far prevedere ulteriori ripensamenti o improvvisi scoperte di profili, che possano essere in precedenza sfuggiti, rimanendo, peraltro, immutata la posizione dell'attore così come esplicitata nell'atto di citazione. Tutto ciò ovviamente si riflette,

poi, in termini di ulteriore complessità o complicazione sulla precisazione ed integrazione delle domande e sulle necessità dell'istruttoria.

La riforma vuole eliminare quelle, che sono definite nella relazione «talune rigidità», rimane, però, il fatto che le attività sopra richiamate sono sempre possibili su istanza di parte e, quindi, anche se non imposte, ci si rimette al senso di responsabilità delle parti in causa, per dare l'auspicata duttilità. Non rimane che augurarsi che sia una speranza ben riposta.

Una fase di trattazione, così come attualmente strutturata, viene a pesare in misura rilevantissima sulla durata dei giudizi, poiché assolutamente sproporzionata rispetto alla fase istruttoria e decisoria. Non è dato ancora sapere quale sarà esattamente il modello di processo ordinario, che la complessiva riforma disegnerà, ma intanto, con riguardo all'intera problematica, si deve avere la consapevolezza che la fase di introduzione e di trattazione del giudizio, se si vuole ottenere una significativa celerizzazione, non può che essere caratterizzata da un sistema di preclusioni rigide.

Di sicuro il principio della domanda ed il principio dispositivo non comportano per la loro attuazione che la gestione delle regole del processo rientri nella disponibilità delle parti private: le regole del gioco sono prefissate per i contendenti e per il giudice ed esse debbono garantire l'effettività del contraddittorio e la terzietà ed imparzialità del giudicante, per il resto la conduzione del processo non può essere lasciata completamente ai soggetti privati, relegando il giudice in un ruolo meramente burocratico.

È chiaro che tutto questo può risultare inaccettabile: l'ostilità nei confronti di un ragionevole sistema di preclusioni non è nuova né recente, essendosi manifestata pochi anni dopo la promulgazione del codice di rito e si è continuamente reiterata in occasione anche della elaborazione dei vari progetti di riforma succedutisi nel tempo. Nei confronti di un siffatto sistema esiste sicuramente un'avversione dell'avvocatura ed uno scarso gradimento da parte della magistratura, che, a causa dei carichi di lavoro, non si sente in grado di affrontare processi caratterizzati da cadenze e da ritmi, che impongono una perfetta conoscenza delle controversie, componente questa ineliminabile per una effettiva direzione del processo. Si possono individuare vari modelli e varie soluzioni, ma se non

si va verso un sistema di questo tipo, si deve avere la consapevolezza che il nostro processo civile soffrirà sempre di una irragionevole durata e di una conseguente inefficienza.

Pertanto, le ipotesi di riforma prima richiamate, unitamente allo snellimento da introdurre mediante le modifiche degli attuali artt. 187, 189 e 190 c.p.c., sono sicuramente accettabili, poiché vanno nella direzione auspicata e poiché costituiscono forse l'inizio di un ripensamento complessivo, che potrebbe essere ulteriormente portato avanti nella riforma finale. Comunque, allo stato, non sono, e non volevano esserlo, la soluzione del problema della durata del processo.

A questo punto, dichiarata l'adesione al testo di legge proposto, può risultare più opportuno esprimere qualche osservazione sul più generale aspetto della ragionevole durata dei processi proprio in vista della annunciata riforma finale.

Certamente la questione principale ed essenziale, che qualunque riforma e da qualunque Governo voglia essere affrontata è senza ombra di dubbio costituita dalla realizzazione di un modello, che assicuri una ragionevole durata dei processi civili. Questo elemento è stato espresso recentemente nella nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione, pur essendo presente ed impegnativo per lo Stato italiano da moltissimi anni prima, in quanto un obbligo in tale senso è stato assunto fin dalla sottoscrizione della Convenzione internazionale sui diritti dell'uomo.

Il dato in questione, che ha assunto dignità di norma costituzionale, costituisce una novità assoluta. Infatti anche tutti coloro, e sono numerosi, che hanno commentato il nuovo testo dell'art. 111 Cost. per concludere che tutti i canoni ivi enunciati erano nella sostanza già presenti ed operanti nelle varie discipline del nostro ordinamento per cui nessuna portata innovativa sarebbe derivata dalla nuova formulazione, hanno dovuto, però, ammettere che, se una novità vi è stata, è consistita proprio nel sancire a livello di norma primaria come connotato essenziale del giusto processo la sua ragionevole durata. Il che ovviamente sta a significare che qualunque modello venga prescelto, anche il più armonioso e perfetto, che non sia in grado di garantire l'attuazione di questo valore costituzionale colloca lo strumento fuori da questa previsione.

E sotto questo profilo forse vi è ancora molta strada da percorrere.

È inutile in questa sede ricordare quanto a tutti già ben noto e, cioè, le innumerevoli ed onerose condanne dello Stato italiano da parte degli organi giurisdizionali comunitari per la irragionevole durata dei nostri processi, 276 solo nel 2001, e la pendenza di parecchie migliaia di ricorsi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, circa 12 mila.

Ed è altrettanto superfluo rilevare che la efficienza della giustizia civile costituisce sempre di più una necessità per rimanere a pieno titolo nell'ambito della Comunità europea, se si condivide quanto da tempo da taluno osservato che verrà sempre più in evidenza una sorta di confronto e di concorrenza tra gli ordinamenti dei vari stati membri, poiché questo contribuisce non solo a favorire conquiste di civiltà, ma può anche condizionare lo sviluppo economico. Tornano in mente a questo riguardo le parole pronunciate in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario a Milano già due anni fa.

Il Procuratore Generale così si è espresso: «è abbastanza umiliante che Strasburgo in una sentenza del 28 luglio 1999 abbia potuto affermare che le ripetute violazioni della Convenzione europea sui diritti dell'uomo da parte dell'Italia segnalavano una accumulazione di infrazioni di natura identica, sufficientemente numerose per non essere considerate come incidenti isolati». Ed il presidente dell'Ordine degli Avvocati, ha ricordato: «Per un italiano ottenere giustizia civile significa attendere 4 anni prima di vedere accolta o respinta la domanda. Un cittadino tedesco aspetta 6 mesi e mezzo, un francese sette mesi, un danese 15 giorni».

D'altro canto non si può neanche pensare che il problema della durata possa essere ovviato con una offerta di riparazione del danno, così come è stato tentato dalla legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. legge Pinto. A tal riguardo si può brevemente dire che intanto questa ha voluto riportare, almeno provvisoriamente, all'interno del nostro sistema simili problemi, attenuando la sovraesposizione del nostro Stato dinanzi alla giustizia comunitaria. Ma, indipendentemente da questo, non appare una adeguata soluzione neanche a livello di rimedio risarcitorio. Infatti, basti pensare alla dotazione finanziaria della legge che, confrontata all'elevato numero delle questioni in atto, è stata prevista in una misura ridicola e, dunque, viene a mancare di fatto anche la certezza della riparazione: l'onere prevedibile complessivo, infatti, derivante dalle condanne si attesta intorno ai 17 milioni di euro e, dunque, quasi tre volte lo stanziamento previsto dalla legge Pinto.

Il dato è assolutamente incontestabile, tant'è che ci si è affrettati, a circa un anno dall'entrata in vigore della legge istitutiva dell'equa ripara-zione, a predisporre una serie di emendamenti, che sono stati inseriti nell'ambito del disegno di legge di conversione del decreto sul contributo unificato per l'iscrizione a ruolo delle cause civili all'esame della Commissione Giustizia del Senato. Viene previsto un nuovo istituto: l'accordo transattivo proponibile dall'Avvocatura dello Stato entro 90 giorni dalla comunicazione del ricorso introduttivo ed è altresì proponibile anche per i ricorsi pendenti. L'atto di transazione costituisce titolo esecutivo, ma, se l'accordo non viene raggiunto, la Corte di Appello nella decisione può tener conto del comportamento delle parti nelle trattative e condannare eventualmente il vincitore al pagamento delle spese processuali. Ogni commento risulta del tutto superfluo.

Tutto ciò sul piano concreto, ma la legge in questione per altri profili pone problemi di diversa natura, ma di assoluta rilevanza.

In primo luogo, poiché la Convenzione, modificata dall'art. 1 della l. 28 agosto 1997, n. 296, che ha sostituito gli articoli da 19 a 56 della Convenzione ed il protocollo n. 2, prevede la possibilità di adire la Corte Europea solo dopo l'esaurimento dei rimedi interni e più precisamente entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna, il privato prima deve esperire il procedimento disciplinato dalla legge 89/2001. Un primo risultato sarà, ed è già in atto, quello di appesantire ulteriormente il carico di lavoro delle Corti d'Appello, dove è stato dirottato l'intenso traffico, che prima era esclusivamente orientato verso la Corte Europea. I tempi e, soprattutto, i costi sono diversi tra i due procedimenti.

Inoltre, vi è assoluta incertezza in concreto sui parametri, che possono essere adottati per la valutazione circa la sussistenza di una oggettiva irragionevole durata del giudizio e sulla sua imputazione. Al riguardo lo strumento in questione si presta anche a dare spazio a polemiche ed a reciproci addebiti per l'eccessiva durata del processo, circostanza questa già emersa, ad esempio, nel decreto della Corte d'Appello di Torino del 5 settembre 2001, che, si spera, non costituirà un serio precedente ed un punto di riferimento. In questo provvedimento, è ben noto, si individua nel comportamento delle parti e dei loro difensori la esclusiva responsabilità della durata del processo e vi è anche un atteggiamento di ostilità rispetto alle fonti comunitarie, che risulterebbero inidonee a costituire

una qualunque forma di parametro. Si legge, purtroppo, nella parte motiva del provvedimento un'affermazione di tal genere: «*occorre in via di principio rilevare che nessuno può permettersi di criticare il "sistema giustizia di un paese", basato sull'art. 24 Cost., che un popolo sovrano, con il proprio sacrificio, si è dato, atteso che il sistema processuale di Strasburgo risulta privo di ogni e qualsiasi disciplina legale preconstituita delle forme. Infatti non si comprende in che modo viene determinato il "termine ragionevole", in che modo e con quali parametri viene determinato il danno e la sua entità.*».

Infine, si possono ipotizzare inconvenienti ancora più gravi. Una volta esaurito il rimedio interno, il soggetto privato potrebbe adire sempre la Corte Europea per ottenere quel ristoro o quella misura di risarcimento, che gli è stato negato, o ridimensionato rispetto alle aspettative, dal giudice nazionale. Il potere di adire la Corte Europea è stato attribuito da una fonte normativa primaria e non può essere sottratto al singolo dalle legge nazionali dei paesi membri della comunità. Ed allora il giudizio dato dal giudice interno non dovrebbe esercitare alcun vincolo nei confronti della decisione del giudice comunitario e potrebbe di conseguenza accadere che quest'ultimo riconosca al soggetto privato quanto è stato negato dal giudice nazionale. Si verrebbe a verificare una situazione piuttosto singolare e di difficile soluzione assimilabile al contrasto di giudicati, che, però, in tal caso provengono da autorità diverse e non sarà facile individuare una regola per la soluzione del conflitto, senza considerare le complicazioni di una eventuale fase di attuazione esecutiva della sentenza comunitaria di condanna.

Non a caso si è già invocata l'abrogazione della legge in discorso.

E sempre sotto il profilo della durata dei processi qualche altra riflessione può essere spesa in questa occasione su alcune linee della futura riforma, che sono indicate nei programmi di governo e sono state ribadite successivamente.

La riforma finale sembrerebbe orientata ad affidare l'introduzione e la trattazione della causa alle parti ed ai loro difensori, collocandola in un momento stragiudiziale, ed a voler delegare altresì la fase istruttoria sempre alle parti ed ai loro difensori sulla base dell'ordinanza del giudice ammissiva delle prove e secondo le modalità fissate nel provvedimento. In tal modo si avrebbe un notevole alleggerimento del peso derivante dal numero dei processi sul giudice con un conseguente miglior impiego del-

le risorse disponibili e la restituzione al giudice medesimo della sola esclusiva funzione del giudicare. In sostanza il giudice in un simile contesto interverrebbe a richiesta di quella delle parti, che considera conclusa la fase introduttiva, dopo la notificazione della citazione, lo scambio di memorie e documenti da depositare in cancelleria, per decidere su tutte le questioni relative al contraddittorio (sia come integrazione che sulle chiamate), alle questioni preliminari e pregiudiziali, alla regolarità degli atti, alla loro eventuale nullità ed alle questioni rilevabili d'ufficio, concludendo tale fase con l'ammissione delle prove ritenute ammissibili e rilevanti. Interverrebbe, ovviamente, poi ad istruttoria conclusa con la redazione della sentenza.

Non è dato certamente ad oggi sapere se ed in che modo tutto ciò verrà attuato e, quindi, è impossibile allo stato tentare qualunque tipo di valutazione, però è possibile formulare qualche osservazione sempre dal punto di vista della realizzazione della garanzia della ragionevole durata del giudizio.

È chiaro che sotto tale aspetto sarà importante verificare quali economie concretamente questa sorta di «privatizzazione» del processo possa comportare. Intanto, poiché la litispendenza si ha senza dubbio con la notificazione dell'atto di citazione, ai fini del computo della durata del giudizio dovrà essere calcolata anche la fase preparatoria stragiudiziale ed anche per l'espletamento dell'attività istruttoria sarà necessaria la stessa operazione. Il tutto senza tener conto delle questioni, che potrebbero insorgere, e che dunque sono da decidere, sulla regolarità degli atti e della complessiva attività preparatoria stragiudiziale, e della eventualità, che possano insorgere incidenti nella fase istruttoria circa l'interpretazione del provvedimento ammissivo e delle modalità di assunzione della prova.

Per altri aspetti appare prematuro, per il momento, chiedersi come potrà atteggiarsi il ruolo del giudice specie per quanto attiene la formazione del suo convincimento ai fini della decisione della controversia e quali siano i veri vantaggi per avere un processo civile, in cui la formazione della prova possa avvenire fuori dal processo e dal controllo del giudice stesso, in evidente controtendenza rispetto a quanto è avvenuto, a seguito di animate dispute e di duri scontri, per il processo penale.

Inoltre, se tutto ciò sarà attuato, non può sorgere il dubbio che un'eventuale eccessiva durata del processo non potrà essere imputata allo

Stato, bensì alle parti private ed ai loro difensori, che verrebbero ad avere la gestione di due ampie e significative fasi dell'intero giudizio. Potrebbe porsi, invece, problemi di responsabilità professionale ed andrebbe comunque ripensato qualunque rimedio per l'eventuale equa riparazione del danno, rendendosi inattuabile l'attuale disciplina, cui prima si è fatto cenno.

Quanto finora osservato ovviamente vuole essere un contributo per una riflessione sulla riforma complessiva del processo civile e non certo una critica all'elaborato dei provvedimenti urgenti oggetto di discussione: non era, infatti, nei propositi di questo limitato intervento incidere profondamente o tantomeno risolvere definitivamente le problematiche connesse al contenimento della durata dei processi civili. Certamente le novità sopra ricordate si rivelano utili a favorire possibili soluzioni.

È piuttosto evidente che nessuno forse si è mai illuso e di sicuro non può illudersi oggi che l'efficienza della giustizia civile possa realizzarsi soltanto attraverso la riforma della disciplina processuale. Quest'ultima costituisce senza dubbio una componente di grande rilievo, in quanto, nella sua funzione ineliminabile di predeterminazione delle regole, non deve lasciare spazi a possibili abusi da parte dei soggetti privati. Invero, è stato da molto tempo ripetuto e da più parti che la riforma deve essere anche strutturale e, quindi, supportata da tutta una serie di ulteriori interventi, che possano consentire alla disciplina medesima di realizzare il suo obiettivo istituzionale. Altrimenti risulta necessario procedere con un ragionamento e con una logica concreta ma minimalistica, del tipo cioè di tentare di ottenere il miglior processo possibile, in quanto correlato all'organizzazione ed alle risorse disponibili: il che è comprensibile come momento transitorio, ma non è accettabile, in quanto non può essere un punto di arrivo ed una sistemazione ragionevole di una seria e meditata riforma complessiva. Pertanto, quando i tempi saranno ritenuti maturi per la riforma finale, questa non potrà essere disgiunta da previsioni incidenti sulla organizzazione del servizio giustizia: è stato più volte segnalato che si dovrà intervenire sul completamento dell'organico dei magistrati, sulla valorizzazione della magistratura onoraria e dei giudici di pace con incremento sempre di organici e con una razionale distribuzione delle risorse, sulla revisione delle circoscrizioni giudiziarie e sulla organizza-

zione degli uffici, che concorrono alla espressione della funzione giurisdizionale.

In occasione di ogni riforma, tentata o introdotta, si è soliti ripetere che questa viene limitata alla sola modificazione della disciplina processuale, in quanto è realizzabile a costo zero. Che una riforma non accompagnata da investimenti di supporto risulti solo di facciata è fin troppo evidente, ma che non abbia costi non è affermazione condivisibile. Esistono, al contrario, rilevanti costi sociali, purtroppo non facilmente valutabili e percepibili: basti pensare all'aggiornamento ed alla riqualificazione dei magistrati, degli avvocati, del personale amministrativo, alle ricadute sull'insegnamento universitario, di tutto l'apparato, cioè, che a vario titolo è impegnato a collaborare per il funzionamento del servizio giustizia.

Nel frattempo, però, un contributo alla migliore distribuzione dei carichi di lavoro può essere da subito attuato con misure, che dovrebbero comportare un effetto deflattivo degli attuali incumbenti sulla magistratura ordinaria, corrispondendo, peraltro, in maniera congrua e sufficientemente sperimentata alla domanda di giustizia oggi insoddisfatta (se corrisponde al vero la pendenza di milioni di processi civili ed un onere annuo spropositato rispetto alla media sopportabile gravante su ciascun magistrato) ed a quella futura prevedibile.

Oltre alle accennate disincentivazioni con la sanzionabilità più adeguata alla lite temeraria ed alla violazione del dovere di lealtà e probità processuale, oltre al ricorso a provvedimenti anticipatori delle sentenze di condanna idonei a definire le controversie senza dover giungere alla pronuncia di una sentenza, oltre ad una migliore scorrevolezza ed incisività del processo esecutivo, si potrebbe pensare, previo completamento dell'organico, ad un incremento della competenza civile per valore ed anche per materia del giudice di pace, così come è stato già prospettato.

Ed ancora, si potrebbe sempre prontamente procedere ad un allargamento dell'istituto dell'arbitrato rituale, andando ad incidere sull'area dei diritti compromettibili ad arbitri mediante una revisione delle attuali categorie dei diritti definiti indisponibili e soprattutto mediante un serio ripensamento delle norme c.d. inderogabili, che, in quanto tali, impediscono la compromettibilità di certe controversie. Si potrebbe pensare anche ad un potenziamento dei poteri da attribuire agli arbitri ed forme

obbligatorie di conciliazione stragiudiziale almeno per certi tipi di controversie.

Queste indicazioni, se condivise, ed altre immaginabili possono probabilmente subito entrare a far parte del disegno di legge, per agevolare il raggiungimento dell'obiettivo della realizzazione di un processo civile, che consenta una definizione delle controversie in un termine ragionevole. L'impresa non dovrebbe risultare impossibile solo che si pensi che tale risultato è stato raggiunto in altri ordinamenti della comunità europea, che hanno una legislazione processuale molto simile alla nostra.

La soluzione si presenta oggi più facile, poiché da tempo è stata spezzata la correlazione tra diritto soggettivo con la sua tutela attraverso il processo ordinario e la sua definizione con sentenza. In altre parole l'ordinamento processuale ormai si esprime con una serie di processi civili, che realizzano, in considerazione del diritto oggetto di giudizio, una tutela differenziata quanto meno a livello procedimentale e talvolta a livello di provvedimento finale e questo è un dato ormai accettato. Invero, le situazioni giuridiche sostanziali anche nella loro evoluzione, nella loro novità e nelle loro implicazioni proprio a fini di tutela possono richiedere strumenti differenziati. I vari procedimenti, che possono loro essere adottati, debbono soltanto rispettare alcuni valori essenziali ed immutabili già ricordati e, cioè, l'effettività del contraddittorio, realizzabile peraltro in forme diverse, la terzietà e l'imparzialità del giudice e la durata ragionevole, per ottenere una decisione, elementi questi in assenza dei quali non si può dire trattarsi di un «giusto processo».

Nel tempo si sono persi per via i valori di antico sapore, quali i principi di oralità, di concentrazione e di immediatezza, ma occorrerà operare in modo che almeno tutto questo trovi giustificazione in un recupero di effettiva funzionalità dello strumento processuale.

Quest'ultimo è un aspetto, che non può essere mai dimenticato: il carattere essenziale della strumentalità del processo civile lo indirizza naturalmente alla soluzione dei problemi e non dovrebbe mai esso stesso e la sua disciplina costituire in sé un problema, come troppo spesso accade a motivo dell'atteggiamento degli operatori, attratti maggiormente dalla interpretazione delle regole del processo che dal perseguimento del risultato finale richiesto dai soggetti privati.

Un processo funzionale non dovrebbe essere troppo difficile da costruire, anche perché l'efficienza è una caratteristica, che non presuppone e che non è collegabile a scelte ideologiche o politiche. In altre e più dirette parole, non esiste un processo civile di destra ed uno di sinistra, esiste solo un processo civile efficiente o non, in quanto di tutti i valori assunti nell'art. 111 Cost. per la definizione del giusto processo quello della ragionevole durata è sicuramente il più neutro ed oggettivo.

Ma per operare in questa direzione occorrono alcune essenziali condizioni ambientali, poiché il processo di riforma legislativo deve essere accompagnato da un processo di rinnovamento culturale: si sente la necessità di un mutamento di mentalità e di abitudini, mutamenti che per essere realizzati richiedono un percorso di formazione per tutti gli operatori.

Ed a questo riguardo non si può non dire del ruolo delle università e delle scuole. Esiste una moltitudine di iniziative caratterizzate da un elemento comune: ciascuna componente professionale, per non usare il termine «corporazione», pretende il monopolio per l'accesso e quindi una propria scuola. Vi sono quelle notarili, quelle forensi e si parla da qualche tempo anche di una per la formazione dei magistrati.

Al contrario bisognerebbe disporre di una palestra comune, in cui lavorare insieme per una solida cultura di base, idonea anche a creare una legittimazione reciproca specie tra avvocati e magistrati, e per produrre uno sforzo coordinato per il raggiungimento di un obiettivo, che non può non essere unico e condiviso da tutti.

Le scuole di specializzazione per le professioni legali possono costituire questo momento unificante di formazione per l'accesso e dovrebbero anche costituire il momento comune permanente per il necessario aggiornamento imposto dall'evoluzione naturale delle problematiche. In essa sono istituzionalmente già rappresentate tutte le categorie e, pertanto, andrebbe sicuramente potenziata e favorita con tutta una serie di interventi per una sua migliore collocazione sulla base delle indicazioni emerse dalle prime esperienze.

La riforma della giustizia civile è un fatto di estrema importanza in assoluto ed è per questo che necessita del concorso per un apporto propositivo di tutte le istituzioni culturali e professionali, che dovrebbero essere coinvolte maggiormente e preventivamente nella elaborazione del progetto finale di riforma del processo, come è avvenuto per tutti i gran-

di cambiamenti legislativi del passato, fermo restando che la decisione spetta ovviamente a chi si è assunto l'onere di governare.

Conclusivamente, per tornare al tema, se si deve dare un giudizio positivo sulle ipotesi di riforma urgente di alcuni istituti del processo civile così come formulate nella proposta governativa questo non può che essere positivo, mentre non si può far altro che attendere e guardare fiduciosi la proposta finale di riforma del codice di rito in fase di elaborazione da parte della Commissione Ministeriale.

BRUNO CAVALLO

LA PROPRIETÀ DEI BENI C.D. ARCHEOLOGICI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I molteplici modelli di proprietà. — 3. La proprietà privata di beni archeologici. — 4. La proprietà pubblica statale dei beni archeologici. — 5. Le altre forme di proprietà pubblica di beni archeologici: a) beni archeologici degli enti autarchici territoriali. — 6. b) Beni archeologici in proprietà di enti pubblici non territoriali. — 7. Il sottosuolo e i beni archeologici. — 8. La ricerca archeologica e la proprietà dei beni archeologici scoperti. — 9. L'archeologia subacquea e la proprietà dei beni archeologici. — 10. La zona di rispetto e la tutela del bene archeologico immobile. — 11. Considerazioni conclusive. — 12. Nota bibliografica.

1. — Il vigente testo unico sui beni culturali non risulta significativamente innovativo per la disciplina dei beni archeologici: fotografa, infatti, il modello paradigmatico predisposto a suo tempo dalla legge n. 1089/39. Per beni archeologici oggi s'intendono, in via puramente convenzionale, le cose mobili ed immobili riconosciute come *res* d'interesse archeologico, ai sensi della vecchia (ma tuttora validissima ...) normativa. L'uso gergale della locuzione trova una seppur debole giustificazione nell'appartenenza di queste *res* al patrimonio culturale della nazione (art. 9 cost.); nonché nel linguaggio, con cui si esprime anche il più moderno legislatore.

Mi riferisco all'ondivaga nozione di bene culturale, che variamente aggettivata, dovrebbe risultare esaustiva per tutte le molteplici ipotesi di beni culturali. Sennonché la definizione di bene culturale (quale testimonianza avente valore di civiltà) è del tutto indifferente per la tematica dei beni c.d. archeologici: appartengono, infatti, al patrimonio archeologico soltanto le *res* il cui interesse culturale è riconosciuto, attraverso una specifica qualificazione giuridica. Ne consegue che non tutte le *res*, mobili ed immobili, che costituiscono testimonianze materiali nel settore archeologico, aventi valore di civiltà, sono giuridicamente beni archeologici.

L'indeterminatezza ontologica delle *res* d'interesse archeologico costituisce, inoltre, ulteriore elemento di varietà per l'individuazione dei beni archeologici. Non è il diritto che stabilisce quando una *res* sia d'interesse archeologico, bensì una pubblica amministrazione che assegna all'ar-

cheologia un certo manufatto espresso da una certa civiltà non più contemporanea. Ma anche il confine tra il presente ed il passato è labile. Già le cose che interessano la paleontologia, la preistoria, le primitive civiltà, costituiscono il riferimento di più alta datazione. Ma esiste addirittura una pretesa archeologia industriale che giunge sino al novecento: *ope legis*, tutti i mezzi di trasporto con più di 75 anni sono stati dichiarati beni culturali!

Da ultimo, va rimarcato come la distinzione fra bene archeologico e bene culturale artistico o storico sia alquanto indeterminata, specie a livello normativo. Il reperto archeologico si perde, dunque, nella notte dei tempi per arrivare sino al mondo contemporaneo: il limite temporale, invalso nell'amministrazione, è di considerare la civiltà altomedioevale lo spartiacque, privilegiando il settore archeologico per il «prima» e quello storico-artistico per il «dopo». Si tratta, comunque, di una soluzione empirica assai poco convincente, così come identicamente appaiono altre rappresentazioni adombrate, seppure a fini diversi, da un disattento legislatore (alludo all'elenco A che i *mercatores* di reperti archeologici, aventi più di cento anni ..., devono tenere compilato ai sensi dell'art. 62 cit. t.u.).

2. — Il regime della proprietà si diversifica a seconda delle soluzioni che vengono date alla qualificazione delle 'cose d'interesse archeologico'. Nel caso negativo, in mancanza cioè della notifica per i mobili ovvero dell'imposizione del vincolo per i beni immobili, le *res* sono *in commercium*, e quindi trasmissibili *jure privatorum*. È diffusa, in altri termini, la proprietà privata di cose d'interesse archeologico, specie mobili: si pensi all'imponente fenomeno, anche economico, del mercato antiquario e le sue implicazioni con quella 'corte dei miracoli' rappresentata dal sempre fiorentemente mercato clandestino. Per limitare il danno che falsi, falsari, ladri e tombaroli fanno quotidianamente al patrimonio culturale, la normativa predispone, a tutela dell'acquirente e dell'interesse pubblico, talune *regulae*, che delimitano il *commercium* del reperto archeologico (*regulae* che nella pratica si sono rivelate, peraltro, scarsamente efficaci). Alludo, da un lato, al certificato di autenticità e di provenienza (art. 63 t.u.) che dovrebbe evitare l'incauto acquisto; dall'altro, alla denuncia di attività commerciale da parte dell'antiquario, con relativa comunicazione alla competente sovrintendenza dell'elenco dei reperti archeologici in possesso (art. 62 all. A).

Ma anche significativi beni immobili, che esprimono emergenze archeologiche, sono di proprietà privata. Si pensi ad una villa che insiste su una *domus* romana, alla cantina ricavata in una tomba etrusca. Altro problema è costituito dall'utilizzazione edilizia di terreni in cui insistono ruderi archeologici ovvero che si suppone possano essere aree di interesse archeologico (seppure non ancora soggette a vincolo). Lo *jus aedificandi* è condizionato dalla possibile presenza di un bene che potrebbe poi essere qualificato come archeologico. La tutela delle aspettative del privato può portare a forme di utilizzazione separata dell'edificio (si pensi alla sede della facoltà di scienze naturali a Perugia ...) ovvero all'acquisizione forzosa della proprietà privata mediante espropriazione e confisca.

Più comunemente, il problema si risolve mediante l'adozione di talune prescrizioni urbanistiche, che, quali clausole accessorie, vengono apposte alle concessioni edificatorie in aree in cui sia presente un interesse archeologico: alludo all'onere del costruttore di avvisare la locale sovrintendenza dell'inizio dei lavori, al fine di consentire una sorveglianza sullo scavo.

3. — Con la notifica una collezione privata di reperti archeologici acquista la qualificazione di *res* di interesse archeologico: i reperti, da semplici 'cose' private *in commercium* diventano dei specifici beni culturali, appunto archeologici. È trasparente, malgrado la lettera della normativa, l'effetto costitutivo e non soltanto dichiarativo della notifica operata dall'amministrazione.

Meccanismo analogo si riscontra per i beni immobili privati, qualora intervenga l'apposizione del vincolo d'interesse archeologico, che, come significativa limitazione al diritto reale principe, deve essere trascritto nei registri immobiliari delle conservatorie.

I poteri di godimento e di disposizione del proprietario privato vengono potentemente condizionati dalla funzione sociale del bene archeologico: si pensi alle problematiche concernenti la conservazione, il restauro e la fruizione del medesimo che introducono corrispondenti limiti ai tradizionali liberi modi di esercizio del potere dominicale. A ciò corrisponde un potere di controllo e vigilanza della amministrazione, che, nel caso di comportamento inottemperante del privato, può giungere alla confisca ovvero all'espropriazione del bene archeologico (per i beni im-

mobili, cfr. in specifico l'art. 93 t.u.). Anche il *commercium* di questi beni archeologici privati è fortemente compresso: basti ricordare il diritto di prelazione a favore dello Stato, che opera in ogni caso di alienazione avvenute per oggetto beni archeologici mobili ovvero immobili (art. 59 e ss.).

4. — Sulla base di una nota disposizione codicistica (art. 822, 2° co., c.c.) gli immobili riconosciuti di interesse archeologico, che appartengono allo Stato, ne costituiscono il demanio pubblico. Dalla natura giuridica della demanialità deriva con sufficiente chiarezza la conseguente indisponibilità, l'imprescrittibilità, nonché l'inalienabilità di questi beni archeologici, che rimangono nella titolarità esclusiva dello Stato. Sono assimilati a questo regime pubblicistico i beni archeologici mobili (che costituiscono «le raccolte dei Musei statali»), ivi compresi ovviamente i reperti, derivanti dagli scavi compiuti anche all'estero, conservati negli estesi magazzini, pertinenze dei musei ('materiali' in grande maggioranza mai esposti, ma comunque facenti parte delle raccolte museali, quanto meno in via pertinenziale).

5. — Per regioni, province, comuni (nonché per le aree metropolitane di recente introduzione) l'art. 824 c.c. prevede una sorta di estensione del regime demaniale per quanto concerne la titolarità dei beni archeologici. Si tratta di un patrimonio indisponibile dallo spessore assai simile a quello del demanio statale. È il caso, inoltre, di ricordare che in talune regioni a statuto speciale (mi riferisco, soprattutto, alla Sicilia) sono state trasferite buona parte delle collezioni museali già appartenenti allo Stato, sicché è l'ente regione il soggetto che dispone del maggior numero di beni archeologici mobili presenti nel territorio. Questo è un *trend* destinato a durare ed intensificarsi, specie alla luce del c.d. federalismo amministrativo. Si tratta più che di immobili (siti archeologici), di beni mobili, che spesso costituiscono cospicue collezioni museali: si pensi, seppur ad altri fini, alla miriade di musei civici, sparsi nell'Umbria, dotati sovente di significativi reperti romani ad etruschi.

6. — Anche qui si tratta, prevalentemente, di beni mobili (collezioni archeologiche, numismatiche ...) che, se offrono una fruizione museale, rientrano nell'ampia nozione categoriale di beni destinati ad un pubblico

servizio, eppertanto sottoposti al regime proprio del patrimonio indisponibile, simile a quello degli enti territoriali.

Gli enti pubblici possono essere i più vari: dalle banche pubbliche, alle fondazioni *non profit* ..., sino a giungere, come area di incerto confine, ai molteplici enti ecclesiastici, che godono di una ulteriore normativa speciale, di stampo concordatario, oltre quella prevista dalla codificazione civile (artt. 828, 2° co., 830, 2° co., 831). È noto, infatti, che numerosi enti ecclesiastici (mense vescovili, opere, parrocchie ...) sono proprietari di beni archeologici, non solo mobili, anzi in specie immobili, collegati o quantomeno collegabili materialmente all'esercizio del culto. L'archeologo dovrà affrontare un'ulteriore complicanza normativa, appunto quella 'concordataria', quando si scava sotto la chiesa di S. Andrea ad Orvieto ovvero a S. Restituta a Lacco Ameno d'Ischia! *Va sans dire* che quando il bene archeologico non sia destinato funzionalmente ad un servizio pubblico, la proprietà del medesimo da parte dell'ente perde ogni carattere pubblicistico, per diventare una proprietà privata di bene archeologico, sottoposta a quelle limitazioni, che si sono già viste nel caso del proprietario privato di beni archeologici.

7. — È bene ricordare che fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato (una sorta di demanio pubblico 'minore') anche le «cose d'interesse archeologico» da chiunque ed in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo. Non è questa la sede per approfondire la nozione di sottosuolo: è sufficiente qui sottolineare come la norma del codice (art. 826, 2° co.) scinda, per trasparenti scelte pubblicistiche, la proprietà superficiale dalla proprietà dei beni archeologici 'mobili' rinvenuti in qualunque modo nel fondo. Si tratta di una proprietà pubblica, parademaniale, originaria, non intaccata dal c.d. premio, dovuto, in ragione del quarto del valore, al ritrovatore fortuito e fortunato (art. 89 t.u.).

C'è da chiedersi come orientarsi in taluni casi limite, in cui la nozione di sottosuolo, nella sua tradizionale configurazione, si presenta di incerta individuazione.

Ad esempio, il ritrovamento in superficie, per affioramento di un reperto: sembra assimilabile al ritrovamento nel sottosuolo. Ancora: il ritrovamento di monete in materiale di scavo trasportato in altro sito (discarica): caso frequente in lavori di sbancamento edilizio. Anche qui do-

vrebbe prevalere il momento originario del sottosuolo. Infine: con la demolizione di un fabbricato, si rinviene un tesoretto monetale. *Quid juris?* Nella fattispecie, tutt'altro che infrequente, non ci dovrebbe essere 'sottosuolo', bensì la connessione materiale con la proprietà privata del fabbricato.

8. — Altra problematica è quella offerta dalla ricerca archeologica eseguita direttamente dalle competenti soprintendenze ovvero, come spesso accade, da soggetti diversi, pubblici o privati, a ciò autorizzati dalla pubblica amministrazione.

Per il ritrovamento di beni archeologici mobili, rinvenuti nello scavo, e quindi nel sottosuolo, si applica automaticamente il meccanismo acquisitivo della proprietà pubblica *supra* delineato. L'acquisizione, infatti, è diretta nel patrimonio indisponibile dello Stato, salva la destinazione di una parte dei reperti, sempre a scelta dell'amministrazione, a titolo indennizzatorio per le spese sostenute dallo 'scavatore', diverso da quello statuale.

Altro discorso deve condursi per il bene archeologico immobile 'riesumato' con lo scavo, la cui fruizione e conservazione richiama la pubblica acquisizione. Il proprietario del fondo (è indifferente se pubblico o privato ...) viene espropriato ed il bene archeologico entra nel demanio pubblico dello Stato. Nelle more di questa soluzione, specie quando lo scavo richiama numerose campagne annuali d'indagine, al privato proprietario può essere lasciato il godimento del bene con particolari vincoli: limitazioni circa l'aratura, la coltivazione etc. Si limita in questi casi l'ablazione alla occupazione temporanea di quelle particelle catastali interessate saltuariamente dai saggi di scavo, che vengono poi (nel periodo invernale ...) ricoperti. Solo ad indagine completata si procederà alla definitiva espropriazione del complesso archeologico così messo in luce.

9. — Problematica ulteriormente diversa è quella offerta dall'archeologia subacquea, che sta assumendo uno spessore sempre più significativo.

Cominciamo dal ritrovamento fortuito del subacqueo di un reperto archeologico: la proprietà pubblica (demaniale) del bene mobile non deriva dalla natura del luogo, di certo non assimilabile al sottosuolo, bensì dal carattere demaniale dello specchio d'acqua, marino o lacustre che sia.

Identico discorso si ha per il ritrovamento, sempre in acque territoriali o in laghi, durante l'esercizio della pesca. Allo scopritore spetta il solito premio liquidato dall'amministrazione. Soluzione analoga, anche se alquanto forzata, è stata adombrata dalla giurisprudenza per il ritrovamento effettuato dal peschereccio in mare aperto: è nota la sentenza, ormai risalente ..., del Tribunale di Siacca la quale ritiene la rete pertinenza della nave e quindi sottosuolo della stessa, cioè del *territoire flottant* dello Stato (*sic!*).

Il problema è ulteriormente complicato dalla presenza dell'art. 511 c. nav. che, nel recente passato, sembrava introdurre una normativa speciale in deroga rispetto a quella prevista dalla legge generale n. 1089/39. Il ritrovatore di relitti contenenti reperti d'interesse archeologico doveva segnalare la scoperta all'autorità marittima, che a sua volta doveva curarne la possibile consegna al proprietario (*sic!*). Solo in assenza di questi ..., si poteva procedere alla devoluzione del reperto al patrimonio indisponibile dello Stato.

Alla luce della più recente normativa (vigente t.u.) pare farsi strada una soluzione più facilmente percorribile: il peschereccio che aggancia con la sua rete i bronzi di Riace, il sommozzatore che trova il relitto sommerso di una nave oneraria romana fanno emergere un bene archeologico non da un sottosuolo privato, bensì da un bene pubblico già dichiarato demaniale, il quale comunica la sua demanialità al bene mobile archeologico.

Conclusioni analoghe possono essere tratte quando il ritrovamento subacqueo non è fortuito, ma frutto di una ricerca subacquea di 'scavo': anche in questo caso la proprietà pubblicistica dei reperti discende dalla natura demaniale del sito in cui è condotta l'indagine archeologica. È trasparente, comunque, la necessità che tutta la materia riceva una adeguata disciplina: all'uopo era stato presentato un disegno di legge nella scorsa legislatura (Camera Dep. 25 luglio 1996, n. 1984), confluito nel c.d. progetto di legge Urbani recante disposizioni per l'esercizio dell'attività archeologica subacquea. Il vigente t.u. dovrebbe trovare così completa attuazione non solo per il mare territoriale, ma anche per quella zona di mare 'aperto' entro le dodici miglia a partire dal limite esterno del mare territoriale.

10. — Il perimetro della zona di rispetto, attorno ad un sito archeologico monumentale, ha la funzione di creare un'area pertinenziale a tutela dell'integrità e della fruizione del bene culturale. L'istituto, di per sé ottimo, offre una sicura salvaguardia, asservendo la proprietà privata, limitrofa ad un bene archeologico, ad una serie di comprensibili limitazioni, ampiamente giustificate dalla funzione sociale del bene pubblico. Si tratta, forse, più che di una pertinenza della proprietà demaniale, di una servitù pubblica in cui il fondo dominante è costituito dal bene immobile archeologico, ed i fondi serventi dalle proprietà private circostanti. Nella pratica, purtroppo, questo efficace strumento di tutela è stato scarsamente e malamente utilizzato da una amministrazione troppo sovente imbecille e latitante: Agrigento e Paestum docent!

11. — La rassegna sulla proprietà dei beni archeologici così si conchiude, sottolineando la grande varietà di modelli presenti nel nostro sistema normativo. Questa pluralità di regimi della proprietà per i beni archeologici non deve sorprendere, né essere considerata negativamente, in quanto costituisce una dovuta differenziazione a fronte di una pluralità di soggetti 'proprietari'; a ciò si aggiunge una pluralità ontologica di diverse *res* d'interesse archeologico.

Già si è detto anche in premessa della indeterminatezza dei confini propri della archeologia: la qualificazione nozionale non spetta all'operatore giuridico, che la deve invece mutuare da altra comunità scientifica, tramite la mediazione della pubblica amministrazione (che per antonomasia ... si dice generalmente competente).

Non è una procedura definitoria che si presenti sempre felice e persuasiva nelle sue conclusioni, dal momento che sovente le soluzioni adottate possono ubbidire a mode culturali variabili nel tempo, che costringono il giurista ad occuparsi di archeologia e l'archeologo ad inoltrarsi nell'insicuro labirinto del nostro diritto positivo.

Ma questo può anche produrre un moto virtuoso d'interscambio culturale e collaborativo: il *doctor juris* più attento al diritto vivente, l'archeologo consapevole che anche con il codice il passato viene scavato nel presente per un futuro di godimento e conservazione.

12. — Il vigente testo unico 29 ottobre 1999, n. 490, è stato oggetto, in sede di una prima lettura, di una certa letteratura prevalentemente commentaristica: alludo a *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2000. Discorso assai più approfondito è stato invece condotto da *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, a cura di P.G. FERRI e M. PACINI, Milano, 2001, nel cui ambito è da segnalare il bel saggio di G. SEVERINI, *Il concetto di «bene culturale» nel testo unico*, p. 25 ss., che riprende, sviluppandola persuasivamente, un'impostazione sistematica da me già a suo tempo proposta (vedi B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, p. 211 ss., pubblicato anche in *Memorabilia: il futuro della memoria*, Roma-Bari, 1987, I, p. 12 ss.).

Per una più analitica informativa, specie per le problematiche relative al sottosuolo ed alla ricerca archeologica subacquea, si rinvia all'ottimo lavoro di T. ALIBRANDI e P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1995, 3^a ed., *passim*.

STEFANO FANTINI

LA PROPRIETÀ ED IL SOTTOSUOLO

SOMMARIO: 1. L'articolo 840 del codice civile. — 2. Ipotesi interpretative. — 3. La proprietà del sottosuolo. — 4. Il regime degli acquedotti. — 5. Bibliografia essenziale.

1. — Nello studio del regime del sottosuolo assume rilievo fondamentale la norma dettata dall'art. 840 del codice civile in tema di proprietà fondiaria.

Si tratta di una norma complessa, che risente dell'influenza di diverse culture giuridiche (principalmente di quella francese, ma in parte anche di quella tedesca), che si riflettono sul suo contenuto precettivo.

L'art. 840 si compone infatti di due commi, il primo dei quali afferma il principio secondo cui «la proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, ed il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino», salve le deroghe derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche, etc.

In tal modo il primo comma dell'art. 840 sembra accedere alla teoria dell'estensione verticale della proprietà fondiaria, ben sintetizzata nella frase, generalmente attribuita a Cino da Pistoia, secondo cui *cuius est solum, eius est usque ad sidera usque ad inferos* (è opportuno precisare che detto principio probabilmente non appartiene al diritto romano, ma è stato elaborato dalla dottrina medievale, e poi recepito dalla codificazione napoleonica, e da quelle derivatene, tra cui il codice civile del 1865).

Il secondo comma dell'art. 840 del codice, con una specificazione negativa, afferma che peraltro «il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgono a tale profondità nel sottosuolo ... che egli non abbia interesse ad escluderle».

Se ne inferisce un'evidente limitazione del principio, affermato dal primo comma, dell'estensione verticale della proprietà a favore del *dominus soli*, il quale si vede privare di una significativa facoltà dominicale,

quale è appunto lo *ius opponendi* (espressione dello *ius excludendi omnes alios*), verosimilmente in applicazione del criterio dell'interesse, elaborato da Jhering⁽¹⁾.

È indubbia l'interna disarmonia tra le due parti della norma in esame, ove la seconda viene a limitare il principio di estensione verticale della proprietà, proclamato dal primo comma, seppure con soluzione non pienamente soddisfacente, in ragione dell'estrema relatività (si potrebbe dire, quasi, soggettività) del concetto di interesse, la cui rigorosa applicazione, imponendo di guardare alle potenziali capacità di sfruttamento del fondo, sarebbe tale da comportare confini geometrici della proprietà elastici e variabili.

2. — Sebbene l'ermeneusi letterale della norma non consenta di pervenire, come ora evidenziato, a soluzioni del tutto appaganti, e prive di ogni margine di opinabilità, due sono le principali elaborazioni dottrinali proposte in tema di proprietà del sottosuolo.

a) La teoria, potremmo definire classica, ritiene che l'art. 840 del codice civile risolva non solo un problema di appartenenza, ma evidenzi (ed il profilo assume un grande rilievo sistematico) anche che suolo e sottosuolo possono divenire oggetto di separati atti e rapporti giuridici, e dunque possono essere considerati beni in senso giuridico⁽²⁾.

Ciò è percepibile ove nel sottosuolo vi siano entità aventi una propria individualità economico-giuridica ben riconoscibile (si pensi alle grotte, ovvero ai reperti archeologici, etc.), e dunque in presenza di «beni contenuti nel sottosuolo», che possono appartenere anche a soggetti diversi dal *dominus soli*.

Ma anche allorché tale requisito di individuazione fisica e materiale non sia *ictu oculi* ravvisabile, deve ormai ritenersi acquisita alla teoria generale del diritto la distinzione tra cosa e bene giuridico, che consente di

⁽¹⁾ L'idea che l'estensione verticale della proprietà debba essere commisurata all'interesse del proprietario è stata elaborata, in sintonia con la sua concezione del diritto soggettivo, da R. JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher*, VI, 1863, p. 81 ss.

⁽²⁾ In argomento si veda F. DE MARTINO, *Beni in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub art. 840*, pp. 183-184, nonché ancora C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, Milano, 1999, pp. 206-207.

fondare in un'unica entità materiale una pluralità di beni ogniqualvolta nella cosa siano separabili diverse utilità o valori autonomamente garantiti dalla legge⁽³⁾.

b) La seconda ipotesi ricostruttiva sul regime del sottosuolo prende le mosse dall'impossibilità di dimostrare *ex positivo iure* l'automatica estensione della proprietà del suolo al sottosuolo, per arrivare ad affermare che il sottosuolo, lungi dall'essere un bene oggetto di proprietà, è da considerare piuttosto come un mero spazio, al pari dell'area sovrastante al suolo⁽⁴⁾.

In questa prospettiva, il problema giuridicamente rilevante appare quello di vedere fino a che punto il proprietario fondiario possa esercitare le proprie facoltà dominicali nello spazio sottosuolo rispetto ai terzi.

Conseguentemente l'art. 840 del codice civile si viene a caratterizzare come norma che individua una serie di criteri di composizione dei conflitti di interesse nello spazio (c.d. metodo dinamico).

Si può in sintesi affermare che le due teorie esposte in forma estremamente semplificata, e che conoscono ulteriori specificazioni al loro interno, nonostante le differenti soluzioni cui pervengono sotto il profilo del regime di appartenenza, convergono peraltro su due punti, che appaiono importanti dal punto di vista sistematico: anzitutto riconoscono tre livelli di sottosuolo (quello immediatamente sottostante al suolo, del quale si occupa il primo comma dell'art. 840 del codice; il sottosuolo profondo, cui fa riferimento il secondo comma della predetta norma; ed infine «gli inferi», che non hanno rilievo per il diritto, non essendovi beni in senso giuridico) ed inoltre presuppongono, come già si diceva in precedenza, che suolo e sottosuolo possono divenire oggetto di separati atti e rapporti giuridici.

3. — Le considerazioni finora svolte hanno dunque cercato da un lato di enucleare il regime di appartenenza del sottosuolo, e dall'altro lato di evidenziare come il sottosuolo costituisca, a tutti gli effetti, un bene giuridico autonomo rispetto al suolo.

⁽³⁾ In materia cfr. S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962.

⁽⁴⁾ È questa la tesi espressa da C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, p. 419 ss., nonché ID., *Sottosuolo*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 644 ss.

Non si è dunque fatto riferimento alla proprietà, privata o pubblica, del bene immobile.

È importante peraltro considerare che varie possono essere le condizioni dei beni siti nel sottosuolo, in applicazione del principio di estensione del regime proprietario del suolo, che risulta, a mio avviso, l'ipotesi ermeneutica più condivisibile, perché idonea in misura maggiore ad attribuire una relativa certezza al regime di appartenenza del sottosuolo stesso.

Si possono dunque avere beni di proprietà privata, beni di proprietà pubblica, ed anche beni privati di interesse pubblico ⁽⁵⁾.

In particolare, in quest'ultima categoria di beni, al ricorrere di certe condizioni, possono essere ricompresi i beni culturali «notificati», in quanto di interesse particolarmente importante.

Va ricordato che il differente regime di appartenenza si riflette sulle modalità di acquisto del bene: ove privato, in particolare, questo sarà suscettibile di acquisto a titolo originario, mediante l'usucapione (istituto basato sul possesso, che deve essere pacifico e pubblico, continuo e non interrotto, e protratto per venti anni, ovvero dieci, in caso di usucapione abbreviata).

Più complessa è la tematica con riferimento ad un bene pubblico, che generalmente (salvo il caso del bene appartenente al patrimonio disponibile) non può essere acquistato per usucapione, ma può essere interessato da un diverso istituto, che presenta il fascino delle cose rare, e cioè l'immemorabile ⁽⁶⁾.

È, quest'ultimo, un istituto di matrice romanistica, basato sul decorso del tempo (la *vetustas*), e cioè caratterizzato da un possesso protratto per un tempo così lungo che le sue origini si perdono nel passato, e contro cui non è possibile provare una situazione diversa (*tempus cuius memoria non exstat*).

Occorre precisare come, dal punto di vista degli effetti, l'immemora-

⁽⁵⁾ La categoria dei beni di interesse pubblico è stata elaborata da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1984, pp. 738-739.

⁽⁶⁾ In tema di immemorabile si vedano G.S. COCO, «Immemorabile» (*dir. vigente*), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 161; G. VISMARA, *Immemorabile (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 156; F. SCHUPFER, «Ab immemorabilis», *tempo immemorabile, prescrizione immemorabile*, in *Nuovo Dig. it.*, I, 1937, p. 25.

bile si caratterizza, secondo l'opinione prevalente, in termini di presunzione di legittimità del possesso attuale fondato sulla *vetustas*.

Non è dunque l'immemorabile un modo di acquisto della proprietà, a differenza dell'usucapione (sebbene nel diritto intermedio, probabilmente per un'erronea lettura delle fonti romane, l'immemorabile sia stato interpretato come una sorta di *longi temporis praescriptio*).

Con riferimento poi alla sfera di applicazione dell'immemorabile, è bene ricordare che l'istituto non riguarda più i rapporti *inter privatos*, a seguito dell'abrogazione dello stesso operata dal codice civile del 1865, e confermata, senza soluzione di continuità, dal codice civile vigente.

Esso opera dunque, come premesso, nell'ambito del diritto pubblico, e può anche interessare i beni archeologici, pur in assenza di una disciplina generale ed unitaria.

Sotto questo profilo, la soluzione interpretativa preferibile appare quella di ritenere che l'immemorabile permanga in tutti i rapporti ai quali si applicava secondo le legislazioni preunitarie che lo riconoscevano.

4. — Qualche breve considerazione merita ora la disciplina degli acquedotti nel diritto vigente.

Giova premettere anzitutto che nel lessico giuridico acquedotto è sia l'opera (il manufatto) che conduce l'acqua, che il diritto reale di condurre l'acqua attraverso il fondo altrui, cui fa da *pendant* il corrispondente obbligo del proprietario di dare passaggio per i suoi fondi alle acque per fini utili all'uomo (servitù coattiva di acquedotto, disciplinata dagli artt. 1032 e ss. del codice civile) ⁽⁷⁾.

Ciò chiarito, va subito detto come per lungo tempo si sia dubitato dell'inclusione dell'acquedotto nella nozione di «opera idraulica», cui fa riferimento il più volte citato art. 840 del codice civile, ponendola tra le ipotesi di deroga all'estensione della proprietà del suolo sul sottosuolo.

Certo è, in prospettiva storica, che la nozione di opera idraulica è stata enucleata dal r.d. 25 luglio 1904, n. 523 (t.u. delle leggi intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie) e certo è che da tale *corpus* normativo si evince un concetto di opera idraulica abbastanza ristretto, con-

⁽⁷⁾ Sull'acquedotto nel diritto vigente si veda M.A. LORIZIO, *Acquedotti e canali demaniali*, in *Dig. Disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 72 ss.

cernente le sole opere finalizzate alla salvaguardia del buon regime delle acque ⁽⁸⁾.

Va peraltro considerato che successivamente, a partire dagli anni '70, con la costituzione dell'ordinamento regionale, la nozione di opera idraulica è venuta progressivamente ad inglobare ogni strumento di politica delle acque; già nel 1963 era intervenuta la legge 4 febbraio 1963, n. 129, relativa al piano regolatore generale degli acquedotti, poi varato con d.P.R. 3 agosto 1968, n. 1090.

Oggi, poi, la legge quadro in materia di risorse idriche (legge 5 gennaio 1994, n. 36), nonostante le difficoltà di attuazione in cui versa, riunifica i servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, nonché di fognatura e depurazione delle acque reflue in un unico servizio idrico integrato, che, in quanto tale, importando appunto un'integrazione di natura funzionale, a carattere verticale, delle varie attività corrispondenti al ciclo naturale delle acque, non può non ricomprendere anche gli acquedotti ⁽⁹⁾.

Per quanto concerne dunque il regime giuridico degli acquedotti, va detto che questo si differenzia in relazione all'appartenenza (pubblica o privata) dei manufatti, e non va dunque confuso con quello dell'acqua trasportata e neppure con il regime del suolo su cui l'opera insiste.

Sotto il profilo proprietario, può dunque conclusivamente dirsi che l'acquedotto può appartenere allo stato od agli enti pubblici territoriali, ed in tal caso fa parte del demanio pubblico (*ex artt.* 822, 2° comma, e 824 c.c.), ovvero può appartenere ad enti speciali (c.d. enti acquedottistici, per lo più oggi trasformati in s.p.a.): in tale evenienza, salvo che diversamente dispongano leggi speciali, appartiene al patrimonio indisponibile (*ex artt.* 830 ed 828, 2° comma, c.c.).

Da ultimo, per quanto concerne il profilo gestionale, basti qui ricordare che la già citata legge n. 36/1994 prevede il gestore unico del servizio idrico integrato, e dispone altresì che detta gestione avvenga nelle forme previste dall'ordinamento delle autonomie locali per i servizi pub-

⁽⁸⁾ Sulle opere idrauliche cfr. A. ABRAMI, *Opere idrauliche*, in *App. Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984, p. 507 ss, nonché C. FRASSOLDATI, *Opere idrauliche*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 1006 ss.

⁽⁹⁾ In argomento si veda A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), *Parte Speciale*, II, Milano, 2000, p. 1855 ss.

blici (società miste od aziende speciali), fermo rimanendo che il gestore è legato alla regione da un rapporto convenzionale.

5. — Bibliografia essenziale: A. ABRAMI, *Opere idrauliche*, in *App. Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1984, p. 507; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, Milano, 1999; G.S. COCO, «*Immemorabile*» (*diritto vigente*), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 161; F. DE MARTINO, *Beni in generale*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub art.* 840, p. 183; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), *Parte Speciale*, II, Milano, 2000, p. 1855 ss.; C. FRASSOLDATI, *Opere idrauliche*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 1006; R. JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenbümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher*, VI, 1863, p. 81; M.A. LORIZIO, *Acquedotti e canali demaniali*, in *Dig. Disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 72 ss.; S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1984; F. SCHUPFER, «*Ab immemorabili*», *tempo immemorabile, prescrizione immemorabile*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 25; C. TENELLA SILLANI, *I «limiti verticali» della proprietà fondiaria*, Milano, 1994; ID., *Sottosuolo*, in *Dig. Disc. priv. - Sez. civile*, XVIII, Torino, 1998, p. 644; G. VISMARÀ, *Immemorabile (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 156.

EMANUELE FLORINDI

LA TUTELA DEL SOFTWARE IN SEDE CIVILE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'oggetto della tutela: i programmi per elaboratore. — 3. Le banche dati. — 4. Difese e sanzioni civili. — 5. Norme relative ai diritti di utilizzazione economica. — 6. Norme relative ai giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale. — 7. Le azioni cautelari. — 8. Legittimazione ad agire. — 9. I programmi *shareware*.

1. — Prima di esaminare la tutela civilistica del software, è opportuno tracciare rapidamente la storia della disciplina italiana del diritto d'autore.

La nascita del diritto d'autore può essere idealmente fissata nel periodo successivo al XV secolo dopo Cristo ⁽¹⁾ quando, in seguito all'invenzione della stampa a caratteri mobili, l'attività di produzione editoriale ebbe un notevole sviluppo, tanto da spingere gli autori a richiedere sempre più spesso il diritto di esclusiva sulle proprie opere.

Il primo concreto tentativo di tutela si è sviluppato a Venezia, centro europeo dell'editoria, dove verso la fine del 1400 è nato il sistema dei privilegi concessi dapprima ad editori e stampatori e infine agli stessi autori come riconoscimento dell'azione creativa ⁽²⁾.

In seguito il sistema dei privilegi si è diffuso, espandendosi da Venezia in tutta Europa, rimanendo in uso fino al 1710, anno in cui la Regina Anna emanava in Inghilterra il «*Copyright Act*» che prevedeva il riconoscimento all'autore della proprietà dell'opera e ne garantiva la protezione per un massimo di 28 anni ⁽³⁾.

⁽¹⁾ In tal senso cfr. E. CAMMARATA, Introduzione al diritto d'autore, in *windcloak.it*.

⁽²⁾ In tal senso cfr. E. DE GIUSTI, *Il diritto d'autore*, in *musicologi.com*.

⁽³⁾ «*An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned.*

Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families: for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books; may it please your

Sin da allora, in omaggio ad una lunga tradizione, secondo il diritto d'autore, l'opera si considera composta da due parti il *corpus mysticum* ed il *corpus mechanicum* ⁽⁴⁾: il primo di proprietà esclusiva dell'autore in quanto contenuto dell'opera e, quindi, immagine del suo sforzo creativo, mentre il secondo, trattandosi del mero supporto materiale, appartiene a chiunque lo acquisti.

Per quanto riguarda l'Italia preunitaria, un primo decreto in materia veniva emanato il 12 gennaio 1799 dal governo rivoluzionario piemontese, mentre nel 1801, nella Repubblica Cisalpina, era promulgata una legge organicamente più completa.

Dopo la restaurazione del 1815, si è assistito all'adozione di vari provvedimenti legislativi nello Stato Pontificio, nel Regno delle Due Sicilie,

Majesty, that it may be enacted, and be it enacted by the Queen's most excellent majesty, by and with the advice and consent of the lords spiritual and temporal, and commons, in this present parliament assembled, and by the authority of the same; That from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, the author of any book or books already printed, who hath not transferred to any other the copy or copies of such book or books, share or shares thereof, or the bookseller or booksellers, printer or printers, or other person or persons, who hath or have purchased or acquired the copy or copies of any book or books, in order to print or reprint the same, shall have the sole right and liberty of printing such book and books for the term of one and twenty years, to commence from the said tenth day of April, and no longer; and that the author of any book or books already composed, and not printed and published, or that shall hereafter be composed, and his assignee or assigns, shall have the sole liberty of printing and reprinting such book and books for the term of fourteen years, to commence from the day of the first publishing the same, and no longer; and that if any other bookseller, printer or other person whatsoever, from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, within the times granted and limited by this act, as aforesaid, shall print, reprint, or import, or cause to be printed, reprinted, or imported, any such book or books, without the consent of the proprietor or proprietors thereof first had and obtained in writing, signed in the presence of two or more credible witnesses; or knowing the same to be so printed or reprinted, without the consent of the proprietors, shall sell, publish, or expose to sale, or cause to be sold, published, or exposed to sale, any such book or books, without such consent first had and obtained, as aforesaid: then such offender or offenders shall forfeit such book or books, and all and every sheet or sheets, being part of such book or books, to the proprietor or proprietors of the copy thereof, who shall forthwith damask, and make waste paper of them; and further, That every such offender or offenders shall forfeit one penny for every sheet which shall be found in his, her, or their custody, either printed or printing, published, or exposed to sale, contrary to the true intent and meaning of this act; the one moiety thereof to the Queen's most excellent majesty, her heirs and successors, and the other moiety thereof to any person or persons that shall sue for the same, to be recovered in any of her Majesty's courts of record at Westminster, by action of debt, bill, plaint, or information, in which no wager of law, essoin, privilege, or protection, or more than one imparlance shall be allowed ...».

Statute of Anne, 1710, in http://www.wikipedia.com/wiki/Statute_of_Anne.

⁽⁴⁾ In tal senso cfr. G. JARACH, *Manuale del diritto d'autore*, Milano, Mursia, 1983.

nel Regno di Sardegna ⁽⁵⁾, nel Ducato di Parma e nel Granducato di Toscana, che, però, si rivelano di ben poca utilità, soprattutto in considerazione delle numerosissime frontiere che ne limitavano l'ambito di efficacia e la facilità con la quale, percorrendo soltanto pochi chilometri, si rendeva possibile trascurare impunemente l'esistenza, se non dell'autore, dei suoi diritti ⁽⁶⁾.

Per porre un limite a tale situazione nel 1840 è stata stipulata una convenzione tra gli Stati Sardi, l'Austria ed il Granducato di Toscana ⁽⁷⁾.

La prima legge italiana seguiva di poco l'unificazione del paese e portava la data del 25 giugno 1865.

Tradotta con qualche modificazione, nel testo unico del 19 settembre 1882, n. 1012, rimase in vigore sino al 1926, anno in cui venne sostituita dal decreto legge 7 novembre 1925, n. 1950, contenente disposizioni sul diritto d'autore, e dal relativo regolamento ⁽⁸⁾.

Ad eccezione di poche modifiche, la disciplina rimase invariata sino al 18 dicembre 1942, data in cui entrava in vigore la legge 22 aprile 1941 n. 633 ed il relativo regolamento ⁽⁹⁾, ancor oggi vigente, sia pure con alcune integrazioni tra cui ricordiamo qui la legge 18 agosto 2000 n. 248 che ampie polemiche ha sollevato in dottrina.

⁽⁵⁾ Si pensi alle Regie patenti del 28 febbraio 1826, con le quali il Re Carlo Felice ordinava alcuni provvedimenti in materia di privilegi esclusivi.

⁽⁶⁾ In tal senso cfr. G. JARACH, *Manuale*, loc. cit.

⁽⁷⁾ Si veda «Manifesto Senatorio 26 giugno 1840, n. 301, notificante la convenzione seguita tra S.M. il Re di Sardegna e l'Imperatore d'Austria a favore della proprietà e contro la contraffazione delle opere scientifiche, letterarie ed artistiche», «Manifesto Senatorio 13 luglio 1840, n. 306, con cui si notifica la dichiarazione passata tra S.M. il Re di Sardegna e S.M. l'Imperatore d'Austria rispetto all'esecuzione dell'articolo 14 della Convenzione seguita ultimamente tra le LL.MM. a favore della proprietà delle opere scientifiche, letterarie ed artistiche stata pubblicata con precedente manifesto del 26 giugno scorso», «Manifesto Senatorio 27 febbraio 1841, n. 320, con cui si fa nota l'adesione prestata dai Governi di Lucca, Modena, Parma e Roma alla Convenzione conclusa il 22 maggio 1840 tra S.M. il Re di Sardegna e S.M. per assicurare ai rispettivi sudditi la proprietà delle loro opere letterarie ed artistiche: e si notifica parimenti la convenzione speciale stata allo stesso oggetto conclusa tra S.M. e S.A.I. e S.R. il Gran Duca di Toscana» tutte liberamente reperibili in <http://www.ubertazzi.it/it/doc34.pdf>.

Proprio alle norme di queste convenzioni fece appello Alessandro Manzoni per promuovere una celebre causa contro l'editore Le Monnier, reo di aver riprodotto senza l'autorizzazione dell'autore e, naturalmente, senza corrispondere allo stesso alcun compenso a titolo di diritto d'autore, il romanzo «I promessi sposi» nella prima stesura del 1827.

⁽⁸⁾ Regolamento del 15 luglio 1926, n. 1369.

⁽⁹⁾ Regolamento del 18 giugno 1942, n. 1369.

Con il passare degli anni, grazie all'intervento del legislatore la legge sul diritto di autore si è evoluta adeguandosi allo sviluppo tecnologico e giungendo infine a tutelare anche il software.

È evidente che l'effettivo riconoscimento di un diritto non è di per se stesso sufficiente perché questo ottenga il rispetto da parte della collettività, ragione per cui si rende necessario realizzarne la protezione, attraverso una combinazione di norme civili e penali volte a garantire l'efficacia e l'effettiva attuazione della norma che lo costituisce.

In origine, prevalse la convinzione che la sanzione penale fosse un valido rimedio per reprimere dette violazioni, ritenendosi che ad ogni singolo diritto riconosciuto dalla legge sulle opere d'ingegno dovesse corrispondere una sanzione di carattere penale da infliggersi all'autore della violazione relegando in secondo piano la tutela nelle sedi civili⁽¹⁰⁾.

L'attuale legge predispone, invece, strumenti di difesa sia in ambito civile che penale cercando di arrivare a garantire la tutela del diritto a 360 gradi⁽¹¹⁾.

È stato da più parti osservato che una caratteristica particolare dei diritti sulle opere d'ingegno, è rappresentata dalla circostanza che, nel momento in cui essi vengono violati, il soggetto titolare non è privato della

⁽¹⁰⁾ Nella legge del 1881 venivano presi in considerazione i reati di plagio e contraffazione mentre la tutela civile si esauriva nella possibilità di poter ottenere un risarcimento del danno. Questo indirizzo legislativo costituì oggetto di aspre critiche da parte degli studiosi, proprio in quanto veniva trascurato l'aspetto privatistico della questione.

⁽¹¹⁾ La storia si ripete! Anche la recente legge 248/2000 che ha introdotto numerose modifiche alla legge 633/1941 ha ricevuto numerose critiche da parte della dottrina prevalente proprio in virtù dell'eccessiva espansione dello strumento penalistico a cui il legislatore ha fatto ricorso anche per punire comportamenti che, di fatto, rientrerebbero nel mero illecito contrattuale e che, quindi, dovrebbero essere affrontati e puniti esclusivamente in sede civile. In tal senso si è espresso M. CAMMARATA, *Il diritto d'autore geneticamente modificato*, in *interlex.it*: «È la norma (si tratta dell'articolo 171-bis LdA nda) – già presente nel d.lgs. 518/92 – che muta un tipico illecito civile, come la singola copia non autorizzata di un software, in illecito penale, con sanzioni pesantissime là dove sarebbe sufficiente il risarcimento del danno. Non vi è, infatti, un danno o un allarme sociale nella violazione, da parte di un singolo individuo e per il proprio tornaconto personale, di un modesto diritto economico». Di parere conforme è anche A. MONTI, *Il disegno di legge sul diritto d'autore S1496: una vergogna istituzionale*, in *interlex.it*; ID., *Come cambia il diritto d'autore in Italia e in Europa*, in *PC Professionale*, n. 98, maggio 1999; ID., *La riforma del diritto d'autore cambia nuovamente faccia. Ed è sempre più brutta*, *ivi*, n. 114, settembre 2000. In tal senso si veda anche D. COLIVA, *Tutela del software e licità della copia interna*, in *interlex.it*, 1997.

possibilità di continuare a usufruire del bene protetto e di compiere atti di esercizio del relativo diritto.

Tale diritto si trova, tuttavia, ad essere compresso e circoscritto dall'altrui abusiva utilizzazione economica.

La caratteristica *de qua* è strettamente connessa alla natura del bene protetto.

L'opera dell'ingegno, infatti, non è appropriabile fisicamente, in quanto è sempre possibile riprodurre più esemplari, trasmettendoli anche a notevole distanza e consentendone una concomitante e plurima utilizzazione economica da parte di più soggetti: basti pensare alle copia *pirata* dei programmi per computer⁽¹²⁾.

Risulta evidente che tale situazione lede profondamente la capacità di sfruttamento economico dell'opera, riservata dalla legge all'autore, riducendo drasticamente le possibilità di guadagno che ne derivano.

Il diritto d'autore garantisce, quindi, due tipi di diritti:

- ✓ diritti morali;
- ✓ diritti di utilizzazione economica.

I diritti morali⁽¹³⁾ tutelano la personalità dell'autore, sono inalienabili e imprescrittibili e garantiscono all'autore specifiche facoltà contemplate espressamente dalla legge.

In particolare si ricorda: il diritto di opporsi a deformazioni, mutilazioni o qualsiasi altra modifica che, per modalità o natura, siano suscettibili di arrecare un danno all'opera ovvero pregiudichino l'onore e la reputazione dell'autore⁽¹⁴⁾; il diritto di rivendicare la paternità dell'opera⁽¹⁵⁾; il diritto di inedito ovvero quello di determinare il momento e i limiti della

⁽¹²⁾ Secondo il Global Software Piracy Study, ricerca a livello mondiale realizzata annualmente dall'International Planning and Research Corporation per conto di BSA, nel 2000 la pirateria informatica ha arrecato alle aziende europee danni per 3,4 miliardi di dollari, mentre a livello italiano i danni ammontano a circa 500 milioni di euro, che si traducono nella mancata creazione di 37.000 posti di lavoro l'anno; sempre nel nostro Paese, il tasso globale di pirateria del 2000 è cresciuto rispetto al 1999 del 2%, collocando l'Italia al terzo posto in Europa nella graduatoria dei paesi maggiormente responsabili di pirateria.

⁽¹³⁾ Cfr. Capo III, Sezione II, legge 22 aprile 1941, n. 633, di seguito più semplicemente legge sul diritto d'autore.

⁽¹⁴⁾ Articolo 20, l.a.

⁽¹⁵⁾ Articolo 21, l.a.

pubblicazione⁽¹⁶⁾ ed infine il diritto di ritirare la propria opera dal commercio laddove sussistano gravi ragioni etiche o morali⁽¹⁷⁾.

I diritti di utilizzazione economica⁽¹⁸⁾ sono liberamente disponibili compiuti i sedici anni⁽¹⁹⁾, durano «per tutta la vita dell'autore, sino al termine del cinquantesimo anno solare dopo la sua morte»⁽²⁰⁾ e gli garantiscono il diritto esclusivo di utilizzare l'opera «in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati» dalla legge⁽²¹⁾, il diritto di riprodurla in più esemplari⁽²²⁾, di trascriverla se orale⁽²³⁾, di eseguirla, rappresentarla o recitarla in pubblico⁽²⁴⁾, di diffonderla a distanza⁽²⁵⁾, di metterla in commercio ovvero comunque a disposizione del pubblico⁽²⁶⁾, di tradurla, elaborarla e pubblicarla in raccolte, nonché quello di noleggiarla e di darla in prestito⁽²⁷⁾.

Tutte le suddette garanzie, morali ed economiche, sorgono *ex lege* nel momento in cui il prodotto viene alla luce e non richiedono ulteriori formalità se non la realizzazione⁽²⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Articolo 24, l.a.

⁽¹⁷⁾ Articoli 142 e 143, l.a.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Capo III, Sezione III, l.a.

⁽¹⁹⁾ Articolo 108, l.a.

⁽²⁰⁾ Articolo 25, l.a. Il limite di 50 anni è stato successivamente elevato a 70 anni dall'articolo 17, legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificato dall'articolo 1 d.l. 545/96 convertito in legge 23 dicembre 1996, n. 650.

⁽²¹⁾ Articolo 12, l.a.

⁽²²⁾ Articolo 13, l.a.

⁽²³⁾ Articolo 14, l.a.

⁽²⁴⁾ Articolo 15, l.a.

⁽²⁵⁾ Articolo 16, l.a.

⁽²⁶⁾ Articolo 17, l.a.

⁽²⁷⁾ Articolo 18, l.a.

⁽²⁸⁾ Si ricorda qui che una delle principali critiche rivolte alla novella dell'agosto 2000 alla legge sul diritto di autore è stata di aver stravolto un principio cardine della disciplina del diritto di autore prevedendo all'articolo 181-bis l'apposizione di un bollino S.I.A.E. e prevedendo, sia pure ai soli fini della legge penale, che detta apposizione è «considerato segno distintivo di opera dell'ingegno». In tal senso si veda A. MONTI, *La riforma del diritto d'autore cambia nuovamente faccia. Ed è sempre più brutta*, in *PC Professionale*, n. 114, settembre 2000. In particolare l'autore osserva: «Viene poi stravolto un principio cardine del diritto d'autore (la paternità dell'opera si acquista per il semplice fatto della creazione) stabilendo al comma 8 dell'art. 181 bis che l'apposizione del "bollino SLAE" (obbligatorio anche per il software) è considerato segno distintivo di opera dell'ingegno. Pregiudicando in questo modo i diritti di chi non può o non ha interesse ad iscriversi alla SLAE. E infatti un'altra caratteristica di questa legge è l'estensione indiscriminata dei poteri della Società degli Autori e degli Editori anche nei confronti di chi (sviluppatori e autori indipendenti) non vuole farne parte».

Secondo l'articolo 1 della legge sul diritto d'autore l'ordinamento tutela «le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro, alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione».

Tale protezione è stata, in un momento successivo⁽²⁹⁾, estesa anche al software, equiparato, nella sostanza, ad un'opera letteraria⁽³⁰⁾, e,

⁽²⁹⁾ In un primo tempo si è a lungo discusso se al software fosse applicabile la tutela prevista dalla legge sul diritto d'autore ovvero la tutela prevista per i brevetti industriali. Tra i sostenitori della teoria secondo cui il software dovesse essere considerato un'opera dell'ingegno si veda G. SANTINI, *La tutela giuridica della programmazione elettronica*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 225; G. SENA, *Software: problemi di definizione e di protezione giuridica*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, p. 479; C. ROSSELLO, *La tutela giuridica del software nei primi orientamenti giurisprudenziali italiani*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 103; C. CIAMPI, *La proteggibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. inf.*, 1985, II, p. 258; G. GALTIERI, *Note sulla proteggibilità dei programmi*, in *Dir. autore*, 1971, p. 425. *Contra* coloro i quali, riferendosi alla natura tecnica dei programmi e al loro scopo (non quello di comunicare ad altri idee e sentimenti, ma far funzionare una macchina), ritenevano l'impossibilità di ricomprenderli nell'elencazione delle opere dell'ingegno di cui agli artt. 1 e 2 della legge n. 633/1941. In tal senso E. LUZZATO, *Una norma di legge francese da non imitare (a proposito della brevettabilità o meno dei programmi o serie di istruzioni per lo svolgimento delle operazioni dei calcolatori elettronici)*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, p. 297; G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 251; R. BORRUSO, *L'Algoritmo per computer e la sua brevettabilità*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 75; G. FLORINDI, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, *ivi*, 1989, p. 71; E. LUZZATO, *La crisi del software*, in *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977, p. 719. L'impraticabilità della tutela brevettuale è rafforzata dal divieto espresso contenuto nell'art. 12 della legge del 1939 come modificato dal d.P.R. del 1979. Attualmente la dottrina, concorde nel ritenere il software un bene appartenente alla categoria dei beni immateriali, ha spostato la sua analisi al campo del diritto d'autore. A tale proposito si veda S. PASTORE, *Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. autore*, 1987, p. 177 secondo cui «la disciplina del diritto d'autore non subordina la protezione all'adempimento di alcuna formalità di deposito o di registrazione; con la tutela del diritto d'autore il software consegue una protezione erga omnes; la proteggibilità del software attraverso il diritto d'autore è più ampia di quella brevettuale, anche dal punto di vista quantitativo, oltre che qualitativo, in quanto può riguardare qualsiasi tipo di programma e concernere sia il programma che le istruzioni; la tutela del diritto d'autore è meno rigorosa di quella brevettuale, richiedendo, anche sul piano tecnico, un accenno modesto di originalità personale; la tutela attraverso il diritto d'autore, infine, comporta il riconoscimento dei vari diritti esclusivi previsti dal legislatore in capo al titolare dell'opera dell'ingegno».

Per un commento alle modifiche introdotte alla legge sul diritto d'autore per estendere la tutela al software si veda V. FRANCESCELLI, *Tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, n. 2, p. 261.

⁽³⁰⁾ Il primo concreto passo in questa direzione è stato compiuto dal Tribunale di Torino che, con sentenza 15 luglio 1983, ha paragonato il videogioco ad un'opera cinematografica riconoscendone pertanto la tutela in base alla legge sul diritto d'autore. Tra l'altro

anche, alle banche dati ⁽³¹⁾.

il Tribunale afferma: «I videogiochi costituiscono un tipo particolare di opera cinematografica, possibile oggetto della tutela prevista per tali opere dalle norme sul diritto d'autore. L'opera cinematografica, disciplinata da queste ultime, è un genus al quale appartengono non solo i films ma anche altre forme di rappresentazione qualunque ne sia la tecnica di realizzazione e la forma di espressione. Oggetto della tutela prevista dalle norme sul diritto d'autore non è solo l'opera d'arte, bensì l'opera dell'intelletto o della mente (opera dell'ingegno) che abbia il requisito oggettivo della novità, originalità e non banalità (carattere creativo). Il livello di creatività di un'opera dell'ingegno non deve essere necessariamente elevato e, nel caso dei videogiochi, è sufficiente ai fini della tutela ex l. 633/1941 che l'autore si sia prodigato in uno sforzo di capacità professionale e di elaborazione intellettuale nel disegnare i personaggi, nel trovare una trama, nell'inventare le regole, nel trasferire il racconto in linguaggio elettronico e nel memorizzarlo nei circuiti, nel trovare una sintesi tra racconto e descrizione visiva. Il risultato dello sforzo intellettuale è stato triplice ed unitario: è nato un programma di gioco; è nata una rappresentazione per immagini della trama; sono nati dei personaggi animati; in definitiva è stato creato, con l'aiuto della tecnica, un videogioco commercialmente sfruttabile per le sue apprezzabili qualità. Costituisce copia pedissequa del videogioco originale quel videogioco che, pur differendo nelle istruzioni della componente causalità e nella visualizzazione dei medesimi personaggi sia in tutto il resto assolutamente identico al primo». Indubbiamente l'estensore ha peccato di ingenuità, soprattutto da un punto di vista tecnico, laddove ha affermato che oggetto della tutela non è tanto il programma in quanto tale, ma la rappresentazione grafica e cromatica delle immagini stesse visualizzate sullo schermo, cioè soltanto la sua esteriorizzazione. Alcuni commentatori sono giunti ad affermare che, se pure detta sentenza accorda una tutela sufficiente per i programmi elettronici, «essa sarebbe in ogni caso destinata a rimanere confinata nell'universo fantastico delle battaglie galattiche o dei millepiedi magici, risultando inapplicabile a tutte le ipotesi (e sono la maggioranza) in cui il programma non produca effetti visivi o sonori di alcuna specie». In tal senso ROSSELLO, *La tutela giuridica del software nei primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 115; CIAMPI, *La proteggibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi, quali «opere dell'ingegno di carattere creativo»*, *ivi*, p. 259. La sentenza è stata commentata anche da numerosi altri autori: SENA, *Software: problemi di definizione e di protezione giuridica*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, p. 479; FRIGNANI, *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenenti alla cinematografia*, in *Dir. autore*, 1984, p. 57; DE SANCTIS, *Brevi note in materia di tutela dei videogiochi*, *ivi*, 1984, p. 436; CAROSONE, *In tema di tutela giuridica del software*, *Riv. dir. comm.*, 1984, 2, p. 365. Un'altra importante sentenza è rappresentata da Pretura di Pisa, 11 aprile 1984, ampiamente commentata in dottrina. Cfr. in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, p. 73 con nota di FRANCESCHELLI; in *Foro pad.*, 1984, I, c. 145 con nota di BRUNI; in *Dir. inf.*, 1985, p. 252 con nota di CIAMPI; in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 214, con nota di MANGINI; in *Giur. merito*, 1985, p. 21, con nota di CAPOGRASSI; in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 365, con nota di CAROSONE.

Si veda poi Cassazione penale, 6 febbraio 1987, n. 1956, in *Foro it.*, 1987, II, c. 289 con nota di PARDOLESI, «Software», «property rights» e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie; in *Dir. inf.*, 1987, p. 693 con nota di MINERVA, *La illiceità penale della riproduzione di programmi altrui: l'orientamento della Cassazione e le prospettive sanzionatorie*, in *Dir. autore*, 1987, p. 162 con nota di PASTORE, *Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere scientifico*. Secondo la Corte «il software è un'opera dell'ingegno proteggibile sia civilmente che penalmente sotto il profilo del diritto d'autore, poiché inquadrabile nella categoria delle opere che appartengono alle scienze».

⁽³¹⁾ Art. 1, 2° comma, legge sul diritto d'autore, aggiunto dall'art. 1 del d.lgs. 518/92 e successivamente modificato ex art. 1 d.lgs. 169/99: «sono altresì protetti i programmi

2. — La tutela del diritto d'autore in materia di software e banche dati pone in dottrina e giurisprudenza notevoli problemi, soprattutto in relazione alla facilità con cui è possibile duplicare e diffondere abusivamente tali programmi.

È opportuno osservare che, sino alla novella del 1999 ⁽³²⁾, le banche dati erano sottratte alla protezione della legge, stante l'erronea indicazione del legislatore del 1992 che aveva esteso la tutela esclusivamente ai programmi per elaboratore ⁽³³⁾.

Non è, infatti, casuale che la legge sul diritto d'autore dedichi due sezioni differenti ⁽³⁴⁾ alla tutela dei programmi per elaboratore ed a quella delle banche dati ⁽³⁵⁾.

Nella sezione VI, introdotto in attuazione la direttiva 91/250/CEE ⁽³⁶⁾, il legislatore ha inteso regolamentare in maniera più dettagliata l'utilizzazione economica dei programmi per elaboratore.

In particolare si prevede espressamente la possibilità, per chi ha diritto di utilizzare il programma, di effettuare una copia di riserva. Tuttavia seri dubbi sorgono in merito all'effettiva portata di tale diritto laddo-

per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna [...], nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore».

⁽³²⁾ Testo novellato dall'articolo 1 del d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

⁽³³⁾ In tal senso A. MONTI, *Copyright per le banche dati: in dirittura di arrivo la nuova legge*, in *PC Professionale*, n. 100/101, luglio/agosto 1999: «per una di quelle cavillosità tanto care alla legge, l'estensione al software della tutela prevista per le opere dell'ingegno, effettuata con il famigerato d. lgs. 518/92 non si estendeva automaticamente e necessariamente alle banche dati che — a stretto rigore — di certo programmi non sono. La conseguenza, per certi versi paradossale, di questa lacuna legislativa è che un'azienda che realizza un prodotto in cui la base-dati è la parte preponderante, (il software per la consultazione spesso è di scarsissima importanza), in caso di duplicazione o riproduzione abusiva poteva essere sanzionata soltanto per l'attività commessa a danno del software e non dei dati. Il problema era già stato affrontato dall'Unione Europea che nel marzo del 1996 aveva emanato una direttiva che colmava questo vuoto e ora, dopo tre anni, questa normativa sta per essere emanata anche in Italia, con un decreto legislativo che dovrebbe essere già stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale».

⁽³⁴⁾ Legge sul diritto d'autore capo IV, sezione VI e sezione VII.

⁽³⁵⁾ Secondo l'articolo 2, n. 9 le banche dati vanno intese come «raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodologicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo».

⁽³⁶⁾ Direttiva sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, recepita in Italia con d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518.

ve il legislatore ha previsto che la realizzazione della copia debba essere necessaria all'uso del programma ⁽³⁷⁾.

Detta necessità, di fatto, raramente sussiste data la natura dell'utilizzazione di un programma per elaboratore che, in genere, è interamente copiato nell'*hard disk* del computer dell'utente e poi, di volta in volta, caricato spesso senza alcuna esigenza di utilizzare ulteriormente i supporti forniti ⁽³⁸⁾ dal produttore o dal distributore.

Tuttavia, vi è sempre il rischio di un deterioramento o danneggiamento involontario del supporto originale, rendendo una prassi costante il ricorso alle copie di sicurezza dei programmi posseduti ⁽³⁹⁾.

Tale consuetudine si scontra, però, con l'effettiva portata della legge e, soprattutto, con le sempre più invadenti misure di protezione ideate dai produttori di software per impedire la duplicazione abusiva dei propri prodotti, ma che, necessariamente, impediscono anche la duplicazione legittima dei programmi ⁽⁴⁰⁾.

Una soluzione ottimale del problema, per quanto empirica, potrebbe essere individuata nella proposta, da più parti avanzata alle software house, di inserire *ab origine* due copie del programma all'interno della confezione, in modo da evitare che l'utente debba effettuare personalmente le proprie copie di sicurezza ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁷⁾ Articolo 64-ter, 2° co., l.a. A tale proposito si veda anche L. CHIMIENTI, *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore nella legge sul diritto d'autore*, Giuffrè Editore, Milano, 1994.

⁽³⁸⁾ Detti supporti possono essere magnetici, *i.e. floppy disk*, ovvero ottici, *i.e. CD-ROM o DVD*.

⁽³⁹⁾ Si tratta delle c.d. copie di *back up* che ampissima diffusione avevano prima dell'avvento dei supporti ottici.

⁽⁴⁰⁾ Una prima analisi sui sistemi di protezione del software è stata effettuata da M.G. LOSANO, *La tutela giuridica del software*, in *Il diritto privato dell'informatica*, Einaudi, Torino, 1986. La questione è stata inoltre di recente oggetto di un intervento da parte di un deputato statunitense secondo cui tali dispositivi sono in contrasto con l'*Audio Home Recording Act*, una legge americana del 1992 che sancisce il diritto per il consumatore di effettuare una copia di sicurezza di musica e software.

⁽⁴¹⁾ Si pensi, a titolo di esempio, al programma Windows™ di Microsoft™. L'utente utilizza il supporto che lo contiene soltanto al momento dell'installazione e, sporadicamente, in caso di successive modifiche al sistema. Dunque la copia di sicurezza del programma non è, di fatto, necessaria al suo utilizzo.

Il supporto del programma si rende, tuttavia, necessario ogni qualvolta si debba installare una nuova periferica, reinstallare il sistema operativo, ripristinare file danneggiati

A ciò deve aggiungersi che in base alla recente novella della legge sul diritto di autore è stato di fatto sanzionata penalmente la diffusione e la detenzione di strumenti in grado di superare quelle protezioni messe dai produttori a tutela del proprio prodotto ⁽⁴²⁾.

C'è da dire che, da un punto di vista strettamente penalistico, potremmo ritenere che la detenzione e l'utilizzo di un *crack*, per realizzare una copia di sicurezza di un programma regolarmente licenziato, non dovrebbe essere punibile in quanto esercizio di un diritto ⁽⁴³⁾, ma, tuttavia, la questione, oltre che esulare dall'oggetto della presente trattazione, appare di non semplice soluzione, anche alla luce di quanto disposto dal legislatore penale in materia di diffusione di programmi aventi per scopo l'alterazione di altri programmi per elaboratore ⁽⁴⁴⁾.

Da ultimo si osserva qui, esclusivamente in via incidentale, che, ammessa e non concessa l'applicabilità dell'esimente di cui all'articolo 51 c.p. al titolare della licenza e, di conseguenza, la sua non punibilità, tuttavia, detta norma non potrebbe certo salvare il soggetto terzo che ha provveduto alla diffusione, con qualsiasi strumento, dei mezzi, non solo programmi, ma anche semplici istruzioni, necessari alla rimozione o all'elusione delle misure di sicurezza.

Un'altra questione particolarmente controversa è legata al diritto che viene riconosciuto al titolare della licenza di «... osservare, studiare o sottopor-

o cancellati per errore. Si tratta di operazioni spesso effettuate di fretta ed urgenti e, il supporto originale del programma, rischia di danneggiarsi proprio in questi momenti in si avverte maggiormente l'esigenza di utilizzarlo.

È innegabile che, sempre più spesso, le *software house* si offrono di sostituire il supporto danneggiato con un altro funzionante in tempi piuttosto rapidi, ma un'attesa è pur sempre necessaria, e, spesso, l'utente, soprattutto quello professionale, non può permettersi di affrontare simili tempi morti.

Ci troviamo pertanto di fronte a due opposte esigenze, entrambe meritevoli di tutela, che possono essere contemperate soltanto con il ricorso al buon senso.

⁽⁴²⁾ Si tratta dei c.d. *crack*, e cioè programmi in grado di intervenire direttamente sul software originale, in fase di duplicazione, installazione o utilizzo, rimuovendo o eludendo le protezioni predisposte dagli autori. L'art. 171-bis della legge sul diritto d'autore, come novellato dall'articolo 13, l. 18 agosto 2000, n. 248, prevede espressamente «... La stessa pena [reclusione da 6 mesi a 3 anni e multa da cinque a trenta milioni di lire ndA] si applica se il fatto concerne un qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore ...».

⁽⁴³⁾ Art. 51, c.p.: «l'esercizio di un diritto [...] esclude la punibilità».

⁽⁴⁴⁾ Art. 615-quinquies c.p.

re a prova il funzionamento del programma allo scopo di determinare le idee ed i principi su cui è basato ogni elemento del programma ...»⁽⁴⁵⁾.

Si tratta del c.d. processo di *reverse engineering* in base al quale, partendo dal prodotto finito, è possibile risalire al codice del programma in modo da studiarne il funzionamento ed, eventualmente, scoprire funzioni nascoste o non documentate⁽⁴⁶⁾.

L'ottimo sarebbe di poter disporre dei codici sorgenti, in modo da poterli studiare, modificare ed adattare alle proprie esigenze, ma, purtroppo, una simile prassi, tipica degli ambienti del *software libero e dell'open source*⁽⁴⁷⁾, difficilmente riuscirà ad imporsi tra i produttori ed i distributori di software commerciali⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Art. 64-ter, l.a.

⁽⁴⁶⁾ Per un'analisi della questione si veda G. GUGLIELMETTI, *Analisi e decomposizione dei programmi*, in *La legge sul software*, a cura di Carlo Ubertazzi, Giuffrè Editore, 1994.

⁽⁴⁷⁾ In generale il software, può essere distinto in varie tipologie a seconda delle modalità con cui viene distribuito:

— *Commerciale*: si tratta dei programmi generalmente posti in commercio. Utilizzabili solo previo acquisto della licenza;

— *Freeware*: si tratta di programmi utilizzabili liberamente e gratuitamente da chiunque. Per potere accedere al codice sorgente è, invece, necessario il consenso dell'autore;

— *Shareware*: si tratta di programmi liberamente utilizzabili, ma, in genere, limitati in alcuni parametri quali la durata nel tempo o l'utilizzo limitato soltanto ad alcune funzioni di base. Per ottenere la versione completa bisogna acquistare i diritti la relativa licenza;

— *Open source*: denominati anche «sistemi aperti» si caratterizzano per il continuo sviluppo apportato dagli operatori che ne fruiscono. Data la continua evoluzione di questo tipo di programmi ad opera di numerosi soggetti, spesso non identificabili, l'orientamento costante della giurisprudenza ritiene di poter includerli tra le opere collettive, tutelabili ex art. 10 legge sul diritto di autore. Da ultimo si sta assistendo alla nascita di una nuova tipologia di distribuzione, il c.d. «*Software libero*». Questa tipologia di software ha suscitato varie perplessità in dottrina anche se, attualmente, non sembrano sussistere dubbi in merito alla possibilità di tutelarli ai sensi dell'articolo 10 l.a. che tutela le opere collettive;

— *Abandonedware*: si tratta di software piuttosto vecchi ed ormai privi di qualsiasi valore commerciale. In genere sono stati già da tempo ritirati dalla vendita ed è possibile reperirli soltanto in Internet ovvero tramite scambi con altri collezionisti. Tuttavia, stante le disposizioni in materia di durata del diritto di autore, è lecito supporre che la tutela della legge si estenda anche a tale tipologia di software, che pure è privo di qualsivoglia valore commerciale.

⁽⁴⁸⁾ In effetti alcuni grandi distributori di software hanno iniziato a distribuire gratuitamente anche i codici sorgenti dei propri programmi, ma, al momento, si tratta soltanto di lodevoli eccezioni, come, per esempio, Netscape™ che ha diffuso i sorgenti della suite di navigazione nota con il nome di Navigator™.

3. — La sezione VII della legge sul diritto d'autore garantisce invece la tutela delle banche dati provvedendo a colmare una notevole lacuna legislativa.

La tutela prevista dal decreto legislativo 518 del 1992, che ha esteso al software la tutela delle opere dell'ingegno, non si estendeva, infatti, automaticamente e necessariamente alle banche dati che, effettivamente, programmi non sono⁽⁴⁹⁾.

Queste, infatti, sono composte da una «*doppia anima*», un programma che si occupa di gestire la consultazione del materiale, spesso di minima importanza rispetto al valore dell'opera, e la raccolta di dati che rappresenta il vero cuore ed il vero valore dei prodotti che, non a caso, vengono chiamati «*banche dati*».

Il legislatore⁽⁵⁰⁾ ha, quindi, previsto l'applicabilità della legge anche a tali prodotti, specificando che detta tutela «*non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati i diritti esistenti su tale contenuto*»⁽⁵¹⁾; questo significa che la protezione riguarda l'attività di realizzazione della struttura del database e non i dati utilizzati, per i quali, nel caso si tratti di opere protette, è prevista autonoma tutela.

In particolare la legge individua dettagliatamente diritti e doveri di chi realizza e di chi utilizza una banca dati.

L'autore ha lo *ius vitae ac necis* in relazione alla sua creatura ben potendo decidere se eseguirne o autorizzarne la riproduzione, la traduzione, la distribuzione o se mostrarla o presentarla al pubblico anche attraverso la trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo⁽⁵²⁾.

Interessante è il diritto, riconosciuto all'utente⁽⁵³⁾, di accedere o di consultare, senza l'autorizzazione dell'autore, la banca di dati quando vi siano «*esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, non svolta nell'ambito di un'impresa, purché si indichi la fonte e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito*».

⁽⁴⁹⁾ In tal senso si veda A. MONTI, *Copyright per le banche dati: in dirittura d'arrivo la nuova legge*, in *PC Professionale*, n. 100/101, luglio/agosto 1999. ID., *Le banche dati hanno un valore estetico? Il parere dell'Unione Europea*, in *Computer Programming*, n. 52, 1996.

⁽⁵⁰⁾ D.lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

⁽⁵¹⁾ L.a., articolo 2, n. 9.

⁽⁵²⁾ Art. 64-quinquies, l.a.

⁽⁵³⁾ Art. 64-sexies, lett. a, l.a.

Anche nell'ambito di tali attività, restano comunque soggette all'autorizzazione del titolare del diritto tutte le eventuali operazioni di trasferimento permanente su altro supporto della totalità o di parte sostanziale del contenuto.

È stato, tuttavia, osservato ⁽⁵⁴⁾ che, la legge non fa alcuna menzione della problematica legata alla tutela dei contenuti dei siti internet che pure, essendo spesso e volentieri «raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo» ben possono essere ricondotti nell'alveo della definizione dell'articolo 2, numero 9 della legge sul diritto d'autore.

D'altra parte, se anche volesse negarsi al sito web lo status di banca dati, e non si vede come ciò possa essere possibile, sempre più frequenti sono i siti che ospitano data-base consultabili, gratuitamente o a pagamento, direttamente on-line.

La questione porta seco alcuni corollari che non si può aver qui la pretesa di analizzare e risolvere.

È qui sufficiente ricordare, a puro titolo di esempio, le problematiche sollevate in materia di collegamenti ipertestuali ⁽⁵⁵⁾ ovvero in relazione al c.d. *grabbing* di siti internet che alcuni programmi effettuano per permettere poi all'utente di navigare off-line.

Si osserva poi come il legislatore ⁽⁵⁶⁾ abbia introdotto una tutela speciale per i diritti del costituente di una banca dati definendo questo soggetto come colui che ha effettuato «investimenti rilevanti per la costituzione di

⁽⁵⁴⁾ A. MONTI, *Copyright per le banche dati*, loc. cit.

⁽⁵⁵⁾ Si pensi alla problematica introdotta dal c.d. *deep link*, che potremmo tradurre in «collegamento profondo», e cioè di quella prassi, adottata da alcuni webmaster di collegare al proprio sito contenuti interni di altri siti, a volte senza darne comunicazione ai propri utenti, indotti così a ritenere la pagina visitata parte integrante del sito autore del *deep-link*. Per un attento esame della problematica si veda in particolare L.M. DE GRAZIA, *I link ai siti: non esageriamo ... ma non tutto è vietato*, in *diritto.it*, contra G. FAGGIOLI e F.M. LANDOLFI, *I link ai siti: non tutto è lecito*, in *mandatori.com*; C. MONTELEONE, *La pratica del linking e le sue implicazioni giuridiche*, in *netjus.org*; TOSI, *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999; A. SIROTTI GAUDENTI, *La proprietà intellettuale in rete: framing e deep link*, in *notiziariogiuridico.it*.

⁽⁵⁶⁾ Si tratta del Titolo II bis, Capo I e II, l.a., come novellata con d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

una banca dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando a tal fine mezzi finanziari, tempo o lavoro» ⁽⁵⁷⁾.

Detto nuovo diritto, chiamato dal legislatore comunitario *diritto «sui generis»*, è stato introdotto al fine di tutelare anche il soggetto che ha materialmente investito tempo o denaro nella realizzazione di una banca dati, in quanto questa rileva, oltre che come creazione intellettuale, anche come risultato di un rilevante investimento dell'attività d'impresa ⁽⁵⁸⁾.

A tale proposito è stato osservato ⁽⁵⁹⁾ che «l'entità dei costi necessari perché l'investimento possa dirsi «rilevante» non può essere valutata in senso assoluto, bensì in rapporto al settore, al livello degli investimenti normalmente effettuati da altri soggetti, o dal medesimo soggetto, in tempi anteriori o concomitanti.

Nel computo delle risorse impiegate debbono essere compresi tutti i costi per la realizzazione, a cominciare da quelli necessari per la raccolta dei dati, la loro elaborazione e il successivo trattamento».

Da ultimo non può tacersi la problematica volta a catalogare le opere multimediali ⁽⁶⁰⁾.

In particolare ci si domanda se l'opera multimediale possa essere identificata con una delle seguenti categorie di prodotti dell'ingegno: software, film, opere audiovisive e banche di dati ⁽⁶¹⁾.

La questione si potrebbe risolvere equiparando l'opera multimediale alla banca di dati, ma ciò potrebbe trovare una giustificazione soltanto laddove si analizzino opere multimediali non particolarmente «impegnate»; in caso contrario, invece, qualificare il prodotto multimediale come «banca dati» apparirebbe riduttivo ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁷⁾ Art. 102-bis, lett. a, l.a.

⁽⁵⁸⁾ Si veda anche M.C. CARDARELLI, *Il diritto sui generis: la durata*, AIDA, 1997, p. 65.

⁽⁵⁹⁾ AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, CLUEB, Bologna, 2000, p. 71. In tal senso si veda anche G.A. CAVALIERE, *Diritto d'autore ed internet*, in *studiodiinternet.it*.

⁽⁶⁰⁾ Si pensi alle enciclopedie multimediali ed ai prodotti similari che molto difficilmente possono essere ricondotti in una precisa classe di tutela.

⁽⁶¹⁾ In tal senso G.A. CAVALIERE, *Diritto d'autore*, loc. cit.

⁽⁶²⁾ Per un'attenta disamina della questione si veda G. GUGLIELMETTI, *Le opere multimediali*, AIDA, 1998, p. 115, secondo cui l'opera multimediale andrebbe assimilata a quella composta, in quanto costituita di contenuti ben distinti fra loro, che «ricevono una differente forza espressiva per effetto della strutturazione, della presentazione e del movimento all'interno del progetto multimediale». Altri, però, danno una diversa qualificazione. Cfr. L. NIVARRA, *Le opere multimediali su Internet*, AIDA, 1996, p. 141. In particolare l'autore ritiene che

Ciò nonostante tale accostamento è quello che ha ottenuto maggior fortuna, anche se è destinato ad entrare in crisi ogni qualvolta il prodotto presenti elementi artistici ⁽⁶³⁾.

4. — Il Capo III del Titolo II della legge sul diritto d'autore ⁽⁶⁴⁾ si occupa delle difese e delle sanzioni giudiziarie.

Il legislatore ha previsto una serie di norme volte a tutelare l'autore, sia in sede civile che in sede penale.

Per quanto riguarda il sistema di difese e sanzioni civili, queste sono contenute negli articoli da 156 a 170, destinati a proteggere il titolare del diritto dalle violazioni dei diritti a lui riconosciuti.

Il primo paragrafo ⁽⁶⁵⁾ descrive le azioni a tutela dei diritti di utilizzazione economica, che, tuttavia, possono trovare almeno in parte applicazione anche in relazione ai giudizi concernenti il diritto morale, mentre il secondo ⁽⁶⁶⁾ riguarda la difesa dei diritti morali.

Tutte le suddette azioni possono essere esercitate indipendentemente l'una dall'altra, oppure congiuntamente, ad esempio nel caso in cui la violazione comporti lesione di entrambi i diritti, purché l'azione esercitata sia compatibile con la natura del diritto morale ⁽⁶⁷⁾.

Si ritiene qui opportuno ricordare come l'articolo 19 della legge preveda espressamente che «i diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti» e, soprattutto, che «l'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti».

l'opera multimediale non possa essere considerata opera composta, ma qualcosa di diverso. Avvicina l'opera multimediale alle opere derivate di cui presenta le caratteristiche tipiche della dipendenza da altre opere preesistenti e della creatività della rielaborazione. L'Autore precisa, però, che se l'opera multimediale si presenta come «mera riproduzione in linguaggio digitale di preesistenti opere (o parti di opere) analogiche [...] il richiamo alle opere composte tornerà ad essere del tutto pertinente».

Si veda poi G.M. RINALDI, *Diritto d'autore in Internet*, in *interlex.it* secondo cui la soluzione migliore consiste nel far rientrare l'opera multimediale nella nozione di opera collettiva. Da ultimo si vedano le riflessioni di A. SIROTTI GAUDENTI, *La proprietà intellettuale*, in G. CASSANO, *Internet nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, p. 56.

⁽⁶³⁾ O. TORRANI e S. PARISI, *Internet e diritto*, in *Sole 24 Ore*, Milano, 1997, p. 58.

⁽⁶⁴⁾ Articoli da 156 a 174-ter, l.a.

⁽⁶⁵⁾ Articoli da 156 a 167, l.a.

⁽⁶⁶⁾ Articoli da 168 a 170, l.a.

⁽⁶⁷⁾ Art. 168, l.a.

Le descritte azioni possono essere volte ai seguenti risultati:

- ✓ accertamento della titolarità del diritto;
- ✓ inibitoria dell'attività illegittima in violazione del diritto;
- ✓ rimozione o distruzione dello stato di fatto da cui risulta la violazione del diritto;
- ✓ risarcimento del danno subito dal titolare del diritto leso.

Corollario di queste azioni è la pubblicazione della sentenza, su istanza di parte o d'ufficio.

5. — Nella Sezione I vengono trattate le questioni relative alla tutela dei diritti di utilizzazione economica e, più precisamente, viene espressamente stabilito che «chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione» ⁽⁶⁸⁾.

Si tratta delle azioni di *accertamento e interdizione* volte, rispettivamente, ad ottenere una pronuncia di accertamento della titolarità del diritto ovvero a precludere la continuazione o la ripetizione di un illecito attraverso una pronuncia giudiziale.

Entrambe le azioni possono essere esercitate anche qualora vi sia il timore di una violazione non ancora avvenuta.

È evidente che dovrà trattarsi di un timore fondato, alimentato da elementi concreti e basato su dati di fatto.

Nel caso in cui il diritto sia già stato leso, il titolare dell'azione potrà agire per far cessare il fatto lesivo del suo interesse ovvero per impedire che si ripeta.

In genere si ritiene che l'azione *de qua* è prevalentemente destinata a prevenire la violazione; inoltre questa ha lo scopo di giungere a un provvedimento di condanna da parte dell'organo giudicante, previo l'accertamento del diritto d'autore.

Tralasciando l'analisi dell'articolo 157 della legge sul diritto d'autore, destinato a tutelare il diritto di rappresentazione o di esecuzione di un'opera, andiamo ad esaminare le azioni di distruzione e di rimozione ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Art. 156, l.a.

⁽⁶⁹⁾ Articoli da 158 a 160, l.a.

Il legislatore ha previsto che «chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento del danno» (70).

La legge permette, quindi, al titolare del diritto di decidere se preferisce distruggere i prodotti utilizzati in violazione del diritto ovvero rimuovere lo stato di fatto da cui risulta la violazione.

Le azioni di distruzione e di rimozione possono essere esercitate autonomamente l'una dall'altra, ma il legislatore non esclude che le stesse possano concorrere. Fine ultimo della norma è la garanzia che, il titolare del diritto, possa pacificamente godere dello stesso, ripristinando lo *status quo ante* alla violazione.

Le azioni possono colpire anche i terzi, siano in buona fede o meno, che detengano i prodotti costituenti la violazione; unica eccezione: il prodotto è stato acquistato in buona fede per uso personale.

La *ratio* di questa eccezione è piuttosto evidente: il prodotto è ormai giunto all'ultimo ciclo di scambi commerciali, non si ha, quindi, alcuna ragione di temere un'ulteriore violazione (71).

Si prendono poi in considerazione le modalità secondo cui verrà effettuata la distruzione o la rimozione limitandole «agli esemplari o copie illecitamente riprodotte o diffuse, nonché agli apparecchi impiegati per la riproduzione o diffusione, che, per loro natura, non possono essere adoperati per diversa riproduzione o diffusione» (72).

Le azioni sono, quindi, strettamente limitate a quei beni che, per loro natura, sono destinati esclusivamente all'illecito, ben prevedendosi la possibilità di chiedere la separazione della parte dell'esemplare, della copia o dell'apparecchio che possa essere utilizzata per una diversa riproduzione o diffusione.

Il legislatore ha poi previsto la possibilità che l'esemplare, la copia o l'apparecchio abbiano particolare pregio artistico o scientifico; in tal caso il giudice può impedirne la distruzione ordinandone, anche d'ufficio, il deposito in un pubblico museo.

(70) Art. 158, l.a.

(71) Art. 159, ult. co., l.a.

(72) Art. 159, 1° co., l.a.

In alternativa alla distruzione, il danneggiato può sempre chiedere che il materiale destinato alla distruzione gli sia aggiudicato per un determinato prezzo, in conto del risarcimento dovutogli.

Un ulteriore limite alla rimozione ed alla distruzione è rappresentato dall'articolo 160 della legge sul diritto d'autore, in base al quale dette azioni non possono essere esercitate nel caso in cui l'opera si trovi nell'ultimo anno della durata del diritto.

In tal caso si deve procedere al sequestro del materiale sino alla naturale scadenza del diritto.

Oltre all'azione di rimozione o di distruzione è possibile agire in giudizio anche al fine di ottenere il risarcimento di tutti i danni patiti a causa dell'illecito.

Tale azione deve essere ricompresa nella disciplina generale del risarcimento del danno da atto illecito (73); sarà, quindi, onere dell'attore dimostrare che vi è stato un danno ingiusto, imputabile alla condotta, dolosa o colposa, del convenuto.

In merito alla quantificazione del danno, sembra quasi superfluo ricordare qui che questa dovrà essere comprensiva tanto del danno emergente quanto del lucro cessante (74).

A tal proposito costante giurisprudenza ha stabilito, come criterio di quantificazione del danno, il cosiddetto «prezzo del consenso», che porta a quantificare il danno sulla base di un corrispettivo equivalente al compenso ricevuto dal medesimo soggetto per un analogo sfruttamento consentito a terzi nel medesimo periodo (75).

(73) Art. 2043 ss. c.c.

(74) Art. 2056 c.c.

(75) Cfr. AA.VV., *Le difese e le sanzioni*, in *dirittodautore.it*; S. CARDINI, *Se anche gli ospedali piratano, meglio open source che abusivo*, in *nytech.mondadori.com*. In tal senso si veda anche Tribunale di Roma, 20 luglio 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p. 88. Trattando di danno all'immagine, il Tribunale ha stabilito che il danno deve essere stimato con riferimento all'utile economico, che il soggetto avrebbe potuto ricavare se avesse prestato il proprio consenso alla pubblicazione. Secondo la Corte romana tale principio si applica anche se nella specie non vi sia un lucro cessante consistente nella riduzione della possibilità di sfruttamento economico (nella specie si trattava di un uomo politico che non aveva alcuna intenzione di sfruttare economicamente la propria immagine), ed anche se nella specie non vi sia un concreto arricchimento. Insomma, secondo detta interpretazione, l'attore non deve provare né la propria diminuita capacità a ven-

Sta tuttavia diffondendosi un'ulteriore interpretazione giurisprudenziale che mira ad estendere la portata del danno risarcibile.

In alcuni Tribunali inizia, infatti, a prevalere un nuovo ordine di considerazioni, che di fronte al «danno diffuso», rappresentato dalla duplicazione abusiva del software, ritiene che ai danni puramente economici debbano essere affiancati quelli morali, facendo considerevolmente lievitare l'ammontare del risarcimento valutato anche in ragione dell'interesse sociale dell'azienda da tutelare ⁽⁷⁶⁾.

La legge sul diritto d'autore prevede poi un'ulteriore misura riparatoria, ovviamente non sostitutiva del risarcimento del danno: su «istanza della parte interessata, o d'ufficio, il giudice può ordinare che la sentenza venga pubblicata per la sola parte dispositiva in uno o più giornali e anche ripetutamente a spese della parte soccombente» ⁽⁷⁷⁾.

Fine di tale «sanzione accessoria» è di rendere noto il fatto lesivo, l'accoglimento dell'azione diretta a reprimerlo ed a rimuovere la situazione che esso aveva determinato.

Un ulteriore, apprezzabile, effetto è quello di garantire la giusta pubblicità in merito alla titolarità del diritto contestato; non si esclude poi una funzione «intimidatrice» volta a dissuadere altri utilizzatori abusivi dal ledere il diritto dell'autore ⁽⁷⁸⁾.

6. — L'articolo 168 della legge sul diritto d'autore tutela, invece, i diritti morali disponendo che le azioni e le misure previste nel paragrafo 1 siano applicabili anche per questi, salvo quanto previsto dalle disposizioni degli articoli successivi.

I provvedimenti di rimozione e di distruzione possono, dunque, tro-

dere la propria immagine, né il concreto arricchimento della controparte. Conf. Trib. Milano, 22 marzo 1999.

⁽⁷⁶⁾ In particolare si ricorda qui la decisione del Trib. Santa Maria Capua Vetere, che ha condannato l'Ospedale di Caserta ad un risarcimento di circa 200 milioni di lire per aver detenuto ed utilizzato programmi privi della regolare licenza. Cfr. R. STAGLIANO, *Software copiato, condanna record contro un ente pubblico*, in *La Repubblica*, 28 maggio 2001; S. CARDINI, *Se anche gli ospedali*, loc. cit.

⁽⁷⁷⁾ Art. 166, l.a.

⁽⁷⁸⁾ Si pensi, a titolo di esempio, alle «minacciose» pubblicità pubblicate in molti quotidiani ed in riviste del settore, da importanti software house l'indomani di alcune operazioni contro la diffusione del software pirata.

vare applicazione anche in relazione al diritto morale, tuttavia, tali misure, possono essere adottate soltanto laddove sia impossibile *riparare convenientemente* le violazioni «mediante aggiunte o soppressioni sull'opera delle indicazioni che si riferiscono alla paternità della stessa» ⁽⁷⁹⁾, ovvero, per le violazioni riferite all'integrità dell'opera, *ripristinare* gli esemplari mutilati, deformati o comunque modificati, «nella forma primitiva a spese della parte interessata a evitare la rimozione o distruzione» ⁽⁸⁰⁾.

L'autore può, quindi, esercitare l'azione di accertamento e quella di interdizione, e richiedere le corrispondenti misure cautelari ⁽⁸¹⁾.

Problemi sorgono laddove la violazione del diritto morale sia stata posta in essere da un soggetto avente la titolarità o l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera.

In tal caso sarà, evidentemente, necessario che l'organo giudicante valuti gli opposti interessi, attribuendo la giusta tutela al diritto morale e riconoscendone la prevalenza.

7. — Il legislatore, per garantire un soddisfacente esercizio delle azioni a tutela del diritto di autore, ha poi previsto una serie di provvedimenti di natura cautelare.

L'autorità giudiziaria, per assicurare le prove dell'avvenuta violazione ed evitare ulteriori danni, può ordinare la descrizione, l'accertamento, la perizia e il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione ⁽⁸²⁾.

La legge 248 del 18 agosto 2000 ha, tra le altre cose, profondamente modificato la disciplina delle misure cautelari, in particolare all'articolo 162 stabilendo che «i procedimenti di cui all'articolo 161 sono disciplinati dalle norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari di sequestro e di istruzione preventiva per quanto riguarda la descrizione, l'accertamento e la perizia» mentre anteriormente alla novella la competenza era riservata per materia al pretore del mandamento in cui i provvedimenti stessi dovevano eseguirsi.

⁽⁷⁹⁾ Art. 169, l.a.

⁽⁸⁰⁾ Art. 170, l.a.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *infra* § 7.

⁽⁸²⁾ Art. 161, l.a.

Nei commi successivi viene descritta la procedura dei provvedimenti: «la descrizione ed il sequestro vengono eseguiti a mezzo di ufficiale giudiziario, con l'assistenza, ove occorra, di uno o più periti ed anche con l'impiego di mezzi tecnici di accertamento, fotografici o di altra natura.

Gli interessati possono essere autorizzati ad assistere alle operazioni anche a mezzo di propri rappresentanti e a essere assistiti da tecnici di loro fiducia» ⁽⁸³⁾.

Il legislatore procede poi oltre, specificando che alla descrizione non si applicano i commi secondo e terzo dell'articolo 693 del codice di procedura civile e che, ai fini dell'articolo 697 del codice di procedura civile ⁽⁸⁴⁾, «il carattere dell'eccezionale urgenza deve valutarsi anche alla stregua dell'esigenza di non pregiudicare l'attuazione del provvedimento» ⁽⁸⁵⁾.

Il suddetto comma si chiude con la previsione dell'obbligo per il giudice, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, di indicare nell'ordinanza di accoglimento un termine non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito ⁽⁸⁶⁾.

Il giudice ha poi la possibilità di imporre all'istante una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni ⁽⁸⁷⁾.

Il provvedimento che autorizza la descrizione o il sequestro perde efficacia se non viene eseguito nel termine di trenta giorni dalla pronuncia ⁽⁸⁸⁾, ma, decorso detto termine, possono comunque essere completate le operazioni di descrizione e sequestro già iniziate, ma non possono essere iniziate altre fondate sullo stesso provvedimento ⁽⁸⁹⁾.

Viene in ogni caso fatta salva «la facoltà di chiedere al giudice di disporre ulteriori provvedimenti di descrizione o sequestro nel corso del procedimento di merito» ⁽⁹⁰⁾.

L'ultimo comma dell'articolo 162 prevede infine che descrizione e sequestro possano «concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati o distribuiti dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non

⁽⁸³⁾ Art. 162, 1° e 2° cpv., l.a.

⁽⁸⁴⁾ Provvedimenti in caso di eccezionale urgenza.

⁽⁸⁵⁾ Art. 162, 4° co., l.a.

⁽⁸⁶⁾ Art. 669-*octies*, c.p.c.

⁽⁸⁷⁾ Art. 669-*undecies*, c.p.c.

⁽⁸⁸⁾ Art. 675, c.p.c.

⁽⁸⁹⁾ Art. 162, 5° co., l.a.

⁽⁹⁰⁾ Art. 162, 5° co., l.a.

siano adibiti ad uso personale, ovvero si tratti di opere diffuse con qualunque mezzo. Il verbale delle operazioni di sequestro e di descrizione, con il ricorso ed il provvedimento, deve essere notificato al terzo cui appartengono gli oggetti sui quali descrizione o sequestro sono stati eseguiti entro quindici giorni dalla conclusione delle operazioni stesse a pena di inefficacia» ⁽⁹¹⁾.

La novella del 2000 ha duramente colpito l'articolo 163 della legge sul diritto d'autore.

Nella sua veste originaria, infatti, detto articolo prevedeva che, qualora non altrimenti disposto nel decreto di sequestro, i provvedimenti, senza bisogno di pronuncia dell'autorità giudiziaria, avrebbero perduto ogni efficacia ai fini dell'esercizio della giustizia penale qualora, entro otto giorni dalla loro esecuzione, non fosse stato promosso, innanzi al giudice competente, giudizio di convalida contro colui ai danni del quale si era proceduto ⁽⁹²⁾.

Il «nuovo» articolo 163 riguarda, invece, la possibilità di chiedere l'inibitoria di qualsiasi attività che costituisca violazione del diritto d'autore, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari.

Nel pronunciare l'inibitoria, il giudice può fissare la somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento ⁽⁹³⁾.

L'articolo 161 legge sul diritto d'autore estende poi l'applicabilità dei procedimenti cautelari di cui sopra anche al soggetto che metta in circolazione in qualsiasi modo o detenga per scopi commerciali copie non autorizzate di programmi e qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale dei dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore.

8. — Nelle azioni in precedenza esaminate, la legittimazione attiva spetta a colui che abbia la titolarità del diritto che si pretende violato: l'autore o i suoi aventi causa.

Nell'ipotesi in cui l'opera sia stata creata col contributo indistinguibi-

⁽⁹¹⁾ Art. 162, ultimo comma, l.a.

⁽⁹²⁾ Art. 163, l.a., nella versione anteriore alla novella del 2000.

⁽⁹³⁾ Art. 163, 2° comma, l.a.

le e inscindibile di più persone, il diritto d'autore appartiene in comune a tutti i coautori ⁽⁹⁴⁾.

Nel caso in cui l'autore abbia ceduto il diritto di utilizzazione oggetto della violazione ad altro soggetto, può sempre intervenire a tutela dei suoi interessi nei giudizi promossi dal cessionario ⁽⁹⁵⁾.

L'intervento può essere ammesso anche laddove l'autore non abbia la titolarità del diritto per ragioni diverse da quella di una vera e propria cessione, come nel caso di opera realizzata su commissione, in base a un rapporto di lavoro subordinato o simile.

Legittimati ad agire sono inoltre il possessore del diritto di utilizzazione ⁽⁹⁶⁾ e gli enti di diritto pubblico indicati negli articoli 180 e 184 della legge sul diritto d'autore ⁽⁹⁷⁾.

In quest'ultima fattispecie la legge stabilisce che «i funzionari appartenenti agli enti sopramenzionati possono esercitare le azioni di cui sopra nell'interesse degli aventi diritto senza bisogno di mandato, bastando che consti della loro qualità» ⁽⁹⁸⁾.

L'ente di diritto pubblico è, inoltre, «dispensato dall'obbligo di prestare cauzione per la esecuzione degli atti per i quali questa cautela è prescritta o autorizzata» ⁽⁹⁹⁾ e «designa i funzionari autorizzati a compiere attestazioni di credito per diritto d'autore nonché ai fini della legge 5 febbraio 1992, n. 93; dette attestazioni sono atti aventi efficacia di titolo esecutivo a norma dell'articolo 474 del codice di procedura civile» ⁽¹⁰⁰⁾.

In merito alla tutela del diritto morale, per sua stessa natura inalienabile, legittimato attivo è indubbiamente soltanto l'autore, mentre, in caso di opera creata in collaborazione con contributi distinti, ciascun autore può agire a difesa del proprio contributo, mentre se i contributi sono inscindibili e indistinguibili, la difesa può essere esercitata individualmente da ciascun coautore ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁴⁾ Art. 10, l.a.

⁽⁹⁵⁾ Art. 165, l.a.

⁽⁹⁶⁾ Art. 167, l.a.

⁽⁹⁷⁾ Art. 164, l.a.

⁽⁹⁸⁾ Art. 164, n. 1, l.a.

⁽⁹⁹⁾ Art. 164, n. 2, l.a.

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 164, n. 3, l.a.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 10, l.a. In tal senso si veda anche L. DAFFARRA e A. D'ADDIO, *Opere multi-*

9. — In conclusione di questo breve scritto è possibile rilevare che il nostro ordinamento garantisce ampie forme di tutela in sede civile e penale ⁽¹⁰²⁾ al software commerciale, ma che, tuttavia, sembra ignorare l'esistenza di altre tipologie di programmi, in particolare i cosiddetti programmi *shareware* e *freeware* ⁽¹⁰³⁾.

È stato, infatti, osservato ⁽¹⁰⁴⁾ che molto spesso le raccolte di programmi *shareware* e *freeware* distribuite con riviste o kit di accesso ad internet ledono i diritti dei tanti piccoli programmatori che affidano i loro lavori a questi canali di distribuzione ⁽¹⁰⁵⁾.

mediali e tutela del diritto d'autore, in *La società dell'informazione: comportamenti e norme nella società vulnerabile*, 1995. Gli autori sostengono, infatti, che «la tecnologia digitale porta ad una necessaria revisione del classico concetto di «autore»».

Stiamo assistendo ad un processo per il quale chiunque potrà intervenire su un'opera preesistente, trasformandola, rielaborandola, manipolandola o presentandola in forme e modalità diverse.

La figura dell'autore in senso tradizionale si presenterà sempre più con tratti confusi o sfumati, e presto sarà forse il caso di parlare non più di «autore» di un'opera multimediale, ma di molti «contributori» alla stessa.

In ogni caso — e posto che un'opera multimediale non nasce certo dal «pathos» creativo di un autore romanticamente inteso, ma dallo sforzo congiunto e coordinato di un team di soggetti e da investimenti, anche economici, tutt'altro che irrilevanti — ciò di cui già al momento occorre prendere atto è che, da un lato, esiste la necessità di riconoscere e «premiare» chiunque offra un proprio contributo creativo fondamentale alla venuta in essere del lavoro multimediale, dall'altro la necessità di dare una giusta remunerazione e tutela patrimoniale a chi abbia operato gli investimenti ed il coordinamento necessari per la produzione dell'opera.

Non è da trascurare, inoltre, l'esigenza di salvaguardare anche il diritto degli autori di tutti i singoli contributi che vengono «incorporati» nell'opera ad essere riconosciuti e salvaguardati come tali.

Altro problema, poi — diverso, ma connesso al tema che stiamo discutendo — è quello della definizione di autore nel caso di lavori o «opere» che vengano generati per elaborazione autonoma dal computer.

Il punto, che per la sua complessità necessita di un separato approfondito esame, è attualmente oggetto di dibattito in più sedi internazionali.

⁽¹⁰²⁾ Le difese e le sanzioni penali alle violazioni della l.a. sono riportate agli articoli 171 ss. della l. stessa.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *retro*, nt. 47.

⁽¹⁰⁴⁾ In tal senso A. MONTI, *Diritto d'autore ... due pesi e due misure*, in *Computer Programming*, n. 75, 1998.

⁽¹⁰⁵⁾ In particolare si è osservato che «ogni mese centinaia di migliaia di CD inondano i mercati violando spudoratamente i diritti dei programmatori e causando danni economici di portata clamorosa.

*Stranamente una situazione così palese non ha mai suscitato l'interesse e poi l'attenzione delle forze dell'ordine e dunque riviste, periodici, internet provider, continuano ad abusare del lavoro di tanti ignoti sviluppatori allegando a giornali e kit di accesso alla rete raccolte di programmi shareware». A. MONTI, *Diritto d'autore*, loc. cit.*

Ci si pone, quindi, il quesito della legalità della distribuzione di raccolte di programmi shareware o freeware.

Il *casus belli* è rappresentato da una vicenda di oltreoceano: la sonora condanna, pronunciata da una corte distrettuale dell'Illinois, nei confronti di una ditta che distribuiva programmi shareware ⁽¹⁰⁶⁾.

La questione è scaturita dalla seguente circostanza: una software house, la *Storm Impact Inc.*, distribuiva abitualmente le versioni shareware di due giochi secondo il noto meccanismo della limitazione funzionale dei programmi, eliminabile previo acquisto presso il produttore di una chiave di registrazione.

I programmi erano pubblicati presso il sito web della *Storm Impact* e messi a disposizione degli utenti senza alcun costo aggiuntivo; la *software house* ne aveva, tuttavia, vietato la distribuzione ovvero l'uso a scopo commerciale.

In particolare veniva espressamente vietato di effettuare copie dei programmi su CD.

Tuttavia, nonostante tale divieto, una produttrice di raccolte di programmi shareware, la *Software Of the Month Club*, includeva ugualmente i giochi in questione in un CD, poi messo in vendita.

Conosciuto il fatto, la *Storm Impact* si rivolgeva alla corte distrettuale del distretto settentrionale dell'Illinois sostenendo di avere subito una violazione dei propri diritti d'autore e di avere, quindi, diritto al risarcimento del danno.

Parte attrice sosteneva, a vantaggio del proprio diritto, la seguente tesi: includere un programma shareware in una raccolta su CD distribuita attraverso i canali commerciali crea un disagio agli utenti.

Questi, infatti, prima pagano il prezzo della raccolta, poi scoprono che, per poter utilizzare pienamente i programmi contenuti nella stessa, devono pagare nuovamente.

⁽¹⁰⁶⁾ *Storm Impact, Inc., et al. v. Software of the Month Club, No. 95 C2154, U.S. Dist. Lexis 11789 (N.D. Ill., July 29, 1998)*. La Corte ha affermato che «unauthorized commercial distribution of shareware posted on the Internet in violation of express restrictions prohibiting such distribution infringed plaintiffs' copyright in the software.

Because such distribution did not amount to fair use, the court held defendant liable for statutory damages in the amount of \$20,000».

L'attrice aveva poi esplicitamente vietato la redistribuzione dei propri prodotti attraverso canali commerciali ⁽¹⁰⁷⁾.

La convenuta (perfettamente consapevole dei limiti alla distribuzione) compariva in giudizio eccependo, che essendo il software liberamente disponibile sulla rete, doveva necessariamente essere possibile utilizzarlo liberamente e che, quindi, il divieto posto dalla *Storm Impact* non poteva essere operativo ⁽¹⁰⁸⁾.

La Corte, tuttavia, non accoglieva la difesa della convenuta riconoscendo la validità delle limitazioni poste dall'attrice alla distribuzione e, di conseguenza, condannando la convenuta al risarcimento di un danno pari a 20.000 dollari americani ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ «Plaintiffs marketed two computer games in which they held copyrights by posting them on the Internet as shareware. The versions of the software posted as shareware permitted the user to play only half of the game, a mock ski run. If the user paid plaintiffs a registration fee, he was provided a key and registration number which permitted operation of the entire game.

Each product contained express restrictions on its use. While permitting and encouraging free copying and distribution among family and friends, these restrictions prohibited commercial distribution of the software, distribution in exchange for compensation, or alteration of the products». *Storm Impact Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F.Supp.2d 782 (N.D.Ill. 1998).

⁽¹⁰⁸⁾ «Defendant Software of the Month Club provides newly released shareware to its customers. In exchange for a monthly fee, club members regularly receive a CD-Rom disk containing what defendant considers to be the best new shareware currently available. Defendant advises its members that they should register their shareware with the authors if they like the work.

Defendant included plaintiffs' programs in one of its offerings to club members. Charging that this distribution infringed their copyright in the software, plaintiffs commenced suit. After a bench trial, the court agreed, and awarded plaintiffs \$20,000 in statutory damages for this copyright infringement.

Defendant conceded that its activities infringed plaintiffs' copyright. However, it argued that "because [plaintiff] posted its shareware product on the Internet for non-commercial distribution, any reservation of its rights with regard to commercial distribution failed. By publishing its shareware, [defendant] says that [plaintiff] impliedly consented to [defendants] distribution». *Storm Impact Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F.Supp.2d 782 (N.D.Ill. 1998).

⁽¹⁰⁹⁾ «The court rejected this argument, holding that plaintiffs could post their software on the Internet for free distribution and still validly restrict the uses to which it was put by posting express reservations on such use. Said the court:

Protecting material placed on the Internet for free distribution appears to be a question of first impression. I find that [plaintiff's] express reservations of distribution rights are valid, enforceable, and militate against a finding of fair use.

The court also found that defendant's activities did not amount to permissible «fair use» of plaintiffs' software under section 107 of the Copyright Act. In reaching this conclusion, the court pointed to the fact that defendant had copied plaintiffs' shareware programs in their entirety, had not altered or transformed the programs in any way, had made a profit from their distribution had a negative impact on the potential market for the products.

L'analisi di questo caso ci offre numerosi spunti di riflessione in relazione alla disciplina della tutela del diritto di autore.

In primis, il giudice adito ha ritenuto pienamente applicabile la legge «ordinaria» anche al caso in questione contribuendo a ribadire ancora una volta come la rete «tutto sia, fuorché una dimensione parallela e chiarendo un principio tanto ovvio quanto (casualmente?) trascurato: il diritto d'autore si applica a tutti gli effetti anche alla Rete, e l'ampia diffusione di una prassi non la rende automaticamente legale»⁽¹¹⁰⁾.

In secondo luogo ci permette di dirimere alcune delle numerose questioni che ci si pone allorché si parla delle modalità alternative di utilizzo dei diritti d'autore.

È noto, infatti, che molto spesso il software *shareware*⁽¹¹¹⁾ può essere liberamente distribuito al solo prezzo del costo dei supporti o addirittura

Defendant argued that its increased distribution of shareware along with defendant's product recommendation helped plaintiffs market their product. The court rejected this argument on plaintiffs' evidence that club members were less likely to pay plaintiffs a registration fee because they had already paid defendant a monthly subscription fee to receive the shareware. The court also found that defendant created ill will among consumers because of poor technical support given regarding plaintiffs' products.

The court did not find defendant's infringement to be willful, however. Said the court:

I ... find that [defendant] did not willfully infringe [plaintiff's] copyrights. This case was an issue of first impression, and [defendant] has made a plausible, although ultimately unconvincing, case that [plaintiff's] release of the free software indicated its implied consent and that the remaining restrictions on the shareware's use were enforceable. Furthermore, once notified that [plaintiff] did not consent, [defendant] removed MacSki and TaskMaker from its monthly compilations». Storm Impact Inc. v. Software of the Month Club, 13 F.Supp.2d 782 (N.D.Ill. 1998).

⁽¹¹⁰⁾ A. MONTI, *Diritto d'autore*, loc. cit.

⁽¹¹¹⁾ A tale proposito è illuminante quanto affermato dalla Corte distrettuale americana: «Shareware is not a kind of software, it is a way of marketing software as an alternative to retail selling; it is much cheaper than conventional retail methods.

The federal government has defined shareware as «copyrighted software which is distributed for the purposes of testing and review, subject to the condition that payment to the copyright owner is required after a person who has secured a copy decides to use the software». 37 C.F.R. § 201.26.

Shareware gives the user an opportunity to use the product and try it out before buying it.

There are two common forms of shareware. With the first, the owner of the software makes the complete software available to users without charge for the purpose of evaluation. If users wish to keep the software after a trial basis, they must forward a registration fee to the owner. Shareware programs distributed in this manner rely to a large extent on the honesty of the users.

The second form of shareware contains the computer equivalent of a lock on part of the program. The «lock» is a feature built into the software program which disables portions of the program. The user can sample the unlocked portion at no charge, and, if the user likes what he sees, he can buy the key in the form of a floppy disk and registration number which enables the user to use the whole program.

gratuitamente, ma troppo spesso questa disposizione viene travisata fino a farvi rientrare automaticamente anche la distribuzione su periodici o la commercializzazione tramite raccolte non sono necessariamente gratuite e certamente a scopo commerciale.

Anche dall'analisi delle licenze di noti programmi *shareware* è possibile evincere come tali restrizioni alla distribuzione del programma non rappresentino un'eccezione, quanto la prassi a cui sviluppatori indipendenti ricorrono per impedire che terzi possano sfruttare impunemente il proprio lavoro a scopo commerciale.

Appare evidente che, all'atto pratico, la volontà dei programmatori non viene affatto rispettata da editori e provider che (in assenza dei necessari permessi preventivi) sono soliti inserire tali programmi in raccolte poi distribuite attraverso i canali commerciali ovvero, fatto ancor più grave, allegate a riviste⁽¹¹²⁾.

È doveroso osservare che vi sono stati casi in cui ci si è preoccupati di leggere preventivamente le licenze d'uso dei programmi distribuiti per verificare se l'inclusione in una raccolta potesse creare problemi oppure no, o addirittura in cui ci si è preoccupati di stipulare appositi accordi di licenza, ma si tratta comunque di eccezioni alla regola che vede la distribuzione «selvaggia» dei programmi *shareware*⁽¹¹³⁾.

Storm Impact used this second form of shareware to market TaskMaker. Storm Impact, Inc., an Illinois corporation, and David Alan Cook, plaintiffs, v. Software of The Month Club, defendant; 1998 U.S. Dist. LEXIS 11789 (ND Ill. 1998).

⁽¹¹²⁾ Afferma A. MONTI, *Diritto d'autore*, loc. cit. «In primo luogo bisogna considerare, infatti, che una raccolta di programmi acquista un valore più elevato rispetto ai singoli programmi, come nel caso in cui ci si trova di fronte ad una selezione ragionata di programmi da impiegare in rete. Invece di impazzire cercando qua e là l'applicativo che mi occorre che poi occuperà comunque spazio su disco o sui supporti removibili sarebbe molto più vantaggioso che qualcuno mi fornisca in un colpo solo client di posta elettronica, chat, FTP, crittografia, internet phone e via discorrendo.

Anche facendo finta di ignorare che il costo di questa raccolta non corrisponde al semplice costo di produzione dei supporti, rimane il fatto che «l'effetto collezione» consente un chiaro impiego commerciale.

Questo è ancora più vero quando si passa alle riviste, sia nel caso in cui il prezzo della testata è differenziato a seconda della presenza o meno della raccolta di programmi, sia, ed è peggio, nel caso in cui la presenza del CD non provoca alcun aumento di prezzo.

In quest'ultimo caso si manifesta ancora più pesantemente l'utilizzo commerciale dei programmi che infatti vengono usati per attirare clientela o lettori. Non ci vuole molto a capire che fra due riviste di pari costo verrà privilegiata quella con il CD allegato. Identico discorso vale per i fornitori di accesso ad internet che insieme agli abbonamenti distribuiscono spesso centinaia di mega in programmi».

⁽¹¹³⁾ In tal senso A. MONTI, *Diritto d'autore*, loc. cit.

MAURIZIO LUPOI

QUALE FIDUCIA?

1. — Giustiniano rilevò nelle *Institutiones* che la fiducia era nata fuori dall'ordinamento giuridico romano ⁽¹⁾. Probabilmente la fiducia nasce sempre fuori dall'ordinamento giuridico: quest'ultimo può ignorarla oppure, a un certo punto del proprio sviluppo, impossessarsene; quando se ne impossessa si aprono due strade: lo *stravolgimento* o il *mantenimento* dell'essenza pregiuridica del fenomeno.

Stravolgimento ha certamente luogo quando si affermano criteri di *tipizzazione negoziale*: la civilistica europea, impadronitasi di una incidentale affermazione di Gaio ed erettala a bipartizione fondante del fenomeno giuridico, per ciò solo stravolse la fiducia.

«Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent» ⁽²⁾: nasce da qui l'impovertimento dottrinale della fiducia. La bipartizione era errata già in Gaio, il quale la aveva enunciata incidentalmente senza potervi anettere alcuna pretesa classificatoria, dato che le stesse sue *Institutiones* presentano altre fattispecie di fiducia, non riconducibili a quella bipartizione della garanzia e dell'affidamento temporaneo fra vivi: basti pensare alla tutela fiduciaria ⁽³⁾, alla *coemptio* fiduciaria ⁽⁴⁾, al testamento *per aes et libram*, ove la *familia* è trasferita dal testatore a un acquirente fiduciario per farne ciò che il testato-

⁽¹⁾ *Inst.*, II.23.1: «fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur».

⁽²⁾ *GAIUS, Inst.*, 2.20.

⁽³⁾ *GAIUS, Inst.*, 1.166a: «Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus».

⁽⁴⁾ *GAIUS, Inst.*, 1.114: «Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem».

re gli prescrive ⁽⁵⁾, alla *mancipatio fiduciaria* e all'ampia trattazione dei *fideicommissa* ⁽⁶⁾.

Rimanendo nell'opera gaiana, quindi, i tipi di fiducia sono già sette e non due e la classica bipartizione, ancora oggi ricorrente nelle trattazioni istituzionali, si palesa immediatamente insostenibile; essa è ancora più insostenibile se si osserva l'esito in diritto romano della bipartizione falsamente ascritta a Gaio.

Fiducia «pignoris iure»: i redattori espunsero i riferimenti alla fiducia delle fonti incluse nel Digesto e li sostituirono con riferimenti al pegno.

Fiducia «quo tutius nostrae res apud eum essent»: questa fiducia avrà grande esito nei tempi perigliosi nei quali l'insicurezza giuridica imporrà di trasferire beni ai potenti, per esserne protetti; ma allora sarà *un'altra fiducia*: «fiducia cum potente», non più «fiducia cum amico», e la sicurezza formerà oggetto di negoziato e di scambio; il povero si darà al potente – darà i propri beni e darà anche se stesso – e il potente assicurerà protezione non ai suoi beni, ma alla sua persona ⁽⁷⁾.

Quale fiducia, dunque? Meglio: quali fiducie?

Vi è una fiducia massima, quella di chi affida un bene a un erede senza che in alcun modo ne risulti la segreta ragione. «Massima»: perché destinata a operare quando chi potrebbe contestare il comportamento dell'erede sarà morto senza lasciare documento che manifesti il segreto.

Vi è una fiducia minima, quella di chi può riprendersi in qualsiasi momento ciò che ha trasferito.

Vi è la fiducia che dura un attimo o poco più, di chi dà per riprendere o per fare avere a terzi, e la fiducia che dura per la vita del fiduciario o anche più a lungo.

Vi è la fiducia che consente l'evasione da prescrizioni legali socialmente percepite come immorali o esorbitanti, come quelle che vietano l'esercizio di talune attività economiche a chi professa una certa religione

⁽⁵⁾ GAIUS, *Inst.*, 2.102: «Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur».

⁽⁶⁾ Nella parte finale del secondo libro delle *Institutiones*.

⁽⁷⁾ V. il mio *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Poligrafico dello Stato: Roma, 1994, cap. VI.

o appartiene a una certa razza. Ma vi è anche la fiducia della quale il fiduciario non può essere fiero perché egli sa che la prescrizione evasa corrisponde al comune sentire e che egli si è prestato a un comportamento generalmente percepito come riprovevole (per esempio, gli acquisti compiuti per interposta persona da chi è in conflitto di interessi).

Vi è la fiducia di chi vuole evitare effetti legali come la tutela, ai quali preferisce sostituire un regime negoziale che egli stesso predispone e disciplina.

Vi è la fiducia necessitata, come quando un atto dovrà essere compiuto in un tempo futuro, nel quale il disponente prevedibilmente non sarà più in vita e non potrà decidere in quale modo compierlo.

Vi è la fiducia che aggira i limiti al naturale spiegarsi degli affetti, quali in genere le incapacità di ricevere (si pensi agli enti ecclesiastici disciolti nell'Ottocento francese e italiano) e specificamente il divieto di donazioni fra coniugi.

Vi è la fiducia implicita, che rimane inespressa perché considerata inerente un rapporto personale e non è quindi attestata né da un documento né da un comportamento attivo.

Vi è la fiducia conseguente a un affidamento ricevuto, la quale parimenti non dà luogo ad alcun negozio, come nella successione legittima quando il figlio, conoscendo gli intendimenti del padre, lo rassicura che li prenderà a proprio carico e il padre non fa testamento.

Vi è la fiducia negoziata, che della «fiducia» ha talvolta solo il nome.

Vi è la fiducia che la legge ripone in soggetti titolari di specifici rapporti giuridici o di specifici uffici, ai quali richiede si comportino come se fossero fiduciari privatamente nominati e per questa ragione affida loro posizioni soggettive da esercitare a vantaggio di terzi.

Tanti criterii, per nulla omogenei, *tante fiducie*, tanti segmenti di vita, tanti valori, tante strutture irriducibili a unità concettuale: non sembra possibile parlare unitariamente di fiducia e sono quindi ulteriormente agibili le classiche trattazioni della fiducia né le teorie che la fecero da padrone dalla metà del secolo XIX alla prima metà del XX e che ancora stancamente si trascinano ⁽⁸⁾. Esse possono talvolta ancora comparire, ma solo quale contrappunto.

⁽⁸⁾ Cfr. J.-Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»*, Helbing & Lichtenhahn: Bâle-Genève-Munich, 2000, pp. 51-58.

2. — Vi sono le fiducie che non riescono a manifestarsi nel mondo del diritto perché attestate da parole o comportamenti che il diritto giudica insufficienti se non sorretti da una forma espressiva vincolata: qui è un diverso stravolgimento, quello che impone alle fiducie di non essere più tali. Allo stravolgimento, appena descritto, della tipizzazione impoverente si aggiunge un dato estrinseco, anzi contrastante con l'essenza del fenomeno. Quando la fiducia si manifesti uno specifico *negozio di affidamento* (abbiamo appena visto che un negozio può mancare) non è pensabile che la legge consenta al fiduciario di invocare un difetto di forma del negozio se non in quanto la fiducia sia stata nel frattempo stravolta: stravolta dalla legge.

Si profila così un tema di grande impatto sia per il giurista interno che per il comparatista: lo stravolgimento della fiducia per *omologazione*.

È perfettamente sostenibile che, se il trasferimento di un diritto reale immobiliare richiede la forma scritta, le intese fiduciarie riguardanti quel trasferimento richiedano egualmente la forma scritta. È egualmente sostenibile che le intese fiduciarie non richiedano la forma scritta perché esse sono basate sulla fede del fiduciario e quindi sono per necessità libere da ogni requisito formale. La prima posizione è quella della *omologazione*, la seconda è quella della *specificità* ⁽⁹⁾.

La specificità dei *trust* compare anche nel loro momento genetico. Il rischio della omologazione è stato sventato più volte nel diritto inglese, dalla legge del 1677 ⁽¹⁰⁾ a quella del 1989 ⁽¹¹⁾ alle pronunce giurisprudenziali in tema di *trust* testamentari segreti: in tutti questi casi si trattava di porre o meno l'affidamento conseguenza della fede attesa sullo stesso piano dell'affidamento conseguenza di un negozio traslativo.

Per avvicinarsi a questo tema occorre ribadire la pluralità tipologica dei *trust*, come si è appena detto per le fiducie.

Nei *trust* testamentari espressi la forma è necessariamente quella del testamento; non così quando il *trust* non appaia nella scheda testamentaria e la sua documentazione sia affidata o a uno scritto che non soddisfa

⁽⁹⁾ Interessante che al tempo di Gaio i fedecommessi valessero anche se scritti in greco, mentre i testamenti dovevano essere in latino: «legata Graece scripta non valent; fideicommissa uero ualent»: GAIUS, *Inst.*, 2.281.

⁽¹⁰⁾ Statute of Frauds.

⁽¹¹⁾ Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act.

le prescrizioni formali dettate per i testamenti o manchi del tutto, in quanto manifestata verbalmente: la risposta del diritto inglese è sempre nel senso della inapplicabilità delle regole formali dettate per il testamento.

Nei *trust* espressamente istituiti fra vivi vige il principio della libertà di forma. I *trust* di beni mobili, quale che ne sia il valore, sono provabili per testimoni; i *trust* di beni immobili debbono essere assistiti da un principio di prova scritta e, ove questa esista, il *trust* è provabile per testimoni. Fino al 1989 il principio di prova scritta era sufficiente per ogni atto che trasferisse diritti su beni immobili: quindi, non solo per i *trust*, ma anche per le donazioni e le compravendite; quando venne legislativamente introdotto il requisito della forma scritta *ad substantiam*, esso fu limitato ai contratti ⁽¹²⁾ e quindi la norma allora vigente è rimasta solo per i *trust*.

I *trust* istituiti non espressamente, ma o implicitamente o per il venire in essere di una situazione fiduciaria rilevata dalla legge, non soggiacciono ad alcuna regola di forma ⁽¹³⁾.

Questa sommaria elencazione di regole mostra la mancanza di omologazione: le norme sulla forma dei *trust* hanno una propria autonomia.

Il diritto civile europeo perse il contatto con le fiducie proprio quando le omologò a causa di una serie di circostanze politiche che confusero la fiducia (testamentaria) con altri e distinti fenomeni; secoli di civiltà giuridica furono distrutti da un solo articolo di legge ⁽¹⁴⁾. Nel medesimo periodo il nuovo diritto positivo rivendicava e otteneva il dominio sui precetti che assistevano le fiducie. L'omologazione delle regole sulla forma degli atti si fondò allora su una omologazione di valori o, più precisamente, sulla rimozione dei valori specifici della fiducia.

Il senso della fiducia venne progressivamente perduto. Furono colmate le altezze impressionanti alle quali era allora giunto il diritto comune, quando un testatore poteva morire felice dichiarando agli amici: «Sta

⁽¹²⁾ Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act - 1989, sect. 2 (1)-(3).

⁽¹³⁾ Sono i *trust* detti *constructive* o *resulting*: v. il mio *Trusts*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2001, cap. II.

⁽¹⁴⁾ Legge 25 ottobre - 14 novembre 1792 sulla abolizione delle sostituzioni. In realtà, come mostrerò in altra occasione, la vera fiducia testamentaria rimase insensibile al divieto legale.

tutto sopra la fede di uno»⁽¹⁵⁾; l'affidamento si ritrasse allora negli spazi privati ove era nato: un ritorno alla *fides* e a quel *pudor* sul quale Giustino fondava i *fideicommissa* dei tempi antichi⁽¹⁶⁾: il senso dell'onore, la vergogna civile di tradire la *fides*. Diversamente da quanto avvenne nella storia del diritto romano, ove la violazione della *fiducia* fu punita con l'*infamia*, il diritto privato italiano volle mantenere la fiducia fuori da sé: la sua specificità non fu, e non è stata più, percepita mentre il diritto penale, sebbene debolmente, ce ne consegna un retaggio nella circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 cod. pen., che talvolta la giurisprudenza connette significativamente all'*affidamento*⁽¹⁷⁾.

3. — «*Trusts in England, under the name of uses, began, as they did in Rome, under no other security than the trustee's faith*»; questo brano di una sentenza del 1759⁽¹⁸⁾ mostra un identico cammino iniziale fra diritto inglese e diritto romano e la consapevolezza che di esso ebbero i giuristi inglesi: i *trust* nacquero in Inghilterra fuori dall'ordinamento, come a Roma; come a Roma essi riposavano sulla fede del fiduciario.

⁽¹⁵⁾ Rota romana, 20 aprile 1674, *Faventina haereditatis*, cor. Albergato, in *J. R. R. Decisiones Recentiores nuncupatae, pars in ordine XVIII*, t. II, Romae: a Iohanne Baptista Compagno, 1681, dec. 692.

⁽¹⁶⁾ Sopra, nt. 1.

⁽¹⁷⁾ Cass., 19 maggio 1992, Ruberto, in *Riv. pen.*, 1993, p. 728: «Se di norma la possibilità di trarre profitto dal rapporto di fiducia non è più sfruttabile con la cessazione del rapporto di dipendenza o di servizio, la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 c.p. non viene tuttavia meno quando, nonostante la fine del rapporto, l'imputato si sia ancora potuto avvalere delle situazioni e degli effetti favorevoli preconstituiti durante lo svolgimento di esso derivanti dall'*affidamento* di cui beneficiava».

Cass., 4 dicembre 1981, Gambon, in *Riv. pen.*, 1982, p. 975, riguardante l'appropriazione commessa dal socio amministratore di una società di fatto: «d'aggravante dell'abuso di relazioni di prestazione d'opera ricorre in tutti i casi in cui il reo abbia profittato della *fiducia in lui riposta e manifestatagli con l'affidamento* a qualsiasi titolo del disimpegno di una determinata attività».

Cass., 9 gennaio 1984, D'Alfonso, in *Riv. pen.*, 1985, p. 384, riguardante l'appropriazione indebita di somme affidate in deposito fiduciario con procura ad investire opportunamente: «Ai fini dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, c.p. la prestazione di opera [...] consiste in un rapporto anche di fatto che sia stato l'occasione e la ragione di quello possessorio; tale circostanza ricorre ogni volta che l'agente profitta della *particolare fiducia in lui riposta, attraverso l'affidamento* a qualsiasi titolo, nel disimpegno di un'attività che lo ponga in condizioni di commettere più facilmente il reato» (corsivo mio).

⁽¹⁸⁾ *Attorney-General v Wheat* (1759) 1 Eden 177 (28 ER 652).

La «*trustee's faith*» è la fede *data*? Non necessariamente: «*eius fidei committitur*» è frase che Gaio impiega con riferimento alla fiducia testamentaria, il negozio unilaterale per eccellenza, ove la fede non può certo risultare documentalmente (*trust* testamentari, *fideicommissa* romani) e in alcuni casi comunque non lo deve (fiducia segreta). La «*faith*» del *trustee* è individuata, nel brano sopra riportato, quale «*security*» dell'adempimento del *trust*: è la identica struttura giuridica apparente dalla frase «*Sta tutto sopra la fede di uno*», pronunciata cento anni prima in un processo rotale⁽¹⁹⁾: quando il fiduciante commette lo scopo che ha in animo alla fede del fiduciario — «*eius fidei committitur*» — la *fides* si palesa come la ragione dell'affidamento.

Emerge così il ruolo unificante dell'*affidamento* nella ricostruzione di alcune tipologie delle fiducie e dei *trust*, ma subito notiamo una apparente doppia valenza del termine: affidamento *di* una posizione soggettiva, affidamento *nel* soggetto eretto a proprio fiduciario.

Alla base dei *trust*, come delle fiducie, non sta un negozio bilaterale se non talvolta e quindi non strutturalmente; l'affidamento, nella apparente doppia valenza appena segnalata, può inerire un negozio bilaterale, un negozio unilaterale o la decisione di non dare luogo ad alcun negozio. La risposta alla domanda che abbiamo sopra proposto è che la fede del fiduciario non è soltanto la fede *data*; anzi probabilmente non lo è mai da sola, perché prevale sempre, nella mente dell'affidante, la fede *attesa*. La fiducia, in altre parole, è la *speranza* della fede; l'affidamento è la sua manifestazione. La doppia valenza è allora solo apparente: *af-fido* perché *con-fido*; nelle fiducie e nei *trust volontari* (una tipologia, non l'unica) l'affidamento di una posizione soggettiva al fiduciario (connessa a negozio traslativo o alla decisione di non dare luogo ad alcun negozio) offre uno strumento ricostruttivo unitario, che indurrebbe a passare dalle fiducie all'affidamento: esso riposa sulla fede dell'affidatario, la fede che l'affidante attende sia la misura e la chiave ispiratrice del comportamento dell'affidatario.

«Affidamento» è un termine del quale si fa uso frequente nel lessico giuridico italiano, risultandone una notevole vastità tipologica: affidamen-

⁽¹⁹⁾ Sopra, nt. 15 e testo relativo.

to di minori, affidamento preadottivo, affidamento di beni mobili ⁽²⁰⁾, affidamento di incarico professionale, affidamento sulla stabilità della giurisprudenza ⁽²¹⁾ o di un atto amministrativo ⁽²²⁾, affidamento di pubblici servizi o di pubbliche forniture, affidamento in prova (quale misura alternativa alla detenzione), e altri ancora.

Rimanendo in aree intuitivamente più vicine al tema di questo studio, la lunga storia dei *trust* mostra che la enumerazione delle fiducie è ben lungi dall'essere esauriente. Gli affidamenti giuridicamente rilevanti per il diritto dei *trust* includono, come vedremo, affidamenti irreflessivi, affidamenti necessitati, affidamenti impliciti, perfino affidamenti non voluti, affidamenti disposti dalla legge; guardando alla medesima fenomenologia da altro punto di vista: affidamenti di una posizione soggettiva *al* fiduciario, affidamenti *riposti* nel fiduciario, affidamenti che *provengono* dal fiduciario, affidamenti *ingenerati* da chi per ciò diviene fiduciario, affidamenti *imposti* a chi trovi ad essere fiduciario senza averlo voluto e senza intendere esserlo.

Dalla fiducia alle fiducie, dal *trust* ai *trust*, dall'affidamento agli affidamenti: gli affidamenti unificano i *trust* come unificano le fiducie, ma è solo un gioco di parole o forse di specchi. L'affidamento *al* e *nel* fiduciario svolge una ineliminabile funzione nelle fiducie e nei *trust volontari*, ove consente di leggere per mezzo di una sola struttura giuridica – la coincidenza fra *af-fidare* e *con-fidare* – i negozi unilaterali, i negozi bilaterali e la mancanza di alcun negozio; ove le misure e le finalità degli affidamenti vengono rilevate all'interno dell'unica struttura e giustificano le regole operative.

Per andare oltre e comprendere la complessa realtà dei *trust* e delle fiducie occorre una diversa categoria concettuale, comparatisticamente idonea.

4. — Muovendo dalla frammentazione della fiducia in fiducie è agevole, approfondendo l'analisi, rilevare che esistono tanti tipi di affida-

⁽²⁰⁾ S. RONCO, *Affidamento di beni mobili e insolvenza dell'affidatario*, Padova, Cedam, 2000.

⁽²¹⁾ F. BENUSSI, *Principio di buona fede e legittimo affidamento nella giurisprudenza dell'ufficio europeo dei brevetti*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, p. 52.

⁽²²⁾ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999.

mento che possono essere giuridicamente rilevanti all'interno del vasto campo delle fiducie e, ancora più, dei *trust*.

Abbiamo visto che il diritto dei *trust* prevede regole sulla forma che, in prima approssimazione, sono assai più liberali di quelle sulla forma dei negozi di trasferimento dei medesimi beni.

Un rapido percorso nel diritto dei *trust* mostrerebbe che un soggetto pubblico può trovarsi ad essere *trustee*, con le medesime obbligazioni di un qualsiasi privato; che taluni in rapporti giuridici le somme versate a un soggetto lo rendono *trustee* pur in mancanza di alcuno specifico accordo; infine, che chi si approfitta di situazioni che ingenerano affidamento diviene affidatario (*trustee*) dei vantaggi che dall'approfittamento ha ritratto in danno di altri (i quali sono i beneficiari del *trust*).

Queste sommarie indicazioni sono sufficienti allo scopo di chiarire cosa intendevo parlando di stravolgimento della fiducia dovuto alla sua riduttiva tipizzazione e ponendo l'omologazione (civilistica) in contrasto con la specificità (del diritto dei *trust*); sono probabilmente sufficienti per proporre una visione che privilegi l'autonomia delle fattispecie fiduciarie, alle quali darò il nome di «situazioni affidanti».

Concepisco le situazioni affidanti come un vastissimo campo dell'attività giuridica, all'interno del quale si collocano i *trust* e le fiducie: le situazioni affidanti non si esauriscono, quindi, nei *trust* e nelle fiducie. Il polimorfismo dell'affidamento consente di includere fra le situazioni affidanti altre fattispecie rispetto a quelle connesse all'affidamento volontario (affido, confido) – affidamenti non negoziati, affidamenti non voluti, affidamenti imposti, affidamenti inerenti un rapporto – così superando le tipologie più comunemente ascritte ai *trust* e alle fiducie; i *trust* conseguenti all'affidamento implicito sono l'*esito* di una situazione affidante, la quale di per sé non avrebbe nulla da spartire con i *trust* se non fosse per l'intervento dell'approfittamento. La ragione del ricorso al concetto di «situazione affidante» sta dunque in ciò, che appare utile e comparatisticamente fruttuoso unificare tutte le fattispecie nelle quali a un soggetto viene richiesto di comportarsi come un fiduciario: è la *fede attesa*, che adesso si rivela essere un dato ineliminabile.

La giustificazione strutturale della categoria unitaria, per quanto riguarda il diritto dei *trust*, è duplice.

Le situazioni affidanti sono valutate come tali dall'ordinamento in conseguenza dell'apprezzamento, in termini di obbligatorietà giuridica, non soltanto dell'affidamento espresso (negozialmente o legislativamente), dell'affidamento inerente un rapporto o implicito nella mancanza di un negozio, ma anche di un *rapporto di disegualianza* circa la posizione soggettiva oggetto della situazione fiduciaria. Il cennato poliformismo di «affidamento», che qui è mantenuto nella sua pienezza, si traduce in un vincolo imposto o sulla posizione soggettiva stessa fin dal suo sorgere o sul risultato che l'esercizio del potere, spettante in fatto o in diritto, ha prodotto.

Il vincolo si manifesta sempre segregando la posizione o il risultato dell'esercizio del potere, così che il vincolo non possa essere pregiudicato da atti o fatti riguardanti l'affidatario (*trustee*).

L'apprezzamento in termini di obbligatorietà giuridica dell'affidamento connesso al rapporto di disegualianza richiama nozioni pregiuridiche: sta in ciò la sua forza e la sua capacità di disciplinare una serie aperta di fattispecie. Esso si pone su una strada che è all'opposto rispetto alle strade della tipizzazione e della omologazione. Il diritto delle situazioni fiduciarie è nato e tuttora vive nei Paesi di *common law* in simbiosi con la valutazione morale e sociale, più precisamente con la valutazione del comportamento delle parti secondo *coscienza*; la «specificità», alla quale mi sono spesso richiamato nelle pagine precedenti, trova qui il proprio comprensibile fondamento e palesa il maggior elemento di estraneità rispetto alla «fiducia» oggetto della riduzione civilistica.

Le tendenze della moderna comparazione, attratte da mode funzionaliste e economicistiche, idonee e fruttuose in molti campi del diritto, sono del tutto inidonee ad affrontare il tema dei *trust*. Il mio punto di vista è che nessun raffronto con il diritto dei *trust* sia possibile se si ignora che nell'ordinamento giuridico italiano, tornato all'alba delle fiducie, non si è ancora fatto giorno e se non si guarda ai *trust* dal di dentro: una fatica che purtroppo la civilistica italiana (ma non solo italiana) si è ben guardata dall'intraprendere.

VITTORIO MENESINI

IL DIRITTO AL MERCATO COME NUOVO DIRITTO DELLA PERSONA (*)

SOMMARIO: 1. Il Diritto al mercato e l'autoaffermazione della Persona. — 2. È il mercato il fondamento stesso del Diritto al mercato. — 3. Il rapporto fra tecnica/democrazia come problema preliminare per il Diritto al Mercato. — 3. Le regole del Mercato fondamentali per il Diritto al Mercato. — 4. La mancanza di trasparenza nell'innovazione tecnica, e il problema dei limiti al segreto industriale. — 5. Il vento della libera concorrenza come possibile rimedio alla assenza di trasparenza nell'innovazione tecnica. — 6. La violazione del segreto industriale come ipotetico atto di concorrenza leale. — 7. Dalla lecita violazione del segreto industriale, qualche ipotetica conclusione sistematica sulla Proprietà intellettuale. — 8. Problemi da risolvere e possibili risposte circa i segreti industriali. — 9. Il criterio della esigenza di trasparenza per identificare i segreti industriali violabili a tutela del Diritto al Mercato. — 10. Possibili obiezioni al Diritto al Mercato e alcune ragionevoli risposte.

1. — 1a) *I percorsi del Diritto al Mercato*. Nel mercato, tanto più se globale, le imprese, e gli Stati, o quanto di loro rimarrà, sono macchine sociali che producono ricchezza, e contemporaneamente la distruggono.

È il costo della competitività che non solo va accettato — anche perché non vi sono alternative — ma che va addirittura esaltato ed incoraggiato in tutti in modi. Perché si soddisfano i bisogni individuali e collettivi, si creano nuove risorse, si consente che il presente serva anche al futuro della società civile.

Ma la distruzione di ricchezza ha costi sociali altissimi, che, se possono e debbono essere sopportati da ciascuno e da tutti, possono e debbono anche comportare che chi li abbia provocati, in qualche modo debba farsene carico, rispetto a tutta la indeterminata platea dei bisogni umani da soddisfare.

Non si tratta di solidarietà a poco prezzo, o di dare minestre calde agli affamati, come si tende caritatevolmente a fare o a predicare — e non

(*) Questo contributo è destinato ad uscire anche come saggio negli Studi in onore di Guido Rossi in corso di pubblicazione.

v'è nulla di male nel proporlo e nel praticarlo, solo che i problemi rimangono irrisolti – ma di rendere giustizia, di rendere possibile a ciascuno il suo, liberamente da acquistare nel mercato, dove le possibilità devono poter essere realizzate commercialmente, e non burocraticamente, o solidaristicamente, ammesso che qualcuno riesca a spiegare il significato giuridico di questo.

Alcuni possibili esempi.

Le industrie farmaceutiche *devono* poter produrre in modo remunerativo i farmaci *orfani* (di *sponsor*) per curare le *malattie rare* che il mercato tenderebbe ad ignorare perché ritenute poco interessanti commercialmente.

Come?

Attribuendo nuove *esclusive temporali* tanto significative ad un'impresa, da rendere la produzione interessante in termini economici (*v. infra sub. § 10 i*).

L'industria culturale *deve* trovare gli spazi per istruire in modo adeguato le nuove generazioni, e avviarle nel mercato del lavoro innovativo.

Come?

Alzando la soglia della *caplability* (di docenti e discenti), come richiesto in generale da *Amarya Sen*, e richiedendo e imponendo reali forme di concorrenza fra le imprese che se occupano.

Non è certo la strada seguita dai *Tar* che hanno annullato le selezioni alle Facoltà universitarie a numero chiuso, e neppure quella seguita dalle stesse che si sono rimpinzate di materie vetuste e di docenti organici alle nomenclature accademiche più fuori della *Modernità*.

L'industria dei trasporti deve trovare il modo di non martirizzare i propri utenti, aprendo il settore a chiunque faccia concorrenza: linee aeree, autostrade, autobus senza esclusive, in questo caso, quale che sia la presenza di *mani pubbliche*, che per definizione e per storia recente e passata, sono incapaci di competitività.

Si comincia forse meglio attraverso queste esemplificazioni a delineare il senso e la portata di un eventuale *Diritto al Mercato*? Azionabile quando gli altri Diritti presenti nel mercato sono insufficienti, e capace di funzionare da *ponte* fra i Diritti programmatici previsti nello Ordinamento, come nella nostra Costituzione? Ma che sinora, e solo a strappi, e in modo insoddisfacente, sono stati tutelati.

Al lavoro, alla sicurezza, alla salute, alla casa, all'istruzione, e l'elenco è notevolmente tanto lungo quanto frustrante.

Nel mercato, se si accetta una concezione privatisticamente competitiva del fare economia, e le regole adeguate vengono fatte rispettare *dall'Antitrust, e dalle Magistrature* competenti (anche verso loro andrebbe fatto valere il *Diritto al mercato*!), le soluzioni sono tutte da trovare e sono reperibili.

In nome del *Diritto al mercato*, nel Mercato del Lavoro, può essere garantito il Diritto alla occupazione con ricorso obbligatorio al sistema assicurativo, in caso di licenziamento.

Se esiste l'assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli, a maggior ragione dovrebbe esistere contro questo rischio.

Per l'avvio al lavoro, invece, con ricorso a prestiti rimborsabili dal sistema bancario, può essere fatto valere il Diritto ad una nuova formazione professionale, o ad aprire un'attività, senza parametri burocratici che azzerino qualunque tipo di rischio.

Per la tutela della salute, salvi i casi di pandemie, o di epidemie, che si spera siano e rimangano eccezionali, il caso *Ciproxin docet* in epoca di antrace, di aids, o di altre gravi patologie nel qual caso la tutela della proprietà sulle invenzioni farmaceutiche, rischia di saltare, o di essere attenuata con le licenze obbligatorie, consentire sempre la scelta fra farmaci, strutture, medici, è il minimo di mercato che si possa concepire.

1b) Sui possibili corollari del Diritto al Mercato. Ma per quale ragione le imprese dovrebbero fare qualcosa per il mercato, in più di quello che già fanno, e normalmente con margini di redditività?

Prima di tutto vi è una ragione oggettiva attinente alla natura stessa del modo di essere impresa, o in generale, attività con una valenza patrimoniale.

Questa ragione attiene alla capacità di creare e contemporaneamente distruggere ricchezza, andando a colpire anche interessi che solo indirettamente sono ricollegabili a chi li colpisca: si pensi a dipendenti licenziati, a fornitori o a creditori non compensati, a consumatori privati di merci che erano soliti acquistare.

Ora, delle due, l'una: o si ignora questa realtà, e si addossano alla società civile i costi della altrui creazione di ricchezza, o si trova il modo di

rendere le attività economiche responsabili sia per i danni che possano avere creato, producendo in proprio.

La seconda può essere presa in considerazione alla luce del principio – e relativo diritto che ne discende – che ciascuno ha diritto di trovare nel mercato ciò che gli possa servire per soddisfare un proprio bisogno. E che se questo bisogno (il lavoro perso, un credito inesigibile, un qualche altro interesse proteggibile) qualcuno lo abbia danneggiato, rendendolo al momento privo di soddisfazione, in qualche modo, ne renda conto.

E comunque, non sono impensabili polizze assicurative contro i danni da innovazione concorrenziale.

Alcuni scenari conseguenti all'esercizio di un eventuale *Diritto al Mercato* sono stati già evocati, mentre altri se possono accennare.

Un caso particolare può riguardare le conseguenze della violazione della disciplina della libertà della concorrenza.

Se si ragiona solo in termini di *Antitrust*, i soggetti colpiti dalla altrui violazione della normativa a tutela della libertà della concorrenza, possono chiedere ed ottenere l'inibizione a continuare nell'attività illecita.

È improbabile che ottengano una modifica sostanziale della altrui condotta, e tanto meno che possano ottenere un congruo risarcimento del danno da mancata concorrenza.

Motivando in base ad un *Diritto al Mercato*, diverso e distinto da quello alla libertà di concorrenza, una volta ottenuta la decisione *Antitrust*, dovrebbe poter invece essere azionabile una richiesta anche di risarcimento del danno, ottenendo anche la presunzione di colpa prevista per gli atti di concorrenza sleale.

Altrimenti le due normative rimarrebbero separate e non comunicanti, sebbene ancorate agli stessi principi, per cui, anche sotto quest'aspetto, il presupposto *Diritto al mercato* avrebbe una funzione di ponte di primaria importanza.

Non solo. A chi si interponga, seppure con le migliori parole, o intenzioni, alla possibile autonoma soddisfazione dei bisogni dei cittadini, si potrà rispondere anche giudizialmente, invitandoli a non creare molestie e turbative né al *Mercato* e né ai *cittadini*, lasciati liberi di procedere per la propria strada senza la mediazione di *Pastori* laici o d'altro genere.

L'episodio evangelico di *Gesù* che scaccia a frustate i ladroni dal *Tempio* non ha esclusivamente la lettura che se ne è sempre data, intesa ad impe-

dire che del *Sacro* si faccia commercio – il che oggi puntualmente accade, né alcuno se ne meraviglia più di tanto – ma anche che il *Sacro* si disinteressi del *Mercato*, rispettandone l'autonomia sia concettuale che di valore (v. *infra sub § 10 I*).

E ciò può significare che all'alba del III° *Millennio* ci si affacci con una qualche speranza che dall'*innovazione e dal mercato*, l'uomo si possa avviare verso una ricomposizione unitaria con la natura.

Il primo dalla propria parte può avere la coscienza di nuovi strumenti giuridici con cui battersi per crescere e diventare *persona*, e non soltanto un *vivente*.

La natura vissuta come parte dell'uomo e viceversa, può divenire invece l'elemento centrale di una nuova comunione in cui l'uomo possa riconoscere i propri limiti, sapendo bene che le certezze antiche sono tramontate, e che il palcoscenico del suo agire sarà molto più doloroso che in passato, anche perché ne avrà assunto in pieno la responsabilità o almeno ci avrà provato.

2. — 2a) *Le nuove esigenze della Persona realizzabili attraverso il Diritto al mercato*. Da più parti, del resto, almeno in *Occidente*, tramite il ricorso al Giudice è possibile farsi riconoscere la protezione di un interesse ritenuto tanto essenziale da qualcuno, per potersi affermare come *Persona*, da chiedere l'intervento del giudice.

In quale maniera e con quali possibili risultati? Ottenendo una prestazione liberamente acquisibile, vale a dire, una merce innovativa (prodotto o servizio che sia) che qualcuno abbia prima ideato, e poi, lo stesso soggetto, o altri, abbia prodotto e commercializzato.

Emblematica è la richiesta di poter utilizzare tecniche avanzate per la fecondazione assistita, quali che siano le motivazioni addotte, e le finalità che si intendono conseguire.

Analogo la pretesa già riconosciuta di poter cambiare anatomicamente e anagraficamente sesso, in corrispondenza con la propria identità interiore.

In entrambi i casi, senza uno scambio economicamente significativo, l'interesse sensibile rimarrebbe lettera morta.

A queste ipotesi emblematicamente provocatorie, ma che con un mi-

nimo di sensibilità laica sembra possibile pensare e proporre, possono seguirne altre nei più diversi settori.

Affinché nei servizi, tradizionalmente pubblici, vi sia sempre una alternativa efficiente, privata o pubblica: dai trasporti alla sanità, dall'istruzione alla sicurezza, dalla giustizia ai trasporti. Senza esclusione di campo.

Non sembra invero importare più di tanto la proprietà dei mezzi di produzione, ma il «come» i bisogni individuali o collettivi vengono soddisfatti.

Non si tratta tanto di proporre come unica soluzione possibile la via di una gestione privatistica del soddisfacimento dei bisogni, quanto di riconoscere che quest'ultimi solo attraverso merci possono essere realizzati. E come altrimenti?

Quanto poi alla nozione di *Persona*, un minimo di relativismo culturale rispettoso delle altrui specificità culturali, etniche, religiose, dovrebbe lasciare ciascuno libero di decidere quali siano i tratti essenziali *personalissimi* che sembrano a chiunque tanto decisivi, da farli considerare come elementi la cui soddisfazione contribuisce al rispetto e all'affermazione della *Persona* in quanto tale.

Per capirsi. Fermo rimanendo il principio che la dignità personale sia un bene personale tutelabile come un Diritto della *Persona*, va da sé che per una donna musulmana può comprendere l'uso del *chador*, anche in luoghi pubblici, e chiederle di rinunciarvi in nome di laicità giacobine fuori del tempo, o di altri confessionalismi competitivi, sembra una forzatura.

L'obiezione che altrettanto non vale per donne cristiane, o comunque non musulmane in comunità islamiche, dimostra l'esistenza di un problema per e in quegli ordinamenti rispetto ai diritti della *Persona*, così come da noi intesi, non che sia necessario affermare il principio di reciprocità come argomento dialettico per vantare presunte superiorità della cultura occidentale rispetto a quella di altra ispirazione. Non si tratta di un concorso a punti, del resto, in cui le culture si confrontano, e qualcuno decide quale sia la migliore. In realtà ciascuno vive come vive, talvolta liberamente, talvolta meno liberamente, ma in ogni caso vive nel proprio contesto storicamente determinato e datato.

Posta dunque una premessa necessariamente relativistica in ordine alla nozione di *Persona*, il che di questi tempi può costituire un azzardo di

cui i giuristi fanno volentieri a meno, v'è da porsi un'altra questione che attiene sempre ai corollari di un approccio relativistico.

Il dissolvimento dello *Stato Nazione modello '800*, al quale si sta assistendo in epoca di globalizzazione dei mercati, e che sembra inarrestabile come morte delle feudalità nazionali rispetto ad un crescente diritto comune del commercio, non può peraltro limitarsi ai rapporti internazionali. Dovrebbe, con queste premesse, comprendere anche i rapporti interni, né ciò significa necessariamente la distruzione degli *standards* giuridici già ottenuti in passato, ma un loro possibile miglioramento attraverso la *mercificazione competitiva di tutto e per tutti*.

Va da sé che così, seppure sommariamente delineato e proposto, un ipotetico *Diritto al Mercato* ha come controparti sia soggetti pubblici che privati.

Ai primi, essenzialmente, il compito di astenersi dal mettere i bastoni fra le ruote al procedere dell'innovazione, reale motore del mercato, trasformandosi questo come struttura funzionale all'altra, e non come *Moloch* o *Leviatano*, eventualmente nascosto dietro le formule dei *Principi dell'Ordine Pubblico* o del *Buon Costume*, spesso evocati solo per chiudere la porta all'innovazione, non solo tecnica, ma anche sociale.

È che in una visione del Diritto come *merce*, tale per aumentare efficienza, come ricorda *Maria Rosaria Ferrarese* per gli USA, il *Diritto al Mercato* può trovare soddisfazione anche attraverso il ricorso dell'autonomia privata a forme innovative, come sta avvenendo in Europa con i *Patti di Solidarietà* per le unioni diverse dal matrimonio, peraltro oramai dovunque recepiti negli ordinamenti, con le sole eccezioni di quei paesi come la Grecia e l'Italia, dove le tradizioni e i poteri religiosi sono ancora sufficientemente forti da farsi ancora ascoltare.

Ai secondi, ai soggetti privati, spetta rispondere contrattualmente con le proprie *merci*, senza farsi condizionare da limiti burocratici, *placet autorizzatori*, e così via dicendo.

2b) *Quali siano il fondamento e i corollari giuridici del Diritto al Mercato*. Un primo rilevante problema, sinora non affrontato esplicitamente, può essere costituito dalla apparente assenza di una normativa che espressamente stabilisca l'esistenza del *Diritto al Mercato* come nuovo diritto soggettivo, o affermandone la presenza nell'Ordinamento, o garantendone in qualche modo la protezione.

Del resto, siamo stati abituati a pensare ai Diritti come ad un sistema chiuso, sorretto dalle previsioni legislative, e solo entro queste abbiamo la tendenza a proteggere come Diritti, le eventuali pretese dell'uomo.

Se così sempre fosse, ci si potrebbe dire, che si tratti soltanto di una nobile petizione di principio, animata nel migliore dei casi da ottime intenzioni, a carattere tendenzialmente autoritario peraltro, poiché ispirate dagli egoismi individuali, ma comunque senza reali possibilità di ottenere dei risultati.

Addirittura ci si potrebbe criticare per colpevole ingenuità, nel supporre che per via puramente giuridica (non necessariamente legislativa), sia possibile ottenere risultati di spessore laddove sono falliti i vari movimenti ideologici del '900, che promettevano pace e giustizia, benessere e uguaglianza.

Ma le ideologie, semplificando, altro non hanno fatto che realizzare variegata forme di Capitalismi (anche di stato che nel mondo anglosassone sono sembrate possibili illustrandole come necessità contingenti a carattere *Keynesiano*), motivandole ciascuno a modo proprio, senza innovare minimamente nella struttura portante del sistema giuridico nel quale hanno operato.

A ben guardare, si è sempre trattato di risposte puramente *politiche* alla globalizzazione del momento, alla quale si è cercato di rispondere senza neppure la volontà di porre nuove regole che tenessero conto del Mercato, e degli interessi individuali di ciascuno.

Non casualmente, queste ideologie hanno dovuto imporsi con la forza, e tentare di espandersi per la propria sopravvivenza.

Nel guardarsi indietro, bisogna tornare ai valori dell'*Illuminismo* pre-rivoluzione francese, e ai risultati innovativi che quest'ultima ha introdotto anche forzatamente, nel diritto europeo, inseminato di libertà da Napoleone con il *Code Civil*.

Ma queste, pur ragionevoli e comprensibili critiche all'ingenuità di credere possibile il dare garanzie ai bisogni dell'uomo tramite il mercato, non sembrano fondate, anche se i passi da fare per ottenere dei risultati sono complessi, e richiedono tempi di convinzione e di realizzazione non immediati.

In ogni caso, utilizzando il buon senso, il *rules of reason* altrove impiegato con successo come *Guido Rossi* ha spesso sostenuto, qualche risultato convincente si dovrebbe poter conseguire.

Prima di tutto si può fare appello ai precedenti storici, in cui la Giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di procedere alla tutela di un interesse emergente, anche in assenza di una specifica previsione normativa.

Il caso della disciplina della concorrenza sleale, sorta a carattere preventivo ed inibitorio, come una costola dal tronco della responsabilità per danno, per definizione successiva ai fatti illeciti, e pertanto a carattere riparatorio e sanzionatorio, è uno splendido esempio da manuale, in cui *il Diritto vivente* ha saputo innovare sé stesso, quando lo abbia voluto. E lo si deve ricordare, anche a proposito di quell'innovazione, tutta regolamentare, e quindi, convenzionale, non mancarono gli esegeti professionisti, o i seguaci di una impostazione rigidamente ancorata a normative espresse, che si opposero ad un «*fucile scarico*» (così fu definito) in assenza di una norma primaria che garantisse in precedenza un interesse.

Ma quanti proiettili sono stati esplosi in decenni, oramai più di un secolo, da quel fucile!

Si può osservare tuttavia che dietro questo passato *exploit* di fantasia giuridica, v'erano corporazioni forti come quelle mercantili che domandavano protezione.

Ma lo stesso può valere per un ipotetico *Diritto al mercato*, se ai tradizionali poteri forti si aggiunge il consenso popolare, mercantile e non, che chiede la soddisfazione dei bisogni umani, dei propri e di quelli altrui.

A contrastare quest'opinione, però, vi è la circostanza che il nostro paese, e molti altri paesi europei, si trova tuttora in una fase di transizione dal pauperismo ideologico del II° *Millennio*, quali che siano state le diverse vesti ideologiche che abbia assunto, verso l'acquisizione di uno *Spirito del tempo* orientato verso la produzione della ricchezza in modo competitivo nel mercato globale.

Se non si accetta la commercialità di tutto e di tutti, se ci si nasconde dietro gli altari delle presunte sacertà (viventi, valori, istituzioni), o peggio ancora, ci si trastulla con inesistenti eccezioni culturali — come quelle fatte valere per i prodotti audiovisivi, dai Paesi europei verso gli USA — la globalizzazione potrebbe però essere inevitabilmente l'Americanizzazione di tutto il pianeta.

Ma senza alcuna possibilità, a quel punto, di ristabilire una qualche possibilità di concorrenza, o di poter mantenere effettive autonomie individuali o collettive: dal modo di vivere a quello di produrre, di pregare, di pensare. Le risposte aggressive del fondamentalismo islamico sono un *testimonial* di ciò, che, evidentemente non sempre gradito, viene respinto con forza.

Queste opinioni, tuttavia, possono essere considerate come argomenti di carattere politico, e non giuridico, e comunque sono opinabili, poiché l'omogenizzazione culturale, quando non imposta con la forza, appartiene al mondo dei fenomeni sociali, e quindi, delle libere scelte. E lasciare irrisolto il problema di come fondare un *Diritto al Mercato*, senza il quale si è spesso al traino degli interessi di chi promuova, oppure non promuova perché così preferisce, l'innovazione tecnica, commerciale, sociale, e non anche del *Mercato*, e cioè di tutti noi.

3. — 3a) *Il problema del consenso verso la tecnica.* Il problema del rapporto fra scienza-tecnica e democrazia è questione recente, poiché recente è l'avvento del regime democratico come forma di governo per la *Modernità*, mentre più antico, e coevo alla presenza umana è probabilmente il rapporto fra *Potere* ed *innovazione tecnica*.

Ma poiché viviamo in un regime in cui la *conta dei consensi* rappresenta un criterio dominante, è con quest'aspetto del problema che appare necessario confrontarsi, almeno in ordine ad aspetti dell'innovazione che sembrano toccare la sensibilità democratica, tanto più quando si tenti di ri-progettare i rapporti sociali attraverso il ricorso all'affermazione del *Diritto al Mercato*.

Ma la forza dei numeri, che in democrazia è l'asse portante del sistema, è approccio corretto per tutti gli aspetti della vita sociale?

In altre parole, è necessario sempre e comunque, dovunque e su qualunque profilo, far decidere *i più verso i meno*?

Non esistono settori della vita sociale ed individuale in cui ciascuno decide per conto proprio, né altri possono interferire sotto nessun aspetto, se non aiutando il singolo a soddisfare i propri bisogni?

Così formulate queste domande, è prevedibile che le risposte contrarie siano generiche come accade con quelle provenienti dal «fondamentali-

simo verde» che si richiamano al c.d. *Principio di Precauzione*; o motivate, come spesso accade di recente con la richiesta di prevalenza del *Potere politico* che, forte dei consensi ottenuti, viene ritenuto la fonte legittimante di qualsivoglia orientamento venga assunto sulle questioni più diverse, tanto più che attraverso la Democrazia rappresentativa, viene attribuita al Potere una *delega in bianco* a fare come meglio crede.

Ma la questione, in realtà, è più complessa, poiché investe il problema del rapporto fra politica e tecnica, o fra democrazia e tecnica, visto che almeno nominalmente siamo ancora in regime democratico, anche se il rischio che il «fondamentalismo», di qualsivoglia genere possa spuntarla contro gli anticorpi democratici, renderebbe precario il fatto stesso di stare in democrazia.

Oggi sono le ricerche *biotech* a dare fastidio, domani quelle sulla procreazione, e dopo domani, vi potrebbe essere il controllo sui pensieri, e su quello che si scrive e si legge, anche senza bisogno di mettere al rogo i libri come negli anni venti.

La rivoluzione telematica mostra una pericolosa fragilità alla permeabilità di quanti navigando nel *Web*, credono di essersi conquistata la libertà apparente da controlli, censure e sanzioni, anche senza citare i *Grandi Fratelli* che sembrano ascoltarci dovunque e comunque.

Da ultimo, la *querelle* sul c.d. *relativismo culturale*, che appariva ai più, anche ai suoi detrattori come un dato acquisito indiscutibile, ha tuttavia reintrodotti elementi di rissa civile, contrapponendo ai valori e costumi altrui, la richiesta di abbandonarli forzatamente, per accettare quelli che qualcuno ritiene i superiori valori dell'Occidente. E perché mai?

3b) *L'etica della responsabilità nel Mercato.* Ora, per tornare al problema dell'autonomia della ricerca e delle sue applicazioni pratiche, che appare preliminare al tema in discussione, e su cui è normale che ciascuno abbia una propria opinione valida quanto ogni altre, è interessante la conclusione assunta recentemente da *Gianni Vattimo*, perché si presta a più di una lettura.

«Il criterio umano è quello dell'etica della responsabilità del calcolo dei costi e dei benefici. Un calcolo nel quale dobbiamo ascoltare il parere degli scienziati, ma su cui decidiamo poi tutti in base alla nostra coscienza».

Che cosa ha inteso dire *Vattimo*?

1) I «*tutti*» che decidono sono gli elettori, che delegano ad altri la decisione, e la *coscienza* assume la forma del voto politico?

Ma siamo al punto di partenza, poiché chi è in grado di decidere se le forze politiche non sono chiare, o non hanno fatto scelte chiare, o sono divise, e non riescono a maturare una qualche conclusione, come in recenti casi è avvenuto (procreazione assistita, unioni di fatti, OGM)?

2) La soluzione sopra proposta potrebbe essere anche quella referendaria, nel senso che sono proprio tutti a decidere, ma ha l'inconveniente che può uccidere la stessa democrazia colpita da infarto per eccesso di consultazioni unite ad incompetenza. La storia del referendum nucleare qualcosa dovrebbe avere insegnato.

E in ogni caso, non è la quantità che può sostituire la qualità. Almeno su questioni etiche o tecniche, su cui ciascuno ha il diritto (o dovrebbe avere!!) di pensare e di agire come meglio crede.

I «*tutti*» potrebbero allora essere il mercato, cioè il luogo dello scambio, la *piazza* dove tutti possono trovare tutto, sempre che qualcuno – sia un Potere pubblico prevaricatore che qualche privato in posizione dominante – non abbia chiuso i cancelli impedendo l'ingresso a mercanti e consumatori.

Personalmente propendo per questa lettura, perché mi sembra l'unica che la *modernità* abbia consegnato al presente, almeno dalla fine delle *Corporazioni*, e dall'inizio della riproducibilità seriale. E poi non prevede alcun intervento censorio, alcun permesso preventivo, ma solo il rispetto di alcune regole minime, relative al mercato, e al comune accedervi, e al come starvi.

In tal modo sarebbe salva anche la democrazia, e ciascuno deciderebbe in coscienza che cosa comprare e cosa no.

Poi, mutuando questa osservazione da *Jean-Yves Goffi*, filosofo francese della tecnica che si è occupato recentemente del problema, solo «*il mercato offre dei contrappesi alla tendenza totalitaria tecnica, dal momento che mette in gioco e in concorrenza altri elementi*».

Questa è una posizione corretta, nella quale ci si può riconoscere, quali che siano i punti di partenza, perché si basa sulla diversità dei ruoli di ciascuno.

Che in democrazia è separazione di competenze.

Ed è per questo che quanti demonizzano sia i brevetti, che i ricercatori che chiedono libertà di ricerca, banalizzandone le motivazioni di autonomia con l'evocazione degli interessi delle multinazionali del settore, ignorano volutamente la grande democraticità del mercato, come *topos* giuridico politico del nostro tempo, e pertanto sono in rotta di collisione con la *modernità*, e cioè con tutti noi.

E non esiste invocazione al *Principio di Precauzione* che tenga, anche perché sarà il mercato a farsene carico, sia con la concorrenza che con il gioco della pubblicità e dell'informazione.

Il problema, in questo caso, sono le regole del mercato, della pubblicità e dell'informazione, e chi debba porle, e farle rispettare. Non altro.

3c) *L'autonomia del pensare tecnico*. Certamente non dovrebbero contare i rappresentanti del potere esecutivo, i suoi burocrati, o i gestori del potere religioso, definiti efficacemente da *Silvio Garattini*, «*lanzieneccchi di Stato e Chiesa*».

Forse stanno creandosi le condizioni – o dovrebbero almeno crearsi – perché accanto ai tre poteri tipici dell'assetto costituzionale moderno, propri però di una *modernità* passata, e non più attuale, e cioè accanto al *Potere legislativo, esecutivo, giurisdizionale*, si riconosca l'esistenza di un *Quarto potere*, costituito dal *pensare e agire tecnico* a tutt'oggi presente in modo disorganico nei centri di ricerca pubblica e privati, nelle industrie innovative, nelle Università.

Ma forse è un bene che le cose restino così come sono, a condizione che autonomia e libertà della ricerca e delle applicazioni tecniche siano garantite nel mercato.

Invero, la complessità, e i nessi del *pensare ed agire innovativo* con ogni manifestazione umana sono ancora da scoprire, anche perché, com'è stato lucidamente sostenuto da ultimo da *Nacci*, almeno «*un secolo d'incomprensione*», il '900, cioè, si è svolto riflettendo sulla tecnica, senza venire a capo con alcuna conclusione rassicurante.

Tant'è che impazzano i terrorismi *antitecnici* sia filosofici alla *Severino* o alla *Galimberti*, che più strettamente sociologici alla *Rifkin*, oltre alle ostilità diffuse nei *Poteri costituiti* (o almeno in alcuni), più che altro nel *Vecchio Continente*.

Con queste premesse, la costituzionalizzazione del *sapere ed agire tecnico* diverrebbe facile preda di Comitati burocratici, bioetici, Commissioni

parlamentari, Ministri forse compiacenti con gli interessi toccati dall'innovazione, *Autorities* alla ricerca del da fare per autogiustificarsi.

Addirittura si stanno creando, dopo le Cattedre, le Facoltà di Bioetica, con lo scopo dichiarato di allevare personale preparato alla gestione dei nuovi Centri di potere che si vorrebbero instaurare.

3d) *Innovazione tecnica e problemi di trasparenza*. La tecnica sarebbe totalitaria. La tecnica non sarebbe trasparente. La tecnica, quindi, non sarebbe compatibile con la democrazia, e richiederebbe un controllo costante e continuo da parte della politica.

Queste preoccupate – e preoccupanti – opinioni che da più parti si sentono, tanto più nell'Europa continentale, se di per sé appaiono più un sintomo di malessere culturale che altro, possono tuttavia costituire un ostacolo ingiustificato, e difficilmente superabile, tanto più se si intende legare fra loro l'innovazione tecnica, il Mercato, il Diritto di ciascuno al Mercato.

Queste opposizioni, per contare, basta che trovino un consenso di massa, coniugato da un lato con agitatori professionisti, e dall'altro con esponenti di nomenclature politico-religiose alla permanente ricerca di ragioni di visibilità in una società mediatica, com'è oramai divenuta la nostra. L'innovazione diviene subito una sorvegliata speciale, da considerare fonte di sciagure e di oscuri presagi da allontanare energicamente, e in via preventiva, stoppando la libera ricerca e proibendone le applicazioni pratiche ritenute pericolose per ordinamenti costituiti presentati come intoccabili: da quello biologico a quello etico.

Questo atteggiamento *talebano* trova oggi incarnazione di protesta nel c.d. *Popolo di Seattle*, che partecipa vocante a tutte le occasioni più significative a livello internazionale in cui si discute di innovazione, è il *testimonial* vivente di questo coagulo di *resistenti* all'innovazione, in particolare di quella genetica.

Ma il problema non è tanto di ordine pubblico, quanto di dissipare le ombre sul carattere *totalitario* della tecnica, e sulla sua crescente – supposta come tale – mancanza di *trasparenza*.

In ordine a quest'aspetto, vi sono delle conferme da dare con franchezza, prendendo atto che l'innovazione tecnica, e così pure quella genetica, può presentare una *intrasparenza* in parte connaturata oggettivamente a qualsivoglia linguaggio tecnico visto dai non addetti ai lavori, e in parte determinata volontariamente da chi innova per ragioni non sempre socialmente accettabili.

In altre parole. Chi non pratici professionalmente una determinata attività – quale che sia il settore – non è in grado di capire le innovazioni altrui, di valutarne il senso, le manifestazioni, l'utilità, o qualunque altro aspetto che richiede una condivisione di esperienza e di conoscenza.

In campo genetico, poi, la rivoluzione tecnica provocata dalla scoperta del DNA, è stata talmente innovativa, da renderne partecipi consapevoli solo quanti sono in grado di conoscere teoricamente la biologia molecolare. Chi non si trovi in questa condizione culturale, non è oggettivamente in grado di capire, e quindi, di avere opinioni in qualche modo fondate.

E questo, va ribadito, vale per qualsivoglia innovazione specializzata.

Ma non si tratta di mancanza di *trasparenza*, per giunta voluta, ma di una sorta di inconoscibilità irrimediabile, se non attraverso la mediazione traduttiva di esperti del ramo, o del problema che l'innovazione risolve, oppure divenendo a propria volta consapevoli del linguaggio tecnico proprio dell'innovazione in questione.

Altro discorso può (e deve) essere fatto quando l'innovazione venga tenuta volontariamente segreta, pur manifestandone all'esterno i risultati, eventualmente commercializzati.

Sia i prodotti modificati geneticamente, che i metodi di modificazione trangenica, brevettabili o meno che siano, sono i casi che da ultimo colpiscono di più l'immaginario collettivo, ma il problema riguarda anche le invenzioni chimiche, e più in generale le invenzioni che rimangono *coperte* da segreto.

Allora può esistere un problema di *trasparenza*, in parte risolvibile tramite la concorrenza e il sistema dei brevetti, mentre vi possono essere profili di segreto industriale, sinora protetto senza eccezioni, che richiedono una riflessione ulteriore per fondare il *Diritto al Mercato*.

4. — 4a) *Tipologia dei segreti industriali e sistema dei brevetti*. Sotto la coperta del *segreto industriale*, in genere vengono ritenute suscettibili di protezione tutte le conoscenze custodite in modo riservate da un operatore, tanto che sarebbe il caso di parlare al plurale di *segreti industriali*.

E in questo senso appare il testo dell'art. 6-bis della legge Invenzioni novellato sulla base dei c.d. Trip's, che ha esteso, almeno in apparenza, la qualifica di slealtà concorrenziale a qualunque violazione di qualunque segreto industriale.

Dal c.d. *know-how*, o *savoir faire*, suscettibile di commercializzazione autonoma da altri beni aziendali, alle liste della clientela – consumatori, fornitori, finanziatori –, da conoscenze tecniche brevettabili che l'inventore, o chi da costui legittimato a stare al segreto non abbia voluto brevettare, oppure da conoscenze tecniche imbrevettabili per legge, o talvolta addirittura vietate normativamente.

Ma questa interpretazione è troppo benevola verso pratiche di segreto industriale non ammissibili, e che richiedono qualche ulteriore riflessione.

In campo genetico, alcune esemplificazioni sono già previste negli artt. 4, 5, 6, della Direttiva Comunitaria relativa alla brevettabilità delle biotecnologie, e basta ricordarsele per capire la complessità della questione dei *segreti industriali*, e di quanto la loro acritica tutelabilità possa in vario modo interessare il giurista sotto più di un aspetto, e fra questi, anche sotto quello della libertà della concorrenza.

Fra queste conoscenze riservate, si può inoltre distinguere a seconda che riguardino aspetti innovativi brevettabili e brevettati, o aspetti imbrevettabili.

Questi ultimi indubbiamente possono far pensare ad una *intrasparenza* dell'innovazione genetica, mentre per i primi è necessaria un'altra distinzione.

4b) *Chiarezza e completezza della descrizione brevettuale*. Una conoscenza brevettabile, normativamente è previsto che debba essere descritta in modo sufficientemente chiaro e completo da consentire a persona esperta di attuarla.

La prescrizione normativa è talmente severa da prevedere la nullità del brevetto che non abbia una descrizione con tali caratteristiche (artt. 28/59 della legge Invenzioni), ma è da vedere se la chiarezza e la completezza della descrizione siano un requisito dell'invenzione, o soltanto un aspetto procedurale e processuale attinenti al brevetto relativo a tale invenzione.

Certo si è che nel caso di descrizioni *non chiare ed incomplete* – di cui l'Ufficio Brevetti non si accorge poiché non può fare esame preventivo in base ai divieti postigli dall'art. 31 della legge Invenzioni, né se ne accorgono gli esaminatori dell'Ufficio di Monaco poiché fanno solo un esame cartaceo, e non sul campo – siamo di fronte ad un segreto industriale che per verso appare coperto dal brevetto, per un altro verso è pas-

sibile di nullità sol che qualcuno ponga il problema. Ma chi, quando e come?

Il problema è complesso quando le informazioni siano brevettabili, ma l'inventore abbia scelto la strada della riservatezza per non informare (del tutto o in parte) i concorrenti, sia per evitare facili contraffazioni legali – in campo farmaceutico la prassi sembra diffusa –, e sia per non facilitarli nella ricerca, mostrando loro quale strada sia già stata percorsa, così da spingerli a costi ulteriori per trovare una propria strada.

In tutti questi casi, e in modo particolare in campo genetico, sempre che ci si ricordi delle prescrizioni sulla necessità dell'uso da indicare nel brevetto, e della dialettica normativa nella Direttiva comunitaria sulla brevettabilità delle Biotecnologie, fra ipotesi di imbrevettabilità ed eccezioni di brevettabilità, la assenza di *trasparenza* è evidente.

Tuttavia, per contrastare l'*intrasparenza* dell'innovazione, non si richiede che si ponga in discussione il sistema del brevetto industriale, ma che si tenga conto, giuridicamente, del mercato, e della necessità di trasparenza.

Non perché quest'ultima in sé sia cogente, ma perché la sua assenza è di ostacolo alla libertà di concorrenza, e quindi, al valore fondante di una libera economia di mercato, al cui interno sia possibile fondare il Diritto al Mercato, come vero e proprio Diritto soggettivo.

Questa sembra essere una delle conclusioni di una lettura interpretativa corretta delle disposizioni contenute nella disciplina dell'Antitrust, laddove viene considerata abuso di posizione dominante (art. 3 l. b) «impedire o limitare [...] lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico ai danni dei consumatori».

E i consumatori, mettendo fra parentesi l'evocazione di *progresso e sviluppo* per la misteriosità delle relative nozioni, sono danneggiati quando non si conoscono le tecniche sottostanti ad una innovazione, per tutta una serie di ragioni fra loro cumulabili, e che richiedono un supplemento di analisi.

5. — 5a) *L'esigenza che i consumatori conoscano quanto viene offerto*. I consumatori, che non sono soltanto le massaie al supermercato, ma tutti quanti operano nel mercato acquistando qualcosa da qualcun altro, possono essere danneggiati sia quando non sanno cosa acquistano, sia quando non vengono messi in condizione di poter esercitare la propria libertà

di scelta fra merci concorrenti, o fra diverse strade tecniche percorribili per ottenere dei risultati commercialmente significativi.

Il primo caso riguarda la mancanza (anche nelle etichette) di informazioni complete — e su questo punto le rivendicazioni verdi sono fondate —, mentre il secondo concerne proprio l'opacità di alcune tecniche industriali, genetiche in particolare, brevettate solo parzialmente, o non brevettate, ma tenute nel segreto proprio allo scopo di non favorire la concorrenza nella acquisizione di informazioni necessarie per poter lavorare in condizioni di parità.

Quale che sia la concezione che si intenda seguire circa il fondamento della esclusiva brevettuale, se di tipo *funzionale* al miglioramento del progresso come sostiene *Adriano Vanzetti*, e acriticamente la più gran parte degli autori, o se si ritiene che sia il mercato il fondamento del brevetto come intuì lucidamente anni addietro *Francesco De Nozza*, va da sé, che i segreti non sono più tutelabili indiscriminatamente facendo di ogni erba un fascio.

E coprendo sia le informazioni commerciali riservate, che tutte le informazioni tecniche brevettabili, ma non brevettate, oltre che le informazioni tecniche imbrevettabili in sé.

Il mercato deve potere sapere con quali *partners* vengono fatti affari, e quali tecniche costoro impiegano, mentre la concorrenza deve sapere le metodiche impiegate nell'attività altrui.

Altrimenti la posizione dominante di un operatore costituita dall'aver trovato un'invenzione, in sé lecita, può divenire abusiva quando quest'invenzione rimane segreta, in tutto o in parte.

Che il segreto costituisca una posizione dominante deriva dalla circostanza che il monopolio derivante dal segreto è assoluto ed illimitato temporalmente sin quando duri il segreto.

È vero che è una posizione fragile, perché altri possono per conto proprio scoprire il segreto, o questo venire svelato, ma la tempo stesso è una posizione forte perché assoluta. Ma intanto, chi voglia acquistare una merce innovativa non trasparente, è all'oscuro di quanto vorrebbe comprare.

5b) Il carattere abusivo del segreto industriale dal punto di vista *Antitrust*. Il carattere abusivo del segreto può consistere, dal punto di vista *Antitrust*,

nella circostanza che la concorrenza non può svolgersi alternativamente nel mercato se non si conoscono i termini tecnici del confronto.

E questo accade a maggior ragione quando si abbia a che fare con scoperte-invenzioni che nella nuova genetica sono così frequenti, ogni qualvolta si arrivi a *trovati* che sono uguali a quelli esistenti in natura.

In tutti questi casi è pensabile che l'*Antitrust* possa intervenire con istruttorie di settore, o nei singoli casi a richiesta di concorrenti o consumatori, per costringere il monopolista segreto ad uscire allo scoperto.

In questo modo la concorrenza potrà innovare per proprio conto, o agganciarsi alle innovazioni altrui in modo lecito.

Ecco dunque che, come sosteneva *Goffi*, il mercato, fra i brevetti da un lato con la loro esigenza di trasparenza, e la concorrenza con l'esigenza oggettiva del confronto dall'altro, appaiono efficaci strumenti contro il possibile totalitarismo di una tecnica non trasparente, e pertanto in possibile rotta di collisione con la libertà di tutti.

6. — 6a) *Segreti industriali ed abuso di posizione dominante*. Sinora, tuttavia, si è ritenuto che i «segreti industriali» potessero e dovessero essere protetti, anche in modo normativamente robusto, ritenendo sleale il concorrente che carpisce i segreti altrui. Per non parlare di altre tutele più severe come quella penalistica.

Tutto al più, si diceva da parte di tutti coloro che se sono occupati, che una volta svelato il segreto, l'innovazione perduta, non fosse più brevettabile per mancanza di novità.

Queste conclusioni erano certamente corrette in un clima giuridico-politico di tipo neo-corporativo favorevole ad estendere la protezione degli operatori economici anche al di là delle mura di confine delimitanti i vari beni oggetto di proprietà intellettuale.

Del resto, l'origine della normativa contro la concorrenza sleale è stata proprio causata proprio dall'incalzare di offese concorrenziali imprevedibili, ma pur sempre dannose qualora si fossero verificate, e in quanto tali, da reprimere prontamente.

Da qui il carattere *residuale* della normativa in questione, anche se quest'ultima è stata spesso spalmata sulle tutele tipiche dei vari beni oggetto di proprietà intellettuale, con effetti avvocateschi probabilmente efficaci, ma di scarsa chiarezza concettuale.

Ma come recitava *Carducci* «or non è più quel tempo e quell'età». E questo avviene con buona pace di ogni supposta nostalgia di una *Arcadia neo-corporativa*, sempre presente probabilmente nel cuore di ogni operatore. Tanto desideroso a parole di essere lasciato in pace dai concorrenti, quanto bramoso in realtà di farli a fette nel mercato: il valore della libertà di concorrenza ha assunto un valore egemonico nel sistema, ed è con questo che vanno fatti i conti, non tanto con la scorrettezza professionale, che certamente rimane una deprecabile maniera di fare affari.

6b) *Il lecito svelamento dei segreti*. Comunque la slealtà nella concorrenza è da reprimere, ma dovrebbe apparire in discussione quando l'esigenza di garantire la libertà della concorrenza, anticamera del *Diritto al Mercato*, batta alla porta per farsi ascoltare.

Già è accaduto con la pubblicità, sebbene ci siano voluti decenni per far passare il principio della liceità dell'aggressione pubblicitaria contenuta nella pubblicità comparativa. E più che altro è stata necessaria una Direttiva comunitaria, peraltro fortemente annacquata in sede di recezione nazionale, ma che mantiene sistematicamente tutta la sua carica eversiva rispetto alle *presunte buone maniere* che gli operatori dovrebbero avere quando fanno sul serio il loro mestiere nel mercato, e cioè cercare di diminuire la forza dei concorrenti.

Per questa ragione, senza ipocrisie, se si accetta la premessa di poter considerare *abuso di posizione dominante* il mantenimento di un *segreto* costituito da innovazioni tecniche non svelate per intero nella descrizione brevettuale, o non svelate per nulla dall'operatore, che intenda così sfruttarlo sino a quando possa, la conseguenza logica può essere la liceità di quei comportamenti concorrenziali rivolti comunque a togliere i veli all'invenzione non brevettata.

Nel mercato non esistono *Salomè* intoccabili, anche perché se i veli non le venissero tolti, a lungo andare l'invenzione non brevettata diverrebbe una mummia, ma ciò non di meno ugualmente rispettabile e potente come in almeno un caso oramai leggendario nel mercato degli analcolici. Né vale l'obiezione che questa mummia è stata ed è tuttora forte nel mercato, grazie più ad una sapiente gestione del suo marchio, che al segreto che sembra avere.

Infatti, o il segreto non esiste, e allora la gestione del marchio è mendace, o esiste, e allora v'abuso di posizione dominante.

Nel mercato, non è il segreto un requisito che tenga, come nel mito, dove non casualmente *Prometeo* ruba il fuoco agli Dei, non lo ottiene come *octroyé* dalla *Provvidenza* generosa di *Zeus*.

7. — 7a) *Il problema di situazioni analoghe ai segreti industriali nell'ambito della Proprietà intellettuale*. Negli Istituti della Proprietà intellettuale, esistono peraltro altre situazioni fattuali, che tale sembra essere quella di un segreto industriale, che non sono tangibili, anche se fuori dalla normalità normativa.

Si pensi all'inedito nelle opere dell'ingegno, o alla possibilità per l'autore di modificare l'opera o al marchio di fatto nel sistema dei segni distintivi, o all'acquisto di capacità distintiva nei marchi nulli.

Ma l'analogia fra queste ipotesi, del resto previste normativamente e tutelate in quanto tali, non è pensabile che si estenda sino al segreto industriale in quanto tale.

Quest'ultimo non è previsto in quanto tale nel regime brevettuale, che al contrario appare fondato sulla *trasparenza*. Altrimenti non si capisce la ragione della nullità delle descrizioni brevettuali *incomplete e non chiare*.

Inoltre, la differenza fra i casi sopra riportati registra un'altra variabile di non poco conto, sempre che si voglia fare un ragionamento che tenda a dare unità sistematica ai diversi istituti in cui si articola la Proprietà intellettuale.

In tutti i casi ipotizzati, a ben guardare, v'è una componente fattuale che ricorda da vicino il possesso, inteso concettualmente come attività corrispondente all'esercizio di un diritto, in questo caso, alla proprietà intellettuale.

Nell'inedito, l'autore mantiene riservata l'opera, quali che siano le sue ragioni, e poiché è in gioco il suo diritto personalissimo di manifestarla all'esterno, non vi sono altre variabili. L'autore, peraltro, svolge la sua attività possessoria sull'opera inedita, con caratteristiche di liceità, poiché è in completa buona fede, avendo deciso di non renderla pubblica.

La stessa buona fede che presiede al ritiro dell'opera dal commercio qualora l'autore lo decida. E ugualmente accade quando l'autore decida di cambiare l'opera anche apportandovi modificazioni in apparenza insignificanti.

In altre parole, per le opere dell'ingegno, l'autore quando si comporta come sopra ipotizzato è nel *range* delle facoltà che il Diritto d'Autore gli riconosce.

Altrettanto accade per il marchio non registrato, o di fatto, che non casualmente si ritiene debba comunque presentare tutte le specifiche normativamente richieste per il marchio registrato.

7b) *Le situazioni possessorie nella Proprietà intellettuale debbono avere il requisito della buona fede.* Dalla novità alla originalità, dalla liceità al rispetto delle regole che riguardano la circolazione del marchio.

In altre parole, anche in questo caso, il titolare è in buona fede, ed è sotto l'ombrello delle protezioni normative spettanti al marchio registrato.

Ugualmente, la capacità distintiva acquistata (o perduta), dimostra una qualche visibilità fattuale, ma si tratta di effetti non dipendenti dal titolare, che tutt'al più si trova a goderne i vantaggi, o gli inconvenienti, come accade quando un marchio si volgarizzi proprio per la perdita della medesima capacità distintiva.

Nel caso dei segreti, invece, l'attività possessoria rispetto ad un invenzione non brevettata è priva di buona fede, poiché consiste proprio nel tentativo di eludere le regole della trasparenza e della libera circolazione delle informazioni nel mercato, così da rendere difficile l'esercizio del *Diritto al Mercato*.

In altre parole: nei casi di inedito o di modificazioni dell'opera, e di marchio non registrato, accanto alla proprietà intellettuale dell'opera o del segno, è pensabile che vi sia un'attività possessoria lecita riconducibile in linea di concettuale al principio di buona fede richiesto dall'art. 1147 del c.c. proprio per il possesso.

Nel caso dell'invenzione non brevettata, questo diritto di proprietà intellettuale, non nasce sino alla domanda di brevetto, ed ogni attività di tipo possessorio non è pensabile che sia lecita se il segreto si protrae oltre ragionevoli limiti. Sino a quando cioè non tocchi la libertà di concorrenza, che l'ordinamento ha assunto a valore fondante a tutela della libertà di scelta da parte del pubblico.

Per questo è lecita la violazione dei segreti industriali altrui, come del resto, è lecita la violazione dell'altrui esclusiva, o l'importazione parallela.

O un'esclusiva è legale, e ha, per così dire, efficacia reale, o non inte-

ressa l'ordinamento, tanto più quando la sua tutelabilità è suscettibile di violare i principi *Antitrust*.

Tutt'al più, chi violi l'altrui segreto, non può appropriarsene, ma deve renderlo pubblico.

Almeno questo va inizialmente riconosciuto.

8. — 8a) *Quali segreti industriali siano svelabili lecitamente.* Se si accettano, almeno in linea ipotetica, le riflessioni sopra esposte, siamo tuttavia a metà del cammino di pensiero da fare, perché molte sembrano essere le domande che ci si potrebbero porre, e problematiche le risposte da dare.

a) Quando un segreto industriale sembra svelabile lecitamente? In ogni momento? E da parte di chiunque? E in qualunque maniera?

b) Quale la sorte di un segreto «svelato»? È brevettabile o cade necessariamente in dominio pubblico?

c) In termini di libertà della concorrenza, cioè di *Antitrust*, è preferibile una politica di trasparenza industriale, o per sostenere lo sviluppo è da pensare che l'accumulazione dei *segreti industriali*, alla lunga sia più appagante? Ma lo sviluppo non è soltanto di un operatore, nel qual caso è solo *accumulazione*, e non diffuso?

La prima serie di quesiti sembra avere carattere pregiudiziale, poiché appare finalizzata alla ricostruzione della tipologia dei segreti industriali il cui mantenimento potrebbe dar vita ad un abuso di posizione dominante.

Va da sé che prima di tutto ciò dipende da cosa si intenda per *abuso di posizione dominante*, ma non pare che la questione, così posta, possa avere risposte diverse dalla nozione stessa ricavabile dalla semplice lettura della lettera b dell'art. 3 della legge *Antitrust* che vieta come abuso «l'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori».

Quali segreti industriali potrebbero determinare questi risultati?

E senza alcuna buona fede da parte di chi li detenga, poiché il mantenimento dello stesso, e la commercializzazione dei prodotti ottenuti tramite il segreto, sono la riprova che proprio i risultati soprariocordati che la normativa *Antitrust* vorrebbe evitare, in realtà sono al contrario voluti da chi abbia il segreto.

Sotto questi profili, tuttavia, senza qui discutere la questione più generale della nozione di *progresso* o di *sviluppo*, ma accettando (anche se solo ipoteticamente) per buone le opinioni tradizionali in proposito, da questo non sembra che ne venga un qualche aiuto.

Progresso, ovviamente solo tecnico, inteso come *patrimonio di conoscenze in continuo miglioramento*, e *sviluppo* come *advancement*.

Invero qualunque segreto può avere questa efficacia ostruttiva verso il conseguimento di questi risultati, ma non convince che tutti i segreti dovrebbero essere svelati, poiché il loro mantenimento potrebbe provocare un *abuso di posizione dominante*.

Come minimo bisognerebbe valutare caso per caso, mercato per mercato, l'incidenza che una determinata produzione abbia raggiunto: e cioè se il monopolio determinato dal segreto, abbia dato vita ad una posizione dominante, e quest'ultima abbia provocato gli effetti indesiderati che la normativa *Antitrust* vuole eliminare.

E poiché siamo su un terreno cementato da un consolidato di orientamenti favorevoli al mantenimento del segreto industriale *tout court*, senza nemmeno accennare alla possibilità di un pluralismo dei *segreti industriali*, che al contrario ne costituisce un elemento concettualmente significativo, al fine della ricostruzione fenomenica del segreto, sia per proteggerlo, che per svelarlo, occorre procedere con una qualche cautela.

8b) *Il criterio per decidere sui segreti industriali illeciti*. In tal caso, per evitare di incorrere nella fondata critica di inventarsi delle ricostruzioni fantasiose ed eversive di disposizioni normative sin qui applicate pacificamente — si allude alla opinione che considera il segreto come inviolabile, e la sua violazione un atto illecito sia come slealtà che sotto altri possibili aspetti — occorre trovare un criterio normativamente fondato, anche se relativo in apparenza ad altro.

L'unico criterio che sembra accettabile può forse essere ritrovato nel sistema dei brevetti industriali, che sono all'antitesi del segreto, ma sono anche l'unica base legale per la protezione delle invenzioni industriali, e può consistere nella esigenza di *completezza e chiarezza* della descrizione del trovato, tanto da causare la nullità del brevetto la cui descrizione sia lacunosa.

9. — 9a) *Il criterio della «chiarezza e completezza» come principio d'ordine pubblico*. Il ragionamento da fare non appare del tutto semplice.

Poiché l'ordinamento richiede che il trovato brevettabile sia descritto *in modo chiaro e completo*, tanto che in caso contrario il brevetto è nullo ex art. 59 n. 2 della legge Invenzioni, ciò significa che la *chiarezza e completezza* della descrizione brevettuale costituiscono un'esigenza normativa irrinunciabile. E ciò avviene per la semplice ragione che in loro assenza, viene a mancare quella circolazione delle conoscenze che è alla base del brevetto, e che ne costituisce la premessa sia per evitare la contraffazione da parte di altri, che la caduta in dominio pubblico una volta terminata l'esclusiva.

D'altronde, è questo un criterio già presente in altri rami dell'ordinamento.

Dalla esigenza di *determinatezza o determinabilità* dell'oggetto del contratto ex artt. 1346/1418 c.c. che è causa di nullità del contratto qualora non sia rispettata, alla previsione dell'art. 2423 c.c. che richiede più volte il rispetto del modo *veritiero e corretto* nella redazione di un bilancio.

Vi sono quindi le premesse positive per affermare che *chiarezza e precisione* costituiscono un *Principio d'ordine pubblico*, valido ed efficace anche in campi lontani da quelli in cui è richiamato espressamente, in questo caso, nel campo della concorrenza.

La circostanza che questa traslazione da un settore normativo ad un altro, porti ad un rovesciamento di fronte, ad un vero e proprio capovolgimento delle posizioni sin qui acquisite, è la riprova dell'egemonia della normativa *Antitrust* su quella della concorrenza sleale.

Quest'ultima, solo di recente è stata interpretata anche nell'interesse del consumatore, e sempre indirettamente attraverso la mediazione degli interessi neo-corporativi dei concorrenti. La disciplina *Antitrust*, invece, è a tutela di tutti, e in quanto tale, prevale certamente sull'altra, in via di *affievolimento* come già sostenuto da *Paolo Spada*.

Se così è, se il *Principio di chiarezza e precisione* è principio d'ordine pubblico, un trovato industriale *chiaro e preciso* che l'inventore si sia tenuto nel cassetto come *inedito brevettale*, ma di cui abbia operato l'applicazione in sede commerciale, senza nulla spiegare al mercato, appare il primo candidato ad essere eleggibile per un trattamento interpretativo quale *abuso di posizione dominante*, che in quanto tale non è più proteggibile.

Ciò comporta che tutti i segreti preliminari all'invenzione brevettabile, ma non brevettata, ma comunque attuata, o quant'altro riguardi la stessa invenzione, ma non relativi alla sua applicazione, non riguarderebbero la normativa *Antitrust*.

Seguendo questo ragionamento, si è fatto un primo passo per rispondere ai quesiti necessariamente determinati dall'aver assunto come possibile il superamento del segreto industriale.

Fra le notizie riservate, fra i tanti e possibili segreti, l'unico che è svelabile appare quello che copra un'invenzione industriale completa, pronta per la brevettazione, ma non brevettata per sfuggire alla concorrenza, e comunque tradotta in merci offerte sul mercato così da costituire *una posizione dominante*, che, in forza del segreto, appare dunque *abusiva*.

9b) *Lo svelamento lecito di innovazioni abusivamente segretate*. Chi possa svelare e in quale maniera, in modo lecito, un segreto con le caratteristiche sopra descritte, è il passo successivo da compiere.

Il *chi* può essere l'*Antitrust*, a tutela come ricorda *Guido Rossi* «della libertà di scelta di ciascuno», o un concorrente, o chi per lui, oppure ancora un terzo disinteressato al segreto in sé, ma partigiano di un assetto liberista del mercato, e pertanto militante a favore della trasparenza industriale non proteggibile se non abusivamente.

Oppure anche un dipendente, autore o no della scoperta o dell'invenzione segretate, introducendo con la scoperta resa pubblica una variabile di non poco conto.

La condizione per salvarsi la coscienza insieme con la libertà, è che il *Robin Hood* non si appropri di nulla, solo per sé, ma divulghi la conoscenza carpita, come certamente farebbe un *Antitrust* meno imbolsito di quanto non sia adesso, dalle pratiche correnti di star dietro ad un mercato ancora dominato da Monopoli pubblici e privati, posizioni dominanti incontrollabili con la disciplina attuale, liberalizzazioni all'*italienne*, attività pubblicitarie scorrette, perché occulte, ma impunibili perché fortemente intrecciate con il c.d. giornalismo informativo a carattere commerciale.

Le ipotesi di svelamento lecito delle altrui conoscenze (sia invenzioni che scoperte) *segretate* per mantenere *ultra limina* posizioni dominanti di cui abusare, sino a qualche tempo addietro sarebbero apparse romantiche e puramente teoriche.

Adesso senza compiacere e proporre a modello forme di pirateria telematica di recente manifestatasi a livello planetario, l'ansia di condividere conoscenze ed esperienze attuando un principio di *trasparenza* della tecnica le rendono credibili, possibili, e praticabili, anche se non mancherebbero certamente voci critiche a quest'impostazione.

Altrimenti, e sarà la prima fra queste ultime, varranno le norme sulla concorrenza sleale, per le modalità scorrette con cui ci si è introdotti nella altrui sfera aziendale, e qui la tipologia della giurisprudenza è affollata di esempi ben noti, anche se una loro rilettura introducendovi per ipotesi la gratuità nella divulgazione potrebbe, in futuro, condurre a risultati diversi.

Ma e lo sviluppo? Non è forse preferibile mantenere in piedi un sistema di segreti industriali, per consentire da un lato all'operatore di aumentare le proprie dimensioni, costringendo dall'altro la concorrenza a cercare nuove strade?

Quest'ultima è la seconda e più corposa obiezione ad una via premiale fondata più sulla trasparenza brevettuale che sulla necessità di perseguire comunque lo sviluppo.

Ora, a ben guardare, in vista di un nuovo *statuto concorrenziale* della Proprietà intellettuale, come auspicato da *Vito Mangini* e da *Gustavo Olivieri*, non sembra che vi sia spazio per meglio trattare il segreto industriale di come lo si sia sinora trattato.

Prima di tutto non appare normativamente possibile che l'*Antitrust* possa porre deroghe agli abusi di posizione dominante, ma solo alle intese e alle concentrazioni. Inoltre il segreto industriale costituito da una invenzione brevettabile e non brevettata, o da conoscenze non descritte in modo chiaro e completo relative ad un'invenzione brevettata, ma non trasparente, inaccessibile, non arrecante alcunché al patrimonio culturale della tecnica, fa certamente bene ad uno sviluppo, ma a quello di un operatore, non della comunità.

In quest'ultima vi sono i concorrenti attuali e potenziali ai quali non viene fornita una bussola per orientare le proprie ricerche costituito da una nuova conoscenza. E questa mancanza di trasparenza, in contrasto con lo spirito brevettuale connesso con quello della libera concorrenza, non può essere santificata in nome gli interessi dell'impresa, di un'unica impresa, postasi da sola al di fuori della legalità concorrenziale.

In conclusione: con prudenza, l'art. 6-*bis* della legge Invenzioni può

essere applicato non soltanto nei casi particolari in cui sia in gioco la validità di un brevetto, ma come Principio di Ordine Pubblico, consentendo lo svelamento di quei particolari segreti industriali, il cui mantenimento dia luogo ad una posizione dominante, la cui intangibilità è di per sé stessa ragione di abuso, senza compiere atto di concorrenza sleale.

E se si vuole qualche esempio, senza citare nessun *caso storico* (ma chiunque li può trovare dietro l'angolo), si può avanzare la ipotesi che rientrino in queste previsioni, a prima vista, almeno tre fattispecie.

9c) *I segreti industriali da svelare*. A) Una invenzione brevettabile, ma non brevettata, e la cui rilevanza nel mercato dia luogo ad una posizione dominante per ciò stesso abusiva. E lo stesso può valere per una scoperta scientifica la cui applicazione tecnica darebbe luogo a modificazioni profonde delle posizioni acquisite. Sia l'*Autorità Antitrust* che il concorrente appaiono in questa ottica legittimati a svelare il segreto, ristabilendo un clima di legalità nel Mercato.

Una variabile non trascurabile in questa ipotesi è costituita dalla eventualità che autore, o coautore dell'invenzione, o della scoperta, sia un dipendente, al quale si vorrebbe far mantenere il segreto, interpretando gli artt. 23/24 della legge Invenzioni congiuntamente con l'art. 6-bis della stessa legge. Ma avrei qualche dubbio sulla liceità di questa possibile richiesta, e sulla validità di accordi patrimoniali finalizzati a mantenere il segreto.

B) Una invenzione brevettata *non trasparente*, e ve ne sono tante con questa caratteristica, poiché la descrizione brevettuale, se qualcuno si degnasse di guardarla, non appare «chiara e completa», cosicché, né il tecnico medio del settore, né i concorrenti sono in grado di realizzarla.

È questa forse l'ipotesi più grave, perché si annida nel sistema dei brevetti, se ne fa scudo, è illegale tanto che se scoperta, darebbe luogo a nullità del brevetto, e ove fatta oggetto di un monitoraggio di settore, o a campione, condotto dalla Autorità Garante, potrebbe svelare l'esistenza di una illegalità diffusa.

Invece di improbabili (e preoccupanti) accertamenti preventivi, avrebbe invero una utile funzione di giustizia concorrenziale preventiva, una serie di monitoraggi settoriali fatti condurre a campione, in diversi settori merceologici, dall'*Autorità Antitrust*. E che in caso di emersione di pratiche brevettuali segrete diffuse, tali da creare posizioni dominanti a-

busive, induca l'Autorità Garante a costringere a «svelare» i segreti.

Pensare che un tale approccio non rientra nella grammatica dell'*Antitrust*, indica l'esistenza di una mentalità burocratica che ignora l'alfabeto del diritto, e il lessico giuridico della modernità.

Più corretta è l'obiezione fattami pubblicamente a Perugia nel Giugno 2001, da *Adriano Vanzetti* durante uno dei Convegni che oramai si tengono regolarmente fra gli studiosi del Diritto industriale, propenso a ricondurre il caso delle descrizioni brevettali non chiare e complete ad altrettante vicende giudiziarie di contestazione della validità brevettale di questo o quel brevetto non corredato da una descrizione conforme a legge.

Ma questa osservazione, in sé fondata nel singolo caso, non funziona più quando l'*intrasparenza* sia di massa, e vi siano brevetti in massa che possono essere sospettati di oscurità concettuale.

Non solo: in questa visione vi è il rischio di una contraddizione fra il supposto fondamento dell'esclusiva brevettale nel contributo premiale dato al progresso tecnico, e l'insistenza di tale contributo, che, essendo segreto, non contribuisce a nulla. Come si a pretendere vantaggi (l'esclusiva, anche se di fatto) quando il loro presupposto (un riconoscibile contributo al progresso), non esiste?

E che dire se fosse il concorrente a farsi carico di questa esigenza di realizzare trasparenza e libertà, qualora si trovasse davanti a muraglie tecniche insuperabili perché abusivamente segrete, e tali da non dare alcuna utile?

Difficilmente, invocando la legittima difesa, gli si potrebbe attribuire la qualifica di slealtà, perché il mantenimento abusivo del segreto sarebbe oggettivamente un atto di guerra nei suoi confronti, e verso il mercato, e quindi il concorrente appare legittimato ad una autodifesa più che giustificata.

C) Un'altro caso di segreto potrebbe costituire elemento di attenzione per l'*Antitrust*, anche perché può oscillare la l'abuso di posizione dominante e il boicottaggio. Si tratta della pratica invalsa in alcuni settori, in quello delle auto certamente, di dotare di apparecchiature di controllo sofisticate solo i titolari delle strutture commerciali autorizzate.

Il risultato? I clienti non possono scegliere fra quali officine andare e quali no. E i concorrenti delle strutture commerciali non autorizzate, quin-

di, non possono entrare nel mercato. Anche in questo caso, costringere a svelare i «segreti» custoditi nei software di controllo dei prodotti, potrebbe far fare al mercato un passo avanti verso la trasparenza e la libertà.

Quanto infine al rapporto fra Diritto e Mercato, della cui problematicità è di moda occuparsi di recente dopo un recente libro di *Natalino Irti* e sul quale in molti hanno espresso la propria opinione solo sugli aspetti generali, senza porre attenzione a quelli particolari della questione, si potrebbe offrire un contributo a questo dibattito.

Senza la minima pretesa che le considerazioni avanzate a proposito dei «segreti industriali», o del *Diritto al Mercato*, abbiano una valenza generale, ma tuttavia, traendone un ulteriore spunto di riflessione, sembra possibile sostenere almeno questo.

Nel campo della Proprietà intellettuale, in ordine alle invenzioni industriali, alle scoperte, a tutto quanto riguarda le applicazioni tecniche, o in genere, come direbbe un giurista francese particolarmente attento, come *Michel Vivant*, alle *creazioni intellettuali*, Mercato e Diritto, viaggiano in parallelo, nel senso che sono impensabili l'uno senza l'altro.

Il primo, fattualmente sembra tragga spunti e linfa dall'innovazione, ma giuridicamente, senza l'intervento normativo – disposizioni di legge, interpretazione, giudicati – finalizzato ad attribuire esclusive, e protezioni fattuali, tutele concorrenziali improntate a lealtà e liberà, il Mercato non esiste, almeno quando si ponga in contrasto con il Diritto.

Non si nega neppure che il mercato possa dare a sua volta regole nuove, come del resto ha regolarmente fatto nel corso del II° *Millennio*, ma in un rapporto dialettico, oggi, con le Istituzioni, che da espressione di interessi neo-corporativi, sono garanti di tutti: Mercato e Società civile: operatori e consumatori; innovazione e concorrenza; proprietà intellettuale e suo consumo.

In altre parole: se l'uomo ha sempre innovato, nel senso che ha inventato, scritto, dipinto, fino alla nascita «giuridica» delle diverse forme di proprietà intellettuale, il mercato di questi beni non esisteva, o non esisteva come mercato di massa.

Come ha insegnato *Walter Benjamim*, la riproducibilità seriale ha reso possibile il mercato, ed oggi, si può aggiungere, senza alternative di valore, di metodo, e da ultimo, di frontiere.

L'innovazione ha quindi posto le premesse per il mercato, ma que-

st'ultimo non esiste senza il Diritto. E nasce quindi dal Diritto.

Per questo, l'esigenza di legalità fondata sulla libertà della concorrenza, e sulla libertà di scelta dei consumatori, è tutt'una, e va preservata sia a danno dello sviluppo (quando anche) fondato sui segreti, che ignorando le circostanze possessorie di tutti quei segreti industriali che possano distorcere il mercato.

Ma mentre il caso del segreto industriale svelabile sinora discusso è utile dialetticamente per sostenere la esigenza di nuove regole per il *Diritto del mercato*, per affermare e radicare l'esistenza del *Diritto al Mercato*, sembrano necessarie altre e più generali osservazioni.

10. — 10 a) *Il diritto al mercato non potrebbe far parte dei diritti umani*. Non esiste un numero chiuso dei diritti umani o dei diritti della persona previsti come tali da una qualche norma specifica al riguardo.

La categoria dei diritti essenziali è il risultato di un processo storico in permanente svolgimento, iniziato con la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino, e prima ancora, con le affermazioni di valore portate avanti dalla Rivoluzione francese.

Non appena la coscienza sociale, rappresentata dall'opinione pubblica, dagli scrittori di diritto, dalla giurisprudenza, avverta la necessità di proteggere più strettamente un interesse legato alla persona, appare plausibile iniziarne la protezione, stabilendone nel tempo il fondamento, le caratteristiche, il contenuto. In altre parole, avviandone la *giuridicizzazione*, attraverso la sua protezione.

In passato è già accaduto altre volte: in alcuni casi si è passati prima per la protezione di questi interessi attraverso tutele amministrative, si pensi all'ambiente, successivamente superate dalla *soggettivizzazione giuridica* degli interessi in questione, come testimonianza di civiltà: il diritto alla salute, alla casa, alla pari dignità, sebbene si tratti di aspetti ancora controversi.

Può essere il caso del *Diritto al mercato*?

Non esistendo limiti di principio, il *Diritto al mercato*, inteso come Diritto relativo all'interesse di ciascuno ad ottenere nel mercato la soddisfazione dei propri bisogni in modo soddisfacente, può essere considerato un diritto fondamentale, essenziale, indisponibile, alla pari di qualsiasi altro diritto della personalità.

Che il bene protetto sia costituito dalla Persona, è dimostrato da queste circostanze: prima di tutto, che la pretesa di cui si parla è sistemica, riguarda indistintamente tutti i possibili aspetti della vita di relazione che il Mercato può soddisfare commercialmente offrendo e dando dei beni, e che invece, dal punto di vista dei singoli diritti soggettivi non soddisfa completamente.

Si pensi al diritto alla salute, e ai limiti che incontra attualmente. Ma il discorso può valere per tutti gli interessi protetti anche costituzionalmente, ma che l'Ordinamento, nella sua Costituzione formale, si è limitato a declamare, non soddisfacendoli in modo adeguato in quella materiale: la permanenza dei servizi pubblici in gestione monopolistica, e la loro scarsa qualità, è la testimonianza storica di ciò.

In realtà, si pone allora il problema di tracciare i confini del diritto al mercato rispetto ad altri interessi ugualmente tutelati, per evitare non tanto contraddizioni concettuali, quanto confusione di campi, e possibili interferenze in sede giurisdizionale.

Questo problema si pone principalmente rispetto all'interesse del consumatore, alla libertà d'impresa, alla proprietà intellettuale, alla concorrenza.

10 b) *Il diritto al mercato e il caso dei farmaci orfani.* Il tema della salute è un banco di prova eccellente per analizzare in modo approfondito i problemi in precedenza posti relativi alla identificazione del diritto al mercato. E per varie ragioni.

Il diritto alla salute è un diritto costituzionalmente protetto, appartiene alla famiglia dei diritti personalissimi, è soddisfatto storicamente nel nostro paese da un sistema misto pubblico/privato – con l'attuale prevalenza del primo sul secondo –, ma è peraltro un diritto che galleggia nel mercato, e in più mercati addirittura.

In quello più generale della sanità, dove coesistono i mercati di cliniche, ospedali, professionisti, e in quelli dei farmaci, della ricerca pura ed applicata, dell'insegnamento e del reclutamento del personale.

Inoltre, il concetto di salute è mutevole nel tempo, e si esteso sino a ricomprendere l'identità psicofisica, il desiderio della maternità o della paternità, quale che sia il sesso, o il rapporto sociale di base, il prolungamento della vita oltre i termini tradizionali, l'aspetto fisico, e il relativo apprezzamento sociale.

Inoltre, e concettualmente si tratta di un aspetto non secondario, fra l'affermazione del diritto alla salute, e il più generale – e generico – interesse del consumatore, esistono interconnessioni sia concettuali – il primo potrebbe essere considerato una specie del secondo, inteso come genere – e sia normative oltre che di mercato.

Si pensi alla pubblicità, regolamentata per i farmaci ed altri aspetti non secondari, libera quanto ai cosmetici, e a quanto non sia strettamente terapeutico, ai marchi farmaceutici, ai grandi marchi che trascinano dal loro ambito merceologico per scendere a toccare anche mercati connessi con la salute.

Infine, ed è questo un aspetto fra i più significativi dell'intreccio fra l'asserito Diritto al Mercato, e il diritto alla salute, nel mercato farmaceutico, può esservi l'eventualità che malattie definite come *rare*, quanto a numero di malati, non trovino sufficiente attenzione sia da parte della ricerca, e sia da parte dell'industria farmaceutica, quand'anche esistano farmaci già collaudati, ma ritenuti non sufficientemente remunerativi in vista di un mercato ristretto.

È il caso dei c.d. farmaci denominati *orfani*, perché senza *sponsor*, che ne stimolino la produzione e la commercializzazione. E va da sé che l'eventualità di non poter avere farmaci adeguati ad un trattamento terapeutico corretto, oltre a far balenare scenari socialmente inquietanti, può costituire un serio ostacolo per l'affermazione che attraverso il *Diritto al Mercato*, ciascuno possa trovare la merce a lui adatta, quando questa merce vi potrebbe essere, anzi vi sia, ma non gli possa essere data perché non vi sarebbe sufficiente mercato a coprirne i costi, o a garantire un profitto a chi la produca.

La possibile obiezione che si tratti di un caso eccezionale, e che in quanto tale non costituisce un limite insuperabile, non appare convincente, perché una nuova posizione di principio, com'è appunto l'asserzione del *Diritto al Mercato*, deve potere essere in grado di comprendere anche le ipotesi eccezionali.

Va da sé che la soluzione del problema vada trovata nelle regole del mercato, sia di quelli già esistenti, che di altre da dare, ove le prime risultino insufficienti. Inoltre, fra quest'ultime ve ne possono alcune che solo a prima vista sembrano futuribili e pertanto improbabili, ma che al contrario possono benissimo derivare da una corretta applicazione o interpretazione delle prime.

Una prima soluzione da anni funziona in molti paesi per la più gran parte delle malattie rare, e dei relativi farmaci non più *orfani*. Viene allungata la durata dei termini temporali di protezione dei relativi brevetti industriali, così da rendere economicamente remunerativa l'attività di produzione di farmaci destinati ad un mercato limitato.

La stessa regola può essere estesa a chi voglia produrre farmaci non (più) coperti da brevetto, attribuendo esclusive del tutto formali, perché l'invenzione non sarebbe normalmente tutelabile.

Ma queste soluzioni presuppongono che vi siano degli operatori privati comunque disponibili – in caso di operatori pubblici, come quelli a carattere militare, non vi dovrebbero essere problemi – in assenza dei quali le soluzioni proposte non possono decollare.

Nei paesi a *Welfare* adeguato (pubblico o privato), il sistema sanitario o sociale o assicurativo, può-deve assumere il costo del farmaco destinato a curare una malattia rara, stabilendo per legge che le imprese, ove richieste, non possano rifiutarsi di produrlo: a quel punto non si vede per quale ragione un'impresa non dovrebbe collaborare. Le stesse compagnie di assicurazione non potrebbero tirare i remi in barca, e far saltare polizze divenute troppo costose.

Ad un migliore risultato, perché preventivo, ancora futuribile, ma non impensabile, si può poi arrivare qualora il gene portatore della malattia rara sia stato identificato, e in sede di una eugenetica personalizzata alla famiglia coinvolta da una malattia genetica e, quindi, ereditaria, sia possibile, in futuro, sostituire con terapie tutelabili nel mercato, il gene difettoso con altri.

Come si è visto, la compatibilità del *Diritto al Mercato* con il Diritto alla salute è quindi possibile, e realizzabile, senza necessariamente invocare la sacralità della vita umana, o la incommerciabilità della salute.

Anzi: sin quando si è pensato – e non manca chi è rimasto su queste posizioni – che le soluzioni ai problemi della salute andassero trovare o in via solidaristico-caritatevole, o nel lasciar morire chi non aveva la fortuna di guarire per conto proprio, il Diritto alla salute, garantito a parole, è rimasto una petizione di principio.

Coniugandolo con il *Diritto al mercato*, invece, e garantendo che ciascuno possa azionarlo domandandone la soddisfazione, sempre che le regole vi siano e chi le deve far rispettare faccia il proprio dovere, il Dirit-

to al mercato mostra tutta la propria potenzialità come Diritto ponte fra beni personalissimi e la loro protezione nel mercato.

Ancora una volta, si può ripetere, e questa volta in modo letterale, che *nulla salus sine mercato*.

10 c) *Il Diritto al mercato e la libertà d'impresa*. Un altro aspetto del *Diritto al Mercato* visto come ponte fra i Diritti della persona e altri diritti, riguarda la relazione con la libertà e la lealtà della concorrenza, non più relegate, almeno la seconda, fra gli steccati della correttezza professionale riguardanti gli addetti ai lavori, ma tutti, non solo intesi come consumatori, ma come persone titolari di questo particolare nuovo atteggiarsi di ciascuno verso il mercato.

È un passo di non poco conto, che inverte la storica coincidenza, supposta come tale nella tradizione di studi che l'ha sempre accompagnata, fra diritto d'impresa e interessi dei consumatori, questi ultimi tutelati indirettamente dai titolari d'impresa, i soli legittimati ad agire quando la concorrenza abbia travalicato i limiti dei buoni costumi che dovrebbero regolare il mercato.

Il limite della concezione neo-corporativa, tuttavia, dal punto di vista del mercato, e quindi del Diritto di ciascuno al suo corretto funzionamento, è che legittimando solo gli imprenditori ad agire contro l'altrui concorrenza sleale, non sono perseguibili una serie di atti che non toccano direttamente un imprenditore determinato, o che, pur colpendolo, lo trovano consenziente, o pronto a transigere.

Ove il corretto funzionamento del mercato sia affare di tutti, e non soltanto di alcuni, questo potrebbe essere rimesso alla autonoma valutazione di ognuno.

La violazione di norme pubblicistiche, penali, fiscali, previdenziali, poi, viene esclusa dalla considerazione della slealtà poiché ritenuta suscettibile di altro tipo di valutazione giuridica riconducibile appunto alle regole del settore in cui la violazione sia accaduta.

Ma il *Diritto al Mercato* non può fondarsi su divisione settoriali, poiché la persona è unitaria, e il suo Diritto al corretto funzionamento del mercato deve poter trovare un interlocutore unitario: in questo caso il «chiunque» operando nel mercato, e compiendo un atto di concorrenza abbia violato norme pubblicistiche, la cui osservanza sia di garanzia per il mercato.

Di questo si è reso conto il legislatore, prima comunitario e poi nazionale, allorché ha previsto la legittimazione di ciascuno ad agire in sede Antitrust, di pubblicità ingannevole, occulta, o comparativa condotta in modo illecito.

In tal modo, il *Diritto al Mercato* ha acquisito ulteriore contenuto, arrivando dalla lealtà e libertà della concorrenza, a ricomprendere l'interesse sia a non essere ingannato nel mercato, e sia quello ad essere informato, a seconda dei parametri di giudizio assunti positivamente.

A non essere ingannato in caso di pubblicità che non riguardi particolari prodotti come i farmaci, o i prodotti finanziari, perché in questi casi l'interesse è ad essere compiutamente informati, cosiccome in caso di attività informative svolte professionalmente.

Un primo passo è stato fatto con l'istituzione dell'Autorità garante per l'Antitrust, ma giocando sempre sul carattere ambiguo di un presunto interesse legittimo.

Affermando invece il *Diritto al mercato*, il medesimo interesse assume le vesti del diritto soggettivo e può essere azionato anche verso il giudice ordinario, nei confronti dell'operatore che abbia disatteso, o stia per farlo, una delle regole che riguardano il funzionamento del mercato.

10 d) *Il Diritto al mercato e la Proprietà intellettuale*. Un altro confine del *Diritto al mercato* riguarda la Proprietà intellettuale nelle sue varie forme e fattispecie che ha assunto nel tempo: segni distintivi, invenzioni industriali, opere dell'ingegno, creazioni intellettuali.

Su questo fronte l'analisi del contenuto del *Diritto al mercato* rischia di toccare argomenti sinora sottratti alla curiosità del giurista, poiché le esclusive sui beni in questione, con la sola eccezione dei segni distintivi, ed in particolare del marchio, sono state sempre considerate dal punto di vista degli autori, o degli esecutori, o dei concorrenti, o dei licenziatari, o del mercato, dalla Autorità antitrust.

In altre parole: ci si potrebbe sentir rispondere che la sorte delle opere protette riguardi gli interessati diretti, o indiretti, non il mercato in generale, per giunta dal punto di vista di privati apparentemente non coinvolti. Eppure, anche su questo lato, il *Diritto al Mercato* può essere affermato, e garantito, anche oltre i casi in cui, positivamente, è previsto che «chiunque» vi abbia interesse, può agire in giudizio: E finora si era pensato, e non sempre, che questa eventualità riguardasse i marchi nulli,

per una delle cause previste normativamente.

Dalla illiceità alla ingannevolezza anche acquisita, e alla difformità dai modelli legali per la loro costituzione.

Ma la questione è più complessa. Se si accetta, come altrove ho cercato di sostenere, la riunificazione normativa dei segni distintivi relativi al mercato, la invalidità può essere sostenuta per qualsiasi segno distintivo, e non solo dal concorrente, ma da chiunque.

Contro ditte, insegne, denominazioni sociali, che abbiano valenza ingannevole o monopolistica, o che in altre parole, turbino il regolare funzionamento del mercato. Ove si affermi o si condivida l'esistenza di una esigenza di corretta riconoscibilità nel mercato, ogni segno o forma distintiva può essere oggetto di un'azione di ciascuno a tutela del proprio Diritto al mercato.

Ma se questa premessa è esatta, lo stesso vale per la esigenza di trasparenza e di verità che riguardi le invenzioni industriali.

Oltre che poter chiedere ed ottenere la nullità di brevetti per descrizioni non chiare e incomplete, si dovrebbe poter chiedere ed ottenere lo svelamento di quei segreti industriali che diano luogo a posizioni dominanti di cui si sia abusato, o si stia per abusare. Il mantenimento di tali posizioni non rende possibile né la libertà di scelta, né possibili diminuzioni di costi, o prodotti innovativi che discendano da quello segreto.

Più delicato, almeno in apparenza, sembra essere il rapporto fra il *Diritto al Mercato* e le opere dell'ingegno, intoccabili moralmente a tutela dell'autore e della sua reputazione, come prescrive la legge sul Diritto d'autore.

Ma anche in questo caso, il *Diritto al mercato* può farsi valere.

A parte le interferenze con il c.d. Diritto *sui generis*, proprio delle Banche Dati, che dovrebbe cedere il passo di fronte all'esigenza di avere una merce adeguata, per cui l'utente di una banca dati che abbia ottenuto un'informazione non corretta ha diritto a che la banca dati cambi contenuto, rimangono da considerare altri aspetti. Da un lato, che la libertà di concorrenza anche nel settore delle opere dell'ingegno dovrebbe valere, e dall'altro, la esigenza della tutela dell'autenticità dell'opera, nonostante nomi, stili, in apparenza in regola.

Sotto il primo profilo, le vicende telematiche degli abusi di posizione dominante da parte di grandi marchi del software, sono emblematiche di

come anche le opere dell'ingegno possano schiacciare la libertà di ciascuno nel mercato. E pertanto il *Diritto al Mercato* può costituire una buona base per difendersi, quando non vi siano altre possibilità.

Sotto l'altro profilo, e cioè della verità, se così la si può chiamare, di un'opera dell'ingegno, analogamente il *Diritto al Mercato* può rivelarsi utile.

L'abitudine di far apparire vivo un autore anche dopo la sua morte, tramite licenze a terzi, che figurino al suo posto con il suo nome, è probabilmente un abuso, che il *Diritto al Mercato* può svelare. E così, le copie di esemplari di arte figurativa firmate dall'autore, ma in realtà realizzate da altri, costituisce un abuso che il *Diritto al mercato* può contrastare.

10e) *Il Diritto al mercato e possibili conflitti fra diversi diritti.* Un po' alla volta il contenuto del diritto al Mercato prende forma, distinguendosi da altre pretese, ma come nel caso del suo rapporto con il *Diritto alla salute*, una maggiore chiarezza può venire qualora lo si metta in rapporto con altri Diritti, tutti assieme considerati, in fattispecie complesse, nelle quali sembra che tutti potrebbero avere ragione, e di conseguenza, non si veda bene quale possa essere una soluzione corretta, che non sia penalizzante senza motivazione di una o l'altra pretesa.

In questi casi, ci si può rifare a situazioni reali, come quella di un impianto industriale inquinante, e certamente causa di pericoli per la salute pubblica, oltre che per quella dei suoi dipendenti, suscettibili di licenziamento qualora l'impianto venga chiuso.

Qui sono in conflitto vari interessi, e tutti soggettivizzabili giuridicamente: la libertà d'impresa; il diritto al lavoro dei dipendenti licenziati qualora l'impianto venga chiuso; il diritto alla salute di chi si sia ammalato in ragione dell'inquinamento; lo stesso diritto visto in chiave preventiva; il *Diritto al Mercato* di quanti abbiano bisogno delle merci prodotte dall'impianto in questione.

Esiste una via d'uscita? Certamente, ma solo affidandosi al *Diritto al mercato* come possibile chiave di volta di un corretto funzionamento del Mercato.

Lo stesso può accadere nel caso di grandi opere pubbliche, che nel proprio tragitto operativo colpiscono risorse ambientali, o rechino comunque danni alla salute.

E il *Diritto al Mercato* di quanti faranno uso di queste opere, migliorando così la propria esistenza?

Dai trafori sotto le montagne ai ponti sugli stretti, dagli aeroporti urbani alle sopraelevate nei grandi centri metropolitani.

Il *diritto al Mercato*, poi, ma in questo caso gli esempi possono essere trovati nella giurisprudenza dei vari *Antitrust*, dovrebbe consentire sempre di trovare una soluzione premiale per l'interesse di avere sempre merci concorrenti, nella sostanza e non solo nella forma garantita da pluralismi di facciata.

In caso di informazione, e di istruzione, la eventualità di merci in concorrenza ma identiche fra loro, a fronte di una domanda che richiede la diversità nelle offerte, il *Diritto al Mercato*, ove esercitabile, dovrebbe costringere ad operare differenze effettive.

Paradossalmente, invece, possono esservi casi in cui la standardizzazione costituisce un dato che favorisce il *Diritto al Mercato*, mentre la diversità di approcci tecnici, apparentemente, è un elemento di competitività.

Basti ricordarsi delle telecomunicazioni. Per salvaguardare il *Diritto al Mercato*, facilitando l'accesso a merci concorrenti, appare allora più funzionale uno *standard* comune, anche imposto, che mantenere *standards* diversi.

Le questioni possono peraltro divenire incandescenti, sotto più di un profilo, in materia di concorrenza, quando, come successo di recente (*GE e Honyniell*), fra l'*Antitrust* di un paese, e uno altro *Antitrust* – nel caso si specie, fra quello USA e quello della UE – le conclusioni alle quali ciascun organo è arrivato, siano di segno opposto.

Quale prevalga, non è in discussione, perché ciascun organo ha un proprio ambito territoriale di competenza, né è importante più di tanto, ma sta di fatto che in un mercato globale, una tale contraddizione ha senso se prepara la costruzione di regole comuni, omogenee, e l'avvento di *Antitrust* planetari, quali che siano le fonti normative da cui provengano: Nazioni Unite come viene proposto da *Guido Rossi*, Unioni di Paesi, emanazione di direttive di origine neo-imperiale, come sembra che gli USA vorrebbero proporre di fatto, grazie al loro carattere egemonico.

Ricompare nuovamente il carattere dinamico e progressivo nella costruzione e nell'affermazione del *Diritto al Mercato* nel più generale *Diritto del mercato*.

L'eventualità socialmente più rilevante può essere costituita infine, in via ipotetica, dal conflitto fra il diritto di sciopero, il diritto d'impresa, e il diritto degli utenti, o dei clienti, sacrificati sinora con molta disinvoltura in nome di altrui libertà, il cui spessore è senza dubbio da non trascurare, ma il cui esercizio deve trovare un punto di incontro con il Diritto al mercato.

Una prima risposta ci potrebbe venire da quanti continuano a credere nel primato della politica, affidandosi alla sua capacità di mediare, e di trovare soluzioni.

Fra l'altro, ci si potrebbe osservare che problemi complessi come quelli sopra proposti, non possono trovare soluzione nelle aule dei tribunali, ma in sedi specializzate, come appunto potrebbero essere considerate le Autorità di garanzia, che un qualche margine di discrezionalità hanno, ed entro quel margine possono di volta in volta trovare soluzioni mediane.

Ma sempre di politica si tratta, che nulla ha a che fare con i Diritti soggettivi, una volta che siano stati normativamente affermati come esistenti e, in quanto tali, tutelabili.

D'altro canto, la nostra giurisprudenza ha perso smalto e sensibilità ai mutamenti in corso, oltre ad essere pachidermica e lenta nel suo procedere, tenuto anche conto della pluralità di giurisdizioni, e di conflittualità fra queste.

Ma questi sono aspetti in sé contingenti, superabili con una razionalizzazione del sistema giudiziario, il taglio dei rami secchi come quelli amministrativi, una nuova cultura legata alla efficienza anche fra diverse autorità giudiziarie, come del resto accade negli USA, come ha illustrato sempre *Maria Rosaria Ferrarese*.

Una soluzione metodologicamente corretta può derivare dal confronto fra i due diritti sinora studiati — *Diritto del Mercato e Diritto al mercato* —, anche se solo come ipotesi interpretativa.

Il primo, inteso come costituito da tutte le disposizioni che, oggettivamente, possono direttamente ed indirettamente regolare il mercato, e dirimpetto, il *Diritto al mercato*, spettante a ciascuno, e di cui si è evocata la possibile esistenza e la relativa tutela, consistente nella pretesa di trovare sempre e comunque una merce adeguata alle proprie necessità e bisogni, tenuto conto di un mercato costantemente concorrenziale alimentato dall'innovazione tecnica.

10 g) *Una via di soluzione fra diversi diritti in conflitto può venire dal confronto fra il Diritto oggettivo del mercato, e il Diritto soggettivo al mercato effettuato in una chiave di bilateralità.* Ora, non dovrebbe essere in discussione che il rispetto delle disposizioni a tutela dell'ambiente, della salute, del diritto al lavoro, del diritto allo sciopero, o di altri diritti, facciano tutti parte di un complesso normativo che tutti, da chi operi professionalmente a chi abbia responsabilità amministrative, è tenuto a garantire, e che tutti i diritti sopra ipotizzati abbiano, o possano avere un referente unitario nel Mercato, o meglio nelle sue regole, che siano entrate a far parte di un nuovo ed unitario moderno *Diritto del Mercato*, ancora in costruzione (quest'aspetto non sarà mai terminato), ed essenziale per tutti.

Un'altra considerazione preliminare: una caratteristica della bilateralità del diritto, così saggiamente illustrata da *Tito Ravà*, proprio nel supposto *Diritto al Mercato* può trovare una emblematica rappresentazione concettuale particolarmente convincente, in quanto ciascuno può trovarsi nella condizione di potere-dovere avere un bisogno che solo nel Mercato trovi soddisfazione.

Non in altro, come solidarietà, carità, filantropia, benevolenza, altruismo, o quant'altro, per la semplice ragione che questi sono sentimenti, disposizioni dell'animo, non condizioni oggettive e strutturali in grado di funzionare sempre, incondizionatamente, a favore di chiunque, e dovunque, anche in assenza di atteggiamenti di amicizia o di simpatia verso chi abbia bisogno.

E se ciò è vero, il *Diritto al Mercato*, in una ipotetica scala gerarchica fra diversi Diritti soggettivi, fra loro in (apparente) conflitto, sembra avere una potenziale vocazione egemonica a trovare garanzie, ed attuazione, anche sacrificando altre situazioni, pur tutelabili.

Invero, il Diritto in questione, per essere fungibile per tutti, non solo richiede che tutte le disposizioni che compongono il *Diritto del Mercato* siano garantite, ma che gli eventuali altri Diritti soggettivi vengano visti come dati nel caso concreto, e cioè come particolari situazioni soggettive suscettibili di essere anche sacrificate.

10 b) *Alcune possibili ipotesi di Diritto al Mercato da garantire.* Esaminiamo, con i possibili criteri sopraproposti, i casi ipotetici — ma non di scuola, reali — delineati in precedenza e che chiunque può ricordare come effettivamente accaduti.

1) *Il Caso dell'impianto inquinante.* In questo caso, il Diritto del Mercato prevede che chi gestisce un impianto inquinante lo deve mettere, per così dire, a norma, e cioè in regola: soluzioni alternative non ne esistono, anche perché la libertà d'impresa non può svolgersi in condizioni da ledere, secondo l'art. 41 della Costituzione, «la libertà, dignità, sicurezza» altrui. Quindi, delle due l'una: o questo accade, o l'impianto rimane chiuso.

Il diritto al lavoro può essere garantito solo verso l'imprenditore, e in maniera relativa, perché la sua possibilità di dare occupazione dipende dal rispetto delle norme antinquinamento.

Il diritto alla salute è garantito sia dal rispetto volontario delle norme in questione, che dalla loro coercibilità in caso di violazione.

Il *Diritto al mercato*, ipotizzato come spettante a chiunque, e nel caso di specie, come pretesa ad ottenere la merce di cui si ha bisogno, può essere soddisfatto in questi modi:

- a) nel mercato, presso la concorrenza, addossando al primo i possibili maggiori costi, e i danni subiti;
- b) in alternativa, qualora la prima strada non sia praticabile, chiedendo al giudice che in base al *proprio Diritto al Mercato, conforme al Diritto oggettivo del mercato*, al primo imprenditore venga ordinato di mettere a norma il proprio impianto, non addossando i costi della ristrutturazione alla clientela, ma indennizzandola eventualmente per i danni e i ritardi subiti.

2) *Il caso delle grandi opere pubbliche.* Questa ipotesi può essere sezionata e, in apparenza semplificata, in almeno due quesiti:

- a) opere già fatte
- b) opere da fare

Per il primo si tratterà di avere una manutenzione adeguata, e di far accettare eventuali offerte concorrenziali sia per questo aspetto che per nuove opere concorrenziali: un seconda linea ferroviaria, o aerea, o autostradale.

Per il secondo, stabilita la gerarchia delle disposizioni normative che regolano queste materie, fra cui rispetto ambientale, sicurezza, salute e quanto altro possa e debba essere richiamato a far parte del *Diritto del Mercato* in questo settore, il *Diritto al Mercato* non dovrebbe trovare ostacoli, se non collegati alle risorse necessarie per le opere, e a chi debba decidere. Il che pone il problema centrale dell'esercizio del Diritto in questione (v. *infra sub § 10i*).

3) *Il caso del diritto di sciopero.* La compatibilità del Diritto al Mercato con il Diritto di sciopero costituisce uno snodo essenziale in una concezione moderna della democrazia economica rispettosa di tutti i diritti di libertà. Al tempo stesso, considerando la carica politica che contiene il diritto di sciopero, anche al di là degli interessi direttamente coinvolti, è una sorta di *Totem* giuspolitico, evitato accuratamente per il labirinto in cui ci si va a cacciare nel momento in cui lo si voglia non solo studiare, ma anche regolare.

Eppure, se appare indiscutibile il diritto di autodifesa di chi lavora, praticato anche attraverso il ricorso alla astensione dal lavoro, come mezzo per forzare l'altrui volontà, e indurla a trattare nuovamente, si deve riconoscere che nel mercato, oltre ai diretti interessati – lavoratori e datori di lavoro – esistono anche gli utenti dei servizi sconvolti dagli scioperi, i clienti delle merci non pervenute per l'arresto della produzione, i terzi in genere, come fornitori, finanziatori.

Tutti costoro sono indifesi, non garantiti, non risarciti, sebbene abbiano spesso fatto già la propria parte: pagato in biglietto, iniziato un viaggio, una terapia, deciso di acquistare una merce, fatta una scelta che altri, non pongono in discussione, ma molto più semplicemente, la azzerano, del tutto, o in parte.

Sinora, per lo più nei servizi pubblici, si è cercato di affrontare il disagio, curiosa espressione per indicare l'intromissione altrui nella propria sfera di autonomia ledendone l'esercizio, con il ricorso a forme di deontologia, a consultazioni fra gli addetti ai lavori, alla astensione dal ricorso allo sciopero in occasioni determinate (festività, vacanze), al preannuncio del ricorso allo sciopero.

È intellettualmente onesto riconoscere che si è trattato di tentativi di far quadrare il cerchio, perché in ogni caso vi sarà pur sempre qualcuno a cui qualcun altro ha recato un danno, ritenuto non risarcibile perché compiuto nell'esercizio di un diritto, correttamente ritenuto intoccabile come il diritto di sciopero.

E allora, che cosa poter fare, in termini di *un Diritto soggettivo al Mercato, all'interno di un Diritto oggettivo del Mercato?*

Senza pensare di sostituirsi al legislatore, le misure possibili potrebbero essere molteplici: dal garantire il rimborso in solido fra lavoratori e datori di lavoro per i danni causati dall'astensione dal lavoro, al provve-

dere a misure alternative adeguate alla mancata erogazione del servizio o della merce: dal fiscalizzare lo sciopero, mantenendo l'attività, prevedendo che le controparti in lotta fra loro, versino ad un fondo speciale i salari e le entrate (potenzialmente) perdute per un'astensione solo virtuale, al vietare l'esercizio dello sciopero per ragioni che non attengano strettamente ai rapporti di lavoro.

Fra l'altro, se l'approccio proposto in termini di *Diritto al Mercato* sembra che possa funzionare in rapporto con il Diritto di sciopero, metodologicamente, lo stesso potrebbe essere avanzato per i danni causati dalla concorrenza, o almeno per alcuni fra questi arrecati a terzi che non hanno alcuna ragione di essere coinvolti, quando non travolti, dal conflitto concorrenziale: disoccupati, fallimenti di fornitori, cessazioni di servizi, e quanto altro possa derivare di dannoso dalla vittoria di un concorrente ad un altro.

10 i) *Diritto al Mercato e danno concorrenziale lecito a terzi*. A) I danni lecitamente causati dalla concorrenza, libera e leale, possono essere delle più diverse specie, e fra queste, ve ne sono alcuni che non sembrano, a prima vista, compensabili, se non facendo ricorso al sistema assicurativo, e sempre che quest'ultimo, voglia farsene carico.

Le diminuzioni patrimoniali subite da un «*sorpasso*» tecnico di un prodotto rispetto ad un altro, impiegando il termine prodotto in senso amplissimo, così da farvi rientrare ogni merce innovativa rispetto ad un'altra, non sembra risarcibile, se non avendolo previsto come evento rischioso da ammortizzare, per via assicurativa, appunto.

Del resto esiste già il ricorso alla previsione assicurativa che un debitore non assolva, anche nelle transazioni internazionali, la propria obbligazione, per cui, la medesima previsione può essere compiuta per ogni altro tipo di rischio in qualche modo quantificabile: posti di lavoro perduti, occasioni d'affari mancate, cessazione d'attività.

Si può però imputare direttamente il danno così qualificabile a chi lo abbia causato? Al concorrente vincitore?

Teoricamente, ricorrendo alla tutela del credito, rinforzata dal *Diritto al Mercato* così come proposto, è un'opinione che merita una qualche attenzione, ma solo a prima vista.

Da un lato si introdurrebbero elementi di rigidità nel mercato, perché l'eventualità di doversi far carico anche dei danni lecitamente causati

ad altri, porterebbe i concorrenti a non innovare, o a trovare soluzioni alternative, come l'acquisto dell'impresa concorrente, alla quale riservare nella propria gestione la fine che più convenga. E spesso, questo accade.

Ma se il danno patrimoniale lo deve subire solo chi è sconfitto da un attacco concorrenziale, l'imprenditore concorrente appare a prima vista irrisarcibile, salvo che in alcuni casi, il danno viene subito da chi non ha alcuna responsabilità nella sconfitta subita nella concorrenza.

Nel caso di Società di capitali? Solo gli azionisti? Che non contano nulla per giunta?

Forse il ricorso alla responsabilità personale degli amministratori, potrebbe essere dilatato sino a ricomprendervi una mancata attenzione al rischio della concorrenza.

Ma per questa strada non si perde il senso della personalità giuridica; intesa come limitazione della responsabilità? La risposta è affermativa, se la si intende come esclusione di rischi per chi abbia investito nella società, non anche per chi abbia responsabilità gestionali. Fra le quali, una corretta visione del mercato, dovrebbe far rientrare anche la assenza di competitività nei confronti dei concorrenti.

Se queste considerazioni sono fondate, si aprono prospettive significative anche per perdite di borsa dovute a danno concorrenziale lecito, salvo che in definitiva, anche gli amministratori potrebbero coprirsi da tali rischi, sempre facendo ricorso al sistema assicurativo.

In definitiva, ragionando in termini di *Diritto al Mercato*, alcuni dei danni concorrenziali leciti possono essere in vario modo risarciti, seppur faticosamente e con alti costi nel suo esercizio.

Chi sembra destinato alla estinzione da sconfitta concorrenziale, ma non si vedono maniere di evitarla, se non autarchiche, e dirigiste, e pertanto contrarie al *Diritto del Mercato*, sono invece una serie di «*fenomeni*» — mi sembra questo il termine più adatto — che non sono *assicurabili* in senso stretto, per la loro stessa natura.

B) Prodotti che escono di scena, artisti che non vendono più dischi, o quadri, generi che escono di moda, o che sono superati da altri — teatro, cinema, televisione sono esempi di questo, lingue ed abitudini che sono sostituite da altre.

L'elencazione potrebbe andare avanti, e credo costituirebbe una sor-

ta di *cabiers de doléance* che i nemici dell'innovazione tecnica e della concorrenza potrebbero sottoscrivere volentieri.

Forse perché sono affezionati a questi fenomeni, forse perché hanno interessi concreti a farli sopravvivere.

Forse perché rifiutano quella che chiamano l'omogeneizzazione culturale che a loro avviso sarebbe alla origine della possibile scomparsa di ciò che preferiscono.

Non hanno capito, o non vogliono capire che sin quando l'innovazione tecnica sarà libera, e quindi vi sarà concorrenza, nel mercato non vi potrà essere omogeneizzazione, uniformità, perché ogni innovazione potrà cercare di sostituire una precedente, né è dato sapere quale vincerà. Anche l'invincibile armata delle multinazionali (non importa quale sia lo Stato di riferimento, perché tutte superano gli Stati) può essere battuta, e ricondotta a rispettare le regole nel Mercato.

Il *Diritto del Mercato*, e al suo interno, il *Diritto al Mercato*, incarnando l'eterno ritorno del Diritto commerciale come fenomeno storico da innovare, potranno e dovranno andare verso regole uniformi, applicabili dovunque, per una società globalmente aperta a tutti, in qualunque parte del mondo si trovino. E la questione della fonte legittimante delle norme, a questo punto è meno importante di quanto possa sembrare a prima vista.

Che qualcuno dotato di forza normativa ponga delle regole ragionevoli internazionalmente operanti, e non solo riconducibili agli interessi dominanti come è avvenuto con i *Trip's*, che queste siano accettabili e accettate, e che vengano fatte rispettare: questo è l'*alfa*, mentre l'*omega* è affidato alla Storia futura del Diritto.

10 l) *Sulla responsabilità sociale delle imprese e il grado di eticità del Capitalismo nella logica del Diritto al Mercato*. Guido Rossi ha tuttavia di recente osservato che «affidare alle imprese il ruolo etico del capitalismo è contraddittorio e sbagliato», ma non tanto, almeno a mio avviso, perché le imprese che più si atteggiavano in modo etico, aggirano «più disinvoltamente le leggi». Questa circostanza è spesso vera, ma non dice di per sé nulla di più significativo sul fatto che questo normalmente accade in società civili dominate dalla ipocrisia di apparire in un modo ed essere in un altro, tanto più quando apparire costa meno della realtà, e quindi, dove i pescecani vorrebbero apparire pesciolini, e ciascuno comportarsi come fosse vero.

Il problema è forse un altro: le imprese non possono avere respon-

sabilità sociale se non nei termini previsti o prevedibili o da prevedere normativamente, mentre il capitalismo non può avere un ruolo etico diverso dall'essere sé stesso.

Altrimenti cosa potrebbe divenire? L'esercito della salvezza per i venti poveri del pianeta, e delle beatitudini celesti per gli Amministratori delegati, già abituati a quelle – e copiose – di questa terra?

Le imprese facciano il loro mestiere producendo reddito, e servendo i clienti sempre al meglio e con merci innovative: nel rispetto delle leggi, naturalmente. E in questo può consistere la loro *eticità*. Se fanno altro, lo fanno male, e ipocritamente, perché vogliono costruirsi soltanto un'immagine socialmente *agreeable*. Ma è solo *marketing* e chiedere altro, può costituire occasioni per sponsorizzare «opere sociali» come restauri di monumenti, concerti, e quant'altro serva sempre per l'immagine.

Quanto alla improbabile *eticità* del capitalismo, solo l'affermazione rigorosa e il loro rispetto, di nuove regole che pongano il *Diritto al Mercato* come possibile nuovo mezzo per soddisfare i bisogni umani, può far intravedere un qualche barlume per aiutare veramente il prossimo, sia nel nostro paese che in quelli più indietro nello sviluppo economico.

In caso diverso si fa solo della carità, lasciando i problemi sociali ed individuali irrisolti.

L'economia è laica e autonoma da qualunque altra considerazione. Mantenerla tale senza pasticci solidaristici è già un bel problema.

Ottimo anzi perché i giuristi ci pensino sopra, contribuendo per la loro parte ad elaborare nuove regole adeguate.

ANTONIO PALAZZO

DIRITTO, PROCESSO E INTERESSI PRIVATI

SOMMAIO: 1. La tutela dei diritti del privato nei confronti della P.A. — 2. Natura e contenuto degli interessi legittimi. — 3. Illecito aquiliano e interessi privati. — 4. Atipicità dell'illecito e categorie della responsabilità civile. — 5. La risarcibilità del danno dinanzi P.A.G.O. — 6. Conclusioni.

1. — Il tema della tutela dei diritti del privato nei confronti degli atti del pubblico potere lesivi della sua sfera giuridico – patrimoniale è fortemente condizionato dalla ricostruzione della natura del rapporto che si instaura tra cittadino e Pubblica Amministrazione in ordine all'emanazione del provvedimento amministrativo. Infatti, soltanto ammettendo che da tale rapporto nasca una situazione giuridica soggettiva, l'interesse legittimo, azionabile in via risarcitoria, la tutela del privato può essere estesa al di fuori dei tradizionali confini segnati dalla responsabilità per lesione dei diritti soggettivi, abbattendo un muro di privilegio – eretto a vantaggio del potere esecutivo – che riduce la tutela giurisdizionale del cittadino a quella generale di legittimità svolta dal giudice amministrativo: ciò è proprio quanto è accaduto con le recenti riforme legislative – introdotte col d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e con la l. 21 luglio 2000, n. 205 (v. in particolare l'art. 7) – le quali, sulla scorta di un significativo, quanto storico, *revirement* delle Sezioni Unite della Cassazione ⁽¹⁾ – hanno sancito il principio che il giudice amministrativo è chiamato oggi a statuire *in via esclusiva* sul risarcimento dei danni cagionati al privato per lesione di un suo interesse legittimo. Ne è derivata una sorta di rivoluzione copernicana nell'ambito dei tradizionali criteri di ripartizione della giurisdizione – a fini, deve ritenersi, di economia di giudizi – e, soprattutto, un nuovo modo di intendere i fini e i presupposti applicativi della tutela contro i danni. Sottratta, infatti, nella materia *de qua*, al giudice ordinario la competenza risarcitoria, si scorge sempre più chiaramente un diverso fondamento della

⁽¹⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Nuove Autonomie*, 1999, p. 563.

responsabilità civile, che oggi non è più responsabilità per lesione della sfera giuridica soggettiva intesa tradizionalmente come ambito delle attribuzioni esclusive di ordine patrimoniale prefigurate dall'ordinamento a favore del privato tramite il sistema dei diritti soggettivi. Cadono anche, parallelamente, quelle figure ibride che imprigionavano nelle maglie della vecchia dogmatica del diritto soggettivo i nuovi beni, di cui la società moderna reclama protezione: basti ricordare, a titolo esemplificativo, il c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, nonché il risarcimento per lesione delle aspettative o del possesso. Il posto lasciato vuoto dal diritto soggettivo è ormai occupato interamente dall'interesse del danneggiante e da quello del danneggiato che, di volta in volta, vanno soppesati dal giudice (ora anche amministrativo) secondo un procedimento di valutazione comparativa che sfocia nel riconoscimento della *prevalenza* dell'uno o dell'altro. Qui si affaccia il problema, di non poco conto, dei criteri di selezione degli interessi *rilevanti*, che il giudice può porre a termini di paragone nel giudizio di responsabilità, atteso che la assenza di un diritto soggettivo predeterminato sul quale fondare la chiara tutela dell'interesse privato postula un'accurata indagine euristica sul terreno della normazione di riferimento, che, in larga parte, può, anzi deve essere attinta dal dettato costituzionale, tanto che la civilistica più sensibile a questo tema non ha mancato di segnalare, con preoccupazione a nostro giudizio assolutamente infondata, il rischio di una nuova «moralizzazione» del diritto della responsabilità civile, fondato su valori solidaristici di rango costituzionale (artt. 2 e 41 Cost.)⁽²⁾. Tale problema è ricordato anche con particolare trasporto da chi sottolinea, con riferimento all'ammissibilità del risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo, un altro, ancor più grave pericolo, quello del condizionamento del potere esecutivo da parte del potere giudiziario⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 407 ss., spec. p. 412, il quale parla di una doppia moralizzazione, essendosi aggiunto al moralismo dell'illiceità (= nessuna responsabilità senza colpa) il moralismo della solidarietà (moralità sociale).

⁽³⁾ E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 247: «In concreto, dubito assai che un pubblico amministratore possa prendere provvedimenti incisivi sotto la scure del controllo risarcitorio della magistratura amministrativa e di quella ordinaria; controllo che si aggiunge a quello delle Commissioni di controllo e a quello delle sezioni

2. — Il discorso, a questo punto, richiede qualche precisazione, o meglio una precisa presa di posizione, sulla natura e sul contenuto degli interessi legittimi, al fine di muoversi con scioltezza all'interno delle questioni sollevate dal nuovo indirizzo legislativo e giurisprudenziale. È opportuno preliminarmente avvertire, però, che in questa complessa e delicata materia ogni semplificazione concettuale — che, in ogni caso, sarebbe necessariamente imposta dai limiti temporali del nostro intervento — rischia di essere foriera di equivoci se non a patto di essere considerata, appunto, soltanto una semplificazione: le nostre osservazioni, quindi, si pongono a margine di un dibattito dottrinale per molti versi ancora aperto, senza la pretesa di entrare nel merito di ogni singola questione, ma con l'intento di fare — si spera — un po' di luce sugli aspetti più rilevanti delle nuove forme di tutela giuridica dei destinatari degli atti di amministrazione, riguardate dall'osservatorio particolare del civilista. Orbene, se si pone mente al fatto che il rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione consiste essenzialmente in una relazione giuridica preordinata alla soddisfazione dell'interesse pubblico di cui lo stesso potere amministrativo è titolare, ciò significa che l'interesse del privato — riducibile comodamente alle due forme di manifestazione, assai opportunamente individuate da Rosario Nicolò, dell'interesse a conservare o a conseguire un bene⁽⁴⁾ — può essere realizzato dal provvedimento amministrativo *solo in via indiretta o mediata*, attraverso un grado più o meno elevato di implicazione di esso nell'attività amministrativa. Questa prima, semplice considerazione dà l'avvio ad una giusta prospettiva di indagine per comprendere, senza cadere in facili tranelli, la consistenza e l'oggetto della situazione giuridica denominata interesse legittimo ed il suo rapporto col di-

giurisdizionali della Corte dei Conti. Tutto ciò paralizza, in concreto, l'azione amministrativa rispetto agli interessi dei privati, ed attribuisce ai giudici una partecipazione generalizzata alla funzione amministrativa, la quale, detenendo i giudici il potere sanzionatorio, diventa nella sostanza loro specifico attributo».

Il pericolo di una deriva discrezionale dei poteri del giudice, chiamato alla valutazione comparativa degli interessi in conflitto, era peraltro già stato avvertito, anteriormente alla legge n. 205 del 2000 (quando il d.lgs. n. 80/1998 consentiva ancora al giudice ordinario di statuire, seppure in via residuale, sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi) da F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Nuove Autonomie*, 1999, pp. 527-528.

⁽⁴⁾ R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p. 19.

ritto soggettivo: se, infatti l'interesse legittimo è visto, nella sua necessaria duplice natura sostanziale e processuale, come nulla di più di un interesse alla legittimità dell'azione amministrativa – secondo un'inveterata ma efficace definizione risalente alla teoria del diritto alla legittimità di Mortara⁽⁵⁾ – ciò che balza maggiormente all'evidenza è la sua strumentalità nei riguardi dell'interesse al bene che, invece, è oggetto del diritto, reale o di credito, di pertinenza esclusiva del privato. Tuttavia, la legalità dell'attività amministrativa, se è certamente un fondamentale valore di rilevanza costituzionale (v. art. 97 Cost.), non è il dato qualificante del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e il cittadino, al di là della sua funzione di limite alla soddisfazione dell'interesse privato oltre che, innanzitutto, di garanzia di imparzialità dell'azione provvedimentoale e, quindi, di libertà ed eguaglianza (v. art. 3 Cost.)⁽⁶⁾; la dottrina amministrativistica più attenta, infatti, ha dimostrato come in realtà la legittimità non possa costituire l'oggetto dell'interesse legittimo, atteso, da un lato, che il privato può intervenire nel procedimento amministrativo, influenzando sull'esercizio del pubblico potere (si pensi agli atti di iniziativa e di collaborazione procedimentale), e, dall'altro, che «anche nel processo, dove il rilievo della legittimità sembra assorbente, ove si considerino vicende non elementari, è possibile constatare che i privati ricorrenti possono essere portatori di interessi sostanziali non solo diversi da quelli dei privati controinteressati, ma anche di quelli di altri privati ricorrenti»⁽⁷⁾. Piuttosto, seguendo la de-

⁽⁵⁾ La ricostruzione storica della categoria concettuale dell'interesse legittimo è esposta assai chiaramente da F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*, p. 5 ss.; e v. anche ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*.

⁽⁶⁾ Cfr. F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit., p. 11: «se è vero in via generale che la protezione coincide con la legittimità del comportamento dell'amministrazione, occorre sottolineare che la legittimità è un limite sia per l'interesse privato che per l'interesse pubblico. Se il privato non può pretendere altro che un comportamento legittimo, l'amministrazione non può soddisfare l'interesse pubblico mediante comportamenti illegittimi. La legittimità è pertanto un dato neutro ed uniforme, che non costituisce né l'oggetto di interessi privati né l'oggetto di interessi pubblici».

⁽⁷⁾ Così, esattamente, F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit., p. 9, il quale porta, in proposito, il seguente esempio: «Si pensi al ricorso relativo ad una graduatoria di concorso (e agli atti che la precedono), dove alcuni ricorrenti possono essere interessati all'annullamento della graduatoria finale ma non all'annullamento del bando di concorso; ovvero possono essere interessati all'annullamento per alcuni motivi ma non all'annullamento

finizione brillantemente coniata da Mario Nigro, è preferibile affermare che l'interesse legittimo consiste in una «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene»⁽⁸⁾: il che si può tradurre, più semplicemente, nell'identificazione dell'oggetto dell'interesse legittimo col provvedimento amministrativo⁽⁹⁾. Sotto questo profilo, appare conseguente ammettere la distinzione degli interessi legittimi in oppositivi e pretensivi, in ragione della diversità di oggetto della situazione soggettiva (interesse alla non adozione del provvedimento sfavorevole, nel primo caso, e interesse all'adozione del provvedimento favorevole, nel secondo)⁽¹⁰⁾. I concetti testé richiamati, seppur in via di estrema semplificazione, sono indispensabili per poter osservare nitidamente la linea evolutiva del sistema della responsabilità civile attraverso il filtro degli interessi legittimi: come si è detto in precedenza, ammettere la risarcibilità della lesione di tali interessi significa, infatti, non solo e non tanto estendere l'ambito della tutela extracontrattuale del privato oltre quella tradizionale dei diritti soggettivi, ma anche e soprattutto avvicinarsi ad un nuovo sistema della responsabilità civile, nel quale la clausola generale del danno ingiusto diviene porta d'ingresso di interessi protetti in via aquiliana prescindendo da un giudizio di imputabilità legato alla tradizionale nozione di colpevolezza. Nel caso degli interessi legittimi, infatti, vieppiù a seguito della legge n. 205 del 2000, la colpa dell'Amministrazione

per altri motivi. Nel senso pregnante (e pertanto non risolvibile in termini di interesse processuale) per cui l'annullamento dell'uno o dell'altro atto, l'annullamento dell'uno o dell'altro tipo, soddisfano o viceversa lasciano insoddisfatti veri e propri interessi sostanziali: ossia riconoscono o disconoscono veri e propri interessi legittimi, immutata restando l'indagine di legittimità».

⁽⁸⁾ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3ª ed., Bologna, 1983, pp. 127-128.

⁽⁹⁾ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 10: «L'utilità specifica (il bene) verso il quale la situazione soggettiva interesse legittimo propriamente si indirizza è il comportamento dell'amministrazione; ed è pertanto tale utilità l'oggetto proprio dell'interesse legittimo. Indicare come oggetto dell'interesse legittimo il bene della vita alla cui conservazione o alla cui acquisizione il titolare dell'interesse stesso tende è come indicare come oggetto del diritto di credito il bene derivante dalla prestazione del debitore anziché la prestazione stessa».

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. NIGRO, *op. cit.*, p. 149, e F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

è insita nella sanzione della illegittimità ottenuta tramite l'annullamento dell'atto amministrativo. La tendenza, già segnalata dalla dottrina pubblicistica una decina d'anni addietro, sembra infatti essere quella di «scindere la responsabilità civile dall'illecito, e collegare il risarcimento non (a mò di sanzione) con il fatto illecito (vietato, contrario al diritto) ma più semplicemente (in chiave riequilibratrice degli interessi) con il danno ingiusto»⁽¹¹⁾.

3. — Si delineano in tal modo gli aspetti salienti di una recente linea di sviluppo della nostra cultura giuridica — culminata nella ormai celebre sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione⁽¹²⁾ — la quale mostra come la tutela civile risarcitoria degli interessi dei privati innanzi ad atti illegittimi della Pubblica Amministrazione sia divenuta il punto di emersione di un'importante svolta sistematica, che ravvisa l'ingiustizia del danno non più e non solo nella violazione di una sfera giuridica composta interamente di diritti soggettivi assoluti, ma nella lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante. Il criterio qualificatorio principe della teoria dell'illecito civile nata e cresciuta sotto i fervidi auspici dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia del danno, da intendersi non soltanto in senso eco-

⁽¹¹⁾ F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit., p. 18.

⁽¹²⁾ Sulla sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 esiste un'imponente mole di commenti della dottrina civilista e amministrativistica, dei quali non si può dar conto interamente in questa nota; *ex pluribus*, segnaliamo specialmente quelli di F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, cit., p. 547 ss.; G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 897 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, cit., pp. 240-247; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, I, p. 13 ss.; P.G. MONATERI, *Il Tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 978 ss.; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1025 ss.; G. VISINTINI, *Danno ingiusto e lesione di interessi legittimi*, *ivi*, 2001, p. 9 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi non più solo legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1376 ss.; S. PATTI, *Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 385 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 335 ss.; A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 355 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 391 ss.

Per un'analisi completa ed efficace dello stato della dottrina precedente al *revirement* giurisprudenziale, v. E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Cluetti, 1984.

nomico, ma soprattutto giuridico ovvero *contra ius*, si trasforma dunque nella chiave di volta di un nuovo ordine concettuale, che rimescola l'*establishment* delle situazioni giuridiche soggettive azionabili, rispolverando antiche formule definitorie, che rimandano immediatamente alla intramontabile e sempre attuale concezione jheringhiana, secondo cui *Rechte sind rechtlich geschützte Interessen*⁽¹³⁾. La formula dell'interesse giuridicamente *protetto*, in particolare, sembra affrancarsi pian piano dal calco concettuale che la generò (il diritto soggettivo), per trasformarsi in interesse giuridicamente *rilevante*, riflesso semantico di tutte quelle situazioni azionabili in via risarcitoria per le quali la qualifica dell'assolutezza, se non svincolata una volta per tutte dalla concezione personalistica dei diritti reali e dal mito del generale dovere del *neminem laedere*⁽¹⁴⁾, si rivela un'improbabile — o forse sarebbe meglio dire improponibile — camicia di forza, come, appunto, nel caso degli interessi legittimi⁽¹⁵⁾. Da questo punto di vista, si può allora affermare che la funzione conservativa della responsabilità civile, sotto l'impulso determinante di una giurisprudenza (evoluta ed) evolutiva, si estende a territori sinora inesplorati, precisamente a quelle zone di confine ove la funzione attributiva dell'ordinamento, in ragione del moltiplicarsi dei nuovi beni, non è più legata all'utilizzo del paradigma del diritto soggettivo modellato dai pandettisti tedeschi su quello della proprietà privata di matrice giusnaturalista⁽¹⁶⁾, e ove alligna nell'ombra la tentazione di disfarsi — come di un'inutile zavorra — della nozione di danno giuridico, e soprattutto di quella di danno ingiusto⁽¹⁷⁾,

⁽¹³⁾ R. von JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, 4ª ed., Leipzig, 1888, III, §§ 30, 61.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, cit., p. 521 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, 2001, pp. 174-175.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1998, pp. 58-59: «La delimitazione dell'area del danno risarcibile alle ipotesi di lesione di diritti reali o di beni oggettivamente protetti (vita, integrità fisica, altri diritti della personalità), rispondendo a un assetto della ricchezza plasmato sul godimento proprietario, si giustificava altresì come criterio formale coerente, fondato sulla oggettiva e strutturale idoneità di quelle situazioni a essere ingiustamente lese da comportamenti altrui, in quanto costruite intorno all'attribuzione di un bene al titolare in via immediata e potenzialmente esclusiva».

⁽¹⁶⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Possesso dell'etere e tutela del canale televisivo*, Padova, 2000, p. 56 ss.

⁽¹⁷⁾ Sembra, questa, una tentazione percepita da F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., p. 28.

tutte le volte in cui l'interesse privato di cui si postula la tutela non risulta essere l'oggetto specifico di una preesistente attribuzione normativa *sub specie* di diritto soggettivo ⁽¹⁸⁾.

4. — La strada intrapresa dal legislatore e dalla giurisprudenza della Suprema Corte, è, dunque, ormai a senso unico, e individua la direzione da seguire nella *atipicità* dell'illecito, così recependo l'orientamento già prefigurato da autorevole dottrina più di un ventennio fa ⁽¹⁹⁾; sotto questo profilo, a dispetto di accorate voci contrarie ⁽²⁰⁾, appare altresì chiaro che l'art. 2043 c.c. costituisce al tempo stesso una clausola generale e una norma (anche) primaria ⁽²¹⁾. Ma la linea evolutiva del sistema, di cui discorriamo, sembra offrire sviluppi ulteriori allorché, come recentemente è stato prospettato in dottrina, sulla base della valutazione del comportamento scorretto dell'amministrazione, posto in essere durante la fase precedente all'emanazione del provvedimento, possa ravvisarsi a carico

⁽¹⁸⁾ Sull'argomento, v. soprattutto i recenti saggi di M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 3 ss. e spec. p. 23 ss., e *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, cit., p. 401 ss.

⁽¹⁹⁾ G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

⁽²⁰⁾ Come quella di E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, cit., p. 244 ss. e spec. p. 246: «La teoria della Cassazione finisce per ridurre l'intero sistema giuridico positivo alla disposizione dell'art. 2043. Questa disposizione, in quanto norma primaria, opera rispetto all'intero sistema delle relazioni giuridiche. Il diritto civile si riduce alla clausola generale dell'art. 2043 che diventa espressione totale della funzione sanzionatoria della legge, assorbendo, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, ogni altra disposizione che pure prescrive, in certe situazioni, la sanzione risarcitoria. Non è ben chiaro, infatti, e non viene precisato, quale sia il rapporto tra l'art. 2043, elevato a norma primaria, e le altre orme sanzionatorie. La costruzione dell'art. 2043 come norma primaria e la configurazione del danno ingiusto come risarcibile, al di fuori di ogni constatazione della trasgressione ad una regola di condotta, conduce tutto il sistema delle relazioni intersoggettive nell'ambito dell'art. 2043, superando a monte ogni valutazione giuridica preconstituita sulla condotta. Le Sezioni Unite non si sono rese conto che la loro decisione mina alla base il meccanismo della legge».

⁽²¹⁾ Sembra condivisibile, in proposito, la peculiare posizione di M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, cit., p. 32, secondo cui, se è vero che la responsabilità civile ha «natura secondaria, nel senso che la funzione conservativa si dà sempre a protezione di una sfera giuridica preesistente, è anche vero, però, che essa ha natura primaria, nel senso che l'arsenale degli obblighi attributivi preesistenti non è immediatamente utilizzabile ai fini conservativi e che, perciò, la tutela aquiliana postula criteri suoi propri di selezione e di soluzione dei conflitti (anche se, in un modo diverso, influenzati dalle forme dell'attribuzione)».

della stessa una responsabilità per lesione del legittimo, oggettivo affidamento suscitato nel cittadino che abbia visto deluso il suo interesse legittimo pretensivo; e ciò il sistema consente, attraverso il varco aperto dagli artt. 1337 e 1338 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale. Infatti, percorrendo la strada inaugurata da Mario Nigro e Fabio Merusi, secondo i quali è possibile rinvenire a carico della Pubblica Amministrazione un vero e proprio dovere di correttezza nell'esercizio delle sue potestà ⁽²²⁾ la nostra civilistica ha esattamente rilevato come, all'interno della dimensione relazionale tra cittadino e amministrazione trovi spazio — senza dover ricorrere necessariamente alla teorizzazione di una sorta di obbligazione senza prestazione, dalla quale si ricavi un'indicazione di responsabilità contrattuale ⁽²³⁾ — la funzione valutativa della buona fede oggettiva, che consente di apprezzare la scorrettezza del comportamento del soggetto pubblico, a carico del quale sorgerebbe una vera e propria «responsabilità da affidamento» ⁽²⁴⁾; questa riflessione raccoglie, peraltro, quella felice intuizione di Massimo Severo Giannini, che per primo ipotizzò un parallelismo tra responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e responsabilità precontrattuale ⁽²⁵⁾.

5. — D'altra parte, la possibilità di adire il giudice ordinario appare oggi limitata alla lesione dei soli interessi legittimi pretensivi proprio alla

⁽²²⁾ Cfr. M. NIGRO, *Introduzione alla Tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma, 24 aprile 1982), in *Foro amm.*, 1982, c. 1674; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 103 ss. Sulla buona fede nel diritto amministrativo, v. le pregevoli riflessioni di B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di Santaniello, Padova, 1993, III, pp. 459-461.

⁽²³⁾ In tal senso, v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 654; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

⁽²⁴⁾ F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, cit., p. 340 ss., spec. pp. 350-351, ove, tra l'altro, pone un interessante quesito: «D'altro canto, al di là delle tradizionali dispute sulla sua natura giuridica, non ci si può nascondere che la responsabilità precontrattuale è ormai a un bivio: deve rimanere un recinto destinato a perimetrare la cittadella del contratto e dei suoi dintorni, o può avviarsi a diventare una piattaforma normativa aperta verso la terra di nessuno tra contratto e fatto illecito?».

⁽²⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27-28-29 ottobre 1963), Milano, 1965, p. 518 ss.

luce della recente normativa (v. art. 7 legge 205 del 2000), che ha corretto il sistema precedente, rendendo oggi gli interessi legittimi oppositivi – attesa la necessità dell'annullamento del provvedimento amministrativo sfavorevole impugnato – non azionabili in sede civile, e, quindi, sotto questo aspetto, trasformandoli, almeno sotto il profilo della loro risarcibilità innanzi all'A.G.O., in «*luckless orphans of the law*»⁽²⁶⁾. Infatti, a parer nostro oggi si è tornati ad un'impostazione del problema della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, per così dire, a parti rovesciate: per comprendere ciò è sufficiente seguire, sia pure per sommi capi, l'itinerario della storia giurisprudenziale sul tema specifico. Come è noto, la pronuncia delle Sezioni Unite della S.C. (n. 500 del 1999) intervenne allorché il *trend* giurisprudenziale era di riconoscere il danno ingiusto, sanzionabile dal giudice ordinario, solo nella lesione di un diritto soggettivo, condizionando quindi la risarcibilità alla pronuncia della illegittimità (formale o sostanziale) del provvedimento amministrativo⁽²⁷⁾; l'intervento fu giustificato proprio in ragione del fatto che la lesione degli interessi legittimi pretensivi, non risolvendosi nella lesione di un preesistente diritto soggettivo attribuito al privato in forza di un provvedimento ingiustamente, *rectius* illegittimamente, caducato, restava sostanzialmente priva di tutela risarcitoria innanzi all'A.G.O.⁽²⁸⁾, anche se una prima apertura a

⁽²⁶⁾ L'espressione è di P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 579, che, tuttavia, l'aveva riferita agli interessi legittimi pretensivi, senza considerare la svolta attuata dal legislatore con la legge 205 del 2000. Il sistema attuale, peraltro, sembra stimolare l'amministrazione a pronunciarsi (in senso positivo o negativo) sulle istanze del privato, in modo da rendere improponibile l'azione risarcitoria davanti al giudice ordinario (il quale, in presenza di un provvedimento amministrativo sfavorevole, sarà indotto a dichiarare la propria incompetenza).

⁽²⁷⁾ Sul punto, v. E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., pp. 54 ss., 70 ss., spec. p. 146, ove notava giustamente che la lesione dell'interesse pretensivo potrà considerarsi ingiusta soltanto se, nella sentenza di annullamento, venga indicata all'amministrazione «da strada obbligata del rilascio del provvedimento favorevole» ovvero quando, a seguito della sentenza di annullamento, l'amministrazione adotti comunque «lo specifico provvedimento positivo in precedenza negato».

⁽²⁸⁾ Cfr. P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, cit., p. 575: «La Cassazione ha sempre richiesto per la tutela aquiliana delle aspettative edificatorie la violazione di un diritto soggettivo. Questo diritto veniva visto, un tempo, come esistente soltanto ad opera ultimata. In seguito, si è riconosciuto che un tale diritto esiste dalla data del rilascio del provvedimento che autorizza la costruzione. La revoca o la sospensione successiva, se illegittima, integrerebbe pertanto la lesione di un diritto soggettivo, e farebbe

tale forma di tutela era già provenuta, in determinate materie, dal citato d.lgs. n. 80 del 1998, *sub specie* di giurisdizione amministrativa⁽²⁹⁾. Solo abbattendo una volta per tutte «il muro» dell'ingiustizia del danno come lesione di un diritto soggettivo assoluto, attraverso la considerazione degli *interessi giuridicamente rilevanti*, quindi, l'interesse legittimo pretensivo entrava nelle aule della magistratura civile dal portone principale. Restava da sbrogliare, tuttavia, la confusa matassa del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo in ordine alla competenza sull'annullamento degli atti amministrativi ritenuti illegittimi: questione, questa, in qualche misura pregiudiziale, perché, a tacer d'altro, non si può ignorare l'anomalia di una sanzione risarcitoria statuita prescindendo da una verifica della legittimità (formale o sostanziale) del provvedimento emesso dall'amministrazione procedente⁽³⁰⁾. Orbene, la legge 205 del 2000 ha dipanato «il filo di Arianna» stabilendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine all'annullamento degli atti della P.A. e, nel contempo, affidando alla stessa magistratura speciale la competenza sul risarcimento del danno.

Pertanto, ci sembra che il valore attuale della svolta interpretativa della Cassazione, realizzata con la nota sentenza n. 500 del 1999, appare ridimensionato ai soli interessi legittimi pretensivi, i quali, presupponendo l'omissione del provvedimento richiesto all'amministrazione, restano gli unici tutelabili oltre che in sede di giustizia amministrativa, anche ci-

nascere la possibilità di un risarcimento *ex art.* 2043 c.c. [...]. Se il diritto soggettivo sorge con il rilascio della licenza edilizia, l'annullamento seguente della stessa lo affievolisce, ma ritorna ad essere tutelato davanti al giudice ordinario in seguito alla caducazione del provvedimento annullativo ad opera del giudice amministrativo. Viceversa, secondo questa linea di pensiero, non è dovuto il risarcimento del danno per *l'illegittimo diniego di concessione edilizia*. Si noti perciò come *l'illegittimo rifiuto* di una concessione o licenza edilizia, come pure di una *licenza di abitabilità non* facesse sorgere alcuna responsabilità risarcitoria».

⁽²⁹⁾ V. per un quadro di sintesi, F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno*, cit., pp. 529-530.

⁽³⁰⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 526. Accogliendo le indicazioni della migliore dottrina (F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit., pp. 18-19), bisogna ricordare, tuttavia, che «ciò che conta è la illegittimità del comportamento (o della condotta) dell'amministrazione, e non la illegittimità del provvedimento da essa adottato (che è ipotesi assai più ridotta)». Tanto è vero che «in ogni caso di ritardo ingiustificato e di comportamento non diligente si realizza il presupposto del danno ingiusto; anche se, per avventura, il provvedimento tardivamente adottato sia, oltre che legittimo, anche favorevole».

vilmente, proprio grazie all'adozione della tecnica del giudizio comparativo affidato al giudice ordinario, dovendo in tal caso «vaghiarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un obiettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta»⁽³¹⁾.

6. — Innanzi alla apertura della Suprema Corte, che ora consente la piena tutela aquiliana in sede civile degli interessi legittimi pretensivi, tornano alla mente le indicazioni formulate, dieci anni prima della celebre pronuncia delle Sezioni Unite, dalla dottrina più attenta ai mutamenti del sistema, che aveva già individuato il profilo del danno ingiusto risarcibile *ex art.* 2043 c.c. non più nella illegittimità del provvedimento amministrativo (nella fattispecie inesistente), ma nella stessa illegittimità o scorrettezza del comportamento complessivo dell'amministrazione⁽³²⁾.

Potrebbe allora apparire una sorta di *escamotage* forense proporre, magari in subordine all'accoglimento della richiesta risarcitoria *ex art.* 2043 c.c., domanda di risarcimento dei danni da lesione di affidamento per comportamento scorretto dell'amministrazione *ex art.* 1337 c.c.: il che, ad ogni modo, richiederebbe una certa apertura di vedute del magistrato chiamato a pronunciarsi sul merito. Piuttosto, riteniamo che, al di là della possibile duplicazione della *causa petendi*, sia la struttura stessa del sistema a offrire diversi appigli normativi alla forma di protezione risarcitoria, ammettendo la domanda risarcimento dei danni subiti per lesione dell'affidamento del cittadino⁽³³⁾, alla stessa stregua della parte che chie-

⁽³¹⁾ Così, in motivazione, Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁽³²⁾ F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, cit., p. 18 (cfr. *supra*, nt. 30).

⁽³³⁾ Cfr. il lucido esempio di F.G. SCOCA, *op. loc. ult. cit.*, riguardante «il silenzio mantenuto dall'amministrazione su un'istanza del privato diretta all'ottenimento di un provvedimento non integralmente discrezionale (concessione edilizia, licenza di commercio, abilitazione alla guida di autoveicoli, passaporto e così via). In questi casi il danno si produ-

de il risarcimento per ingiustificato recesso dalle trattative contrattuali, vale a dire per violazione della correttezza quale regola di condotta immediatamente desumibile, come perno del sistema delle obbligazioni, dall'art. 1175 c.c. Solo che, a questo punto, vista la particolare configurazione del rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione, le regole di correttezza (ovvero la concretizzazione o individuazione dei comportamenti scorretti) andrebbero desunte innanzitutto dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità cui deve essere improntata l'azione amministrativa (art. 97 Cost.)⁽³⁴⁾: né può suscitare scandalo un'applicazione in via estensiva delle norme in tema di responsabilità precontrattuale, atteso che il suddetto rapporto appare ormai decisamente connotato da un'evidente equiordinazione dei soggetti che ne sono parte (basti pensare ai poteri di intervento attivo del privato nel procedimento amministrativo, già a partire dalla legge n. 241 del 1990)⁽³⁵⁾. È chiaro, in ogni caso, che il danno economico subito dal privato andrebbe commisurato sulla base dei costi e delle spese sostenute in attesa del provvedimento richiesto e illegittimamente rifiutato⁽³⁶⁾.

ce indipendentemente da un provvedimento, per il semplice illegittimo comportamento inerte dell'amministrazione. Il danno diventa semplicemente più evidente quando, per effetto di sopravvenienze di diritto o di fatto, il privato non potrà, successivamente all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del silenzio, ottenere quel risultato favorevole che, se l'amministrazione avesse agito con diligenza, avrebbe potuto ottenere. Si pensi al caso assai dibattuto della sopravvenienza di una nuova disciplina urbanistica».

⁽³⁴⁾ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 19: «Ove si abbia attenzione al ruolo che all'amministrazione è assegnato dal disegno costituzionale, e ai principi che nella Carta costituzionale sono fissati per l'azione amministrativa, non è ultroneo ritenere che l'amministrazione sia tenuta a mantenere un comportamento corretto e diligente anche nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali; e sia tenuta a fare in modo che gli interessi dei privati siano rispettati e soddisfatti ogni volta che la legge e l'interesse pubblico lo consentano».

⁽³⁵⁾ Cfr. B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, p. 119 ss. e spec. p. 127 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. in argomento, G. VISINTINI, *op. cit.*, spec. p. 23 ss., ove sono analizzate le prime pronunce dei giudici amministrativi sulle richieste di risarcimento del danno.

FRANCESCO REALI

IUSTITIA, BONA FIDES ED AEQUITAS:
DAL DECRETUM MAGISTRI GRATIANI
AL SISTEMA GIURIDICO ANGLOAMERICANO

SOMMARIO: 1. *Prolegomena*. — 2. Storicità dell'opera e *causa symoniacorum*. — 3. Il panorama storico-politico in cui nacque la *Concordia Discordantium Canonum*. — 4. L'influenza dello scisma del 1130 sul pensiero della canonistica. — 5. L'uno e l'altro foro. — 6. Lo *ius civile* ed il concetto spurio di *aequitas* nel sistema giuridico anglo-normanno. — 7. *Equity* e diritto romano-canonico. — 8. *Fidelitas, fiducia, bona fides* e *contract law* angloamericana.

1. — Nel periodo della compilazione della sua celebre opera, Graziano viveva probabilmente nel convento camaldolese dei Ss. Felice e Nabore, poco distante dalla città di Bologna. Sappiamo, inoltre, che ebbe a sua disposizione famose compilazioni circolanti, allora, nell'Italia del centro-nord, come le due collezioni di Ivo di Chartres, e quella di Anselmo da Lucca (il più importante teologo-giurista che diede tutto il suo appoggio alla riforma gregoriana).

Questi apparentemente limitati ma basilari dati di fatto hanno suscitato la curiosità di Paul Fournier ⁽¹⁾ il quale, analizzando a fondo alcune peculiari e sfuggenti sfaccettature, ne ha tratto brillanti e nient'affatto trascurabili, anche se opinabili, deduzioni.

Egli parte dall'osservazione che le principali collezioni del periodo immediatamente antecedente (così come coevo ed immediatamente successivo) Graziano, si dividono in due gruppi che si distinguono e per contenuto e per orientamento: romane e francesi. Quelle romane contengono fonti canoniche che sostengono il potere politico papale, il quale dovrebbe ergersi (per i compilatori di quelle opere) al di sopra di tutto, anche del potere secolare, ed emerge, tra tutte, la collezione di Anselmo da Lucca (la posizione del quale è molto vicina a quella dei riformisti gre-

⁽¹⁾ P. FOURNIER, *Une collection canonique italienne du commencement du XIIe siècle*, in *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, 6, 1984, pp. 115 ss.

goriani). Quelle francesi, all'opposto, sostengono l'idea di chi vorrebbe limitare la posizione della Curia Romana nel mondo della spiritualità cristiana e, per questo motivo, vengono riportati molti canoni dai quali emergono chiaramente gli stretti confini entro cui dovrebbe, in teoria, essere circoscritta la giurisdizione delle corti ecclesiastiche; ivi, inoltre, non mancano certi *canones* in contrasto con taluni principi della riforma gregoriana. La solida base ove poggia l'impalcatura delle collezioni francesi è il *Decretum* di Burcardo di Worms che, così come l'altro famoso (*Decretum*) di Ivo vescovo di Chartres, era ben noto al *Magister Noster*.

Fournier deduce, da tutto questo, che Graziano fosse un «uomo di questo mondo», consapevole delle vicende storico-politiche che lo circondavano. In proposito, secondo chi scrive, le deduzioni del Fournier, pur se verosimili, non sono tanto brillanti quanto le osservazioni che le precedono. Dirò di più. Graziano era perfettamente conscio di tutto ciò, al punto che egli stesso, dal silenzio di un convento e per mezzo delle sue grandi virtù, decise, ad un certo momento della sua vita, di esserne partecipe e di tentare, con una geniale intuizione, di risolvere tali «antinomie», con un'opera davvero nuova, che si allontanasse dai due orientamenti «classici» per elevarsi al di sopra di tale contrasto, peraltro squisitamente politico⁽²⁾.

Occorre inoltre riflettere che il medioevo è l'epoca del linguaggio allegorico e, del resto, il titolo «*Concordia Discordantium Canonum*» è, con

⁽²⁾ S. CHODOROW, *Magister Gratian and the Problem of Regnum and Sacerdotium*, in *Traditio*, XXVI, 1970, pp. 364 ss. L'autore dimostra che la posizione «politica» di Graziano è orientata a dare man forte al partito «pre-imperiale» di Aimerico (unicamente interessato a sconfiggere i potenti Pierleoni, anche a costo di scendere a patti con l'imperatore e transare sul problema delle investiture), e non (soltanto) a cercare di risolvere gli annosi e secolari contrasti tra i due soli. Ciò sarebbe dimostrato dall'ambiguità del Nostro in più punti della suo imponente *Liber Decretorum*, in cui sembra voler evitare la netta presa di posizione a favore dell'uno o dell'altro. Si veda, per esempio, il *dictum ante D.X*, c. 1: «*Constitutiones vero principum ecclesiasticis constitutionibus non prominent, sed obsecuntur*». Graziano, in realtà, ammette che il diritto secolare possa essere utilizzato nelle corti ecclesiastiche nel *capitulum* che segue il succitato *dictum*: «*Lege imperatorum non in omnibus ecclesiasticis controversiis utendum est, praesertim cum inveniuntur evangelicae ac canonicae sanctioni aliquotiens obviare*». Stesso concetto è espresso in *D.X*, c. 7: «*Leges imperatorum in auditorium ecclesiae licet assumunt*». L'ambiguità di Graziano emerge di nuovo nel *dictum post D.X*, c. 6, dove si afferma: «*Ecce quod constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponendae sunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviaverint, omni reverentia dignae habeantur*».

tutta probabilità, un'allegoria⁽³⁾. Gli stessi P. Fournier e G. Le Bras, in un loro scritto pubblicato nel 1932, si avvicinano timidamente alla me-

⁽³⁾ G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en occident*, 1, Paris, 1955, *Prolegomenès*, pp. 117 ss., parla di *Concordia Discordantium Canonum* come di locuzione ricca di significati: i) ricerca d'armonia tra le *auctoritates* contrastanti; ii) ricerca d'armonia nella varietà delle istituzioni ecclesiastiche regolari, temporali, e spirituali propriamente dette; iii) ricerca d'armonia tra *Ecclesia spiritualis* ed *Ecclesia carnalis*. Si tratta, in sostanza di differenti aspetti o livelli di un'identica problematica.

Il primo livello è quello delle fonti del diritto della Chiesa, ed era particolarmente sentito all'inizio del secolo XII, quando era forte l'esigenza di contrapporre ai *Digesta* una collezione simile a quest'ultima, stante il rinnovato studio del diritto romano-giustiniano (sulla contrapposizione storico-politica tra diritto canonico e diritto romano nel secolo XII, vedi E. GENZMER, *Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bologna-Roma, 1933, Pavia, 1934; F. CALASSO, *Medioevo del Diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954; J. GAUDEMET, *Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du V^e au X^e siècle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIII, 1955; M. CONRAT, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig, 1891). Il diritto della Chiesa aveva bisogno di autonomizzarsi rispetto alla teologia, ed occorreva qualcosa che andasse oltre gli sforzi di Gregorio VII di far rivivere i precetti dei Santi Padri della Chiesa e le collezioni allora circolanti, tra cui spiccavano le Pseudo-isidoriane, la *Panormia* ed il *Decretum* di Ivo di Chartres, nonché il *Decretum* di Burchardo di Worms. Contemporaneamente, i riformisti gregoriani avevano cercato di mettere al bando moltissime collezioni che contenessero frammenti di diritto romano, cercando di salvare soltanto i *canones et decreta Sanctorum Patrum*. Quindi, all'inizio del secolo XII l'esigenza maggiore era quella di trovare una soluzione più coerente e meno drastica di quella escogitata da Gregorio VII, delinandosi così due correnti di pensiero: una legata ai riformisti gregoriani, l'altra sorretta dal desiderio di superare codesto rigorismo al fine di trovare *concordantia* tra i *discordantes canones et decretales* di oltre un millennio di storia della cristianità. In tutto questo, giocò un ruolo essenziale Ivone vescovo di Chartres, autore di un noto *Decretum*, le cui regole ermeneutiche (tese a cercare armonia tra le fonti, attraverso la contrapposizione di *auctoritates discordanti*) influenzarono certamente il metodo dialettico di Bernardo da Costanza, autore del noto *Excommunicandis vitandis*, e di Pietro Abelardo, specialmente per quello che riguarda il suo *Sic et Non*, da cui probabilmente Graziano prese spunto. Il decalogo del dialettico è comunque rappresentato dal prologo dell'opera di Ivone: *De consonantia canonum*. Questi precursori del metodo dialettico mettevano, l'uno di fronte l'altro, concetti apparentemente antitetici come, ad esempio, norma imperativa e dispensazione, precetto e consiglio, giustizia e misericordia, immutabile legge divina e mutevole legge umana, assolutezza e relatività, per poi ricomporli, risolvendo l'antitesi con peculiari *criteria* (cfr. nella letteratura spagnola: J.M. SALGADO, *La méthode d'interprétation du droit en usage chez les canonistes*, in *Revue de l'Université d'Ottawa*, XXI, 1951; R. LOSADA COSME, *La unificación interna de derecho canónico y las colecciones anteriores a Graciano*, in *Revista española de derecho canónico*, X, 1955, pp. 353-382). Infine, con la *Concordia Discordantium Canonum* del *Magister Noster*, quest'affannosa ricerca d'armonia e d'ordine circa il materiale a disposizione dei giuristi, trova il suo epi-

desima considerazione, senza tuttavia esplicitarla in modo chiaro, ma lasciandola comunque intendere, nella sostanza dei loro sillogismi, tra le

logo storico, dimostrandosi, al contempo, la schiacciante superiorità del papa su ogni altra istituzione di carattere temporale. Da allora migliaia di casi da tutta Europa iniziarono ad essere deferiti al Sommo Pontefice per una decisione in merito, senza soluzione di continuità con la precedente tradizione dello *ius antiquum ed antiquissimum*. Le decisioni papali iniziarono ad accumularsi e furono utilizzate dai *magistri* delle scuole di diritto per glossare e commentare il testo graziano, dando vita ad una doppia concezione della *ratio vivendi* della Chiesa Romana, *magistralis e autentica*: la prima fondata sugli insegnamenti dei maestri delle scuole, la seconda sui responsi pontifici. Soltanto con Innocenzo III (che era stato altresì un allievo di Graziano) si svilupperà la fusione dei due indicati elementi in uno soltanto, grazie in particolare alla prima raccolta ufficiale di decretali della Curia Romana, così sconfessando il primato dei *magistri* nella «dottrina *canonum*».

Fin qui abbiamo osservato il primo dei tre livelli in cui G. LE BRAS pone il concetto di *Concordia Discordantium Canonum*. Sul secondo livello, infatti, il citato autore affronta il problema della *consonantia* (nel *Decretum Magistri Gratiani*) tra diversi uffici e istituzioni di carattere ecclesistico. Egli, innanzitutto, mette in luce che alcune problematiche concernenti le istituzioni ecclesiastiche (i sacramenti e la loro gradazione; il Sommo Pontefice e la tradizionale missione apostolare che egli persegue; i rapporti tra laici e clericali in genere; il potere di confessare e di assolvere) esistono sin dall'origine della Chiesa. Altre, invece, sono andate nascendo e sviluppandosi solo posteriormente. In definitiva ogni epoca ha lasciato un segno indelebile nella storia degli *officia* ecclesiastici, i quali in parte si sono evoluti (per esempio, il matrimonio canonico ha assunto una forma tipica solo dopo il concilio tridentino), in parte hanno perso il loro pregio originario (come certi ordini di penitenti: per es. i flagellanti), in parte si sono sviluppati in alcuni luoghi soltanto (si pensi alla figura del cancelliere o segretario del vescovo, che grande importanza ricopre nella Chiesa americana), e in parte sono mutati, trasformandosi in qualcosa di diverso da quello che erano *ab origine*.

I problemi relativi agli *officia* ecclesiastici all'inizio del secolo XII, erano di proporzioni colossali e si sarebbero aggravati se non vi fosse stato, all'ultimo minuto, l'intervento di papa Gregorio VII che pose ufficialmente fine, tra le altre cose, alla pratica del concubinato ecclesiastico e a quella dello smembramento delle proprietà della curia e dei vescovi a favore dei feudatari locali, fenomeno questo che ebbe le sue migliori manifestazioni in Germania, dove i nobili delle grandi casate acquistarono molto più potere dello stesso imperatore. Era molto dibattuto, allora, anche il problema dei poteri temporali degli ecclesiastici, che in parte erano visti come pubbliche funzioni esercitate per un pubblico interesse in senso oggettivo, in parte erano considerati dai feudatari locali come loro concessioni benevole, vale a dire come benefici garantiti dal ricco proprietario locale. A ciò si affiancava il problema del raccordo con la legislazione giustiniana che disciplinava, sotto un punto di vista laico, anche i poteri dei vescovi. Problema che era apparentemente insormontabile considerato il gran rigore del *Corpus Iuris Civilis* (dal quale si poteva ricavare se una norma appartenesse all'epoca di Giustiniano o meno, risolvendo l'eventuale contraddizione facendo prevalere quest'ultima) a fronte della totale mancanza, nel «diritto canonico» di regole certe per dirimere i contrasti tra norme di epoche differenti raccolte in decine e decine di compilazioni differenti. In tutto questo l'opera

righe⁽⁴⁾. L'allegoria propria del *titulum* sottintende un doppio significato: portare armonia nel vasto oceano delle contraddizioni delle fonti canonicali più varie, di oltre un millennio, e portare armonia tra differenti orientamenti contrastanti, legati a loro volta a contrapposti interessi politici, che troppe volte erano sfociati nel sangue di persone innocenti, lo stesso sangue che, forse, Graziano adolescente vide scorrere al passaggio delle feroci truppe di Enrico V nel 1110-1111, nelle valli e nelle acque del Chiana e del Paglia, forse il sangue dei suoi stessi familiari e che, forse, spinse il giovane Graziano a farsi monaco e a dedicare la sua vita non alla vendetta ma alla ricerca di una pace e di un'armonia non solo interiore che, di certo, riuscì ad ottenere, sia nel foro interno che nel foro esterno (... *l'u- no e l'altro foro aiutò sì che piace in paradiso*)⁽⁵⁾.

Per questo la *Concordia Discordantium Canonum* è unica e, Graziano, unico fondatore incontrastato, nella sua grande umiltà, di una *scientia nova*: il diritto canonico. Umiltà che non viene meno ove si consideri che il *Magister*, nient'affatto ingenuamente o falsamente disincantato, era ben conscio dell'opera sua e dell'importanza dei *Decreta* e per i contemporanei e per i posteri, prima, durante e dopo il farsi del suo imponente lavoro.

di Graziano fu tempestiva e servì a risolvere, una volta per sempre, il problema della successione nel tempo delle *autoritates*: nel *Decretum* ogni *autoritas* ha il medesimo valore a prescindere dal tempo a cui appartiene (salva l'applicazione diretta della *ratio temporis* per superare talune antinomie). Graziano ebbe anche il merito di porre fine (anche attraverso l'ufficializzazione del *mos*), una volta per sempre, ad annose questioni (raramente disciplinate da norme scritte) che animavano i suoi contemporanei, e concernenti i vari aspetti degli *officia* ecclesiastici, come i rapporti tra clero regolare e clero secolare, i rapporti tra laici e clericali, il regime dei beni della Chiesa (sul punto vedi H.E. FRIEDL, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, I, 2ª ed., Weimar, 1954, pp. 147 ss.).

L'ultimo aspetto concernente il significato allegorico della *Concordia Discordantium Canonum* su cui Gabriel Le Bras pone l'accento, è quello teologico. Graziano, con i suoi *Decreta*, cerca di armonizzare i due aspetti della Chiesa di S. Pietro: quello divino e quello umano.

⁽⁴⁾ P. FOURNIER - G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident*, Paris, 1932.

⁽⁵⁾ DANTE ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Paradiso*, c. X, vv. 104-105. L'ipotesi suesposta è una mera supposizione e non è corroborata da alcun documento storico. Si tratta di un'ipotesi di certo azzardata, ed appare più plausibile ritenere, considerato quello che si dirà a proposito della *Causa symoniacorum*, che quella di Graziano sia stata non solo una vocazione, ma anche una scelta del padre (della famiglia dei *Gratiani* di *Fienlas*). Non è peregrina l'ulteriore e conseguente supposizione che l'episodio riportato all'inizio di tale *Causa* o *Traктatus*, riguardasse in prima persona l'autore dei *Decreta*.

Umiltà che è saldamente legata all'opera sua come un marchio, tant'è vero che nei manoscritti più antichi del *Decretum* è assente qualunque accenno alla persona dell'autore ⁽⁶⁾. Sappiamo ch'egli scrisse i *Decreta* solo perché lo dicono i contemporanei, non perché sia lui a rivelarcelo: troppo elevate le sue virtù, troppo elevato il suo scopo per parlare di sé, troppo elevato il suo impegno per riuscire a fare tutto questo e, al contempo, rompere ogni legame che vedeva l'allora «pseudo diritto canonico» ancora strettamente connesso alla teologia ⁽⁷⁾.

Premesso tutto ciò, appare fuori luogo la tesi di Stanley Chodorow, il quale, fermamente, ritiene che Graziano non sia affatto il fondatore di una *scientia nova*: il diritto canonico. Per Chodorow, che agisce e pensa sulle originali orme del Sohm, egli sarebbe un mero continuatore della tradizione canonistica precedente, cui avrebbe aggiunto delle varianti, allo scopo di perseguire un ignoto obiettivo, e questo solo perché il *Magister Noster* non sarebbe stato estraneo alle vicende storiche del suo tempo (anche se poi afferma che, contraddicendo la logica delle argomentazioni che presenta nel proseguo della sua brillante dissertazione, «he was not a man of his world»), ma ben conscio delle sfaccettature politiche legate

⁽⁶⁾ ANSELMO GIABBANI (CAMALD.), *De Gratiano monacho camaldulensi*, in *Apollinaris*, XXI, 1948, pp. 9-11, segna che questa caratteristica d'umiltà unita a spirito d'ascetismo e, contemporaneamente, di presenza attiva nel mondo di tutti i giorni, è propria non solo di Graziano ma di tutti i monaci camaldolesi: «d'essere camaldolese [...] ci svela abbastanza della sua vita interiore e ci suggerisce la ragione del suo comportamento esteriore [...]. Le Regole di Camaldoli hanno un'ispirazione eremitica, e [...] l'aspirazione ad una maggior austerità era insita nello spirito che animava quelle dipendenze [...]. Per quello spirito anche i semplici cenobiti camaldolesi s'imponavano, con rigore, una netta separazione dal mondo [...]. Ecco perché nell'Ordine abbiamo gran numero di Santi e d'uomini celebri per la loro attività, senza che ci siano rimaste notizie della loro vita personale [...]. Graziano è uno di costoro».

⁽⁷⁾ Di ciò è ben conscia M. WIJLENS, *Theology and Canon Law. The Theories of Klaus Mörsdorf and Eugenio Corecco*, Lanham-New York-London, 1992, la quale si sofferma su un dato, e cioè sulla parziale rottura con il passato che si ha grazie a Graziano («Father of canon law»), al grande teologo Pietro Lombardo ed a Pietro Abelardo («In dogmatists, Abelard's method became widely used. This method had, because of the relationship between dogmatics and canon law, an impact on the canonical thinking») essendo, i primi due particolarmente meritevoli per aver creato uno iato tra teologia e diritto canonico, mentre l'Abelardo va lodato per aver associato ad entrambe le discipline il metodo dialettico, la cui somma espressione si avrà poi con il Sole d'Aquino.

solo indirettamente alla lotta per le investiture ⁽⁸⁾ (vedi *infra*).

Secondo chi scrive, invece, ciò dimostra esattamente l'opposto, e non può far cambiare idea il fatto che Graziano abbia attinto *canones* anche da collezioni a lui precedenti, quelle appartenenti all'epoca del c.d. *ius antiquum* ed *antiquissimus*. Ciò, anzi, era inevitabile, tant'è vero che lo stesso Chodorow, sulla falsariga di Heyer ⁽⁹⁾, non può non riconoscere che il titolo dato da Graziano a quello che i suoi discepoli chiameranno *Decreta* o *Decretum*, non è casuale, ed implica la consapevolezza del suo ruolo riformista di un'intricata tradizione legale ecclesiastica ⁽¹⁰⁾. Questo spiegherebbe perché i canonisti del XII secolo riconoscono in Graziano il loro *Magister* e, inoltre, il fatto che proprio a Bologna, verso la seconda metà di quello stesso secolo, nasceva rapidamente una scuola nuova che, ponendosi accanto a quella secolare dei legisti inaugurata da Itinerio, fondeva le sue radici nel testo e nelle dottrine di Graziano, il quale è definito autorevolmente da Kuttner come il padre della scienza del diritto canonico ⁽¹¹⁾.

In un certo senso, si può affermare che la posizione del *Magister Noster* rispetto al diritto canonico non sia per nulla dissimile a quella di Pietro Lombardo rispetto alla teologia, tant'è vero che una leggenda li vede, addirittura, fratelli uterini (assieme a Pietro il Carnestore). La grande differenza tra i due sta prevalentemente nel fatto che l'opera di Pietro Lombardo ebbe una fortuna solo temporanea, mentre quella del Nostro rimase per secoli ed è tuttora notevole. Tuttavia, entrambe le compilazioni rappresentano un punto di svolta nelle due discipline, al punto che «the *Decretum* is at once a model of method and of the comprehensive presentation of the vast legal tradition. Theologians had to wait for Peter Lombard's *Sentences* before they possessed a similar model» ⁽¹²⁾. Il legame, non

⁽⁸⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century. The Ecclesiology of Gratian's Decretum*, Berkeley-Los Angeles-London, 1972, p. 4.

⁽⁹⁾ F. HEYER, *Der Titel der Kanonensammlung Gratians*, in *ZRG Kan. Abt.*, II, 1912, pp. 336 ss.

⁽¹⁰⁾ S. CHODOROW, *op. cit.*, p. 5: «Gratian called his work the *Concordia Discordantium Canonum*, the Concordance of Discordant Canons, and thus emphasized the methodological innovations that he made in it. Gratian's title implies that he was conscious of his role as a reformer of the legal tradition of the Church ...».

⁽¹¹⁾ S. KUTTNER, *The Father of the Science of Canon Law*, loc. cit.

⁽¹²⁾ S. CHODOROW, *op. cit.*, p. 3.

solo leggendario, tra Pietro Lombardo e Graziano, rivela, forse, l'appartenenza dei due ad uno stesso movimento intellettuale che potrebbe essere stato il motivo ispiratore comune ad entrambi, ma non certo l'unico.

2. — Per cogliere soltanto alcuni dei motivi che possono aver ispirato l'autore della *Concordia Discordantium Canonum*, almeno nella prima parte della medesima (nel testo volgare, ovverosia nella versione circolante dalla seconda metà del secolo XII), è d'uopo precisare che grandi personaggi coevi a Graziano come Bernardo di Clairvaux, fondatore dell'ordine cistercense e avversario di Pietro Lombardo, oltre che Petrus il Venerabile del monastero di Cluny (i quali furono, tutti, anche uomini d'azione particolarmente impegnati nelle vicende del loro tempo, a fianco del celebre cancelliere papale Aimerico prima — nel c.d. partito pre imperiale ⁽¹³⁾ — e dopo lo scisma del 1130), ebbero una marcata influenza nel pensiero politico, teologico ed ecclesiologico nel *Magister dei Decreta*. Il filo conduttore che si deve seguire nella nient'affatto facile lettura di «tale trattato dottrinale» (il *Decretum Magistri Gratiani*) è, pertanto, strettamente coniugato alla lotta per le investiture (culminata solo apparentemente con il concordato di Worms), così come alle celebri battaglie politiche combattute dal partito guidato dal cancelliere papale Aimerico sostenitore di Innocenzo II all'epoca dello scisma (vedi *infra*), ma anche alla lotta iniziata da Gregorio Magno, contro la simonia e la corruzione della Chiesa, lotta che nella sua più disincantata espressione, giunge alla *Regula* di Francesco d'Assisi alcune decadi dopo l'apparizione dei *Decreta*. È proprio quest'annosa lotta contro la simonia, sorretta dagli spiriti più puri del tempo, che spinse il virtuoso *Magister Gratianus* a dedicare a quel tema un'intera parte del suo capolavoro: la *causa symoniacorum* (C.I, in particolare la *quaestio* I).

Decisamente polemici sono i *capitula* selezionati dal *Magister* in questa parte dell'opera, e non eccessivamente frequenti sono le *aphorismae* canonicali che egli si trova a dover risolvere con le sue solite «tecniche» interpretative. Non credo che in altre parti della *Concordia Discordantium Canonum* esistano, in sequenza, *capitula* così concordanti tra loro tanto da rendere inutile qualunque sforzo dell'autore volto a risolvere particolari contraddizioni. Colpisce, piuttosto, la geometrica e probabilmente quasi

⁽¹³⁾ F.J. SCHMALE, *Studien zum Schisma des Jahres 1130*, Cologne-Graz, 1961.

perfetta costruzione del Nostro il quale, rifacendosi ad un'analogia trattazione contenuta nella nota collezione del Cardinale Deusdedit, riesce a rendere l'idea della pacificità e della non contestabilità dei principi ivi contenuti.

Il grande spirito di Graziano, la grande umiltà, le sue grandi virtù morali e spirituali lo portano ad essere indignato di fronte al fenomeno della simonia ⁽¹⁴⁾, sia di diritto naturale o divino, sia di diritto positivo ecclesiastico ⁽¹⁵⁾. Graziano pone anche il quesito, nella premessa alla *quaestio*

⁽¹⁴⁾ *Acti degli Apostoli*, VIII, vv. 9-24. La locuzione «simonia» deriva da Simone Mago che osò proporre a S. Pietro un mercimonio di grazie spirituali, in particolare il potere di compiere miracoli contro denaro. Pertanto, per simonia s'intende ogni scambio o permuta di beni spirituali con beni materiali e qualsiasi atto per cui i valori temporali vengono dati o accettati quale corrispettivo di valori spirituali. Per maggiori notizie su questo triste fenomeno cfr. A. FLICHTTE, *La réforme grégorienne*, Paris, 1924-1937 e I. PARISELLA, *Ecclesiae Romanae dimicatio contra S. a Leone IX usque ad Concilium Lateranensem I*, Roma, 1942.

⁽¹⁵⁾ N.A. WEBER, *History of Simony in the Christian Church*, Baltimore, 1909, pp. 12 ss., distingue i due concetti che vengono però, entrambi, ricondotti al peccato di «sacrilegio»: simonia di diritto naturale o divino è l'offerta (o la richiesta) di beni materiali contro beni intrinsecamente spirituali (sacramenti, indulgenze, consacrazioni, giurisdizioni ecclesiastiche) o anche un valore temporale collegato alla missione spirituale (come un beneficio ecclesiastico che attribuisce a ufficio sacro beni temporali in dote all'ufficio stesso); simonia di diritto positivo ecclesiastico è lo scambio di beni spirituali, o di questi con cose temporali connesse alle spirituali, con irriverenza (per esempio vendere o scambiare oggetti sacri, crocifissi, corone del Rosario, immagini sacre per mera speculazione, ecc.). L'autore propone un'interessante ricostruzione dei mali della Chiesa, in particolare della simonia durante il medioevo. A. GIORDANA — G. SABBATUCCI — V. VIDOTTO, *Manuale di Storia. I. Medioevo*, Bari, 1988, evidenziano che dopo l'indebolimento del papato nei secoli IX-X, la maggior parte dei preti era sposata o viveva in concubinato, contravenendo così in modo palese al principio del celibato ecclesiastico, già fissato ufficialmente nel IV secolo. Gli uomini si giustificavano adducendo a motivo di una simile scelta la loro povertà, che li obbligava a tenere in casa almeno una massaiia che si occupasse di loro. Ma lo scandaloso comportamento di molti prelati, anche di altissimo livello, e la rapida dispersione del patrimonio ecclesiastico che veniva spartito tra i loro figli, creavano un palese contrasto tra le virtù raccomandate a ogni buon cristiano e l'esempio che veniva dai ministri di Dio. A tutto ciò si aggiungeva il commercio delle cariche ecclesiastiche: la nomina a vescovo, ad abate o a semplice parroco, portava con sé i redditi delle proprietà connesse, e sembrava naturale a molti uomini di Chiesa metterla in vendita al miglior offerente, come se si trattasse di una banale operazione commerciale, come in effetti era stata trasformata (sul punto vedi G. MOLLAT — I. PARISELLA, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. XI, pp. 642-646). Questo male era aggravato dal fatto che gli acquirenti, costretti a sborsare somme a volte notevoli, cercavano poi di recuperarle facendosi pagare dai fedeli i sacramenti e le funzioni religiose. Il fatto più grave è, tuttavia, co-

I della *Causa I*, se sia peccato «*emere spiritualia*». Prima di rispondere ai quesiti posti nel *dictum* inserito all'inizio dell'intera *Causa* ⁽¹⁶⁾, egli mette in luce, nel *dictum ante C.I.*, q.I, C.I (ovvero nella rubrica alla *Pars I* della *quaestio I*), che:

Quo autem spiritualia emere peccatum sit, probatur multorum auctoritatibus ...

La premessa la dice sicuramente lunga, giacché, non soltanto «*multa*», ma addirittura tutte le dodici *auctoritates* presenti nella *Pars I* della prima *quaestio* della *Causa I* non si contraddicono e, tutte, vanno nella stessa direzione in una ripetizione quasi petulante ed ossequiosa della medesima petizione di principio. È qui che si rivela la mancanza del carattere di mera collezione di canoni dell'opera del *Magister* ma piuttosto quello di compendio dottrinale. Perché avvicinare ben dodici *auctoritates*, non certo identiche, ma che sicuramente non si contraddicono (neppure rispetto alla parte successiva dell'opera), se poi non vi è alcun bisogno di far concordare alcun canone (*lato sensu*) discordante? *Unde Magistri Gratiani tam ardor magnus?* Per il camaldolese Anselmo Giabbani non ci sono dubbi che ciò dipende dalla grande spiritualità e del *Magister*, figura notevole dell'Ordine, e dei monaci camaldolesi in genere, primo fra tutti S. Romualdo il quale, proprio a causa delle sue grandi virtù morali, era costretto, circa un secolo e mezzo prima che Graziano scrivesse il suo *Decretum*, a fuggire dall'abbazia di S. Apollinare in Classe a Ravenna, nella quale regnava la corruzione spirituale e materiale a causa di certi clericali che ivi risiedevano. La lotta contro la simonia è perciò tipica della «scuola della spiritualità camaldolese, la quale ha il merito di non aver mai visto nessuno dei suoi cadere nell'eresia» ⁽¹⁷⁾.

stituito dalla vendita, da parte dell'incapace e corrotto papa Benedetto IX, della carica pontificia al suo successore Gregorio VI. Parallelamente, il potere politico aveva trovato terreno fertile nel gestire l'investitura di clericali, vescovi, e talvolta anche di pontefici.

⁽¹⁶⁾ C.1 *primum dictum*. La catena di esempi parte da quello del padre che offre il proprio fanciullo ad un ricco monastero, accompagnando l'oblazione con un'altra offerta, ignota al fanciullo, di dieci libbre all'abbate e ai monaci: «*Quidam habens filium obtulit eum ditissimo cenobio: exactus ab abbate et a fratribus decem libras soluit, ut filius succiperetur, ipso tamen beneficio actatis hoc ignorantes*». A questo primo episodio se ne aggiungono altri sei, cui corrispondono, in totale, sette *quaestiones*.

⁽¹⁷⁾ A. GIABBANI, *op. cit.*, p. 11.

L'elevata attenzione dedicata al tema della simonia, nel *Decretum Gratiani* (ben 201 sono le *auctoritates* dell'intera *Causa*) deriva anche dalla facilità, che ebbe il Nostro, di reperire utile materiale canonico, grazie anche ai testi patristici, ai passi di Agostino e all'elevato numero di *decretales*, principalmente epistole pontefice, attribuibili, *in primis*, a Gregorio Magno; tant'è vero che «sono proprio i testi gregoriani ad offrire a Graziano il vocabolario specifico della simonia, e i casi di concreto intervento da parte del papa» ⁽¹⁸⁾.

L'ampio spazio concesso alla problematica della simonia nella *Concordia Discordantium Canonum*, oltre all'elevato numero di passi di Gregorio Magno e di Agostino, non può non farci riflettere sulle possibili analogie con i principi della riforma gregoriana e con i numerosi (e nuovi) indirizzi religiosi monastici del periodo pre-graziano, i quali riflettono una scelta di vita pauperistica.

Il *Magister Noster* si pone, perciò, nettamente a favore del contenuto dei ritrovati testi gregoriani utilizzati come *auctoritates* nella sua opera e, quindi, dei principi ispiratori della riforma voluta dall'illustre personalità di Gregorio Magno; principi che, grazie ai passi riportati nei *Decreta*, è ancor più facile ricostruire utilizzando la stessa tecnica già adottata da Jean Gaudemet a proposito dello «*speculum episcoporum*» ricomposto, appunto, attraverso i canoni del *Decretum Gratiani* ⁽¹⁹⁾. Il lavoro è stato di recente affrontato da Giorgio Picasso ⁽²⁰⁾ il quale, *in primis*, evidenzia, sulla scorta di una statistica apparsa sul *Thesaurus Sancti Gregorii Magni* ⁽²¹⁾, che «Gregorio Magno si è occupato della Simonia quasi esclusivamente nelle sue lettere: le «forme» relative a tale abuso della grazia divina, *simoniaca*, *simoniacae*, *simoniacam*, ricorrono 32 volte nel *Registrum Epistularum* [sic] ...». In effetti, sin dai primi canoni della *Causa I*, Graziano utilizza un elevato numero di *decretales* del citato pontefice, rivedendo, sulla scia dei principi della riform-

⁽¹⁸⁾ G. PICASSO, *Gregorio Magno e la condanna della simonia nel medioevo. A proposito della Causa I del «Decretum Gratiani»*, in *Società, istituzioni e spiritualità. Studi in onore di C. Violante*, II, pp. 667 ss.

⁽¹⁹⁾ J. GAUDEMET, *Patristique et pastorale: la contribution de Grégoire le Grand au Miroir de l'évêque dans le Décret de Gratien*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, I, Paris 1965, pp. 129 ss.

⁽²⁰⁾ G. PICASSO, *op. cit.*, pp. 667 ss.

⁽²¹⁾ THESAURUS SANCTI GREGORII MAGNI, *Ser. A: formae*, a cura del CETEDOC dell'Università cattolica di Louvain-La-Neuve, Turnhout 1986, p. 315.

ma gregoriana, talune prassi «normali» sino al secolo XI, come l'offerta di un fanciullo ad un monastero accompagnata da un'elargizione in *pecunia* (atto previsto e liceizzato dalla *Regula Benedicti*, purché effettuato per mero spirito di liberalità) ⁽²²⁾, e «trasformandole» in fatti simoniaci che danno luogo ad una catena di conseguenze dannose.

I canoni di Gregorio Magno si muovono, tutti, nella medesima direzione: condannare l'operato dei sacerdoti simoniaci. Il pensiero del pontefice sul punto è ben espresso, da Graziano, nel *dictum post C.I.*, q.I, c.16:

... secundum Gregorium apud symoniacos sacerdotium non subsistit, benedictio eorum in maledictionem conuertitur, apud eos manet anathema dandi et accipiendi, cum sancti non sint nec in Christi corpore constituti cum sint maledicti, nec santificare alios possunt, nec Christi corpus tradere uel accipere, nec benedicere aliis ualent.

La maggior parte dei canoni del citato pontefice si trovano in questa prima *quaestio* della *Causa symoniacorum*. Nella seconda *quaestio*, ove si risponde alla domanda «an pro ingressu ecclesiae sit erigenda pecunia, uel si exacta fuerit, an sit persolvenda», vi sono soltanto dieci *auctoritates*, e Gregorius Magnus è citato una sola volta nel c.4 ⁽²³⁾; mentre nella terza (*quaestio*) i canoni sono soltanto due e, per G. Picasso, solo uno è davvero attribuibile a quel pontefice. Nella *quaestio* successiva (IV) si affronta il problema della trasmissione della colpa dal padre, che commise l'azione simoniaca, al figlio innocente; problema che viene risolto, inizialmente, con dieci canoni concordanti di cui il nono è di Gregorio Magno, preceduti da un *dictum* del seguente tenore (apparentemente banale ma in realtà significativo dell'orientamento del *Magister*): «quod ignorantia hunc excusat, multorum auctoritatibus probatur». Tuttavia, in parziale contraddizione con quanto ivi prospettato, il *Magister Noster*, rifacendosi proprio a Gregorio ⁽²⁴⁾, obietta una soluzione differente a proposito della consacrazione di una Chiesa da parte di un sacerdote simoniaco. Solo Urbano II è citato nella *quaestio* V, mentre nella VI, composta di soli tre canoni

⁽²²⁾ Per un approfondimento sul tema, vedi A. DE VOGÜÉ - J. NEUFVILLE (a cura di), *La Règle de saint Benoît*, II, Paris, 1972.

⁽²³⁾ *Dictum post C.I.*, q.II, c.4: «Auctoritate uero Gregorii datur intellegi quod pro ingressu ecclesiae non licet pecuniam exigere, sed spontanee oblatam licet».

⁽²⁴⁾ *Dictum ante C.I.*, q.IV, c.11: «... potius execrata quam consecrata dici debet».

come anche quella precedente, dominano le *auctoritates* di Gregorius Magnus ⁽²⁵⁾ ed infine, nella settima, di ventisette canoni soltanto uno, l'XI ⁽²⁶⁾, appartiene al pontefice riformatore dell'XI secolo.

Forte degli studi di Hofer ⁽²⁷⁾, Godding ⁽²⁸⁾, Grégoire ⁽²⁹⁾, Munier ⁽³⁰⁾, Wasselynck ⁽³¹⁾, e tanti altri ⁽³²⁾, G. Picasso ⁽³³⁾ conclude la sua dissertazione circa i collegamenti tra Graziano da Chiusi ed il grande pontefice riformatore del secolo XI, affermando che: «da voce di Gregorio Magno si è fatta ascoltare più volte nella *Causa I* del Decreto proprio per una condanna severissima della *simoniaca heresis*; a volte alla voce ha aggiunto anche le lacrime ⁽³⁴⁾; alla fine è ancora chiamato in causa, ma per ricordarne il silenzio (*tacemus*) di fronte ad un caso che muove a compassione l'autore

⁽²⁵⁾ C.I, q.VI, c.2 e c.3 *rubr.* (vedi GREGORIUS MAGNUS, *Registrum Epistularum* 6.26 e 9.219). In codesta *quaestio* Graziano da Chiusi cerca di dare una risposta alla domanda: «... an illi, qui ab eo iam symoniaco ignoranter ordinati sunt, sint abicenti an non». Si tratta non del conferimento dell'ordine sacro, bensì dell'elazione ad un ufficio ecclesiastico. Non vi possono essere dubbi: è simoniaco anche colui che offre permi per essere eletto.

⁽²⁶⁾ C.I, q.VII, c.11, nella cui rubrica si legge: «Rigor canonum pro persona aliquando relaxatur». L'intera *quaestio* è dedicata al problema di colui il quale, avendo ricevuto un ordine sacro da un eretico, decide successivamente di rinunciare all'eresia: «Si renuncians suae heresi sit rescipiendus in episcopali dignitate, uel non». Riferito numerose volte il pensiero di S. Cipriano, ed agganciata la problematica al tema della simonia con una decretale di Leone IV (C.I, q.VII, c.5), Graziano, nel suddetto c.11, riporta la citata epistola di Gregorio Magno indirizzata al vescovo di Cagliari, Genuario, colpevole di comportamenti esosi in occasione della celebrazione della messa festiva. Il comportamento è senz'altro da condannarsi, senonché la senilità del vescovo muove il papa a compassione e al perdono: «... sed quondam simplicitatem tuam cum senectute novimus, interim tacemus...».

⁽²⁷⁾ G. HOFER, *La «sancta ecclesia» di Gregorio Magno*, in *Studi Medievali*, s. III, XXX, 1989, in particolare pp. 593 ss.

⁽²⁸⁾ R. GODDING, *Bibliografia di Gregorio Magno, 1890-1989*, Roma, 1990 (in particolare, *Opera di Gregorio Magno. Complementi*, I).

⁽²⁹⁾ R. GRÉGOIRE, *I padri del Medio Evo*, in A. ACQUARELLI (a cura di), *Complementi interdisciplinari di patrologia*, Roma, 1989, pp. 757 ss.

⁽³⁰⁾ C. MUNIER, *Les sources patristique du droit de l'Eglise du VIIIe au XIIIe siècle*, Mulhouse, 1957.

⁽³¹⁾ R. WASSELYNCK, *Présence de saint Grégoire le Grand dans les recueils canoniques (Xe-XIIIe siècles)*, in *Mélanges de science religieuse*, XXII, 1965, pp. 205 ss.

⁽³²⁾ Vedi, per tutti, T. REUTER e G. SILAGI (a cura di), *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*, München, 1990 (MGH), collocato in *Hilfsmittel*, X/I-V, in particolare vol. I.

⁽³³⁾ G. PICASSO, *op. cit.*, p. 676.

⁽³⁴⁾ Vedi, ad esempio, C.I, q.I, c.120: «Flens dico, gemens denuncio...».

della *Regula pastoralis: pietatis intuitu*, commenta Graziano» (C.1, q.7, d. a. c.11; vedi *supra*).

La conclusione di Picasso coglie effettivamente nel segno, non se presa isolatamente, ma solo se ricondotta al significato che ha, per Graziano, la lotta alla simonia (aspetto che emerge, per la maggiore, nella *Causa I del Decretum*) e la dottrina di Gregorio Magno, le cui numerose *auctoritates* rivelano un coinvolgimento anche emotivo del Nostro su una problematica che, nel secolo XII, coinvolgeva anche politicamente la Curia Romana, specialmente per quello che riguarda il fenomeno della compravendita di cariche ecclesiastiche e le continue ingerenze del potere laicale nella nomina di vescovi e clericali in genere e, talvolta, anche di papi.

Questa è la prova che il silenzioso ed umile Graziano non era estraneo al suo secolo. Tuttavia, a differenza dei monaci di Cluny o di altri grandi uomini d'azione del suo tempo, quale studioso monaco della (allora già) Congregazione dei Monaci Camaldolesi, preferì utilizzare un'arma molto più potente e sottile della predicazione e della lotta a viso aperto. Scelse la via della sapienza, la via del minuzioso lavoro da certosino sui testi ufficiali della Chiesa, la via del quasi-anonimato, la via dell'insegnamento a promettenti discepoli che avrebbero, un giorno, insegnato ad altri quello che il *primus magister novae scientiae iuris canonici* avrebbe insegnato loro: la via della silenziosa preparazione ad una grandiosa rivoluzione intellettuale ⁽³⁵⁾.

3. — Non dobbiamo dimenticare che Graziano da Chiusi visse nell'epoca di mezzo tra la Riforma Gregoriana dell'XI e il Grande Scisma della fine del XIV secolo, ovvero nell'epoca in cui, per necessità, il diritto canonico, non poteva non sganciarsi dalla teologia per affrontare le incombenze pratiche quotidiane ⁽³⁶⁾: «it was the age in which the Christian mind first became conscious of canon law as an all-embracing, rational

⁽³⁵⁾ VAN HOVE, *Quae Gratianus contulerit methodo scientiae canonicae*, in *Apollinaris*, XXI, 1941, p. 12 ss.

⁽³⁶⁾ S. KUTNER, *Harmony from Dissouance. An Interpretation of Medieval Canon Law*, in *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London, 1980, I, a p. 2 evidenza che «...in its details canon law deals with contingencies and practical necessities rather than with timeless truths must not blind us to the grandeur of its porpouse, which is the ordering of those contingencies in a coherent whole».

principle of order in the Church which is neither a mere practical adjunct of theology nor a mere accumulation of enactments, precepts and customs; the age which discovered the properties of juristic thought as a scientific discipline in its owns right; the age, finally, which shaped this system of thought into a powerful, structural element of Christian society, firmly rooted in the teachings worked out by the masters in the schools and in the rulings handed down by the Supreme Pontiffs in their responses, decisions, and legislative decrees» ⁽³⁷⁾.

Kuttner fa notare che l'intento pratico («practical purpose») del Nostro è quello, *in primis*, di eliminare le discordanze accumulate in oltre un millennio di storia di cristianità; intento non peregrino e di certo rafforzato dall'esigenza d'ordine e d'armonia («harmony from dissonances») particolarmente sentita da Gregorio Magno (rispetto al quale Graziano si pone quasi come figlio spirituale) così come Anselmo da Lucca, la cui collezione era ben nota al *Magister dei Decreta*.

Quest'esigenza d'armonia e d'ordine, particolarmente sentita dal pontefice riformatore del secolo XI, oltre che da Pasquale II e Callisto II (che sottoscrissero, rispettivamente, i transattivi accordi di Sette Fratte e di Worms), fu tradotta in pratica dal silenzio del convento dei Ss. Felice e Nabore a Bologna grazie al colossale lavoro del *Magister Gratianus*. Egli coniò un nuovo modo di concepire l'idea di *collectio canonum*, l'idea di teologia (separata dalla dogmatica giuridica, anche se ad essa intimamente connessa, dai comuni precetti di *ius divinum* e *ius naturale*), l'idea di diritto canonico (allora non ancora identificato con tale nome, ma come *theologia pratrix*), del suo insegnamento e, quindi, di *universitas*, dando forma nuova al corpo sacro della Chiesa e, al contempo, dando un ordine nuovo alla stessa, attraverso una ridefinizione delle funzioni pastorali e sacramentali. *Last but not least*, «Gratian» (come lo definiscono il Prof. Pennington e, più correttamente, Friedberg, all'inizio di ogni *dictum*) ⁽³⁸⁾ portò finalmente sinteticità e certezza intorno all'immenso materiale cognitivo a disposizione di giudici ecclesiastici e non, poiché il *Decretum* era utilizzato per fini eminentemente pratici.

Così facendo venivano, altresì, poste «le basi e il clima intellettuale per

⁽³⁷⁾ S. KUTNER, *op. cit.*, I, 2.

⁽³⁸⁾ Il termine latino e quello anglosassone coincidono: *Gratian*.

L'opera legislativa dei grandi papi giuristi del medio evo, cioè per lo *ius novum* delle decretali e costituzioni pontificie dei secoli XII, XIII e XIV»⁽³⁹⁾; contemporaneamente, si chiudeva definitivamente l'epoca dello *ius antiquum*.

Pertanto, la *Concordia Discordantium Canonum*, anche nell'immediato, ha un successo straordinario: «si inserisce come elemento fecondo e basilare in un processo avviato [...] da oltre un secolo, ne rappresenta per un verso la conclusione e ne prepara per altro verso i più fruttuosi sviluppi per i secoli XII e XIII»⁽⁴⁰⁾.

È per questo che capire Graziano significa capire le componenti essenziali della cultura occidentale, ed altresì la storia politica ed ecclesiastica dai tempi di Carlomagno all'epoca del Conciliarismo, così come i conflitti ricorrenti tra potere spirituale e potere temporale, le origini delle teorie politiche della Stato ed i movimenti di riforma spirituale riecheggianti nella storia del cristianesimo⁽⁴¹⁾. Capire Graziano significa, altresì, capire il secolo XII ed il «rinascimento giuridico medievale»⁽⁴²⁾. Capire Graziano, però, significa anche riconoscere i «fattori storici» che avrebbero influito nel di lui pensiero e, quindi, nel *Decretum*, fattori che Kuttner individua così: «1) i nuovi atteggiamenti teorici e pratici risultanti dalla riforma gregoriana; 2) la consolidazione dei principi dell'ermeneutica verso la fine del secolo XI; 3) i progressi scientifici della teologia nelle scuole della Francia; 4) la formazione di una nuova scienza legale nella scuola di Irnerio a Bologna»⁽⁴³⁾.

Non può, in effetti, non destare curiosità l'osservazione di alcuni sincronismi storici: il *Decretum* nasce quasi in corrispondenza della riscoperta degli studi sul *Digestum* giustiniano; la compilazione dell'opera avviene a Bologna dove si stava sviluppando la nuova scuola irneriana dei glossatori del *Corpus Iuris Civilis*; il nascere della teologia scolastica (in corrispondenza della rinascita della giurisprudenza romana).

⁽³⁹⁾ S. KUTTNER, *Graziano, l'uomo e l'opera*, in *Studia Gratiana*, I, Bononiae, 1953, pp. 17-18.

⁽⁴⁰⁾ M. BELLOMO, *Società e Istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Roma, IX ediz., 1999, p. 357.

⁽⁴¹⁾ S. KUTTNER, *Graziano, l'uomo e l'opera*, in *Studia Gratiana*, I, 1953, p. 18.

⁽⁴²⁾ Sul punto vedi più approfonditamente G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en occident 1*, Paris 1955, *Prolegomenes*.

⁽⁴³⁾ S. KUTTNER, *Graziano, l'uomo e l'opera*, op. cit., p. 22.

Inoltre, è d'uopo non sottacere che quella della «risoluzione dei *contraria*» non è una tecnica coniata da Graziano, e che molti passi in avanti, prima e parallelamente al *Magister*, erano stati fatti nel campo dell'ermeneutica, grazie alla nuova (anche se spuria) teologia scolastica, alla scuola irneriana ed anche a quella francese, che vede come massimo esponente il vescovo Ivone di Chartres e, in partecore, spicca l'opera dell'Abelardo, il *Sic et non* (vedi *supra*). Certi di questi influssi sull'opera del Nostro, rimane ferma la rivoluzionarietà del *Decretum* non per la totale originalità della tecnica ermeneutica in sé, ma per l'impatto che ebbe nella storia della Chiesa, della cristianità e di tutto il mondo occidentale, i cui echi sono fortissimi, anche oggi, nella cultura giuridica continentale così come in quella angloamericana⁽⁴⁴⁾.

La rivoluzionarietà della *scientia nova* coniata da Graziano monaco, balza decisamente agli occhi se si tiene conto, non solo dei risultati della canonistica post-graziana, ma anche del fatto che, da questo momento, tutti i grandi giuristi che hanno avuto un ruolo da protagonista nella storia del governo e delle istituzioni dell'alto medioevo, avevano studiato a fondo l'*utrumque ius* e, in particolare, il diritto canonico. Tale fenomeno è tutt'altro che confutato dall'evidenza che papa Alessandro III (il senese Rolando Belardinelli) fu discepolo di Graziano, oltre che noto decretista a Bologna. Rivoluzionarietà ancora più marcata, ove si rifletta, sulle limpide parole del Kuttner, per cui «il concetto di *ius canonicum*, nel senso d'un complesso universale di norme giuridiche ecclesiastiche, non si trova prima di lui (si parlava nell'alto medioevo di *iura canonica* solo nel senso di diritto subiettivo della Chiesa), e un tale concetto poteva prendere forma soltanto in un periodo e in un ambiente ove il concetto di *ius*, nel senso d'un complesso normativo coerente, aveva acquistato un significato razionale»⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto canonico e «common law»*, in R. BERTOLINO - S. GHERRO - L. MASSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione. Giornate di studio - Venezia 22-23 maggio 1991*, Torino, 1992, pp. 221 ss.

⁽⁴⁵⁾ S. KUTTNER, *Graziano, l'uomo e l'opera*, op. cit., p. 24. Per la verità Kuttner non affronta qui il complesso problema delle *authoritates* traslate dal *Corpus Iuris Civilis* alla *Concordia Discordantium Canonum*, schivando, quindi, annosi discorsi intorno alle possibili versioni dell'opera sino a quella definitiva (su questo aspetto vedi *amplius* A. WINROTH, *The making of Gratian's Decretum*, Cambridge University Press, 2000, e lo stesso S. KUTTNER,

Stanley Chodorow ⁽⁴⁶⁾ ammonisce, tuttavia, che non va misurata la grandezza del Nostro soltanto sulla scia degli influssi che la nuova tecnica ermeneutica ebbe sul *Magister* e su come egli stesso seppe svilupparla nella *Concordia Discordantium Canonum*, ed altresì che, seppur opinabile, la teoria isolata ⁽⁴⁷⁾ del Sohm ⁽⁴⁸⁾ ha, tutto sommato, il merito di elevarsi dal particolarismo delle considerazioni puramente tecniche, per arrivare a considerare il valore della personalità del Nostro sotto un punto di vista storico-politico, all'interno del secolo XII. In tale epoca, infatti, il sentimento, comune ad entrambe le parti (potere secolare e Curia Romana) del conflitto per le investiture (terminato solo apparentemente con il Concordato di Worms del 1122), in virtù del quale occorre trovare il modo di evitare irritanti e reciproche ingerenze tra i due soli (papato e impero), sfociava anche nel bisogno d'un nuovo concetto di *ius* e, di conseguenza, nel bisogno di fare ordine e dare certezza all'interno dell'*uno e l'altro foro* ⁽⁴⁹⁾, separandoli. Irnerio e Graziano, i due grandi *magistri* di quel secolo, probabilmente intuirono questo stato di cose ed è (anche) per questo che la loro opera non può dirsi estranea alle vicende politiche del loro tempo.

Ci troviamo, infatti, in un periodo di svolta per il medioevo: il papato iniziava, grazie alla riforma gregoriana, a prendere respiro a fronte del-

Research on Gratian: Acta and Agenda, in *Monumenta iuris canonici*, Series C, subsidia, *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law*, Cambridge, 23/27 luglio 1984, di PETER LINEHAN (a cura di), Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1988). Per la verità l'autore si limita semplicemente ad affermare che è indubbia l'influenza di Irnerio e dei suoi seguaci su Graziano, d'altronde è lecito asserire che la nuova scienza dei glossatori fu un presupposto necessario per il lavoro di cristallizzazione della disciplina ecclesiastica quale complemento concettuale dello *ius civile*: il *ius canonicum*.

⁽⁴⁶⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., p. 7.

⁽⁴⁷⁾ Pochi sono coloro i quali aderiscono alle singolari ma brillanti dottrine del Sohm, in particolare ricordiamo: H. BARION, *Rudolph Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1931; E. KOHLMAYER, *Charisma oder Recht? Vom Wesen des ältesten Kirchenrechts*, in *ZRG Kann. Abt.*, XXXVIII, 1952; G. KUHLMANN, *Rudolph Sohm und unsere gegenwärtigen kirchenrechtlichen Situation*, in *Archiv für Kirchenrecht*, V, 1941, pp. 155 ss.; M. REISCHLE, *Sohms Kirchenrecht und der Streit über das Verhältnis von Recht und Kirche*, Giessen, 1895; J. DE GHILLINCK, *Le mouvement théologique du XIIe siècle*, Paris-Brussels, 1948, pp. 532 ss.

⁽⁴⁸⁾ R. SOHM, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, pubblicata postuma nel 1918.

⁽⁴⁹⁾ La frase dantesca va qui interpretata non come il foro interno e quello esterno, ma come il foro civile e quello ecclesiastico.

le continue ingerenze dei re germanici ⁽⁵⁰⁾, e principiava a delinearsi «*an intricate machinery of international ecclesiastical government*». Allo stesso tempo, fiorivano scuole di diritto, non solo ed *in primis* a Bologna, ma in tutto il resto d'Europa (specialmente dopo i primi insegnamenti di Graziano e Irnerio), mentre cresceva, con moto uniformemente accelerato, il numero degli studenti di diritto ecclesiastico (oltre che di diritto romano giustiniano, inizialmente separato dal primo, e poi, ma solo in un secondo tempo, uniti sotto la comune etichetta di *utrumque ius*).

Per avere una visione ancora più completa di questo secolo in cui visse l'autore del *Liber Decretorum*, vale la pena di ricordare che, parallelamente a questo fenomeno di carattere culturale, l'Inghilterra cessava d'essere governata dalla dinastia dei duchi normanni, si stabiliva la dinastia capetingia in Francia, in questo modo consolidandosi il suo potere sull'Ile-de-France; mentre in territorio germanico regnava l'instabilità politica, a fronte dell'annosa lotta per le investiture ⁽⁵¹⁾ che stava logorando l'impero e rafforzando il potere della nobiltà sia sul fronte laicale che su quello ecclesiastico. L'episodio più vivido dell'emergere della nobiltà germanica, sempre più indipendente rispetto ad un evanescente potere imperiale, si ha nel 1125, quando, sotto la *leadership* dell'arcivescovo Adalberto di Mainz, fu eletto re Lotario di Supplinburg, duca di Sassonia, così modificandosi la dinastia al potere, per volontà dei nobili germanici. Fu sempre a causa loro che, poco dopo un decennio da codest'evento, nel 1137, la dinastia al trono cambiò nuovamente, sempre per volontà di costoro, i quali elessero Corrado di Hohenstaufen, fratello più giovane di Federico di Svevia. Tuttavia, alla base degli intrighi politici che avevano

⁽⁵⁰⁾ Circa il primato del papato sull'impero a partire dal secolo XII e al ruolo pratico della *Concordia Discordantium Canonum*, vedi M. ASCHERI, *I Diritti del Medioevo Italiano, Secoli XI-XV*, Roma, 2000. In particolare, l'Autore a p. 139 evidenzia che «il *Decretum*, come opera offerta al pubblico degli «operatori» più indistinti, titolari di poteri (papa, ecc.) o no (semplici fedeli), poteva aspirare a un'ampia circolazione ed accettazione solo se funzionale alle aspirazioni prevalenti del tempo: dare una risposta alla questione del primato papale nella Chiesa oltretutto nel mondo e a quella dell'unità del diritto canonico, fino ad allora per certi aspetti solo auspicata».

⁽⁵¹⁾ Cominciata «ufficialmente» con il Synodo di Quaresima del 1075 dal quale scaturirono copiose scomuniche, ma già anticipata dal *decretum* di Niccolò II del 1059 che, in seno al Concilio lateranense, stabilì che alcun'ingerenza sarebbe stata oltremodo tollerata nell'elezione papale, da allora rimessa alla sola provvidenza divina attraverso i cardinali.

portato a tutto questo serpeggiava, in realtà, l'irriducibile volontà dei nobili germanici di avere sul trono un soggetto debole, incapace di imporsi sui signori locali, che così avrebbero mantenuto inalterata la propria supremazia all'interno dei loro territori.

Sul lato opposto anche la Chiesa era logorata dalla lotta per la spetanza del potere di nomina delle alte cariche ecclesiastiche (spesso, *ad majorem*, anche temporali). Ciò fu particolarmente sentito durante l'apparentemente energico pontificato di Pasquale II (1099-1118), d'altronde la conquista di Ferrara del 1101, grazie all'appoggio delle truppe canossane, appare come il primo ed evidente sintomo che il secolo XII si apriva con un indebolimento dell'Impero e specialmente dell'Esarcato, a tutto vantaggio della politica di conquista del territorio, propria del *princeps* (così il *Liber Pontificalis* definisce Pasquale II) e dei suoi successori durante tutto il XII secolo: «le condizioni nelle quali era maturato il grande scontro tra papato e impero si stavano modificando molecolarmente e le appartenenze cominciavano a determinarsi a seconda delle mutevoli convenienze cittadine. Sarà l'epoca dei Comuni»⁽⁵²⁾.

Sempre all'apertura di questo secolo (1105-1107), almeno in Francia ed in Inghilterra, il problema delle investiture sembrava essersi placato: in Inghilterra fu concesso al re l'omaggio ligo; in Francia stava *sic et simpliciter* prevalendo l'orientamento, ottimamente espresso da Ivo, vescovo di Chartres, in virtù del quale, ribaltandosi il principio della XXVI proposizione del *Dictatus Papae*, l'investitura regia non sarebbe stata più un'eresia.

Aspre erano invece le battaglie sui territori germanici, così come in quelli talici dove visse Graziano in età adolescenziale, ai confini tra il patrimonio di S. Pietro (in particolare *Ficulas* della Repubblica d'Orvieto) e la «nemica» Toscana dove si trovava la contesa contea di Chiusi (prima che venisse temporaneamente assorbitata nel territorio orvietano). In quelle malariche terre di confine, nel 1110-1111, Enrico V passava «tranquillamente»⁽⁵³⁾ con le sue truppe, per imporre una presunta *concordia*, at-

⁽⁵²⁾ G.M. CANTARELLA – V. POLONIO – R. RUSCONI, *Chiesa, chiese, movimenti religiosi*, Roma-Bari, 2001, p. 54.

⁽⁵³⁾ Vale la pena di rammentare che in tale circostanza nessun ostacolo fu opposto dalle truppe di Matilde di Canossa, e dalla ricca nobiltà romana, troppo impegnata in affari «interni», piuttosto che nella protezione della Curia.

traverso la persuasiva «politica» della ferocia e della distruzione, tutt'altro che ostacolato da Matilde di Canossa e dai più «fedeli» vassalli del papa. Questo la dice lunga sulle circostanze storiche che, plausibilmente, plasmarono la personalità del Nostro, diviso, anche «fisicamente»⁽⁵⁴⁾, tra due fuochi, e desideroso d'armonia e d'ordine, al punto tale che l'uso e lo sviluppo, da parte sua, della tecnica ermeneutica già sperimentata nel *Sic et Non* dall'Abelardo, è solo un mero indice ed un mezzo del suo obiettivo più elevato: quello di eliminare le discordanze, non solo tra i canoni, ma anche tra i due soli.

Il Concordato di Worms siglato nel 1122 tra Enrico V e Callisto II (in virtù del quale, mentre oltr'alpe l'investitura avrebbe preceduto la consacrazione, in Italia sarebbe accaduto esattamente il contrario) segnò, purtroppo, una mera tappa⁽⁵⁵⁾ nella lunga vicenda della lotta per le investiture⁽⁵⁶⁾, che certo ivi non ebbe fine. Graziano, avendo vissuto in prima

⁽⁵⁴⁾ È plausibile supporre che egli, nato a Ficulle, in territorio Orvietano e, quindi, all'interno, seppure per pochi metri, del *Patrimonium Beati Petri*, abbia poi vissuto anche nella vicina *Clusim* (Chiusi), tra i «nemici» Tuscolani, poco cari anche all'imperatore, considerata la triste sorte di Arezzo, messa a ferro e fuoco da Enrico V al suo passaggio nel 1110-1111.

⁽⁵⁵⁾ Basti pensare ai recenti episodi (ispirati alla c.d. «corrente rosminiana») riferiti da E. CURZEL, *La piaga del piede destro: la nomina de' vescovi abbandonata al potere laicale*, pubblicata sul sito web www.col.it/margine/archivio/1994/el.htm. Alla base vi sono per lo più consuetudini e convenzioni con «autorità civili» (a cui fanno riferimento molti canoni del Concilio Lateranense II e, prima ancora, il decreto *Christus Dominus* sull'ufficio pastorale dei vescovi del 28 ottobre 1965), nonché alcune prassi alternative alla nomina della Santa Sede come quella delle Conferenze Episcopali (cfr. *Decretum Sanctae Ecclesiae* del 6 agosto 1966), e quella della peculiare procedura che vede come protagonisti i legati pontifici (cfr. la *Sollicitudo omnium ecclesiarum* del 24 giugno 1969). Codeste prassi sono oggi implicitamente cristallizzate nel canone 377 del *Codex Iuris Canonici* del 1983 per cui «il Sommo Pontefice nomina liberamente i vescovi oppure conferma quelli che sono stati legittimamente eletti», senza ulteriormente specificare circa le qualità che debbono possedere questi ultimi. L'episodio più noto riferito dall'autore è quello di Coira, dove la completa libertà, riservata per diritto consuetudinario al Capitolo Cattedrale, costrinse la Santa Sede ad iporre pesanti limitazioni nel 1948, sancendo una scelta obbligata in una rosa di candidati (tre) scelti da Roma (nel 1990 il vescovo di Coira fu addirittura imposto da Roma). Altre ipotesi di elezione del vescovo a cui abbiano partecipato laici, si sono registrati, negli ultimi decenni, in Olanda, in particolare a Den Bosch, Breda, Roermond e ad Utrecht. Anche in quest'occasione la Santa Sede è stata costretta ad intervenire per evitare l'abuso di queste prassi.

⁽⁵⁶⁾ C. MORRIS, *The Papal Monarchy. The Western Church from 1050 to 1250*, Oxford, 1991, pp. 121 ss., ritiene che il Concordato sia una mera ratifica del posticcio accordo

persona la triste e lunga storia dei fallimenti dei numerosi tentativi di componimento, non potè non essere ispirato da tutto questo nella sua continua ricerca di «concordantia», tenuto conto che, in tale situazione, per dirla con il Prof. Cantarella, «Gregorio VII [...] aveva vinto. Il papa era il fondamento dell'ortodossia».

In effetti il secolo XII si apriva, oltre che con un rafforzamento del potere della Curia Romana (accentuatosi con la morte di Enrico V nel 1125) ⁽⁵⁷⁾ dovuto ad una pluralità di fattori ⁽⁵⁸⁾, anche con una «situazione contraddittoria» per cui, ad un reale emergere del potere centrale, papale e cardinalizio, non corrispondeva una risoluzione definitiva di antichi problemi interni ed esterni alla Chiesa stessa, e alla cui definizione non aveva certo aiutato la morte della principessa di Canossa nel 1115 e la catena di ambigui avvenimenti che seguirono ⁽⁵⁹⁾, nonché lo scandalo suscitato dagli episodi successivi alla morte di Onorio II avvenuta nel 1130, e cioè lo scisma interno della Chiesa di Roma (che anticipava quello per antonomasia il quale lacerò la Chiesa occidentale dal 1378 al 1418), dovuto al contrapporsi di papa Innocenzo II, a fronte della contestuale elezione al trono pontificio di Gregorio Papareschi (Anacleto II, il c.d. «papa ebreo») di ricca famiglia romana dalle origini ebraiche.

Negli stessi anni, Bernardo di Clairvaux emergeva come *leader* della Chiesa occidentale, Pietro il Venerabile (dopo l'ambiguo periodo di Pontius) otteneva i massimi riconoscimenti in seno al movimento cluniacense

c.d. di Sette Fratte, sottoscritto nel 1111 da Pasquale II, allora prigioniero di Enrico V. Codest'accordo, considerato addirittura «eretico», nei suoi contenuti, da buona parte dei clericali del tempo, dava il consenso alla pratica delle investiture *ex partis potentioribus secularibus*.

⁽⁵⁷⁾ In realtà, dalla morte di questo re (1125) e sino all'ascesa al trono di Federico di Hohenstaufen di Sassonia (1152-1190), si era accesa un'acerrima contesa tra i «ghibellini», sostenitori della casa di Svevia e difensori dell'onore dell'impero, e i «guelfi» sostenitori dei duchi di Baviera fautori della «libertà della Chiesa Romana».

⁽⁵⁸⁾ Fattori, questi, che per G.M. CANTARELLA - V. POLONIO - R. RUSCONI, *op. cit.*, p. 59, sono costituiti dalla pratica di governo, dalla riflessione teorica (pubblicistica e canonistica) e, infine, dallo strumento dei legati papali e dall'indebolimento del potere imperiale sia in sé, sia su Roma e su tutto il patrimonio di S. Pietro.

⁽⁵⁹⁾ Spicca *in primis*, la problematica circa l'originalità del testamento della principessa e, quindi, della celebre donazione al patrimonio di S. Pietro. Sul punto, vedi P. GOLINELLI, *Le origini del mito di Matilde e la fortuna di Donazione*, in *Matilde di Canossa nelle culture europee del secondo millennio. Dalla storia al mito*, Bologna, 1999.

se, i nuovi ordini monastici ispirati ad una scelta di vita pauperistica rappresentavano la rinascita spirituale della Chiesa e della cultura di quel secolo, e grandi personaggi giocavano ruoli delicatissimi sul piano intellettuale, come Ugo di San Vittore e Pietro Lombardo: «it was in the midst of this controversy that Gratian wrote the *Decretum*» ⁽⁶⁰⁾.

In effetti, Graziano scriveva il suo *Decretum* proprio nel periodo dello scisma della Chiesa, iniziato nel 1130, quasi contemporaneamente all'emergere dell'acerrima contesa tra Guelfi e Ghibellini (1125-1152) solo apparentemente placatasi con l'elezione dell'imperatore Federico detto poi il Barbarossa, ditalché il desiderio d'ordine che lo animava (desiderio «simile» ma non certo identico a quello che portò al martirio Arnaldo da Brescia, fondatore della *Res Publica Romana*, qualche anno più tardi) si faceva un tutt'uno con quello proprio di tutta la cristianità occidentale: trovare *concordantia* sul piano politico e della Chiesa e dei rapporti con questa con l'altro sole: l'impero. È questa la linea giusta da seguire se vogliamo comprendere gli intimi legami tra gli eventi politici della Chiesa occidentale e lo spirito riformista che anima i più grandi personaggi della prima metà del XII secolo, tra i quali il *Magister Noster* può pacificamente considerarsi il più «silenzioso» e, allo stesso tempo, il più carismatico.

Per Stanley Codorow l'elezione dei due papi nel 1130 e lo scisma che ne derivò (verificatosi, non a caso, proprio durante lo scontro per la successione al trono dell'impero, tra guelfi e ghibellini di Germania) sono i punti focali del movimento riformista degli anni venti e trenta, che si andava sviluppando, specialmente in Francia, e le cui connessioni con il pensiero di Pietro Lombardo, di Pietro il Comestore e del Nostro sono notevoli.

Tuttavia, questo apparentemente chiaro dato di fatto poche volte è stato, purtroppo, preso in debita considerazione e, infatti, così aggiunge Chorodow: «this failure to recognise the connection was caused by a misunderstanding of the true origins of the double election» ⁽⁶¹⁾, sottolineando, altresì, che i maggiori responsabili di tale stato di cose sono Emil Mühlbacher ⁽⁶²⁾ e Richard Zöpffel ⁽⁶³⁾. Entrambi, infatti, pur individuando

⁽⁶⁰⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., p. 18.

⁽⁶¹⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., p. 19.

⁽⁶²⁾ E. MÜHLBACHER, *Die streitige Papstwahl des Jahres 1130*, Innsbrück, 1876.

⁽⁶³⁾ R. ZÖPFEL, *Die Doppelwahl des Jahres 1130*, Göttingen, 1872.

do, in seno alla seconda decade del secolo XII, l'esistenza di due movimenti politici (uno riformista e l'altro conservatore) che spaccavano la Chiesa (non solo per quello che riguardava le vicende inerenti Cluny, Montecassino, ed i nuovi ordini monastici, ma anche per ciò che atteneva alle lotte intestine, combattute a Roma, i cui echi si riflettevano su tutta l'Europa cristiana), non colsero il collegamento tra i medesimi e lo scisma del 1130 coniugando, *sic et simpliciter*, tale fenomeno, da un lato agli scontri ed alle spaccature tra le nobili famiglie romane del tempo ⁽⁶⁴⁾, dall'altro a certe lacune del decreto sulle regole elettorali del sommo pontefice del 1059 e, quindi, a problematiche di carattere strettamente tecnico ⁽⁶⁵⁾.

Per Chodorow, le reali inferenze tra le vicende storiche della prima metà del secolo XII e Graziano, nonché la posizione «politica» che il *Magister* sembra avesse assunto in questa vicenda (almeno per quello che si ricava dal concetto di sovranità implicitamente espresso nel *Decretum*), possono essere compenstrate solo attraverso un approccio di tipo completamente diverso, come quello proprio di Hanz Klewitz ⁽⁶⁶⁾, il cui pensiero è completato e sviluppato da quello di Franz-Joseph Schmale ⁽⁶⁷⁾. Quella di «Klewitz-Schmale» è una particolare, oltretutto plausibile, tesi la quale, pur se strenuamente combattuta da Gerd Tellenbach ⁽⁶⁸⁾, è radicata sull'idea che lo scisma del 1130 altro non sia che il riflesso della spaccatura tutta interna alla Chiesa di Roma già esistente dall'inizio della seconda decade del secolo XII. Spaccatura che, quale evidenza storica, non è ne-

⁽⁶⁴⁾ Su questo singolare aspetto cfr. P. FEDELE, *Pierleoni e Frangipani nella storia medievale di Roma*, Roma, XV, 1937, pp. 1 ss.

⁽⁶⁵⁾ Spiccavano in particolare le famiglie Frangipani e Pierleoni. La prima avrebbe poi sostenuto Innocenzo II ed il partito del cancelliere francese Aimerico, mentre l'altra avrebbe sostenuto Anacleto II, anche se, secondo E. MÜHLBACHER, *op. cit.*, p. 69, in quegli anni stava nascendo anche un terzo polo, la cui esistenza, ad oggi, non è stata ancora largamente riconosciuta.

⁽⁶⁶⁾ F. KLEWITZ, *Die Entstehung des Kardinalkollegiums*, in *ZRG Kan. Abt.*, XXV, 1936; ID., *Das Ende des Reformpapsttum*, in *Deutsches Archiv*, III, 1939. Interessante è l'opera postuma, riepilogativa del pensiero del Klewitz: ID., *Reformpapsttum und Kardinalkolleg*, Darmstadt, 1959.

⁽⁶⁷⁾ F.J. SCHMALE, *Studien zum Schisma des Jahres 1130*, cit.; ID., *Die Bemühungen Innocenz II. um seine Anerkennung in Deutschland*, in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, LV, 1954.

⁽⁶⁸⁾ G. TELLENBACH, *Der Sturz des Abtes Pontius von Cluny und seine geschichtliche Bedeutung*, in *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, XLII-XXLIII, 1963.

gata neppure dallo stesso Zöpffel il quale riconosce in Gregorio cardinale diacono in Castel Sant'Angelo (poi papa Innocenzo II), un seguace dell'antipapa Enrico IV, ed un sostenitore del partito di Onorio II e di Aimerico (che egli definisce «pre-imperiale»).

Orbene, per comprendere appieno l'ardente clima politico degli anni in cui il *Magister Gratianus* dedicava il proprio tempo alla prima versione del suo *Decretum* e, quindi, degli anni dello scisma, occorre fare qualche passo indietro, precisamente al secolo XI ed alle vicende dell'epoca pregregoriana caratterizzate, principalmente, dalla spaccatura tra le due potenti famiglie romane dei Papareschi e dei Frangipani, per poi risalire alla prima metà del secolo XII, teatro d'interessanti episodi legati anche alla questione cluniacense ed alla lotta per le investiture.

Innanzitutto, occorre dare il giusto rilievo al fatto che la presente ricostruzione storica e critica dei fatti, si serve dell'imponente impalcatura di Chodorow ⁽⁶⁹⁾, a sua volta fedele alla tesi di Klewitz-Schmale, sempre contrastata, anche nei dettagli, dal Tellenbach (specialmente per quello che riguarda la particolare situazione di Cluny negli anni venti del secolo XII), così come alla tesi di Herbert Bloch ⁽⁷⁰⁾, basata sugli studi concernenti un peculiare esemplare del *Liber Pontificalis*, «fortuitamente sopravvissuto» in un manoscritto spagnolo: i *folios* riguardanti la vita di Gelasio II, Callisto II, Onorio II e, forse, di Pasquale II, in quanto scritti da un sostenitore ⁽⁷¹⁾ del partito di Pierleoni al tempo di Anacleto II, compromisero l'incolumità delle copie esistenti di quel *Liber* che, per questo motivo, furono messe al bando e distrutte.

Le fondamenta dello scisma degli anni 1130-1138 (che tanto, come vedremo, ha influenzato il pensiero e le dottrine di Graziano), nonché quelle dell'ideologia del partito di Aimerico e dei riformatori che questo supportava negli anni venti del secolo XII, trovano le loro origini nella battaglia tra riformisti e tradizionalisti che intrise l'intero secolo XI e che vedeva, parallelamente, il contrapporsi del papato e dell'impero nella lot-

⁽⁶⁹⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., pp. 27-47.

⁽⁷⁰⁾ H. BLOCH, *The Schism of Anacletus II and the Glangfeuil Forgeried of Peter the Deacon*, in *Traditio*, VIII, 1952, pp. 159 ss.

⁽⁷¹⁾ PANDULPIUS, il quale racconta le millanterie del partito vittorioso di Aimerico, ai danni dei seguaci di Pietro Pierleoni e Anacleto II.

ta per le investiture. Scopo dei riformisti era, nella metà del secolo XI, quello di ottenere il controllo della Curia Romana e di creare un potere pontificio forte che potesse veementemente contrapporsi a quello degli imperatori germanici: l'indipendenza della Chiesa era vista come condizione necessaria per la riforma morale della stessa, oltre che per l'espandersi dei suoi poteri temporali e dei suoi territori.

Accanto all'alleanza del papa con i conquistatori normanni dell'Italia meridionale, strumentale alla difesa militare da un eventuale attacco da nord dell'impero, il panorama politico era animato da un'accesa lotta intestina, a Roma, che vedeva il contrapporsi di due grandi famiglie: Pierleoni e Frangipani. Da un lato i Pierleoni, originariamente di religione ebraica e mai distaccatisi dal ghetto della città, avevano costruito le loro fortune attraverso la pratica dell'usura, prima della conversione al cristianesimo del capofamiglia Baruch agli inizi del secolo XI; erano altresì sostenitori del movimento riformista già prima degli eventi di Sutri del 1046. Fiancheggiatori, se non addirittura membri di questa famiglia furono i papi Gregorio VI e Leone IX, oltre a Ildebrando di Soana.

Dall'altro lato anche i Frangipani furono, per un po', alleati dei riformisti, ma la continua competizione tra i due schieramenti specialmente nel contesto della lotta per le investiture (i Frangipani erano notoriamente imperialisti), condusse inevitabilmente questa fazione a contrapporsi in modo netto al potere papale, al punto che lo sfavore della Curia Romana per questa nobile famiglia, favorì i Pierleoni nella conquista di sempre maggiori lembi di potere su Roma e sul papato, giusta la necessità di quest'ultimo di poter contare su fedeli alleati, quali non erano, appunto, i Frangipani. Tuttavia, la reale e schiacciante dimostrazione di superiorità da parte dei Pierleoni sui Frangipani, si ebbe nel periodo immediatamente successivo l'accordo di Sutri del 1111.

Schmale ammonisce che il vero scisma che tanto influenzò il pensiero del *Magister Noster*, solo formalmente ebbe inizio nel 1130, coincidendo, l'effettivo *dies a quo*, in un giorno imprecisato del mese di aprile del 1111 quando papa Pasquale II, fatto prigioniero dall'imperatore Enrico V, sottoscrisse il famoso accordo di Sette Fratze con il quale dava il proprio consenso alla pratica delle investiture.

4. — Roma era nel caos più totale. Pasquale II aveva incoronato l'imperatore Enrico V e, per di più, con l'accordo di Sette Fratze si era «legalizzata» una pratica sino ad allora considerata eretica⁽⁷²⁾. Nel frattempo, raggiunto il suo scopo senza troppe difficoltà, Enrico V si accingeva a lasciare definitivamente il suolo italico dopo averlo crudelmente saccheggiato (la peggior sorte l'ebbe Arezzo che fu bruciata e rasa al suolo), mentre il pontefice aveva ormai perduto la sua credibilità e non era in grado di placare le aspre polemiche suscitate dalla sottoscrizione di quell'accordo, considerato eretico dai suoi fedeli e contemporanei.

Fu grazie al carisma ed al potere di Pietro Pierleoni («who emerged as a leader of the most powerful faction within the Curia») che l'accordo di Sette Fratze capitolò quasi subito e non trovò mai applicazione.

In una soluzione di perfetto compromesso, con i Concilii Lateranensi del 1112 e del 1116, Pasquale II fu costretto a ripudiare l'accordo ed a prostrarsi chiedendo perdono, ma si rifiutò di scomunicare l'imperatore Enrico V. Contemporaneamente, «chi aveva lanciato l'accusa di eresia (tra cui gli abati di Montecassino e di Cluny) fu messo a tacere con provvedimenti disciplinari o ridotto a penose ritrattazioni; il collegio cardinalizio fu rinnovato a vantaggio del papa. Il primato della sede apostolica non avrebbe potuto trovare affermazione più netta...»⁽⁷³⁾. I Frangipani sembravano essersi dileguati, Pietro Pierleoni appariva come il pa-

⁽⁷²⁾ G.M. CANTARELLA – V. POLONIO – R. RUSCONI, *Chiesa, chiese, movimenti religiosi*, cit., pp. 56-57, si sofferma sull'aspetto della presunta ereticità del contenuto dell'accordo, spiegando quanto segue: «Era un rovesciamento clamoroso dell'intera politica romana ma perfettamente realistico. Non soltanto l'accordo conteneva sostanziose garanzie per la sede apostolica (tra le quali il diritto di veto sul candidato all'investitura e l'impegno imperiale a « conservare la grandezza della Chiesa romana »), ma manifestava di accogliere, sia pure con cautela, gli orientamenti nuovi. Se accettava il principio dell'investitura, postponeva però la consacrazione all'investitura, sicchè non si sarebbe potuto dire che l'investitura laica potesse toccare una persona sacra; dunque non l'investitura in sé avrebbe potuto considerarsi un'eresia, ma il fatto che un laico osasse conferire qualcosa di proprio a una persona sacra. Era quanto meno una forte limitazione del concetto di investitura, ma soprattutto un intervento nel campo dottrinale. Se da parte imperiale si accettava il fatto che l'età della sacralità dell'imperatore era da considerarsi ormai chiusa definitivamente, da parte papale si affermava il principio che nel papa risiedeva il fondamento della norma e dell'ortodossia: dunque anche l'eresia».

⁽⁷³⁾ G.M. CANTARELLA – V. POLONIO – R. RUSCONI, *Chiesa, chiese, movimenti religiosi*, cit., p. 57.

drone indiscusso di Roma e come la mano invisibile della Curia Romana. Tuttavia, tale situazione non era destinata a durare per sempre.

Nel 1116, con un gesto disperato, Enrico V innalzava l'antipapa Mauritius di Praga. Due anni dopo, nel 1118, moriva Pasquale II ed al suo posto subentrava Giovanni da Gaeta con il nome di Gelasio II (1118-1119) per volontà di Pietro Pierleoni, che lo avrebbe poi accompagnato nel suo esilio in Francia. Gelasio morì nel 1119 a Cluny dove, su consiglio dell'influente Pietro Pierleoni, i cardinali presenti elessero immediatamente il nuovo papa (borgognone): Callisto II.

In realtà, Callisto II, di origini viennesi, non si dimostrò estremamente amico dei Pierleoni e, a dispetto della politica di questi, scelse di ripercorrere il cammino già intrapreso dal suo storico predecessore ed antesignano Pasquale II: nel 1122 fu siglato a Worms uno storico concordato tra il papa e l'imperatore Enrico V, dal contenuto apparentemente diverso di quello di Sette Fratte, ma che ne ricalcava l'impostazione transattiva (vedi *supra*). Era l'inizio della discesa dei Pierleoni e dell'ascesa dello spirito riformista ed independentista della Curia Romana. Se nel 1119, a Cluny, Callisto II aveva mostrato di essere un'anti-imperialista, adesso (1122), agli occhi della (ancora per poco) più potente famiglia romana, non lo era più.

L'episodio più clamoroso che segnò una svolta radicale nei rapporti tra Curia Romana e Pietro Pierleoni, si ebbe durante la lettura del Concordato di Worms durante il Concilio Lateranense I nel 1123. In tale occasione il «partito» della nobile famiglia romana fece di tutto per boicottare quel patto, ma senza apprezzabili risultati, tranne la scialba soddisfazione di aver ottenuto la sospensione di una seduta a causa degli atteggiamenti violenti di quei faziosi. Pietro Pierleoni stava facendo tutto il possibile affinché venisse disconosciuto quell'accordo così come era avvenuto nel 1111-1112 per quello di Sette Fratte, ma ormai il dado era tratto ⁽⁷⁴⁾: «the Curia had become an independent political forum even

⁷⁴ Per la tradizionale opinione secondo la quale Callisto II sarebbe stato un uomo dei Pierleoni vedi, per tutti, K. JORDAN, il cui pensiero è limpidamente riportato da B. GEBHARDT, *Handbuch der Deutschen Geschichte* a cura di Grundmann, I, Stuttgart, 1954. S. CHODOROW, *op. cit.*, pp. 31-34, ritiene, invece, che ci fossero forti legami tra quel pontefice e l'astuto imperatore Enrico V e che ormai il cammino per l'indipendenza della Cu-

though it retained its connections with the emperor, he would have to undermine and ultimately defeat the dominance of Pierleoni within the Curia» ⁽⁷⁵⁾.

Nello stesso anno (1123), veniva nominato un Frangipani nel Sacro Collegio, non per ripristinare il cruciale ruolo che quella famiglia aveva in passato nella politica romana ma, esclusivamente, per bilanciare l'influenza dei cardinali voluti da Pietro Pierleoni. Quest'ultimo, tuttavia, non era stato ancora definitivamente sconfitto e, se non a livello europeo, almeno a Roma e nella stessa Curia era ancora molto influente. Cosciente di tutto ciò, nel 1123, Callisto II scelse di elevare agli onori cardinalizi il francese ed astuto riformatore Aimerico di origini cluniacensi il quale, contestualmente, era eletto cancelliere del papa. Aimerico divenne ben presto il leader incontrastato di quel movimento politico che sarebbe stato vincitore dopo lo scisma del 1130, ed alle cui idee il *Magister Gratianus* si sarebbe ispirato.

Quando nel 1124 Callisto II venne meno, i giovani cardinali (*cardinales novitii*) che nel frattempo erano stati eletti nel Sacro Collegio per volontà di Aimerico, non raggiungevano la maggioranza necessaria per contrastare i cardinali fedeli a Pietro Pierleoni. Per questo motivo Aimerico decise, con un colpo di spugna, di far insediare nel trono pontificio Lamberto da Ostia con il nome di Onorio II, servendosi delle forze militari dei Frangipani ⁽⁷⁶⁾.

Tolti molti pierleonesi da cariche strategiche della città, ed eletti altri dodici *cardinales novitii* sotto il pontificato di Onorio II, Aimerico era quasi pronto ad affrontare l'elezione di un nuovo papa, senonché la morte di quel pontefice sopraggiunse anticipatamente (rispetto alle aspettative) nel 1130, in un momento in cui il partito guidato da Aimerico, anche a causa della morte di alcuni suoi cardinali, non aveva la superiorità numerica nel

ria Romana dalle influenze dell'impero oltre che delle potenti famiglie romane, era irrimediabilmente iniziato.

⁽⁷⁵⁾ S. CHODOROW, *op. cit.*, p. 33.

⁽⁷⁶⁾ S. CHODOROW, *op. cit.*, p. 35, evidenzia che «he could not afford to lose the papacy at that critical juncture, and he restored to using local military force to surprise and upset the much larger party of Pierleoni. The trick worked in 1124 but could not be expected to succeed again, and the creation of twelve cardinals during the reign of Honorius shows that Haimeric wanted to elect his man constitutionally the next time».

Sacro Collegio il quale elesse, con uno scarto di soli due voti, il papa voluto dai suoi avversari, ovverosia il cardinal Pierleoni con il nome di Anacleto II (il c.d. «papa ebreo» per dirla con Benardo di Clairvaux), a favore del quale si schierò l'episcopato meridionale ⁽⁷⁷⁾.

Contemporaneamente, per il principio della *melior et senior pars*, i cardinali di Aimerico, seppure in lieve minoranza, elessero un altro papa (Gregorio Papareschi) con il nome d'Innocenzo II. Questo poteva contare sull'appoggio del partito di Aimerico, di S. Bernardo di Clairvaux, della Chiesa francese, dell'imperatore e di Pietro il Venerabile di Cluny (nonostante gli attacchi che Cluny e Montecassino avevano subito dall'episcopato), così suscitando le ire dei Pierleoni che gridarono al «tradimento di Cluny» ⁽⁷⁸⁾.

La lotta tra le due opposte fazioni, come era prevedibile, si concluse con l'emergere di Aimerico e dei suoi seguaci e, dopo l'esilio e la morte di Anacleto II, il partito vittorioso provvide a deporre alcuni cardinali sostenitori del «papa ebreo» ed a stigmatizzare tale vittoria con il Concilio Laterano II del 1139, i cui canoni sono presenti, anche se inseriti in tutta fretta, nella «vulgate version» della *Concordia Discordantium Canonum* di Graziano da Chiusi ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ In tutto questo bisogna ricordare che contemporaneamente anche l'intera comunità cristiana conobbe una spaccatura notevole: preti, parroci e tradizionalisti si schierarono a favore di Anacleto II, mentre monaci (in particolare i nuovi ordini monastici, tra cui i Cistercensi) e la maggior parte dei canonici regolari (i quali, in quel tempo, iniziavano ad uscire dalle mura dei monasteri per occuparsi della salvezza delle anime prendendo possesso delle parrocchie) diedero man forte al partito avversario. Sul punto vedi J. BURTON RUSSEL, *Dissent and Reform in the Early Middle Ages*, Berkeley-Los Angeles, 1965.

⁽⁷⁸⁾ Sulle problematiche inerenti il periodo di Pontius e quello successivo di Petrus, oltre che delle opposte fazioni che si crearono, cfr. L.H. CHAMPLY, *Histoire de Cluny*, Paris, 1930; G. DE VALOUS, *Le monachisme C. des origines au XV^e siècle*, Paris, 1935; *Enciclopedia cattolica*, III, 1883-98; A. CHAGNY, *Cluny et son empire*, Lyon, 1949; K. HALLINGER, *Gorge-Cluny*, Roma, 1950-51; R. STUPPERICH, in *Ev. K. L.*, I, pp. 801-802.

⁽⁷⁹⁾ Ci sono ben 17 canoni di quel concilio presenti nell'opera, che sembrano essere stati inseriti all'ultimo momento. In D.XC, c.11, per esempio, troviamo un canone, indicato da Friedberg come proveniente dal Concilio Lateranense II, ma riferito ad Innocenzo II, che non contiene testo (si ha solo: *item Innocentius II*) e nella cui rubrica si legge: «Episcopi ad pacem firmiter tenendam vicissim sibi consilium et auxilium prestant». In nota (54) l'autore della celebre edizione critica spiega di aver trovato il testo della rubrica rispettivamente nei manoscritti B e C, mentre in H avrebbe trovato il seguente testo:

I Pierleoni, anche se sconfitti, continuarono a lottare: si schierarono contro l'episcopato nell'allora nascente istituzione comunale con l'appoggio del loro martire Arnaldo da Brescia ⁽⁸⁰⁾ e, nel 1138, al posto di Anacleto II alcuni cardinali rimasti fedeli a quella fazione elessero l'antipapa Vitore IV il quale fu costretto (grazie alla persuasione di Bernardo di Clairvaux) a riconoscere l'autorità di Innocenzo II (cui succedette, nel 1143, Clemente II).

Tutto ciò premesso e considerato, è facile intuire la *ratio* dell'appellativo «pre-imperiale», dato dallo Schmale ⁽⁸¹⁾ alla fazione guidata da Aimerico già prima del 1130, volendo sottolineare che lo «scisma» ebbe inizio ben prima di questa data in cui esso, *sic et simpliciter*, giunse al suo naturale estuario: la doppia elezione papale. Tuttavia, non si può negare che, oltre a quello politico, il partito di Aimerico possedeva anche un'aspetto ideologico, che vedeva in Bernardo di Clairvaux il suo leader spirituale.

Il misticismo spirituale, così come lo spirito riformista della fazione che sorreggeva Innocenzo II (che aveva appoggiato, come partito «pre-imperiale», Callisto II ed Onorio II), è ben riassunto nel pensiero di Graziano: «Gratian, while he did not stand out as an active member of the party, expounded its ideas more fully than any other writer. The connection between him and the party of Haimeric and Bernard is not proven by any piece of direct evidence, but when one looks at his work and at those of his contemporaries, and when one considers the circumstantial evidence for the connection, its existence cannot be doubted. The Decretum must be looked at as the product of Haimeric's movement» ⁽⁸²⁾.

L'idea che Graziano fosse legato al riformismo di Callisto II (1119-1124) ⁽⁸³⁾ che sottoscrisse il Concordato di Worms (vedi *supra*), di Onorio

«damnum propriae dignitatis incurrunt episcopi, qui ad tenendam pacem negligentes existunt».

⁽⁸⁰⁾ Nel 1144 fu proclamata la Repubblica di Roma e Giordano Pierleoni, nipote dell'antipapa, fu proclamato «*primus patricius*». Per più dettagliate informazioni sulla vicenda vedi G.W. GREENAWAY, *Arnold of Brescia*, Cambridge, 1931.

⁽⁸¹⁾ F.J. SCHMALE, *Studien zum Schisma des Jahres 1130*, cit.; ID., *Die Bemühungen Innocenz II. um seine Anerkennung in Deutschland*, in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, LV, 1954.

⁽⁸²⁾ S. CHORODOW, *op. cit.*, p. 47.

⁽⁸³⁾ Preceduto dai papi legati alla famiglia Pierleoni, grandi nemici dell'imperatore: Gregorio VII (1073-1085), il c.d. *princeps* (Pasquale II, 1099-1118), Gelasio II (1118-1119).

II (borgognone, il cui coniugio con il partito guidato da Aimerico è storicamente provato) e, dopo di lui (anche se il collegamento con Graziano è tutt'altro che pacifico) ⁽⁸⁴⁾, di Innocenzo II (antipapa di Anacleto II), vittorioso con il suo partito guidato dal noto cancelliere papale, è corroborata da una serie di elementi, più o meno certi, i quali rendono l'idea di come e quanto il *Magister Noster* fosse, probabilmente, e come abbiamo già messo in evidenza (vedi *supra*), tutt'altro che avulso rispetto alle vicende storiche del suo tempo. Ad onor del vero, è d'uopo rilevare che tale linea di pensiero è tutt'altro che accettata, specialmente dal Tellenbach, che non riconosce il legame tra il citato movimento politico-intellettuale ed il *Magister dei Decreta*.

Questa tradizione medievale che vede il *Magister Noster* membro del partito di Aimerico è corroborata, secondo Chodorow, dal ritrovamento di un componimento poetico scritto da Stefano di Rouen dopo il 1168, durante il pontificato di Alessandro III, diretto all'abazia di Bec in Normandia e contenuto nel *Dracus Normanicus* di quell'autore. Si tratta di un documento importantissimo poiché il *Fons Decretorum* (così Stephanus chiama Graziano) sarebbe stato un membro di spicco dell'*entourage* di papa Innocenzo II al consiglio di Reims del 1131, al punto che quel papa (che si affiancava al suo antagonista Anacleto II) su alcunché proferiva *verba* senza prima aver sentito l'*almus Magister*:

*Hinc fluvius torrens Gratianus ad alta redunant
Quo sine nil leges, nil ibi jura valent;
Fons Decretorum, totius juris abyssus
Luminis ecclesiae splendida stella micat.
Affluit, exornat, distinguit, terminat, arcet
Verbis, flora, locis, sensibus, epulogis.
Ut jus jura docet, pro causa quisque laborat,
Partem nempe suam firmat, adauget, inquit.
Haec pater Inocuus componit, judicat, urget,
Lites, facta, modum foidere, jure, fide.
Hujus apostolici manibus rex inde sacratur
Ludovicus, honor maximus iste troni.*

⁽⁸⁴⁾ Vedi, sul punto, S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., pp. 22-30.

Per Chodorow, la conferma di quest'assunto si avrebbe proprio dal Sommo Poeta per cui, dire che Graziano «*l'uno e l'altro foro aiutò sì che piace in Paradiso*» significa riconoscere che il *Magister*, così come il partito di Aimerico, ottenne la riconciliazione del potere imperiale e di quello papale, senza però considerare che i due fori di cui parla Dante potrebbero essere anche il foro interno della coscienza e quello esterno degli uomini (vedi *infra*).

Tra i tanti che hanno cercato di dimostrare quest'ipotesi, va considerato, *in primis*, Jean Gaumet (*Patristique et Pastorale. La contribution de Gregoire le Grand au «Miroir de l'Évêque» dans le Décret de Gratien*) il quale, da una profonda analisi del *Tractatus ordinandorum* (*Distinctiones* da XXI a CI) ha ricavato una brillante teoria: questa parte dei *Decreta* rappresenterebbe un'esposizione di carattere politico, la quale si pone in netta ortodossia rispetto alla corrente di pensiero del partito vittorioso di Aimerico, che vede come leader spirituale Bernardo di Clairvaux. Pertanto, codesto *Tractatus ordinandorum* potrebbe essere considerato un vero e proprio libro sulla condizione morale dei vescovi: «these observation demonstrate that what Gratian considered to be important was essentially identical with the reform party's interest» ⁽⁸⁵⁾.

Per Chodorow, un altro punto di forza in favore della predetta tesi, è la peculiare posizione del *Magister* in merito all'accesa polemica tra clero secolare e clero regolare. Come abbiamo già avuto modo di osservare, infatti, dal secolo XII iniziava a prendere piede quel fenomeno contraddistinto dal continuo esodo di monaci e canonici regolari dai monasteri per dedicarsi alla *cura animarum* e, quindi, alla vita parrocchiale, ingerendosi negli affari dei canonici secolari e suscitando, molto spesso, l'ira dei vescovi.

All'unisono con le idee riformiste dello statista Aimerico e del leader spirituale Bernardo di Clairvaux, Graziano prende nettamente la posizione dei regolari con una soluzione, tuttavia, che sa di compromesso: i canonici regolari possono dedicarsi alla *cura animarum* solo se muniti di una *licentia episcopi* (omettendo però di spiegare in cosa questa dovesse consistere: se in un atto formale o, all'opposto, in un mero silenzio-assenso).

⁽⁸⁵⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., p. 53.

Nell'intera *Causa XVI* come si vede dalla *quaestio* iniziale che pone Graziano, si affronta in modo dettagliato la problematica:

Quidam abbas habebat parrochianam ecclesiam; instituit ibi monachum, ut officium celebraret populo; possedit eam per quadraginta annos sine aliqua interpellatione; tandem querela aduersus abbatem mouetur a clericis baptismalis ecclesiae, in cuius diocesi parrochiana ecclesia illa consistebat. (Qu. I.) Hic primum queritur, utrum monachis liceat officia populis celebrare, penitentiam dare et baptizare? (Qu. II.) Secundo, si contigerit eos capellas habere episcopali beneficio, an ab eis sint instituendae, an ab episcopis? (Qu. III.) Tertio, an iura ecclesiarum prescriptione tollantur? (Qu. IV.) Quarto, si ecclesia aduersus ecclesiam prescribat, an etiam monasterium aduersus ecclesiam prescribere possit? (Qu. V.) Quinto, si capellam in suo territorio edificatam iure territorii sibi uendicare ualeat? (Qu. VI.) Sexto, si archipresbiter uel episcopus sua auctoritate, non iudiciali sententia capellam illam inrepperit, an cadat a causa, ut ecclesia, cui presidet, non ultra habeat ius reposcendi quod suus pastor illicite usurpauit? (Qu. VII.) Septimo queritur, si laici capellam illam tenebant (ut quibusdam moris est) et in manibus abbatis eam esutauerint, et ordinandam tradiderint, an consensu episcopi et clericorum abbas possit eam tenere?

La già accennata posizione di compromesso del *Magister* è evidenziata (anche) nel *dictum post C.XVI*, q.I, c.19:

Ecce in hoc capitulo et uicium est expressum, et generali constitutione euacuatum. Quod uero penitentiam dare prohibeatur, inde est, quod nulli sacerdotum licet parrochianum alterius ligare uel soluere. Monachi autem, et si in dedicatione sui presbiteratus (sicut et ceteri sacerdotes) predicandi, baptizandi, penitentiam dandi, peccata remittendi, beneficiis ecclesiasticis perfuendi rite potestatem accipiant, ut amplius et perfectius agant ea, que sacerdotalis officii esse sanctorum Patrum constitutionibus conprobantur: tamen executionem suae potestatis non habent, nisi a populo fuerint electi, et ab episcopo cum consensu abbatis ordinati. Ecclesiasticas uero atque seculares actiones attractare prohibentur, ut non presumant sibi patrocinia causarum, nisi ab episcopo conuocati fuerint, nec secularibus causis occupentur, ut resideant cognitores dirimendarum litium.

Identico richiamo al *consensus episcopi*, che è sanante rispetto ad una situazione di contrasto tra regolari e secolari all'interno di una stessa parrocchia, si ha in una epistola di Pasquale II diretta al vescovo di Bologna ⁽⁸⁶⁾:

⁽⁸⁶⁾ C.XVI, q.I, c.IX.

Peruenit ad nos, unde ualde miramur, quod quidam monachi et abbates in parrochia uestra contra sanctorum patrum decreta episcopalia iura et officia sibi arroganter uendicant uidelicet penitentiam, remissionem peccatorum, reconciliationem, decimas, et ecclesias, cum absque proprii episcopi licentia uel apostolicae sedis auctoritate hoc nullatenus presumere debeant, sicut in Calcedonensi concilio a sanctis Patribus de huiusmodi cautum est et sub anathematis uinculo monachis omnibus prohibitum. Mandamus itaque dilectioni tuae, ut eos conuenias, et ne talia deinceps presumant omnino prohibeas.

Non a caso, nella rubrica che precede tale *capitulum*, si intuisce la posizione «equa» del suo autore:

Absque episcoporum consensu episcopalia iura monachi non usurpent.

Per Schmale ⁽⁸⁷⁾ vi sarebbe stato addirittura un collegamento diretto tra Graziano ed il borgognone Aimerico. Quest'ultimo, infatti, avrebbe vissuto a Bologna tra il 1115 ed il 1123 (fino a quando, cioè, non venne nominato cancelliere papale da Callisto II) in Santa Maria in Reno. Già allora l'ex cluniacense Aimerico era un'attivista politico in seno al movimento riformista o «pre-imperiale» e, molto probabilmente, si recò proprio a Bologna per cimentarsi di studi giuridici. Quindi, considerando che dal *Chronicon Aldeburgense maius* del 1141 risulta che Hariuf, abate di Oudenburg, ritornando da Roma dove si era recato per dirimere una controversia e dove aveva incontrato Aimerico, parlò di quest'ultimo come di un «*probatissim et ecclesiasticis legibus palatinisque institutis ad prime eruditib*», non è affatto da escludere che Aimerico abbia conosciuto il *Magister Gratianus* e che (anche se non esistono prove) ne sia stato addirittura discepolo ⁽⁸⁸⁾.

Tuttò ciò considerato, Chodorow così conclude: «It is now apparent that scholarship on the general characteristics of Gratian's work strongly supports the thesis that the *Decretum* had a great political signifi-

⁽⁸⁷⁾ F.J. SCHMALE, *Studien zum Schisma des Jahres 1130*, cit.; ID., *Die Bemühungen Innocenz II. um seine Anerkennung in Deutschland*, cit., il quale si rifa all'opera di J.B. SIGNIUS, *De ordine ac statu canonico*, Bologna, 1801, il quale a sua volta apprende la notizia dai ritrovati annali della casa di Santa Maria in Reno.

⁽⁸⁸⁾ L'ipotesi è improbabile, tenuto conto che Graziano era forse più giovane di Aimerico e che, all'epoca, non era ancora l'*almus Magister* che sarebbe divenuto qualche anno più tardi.

cance when it appeared around 1140. Textual studies have shown that in its original state, the work was not simply a collection of ancient law of the Church, as it appears in the form given to it in later manuscripts and in modern editions. Rather, it was a series of treatises on legal subjects in which a great proportion of ancient legal tradition was cited. Gratian had a purpose that went beyond his desire to reassemble the canons into a useful topical arrangement and to treat them according to dialectical method. Other studies on the text of the *Decretum* permit us to say more about the purposes and views of the author. It has been shown that he is not responsible for the theologically oriented parts of the *Decretum* or for a large part of *paleae* some of which make it difficult to discern his aims in the work. In addition he deleted Roman law extracts from his presentation of the Church's legal tradition and avoided direct discussion of the issues of *regnum* and *sacerdotium*. Furthermore, these attitudes were not peculiar to the Magister and should be seen in the light of his general interests. His exposition in the *Tractatus ordinandorum* provided the legal foundation on which the reforming efforts of Saint Bernard and others could rest. Study on Gratian's constitutional theory will expose not only the doctrines that became the basis of later canonical theorizing but also the ecclesiological views that won out in the mid-twelfth century, when the party of Haimeric ousted the old guard of the Gregorian papacy from the Curia. That ecclesiology amounted to a Christian theory of political society»⁽⁸⁹⁾.

In definitiva se è vero che, probabilmente, l'opera di Graziano fu influenzata da taluni eventi dei primi decenni del XII secolo, primo fra tutti lo scisma iniziato nel 1130 (anno a partire dal quale «la letteratura libellistica conobbe una nuova, intensa stagione») ⁽⁹⁰⁾, non dobbiamo dimenticare che, secondo quanto osserva Adam Vetulani ⁽⁹¹⁾ (la cui ipotesi circa la compilazione del *Decretum* che sarebbe avvenuta prima di tale data viene automaticamente a cadere), la quasi totale assenza di ogni riferimento al diritto romano nei primi manoscritti del *Decretum*, rivela che il Magister

⁽⁸⁹⁾ S. CHODOROW, *Christian Political Theory*, cit., pp. 63-64.

⁽⁹⁰⁾ G.M. CANTARELLA - V. POLONO - R. RUSCONI, *Chiesa, cbiése, movimenti religiosi*, cit., p. 60.

⁽⁹¹⁾ A. VETULANI, *Les manuscrits du Décret de Gratien conservés dans les Bibliothèques polonaises*, cit., pp. 273 ss.

fosse un seguace (almeno spirituale) del movimento ⁽⁹²⁾ che faceva capo a Pasquale II nel periodo di Sutri e, per questo, egli credeva (come del resto anche il «ghibellin fuggiasco» vissuto un secolo più tardi) nella dottrina della totale (almeno in teoria) separazione tra i due poteri, quello papale e quello imperiale: i due soli.

Vetulani, tuttavia, va oltre questa plausibile rappresentazione, ed arriva addirittura a ipotizzare che Graziano, all'epoca della compilazione della prima recensione della sua opera, avrebbe vissuto lontano dal centro di studi legali che si stava sviluppando a Bologna intorno ai ritrovati testi giustiniani: in particolare, suppone l'autore, a Roma. È per questo che egli colloca temporalmente l'opera del Nostro intorno al 1115-1120, anni in cui, vivendo a Roma, Graziano non poteva essere influenzato dalla nuova corrente di studi e di pensiero bolognese, mentre lo sarebbe stato da parte del movimento di Pasquale II, così che le *auctoritates* più recenti (come quelle del Concilio Lateranense II) sarebbero da considerarsi come *paleae* o, comunque, appartenenti ad una seconda recensione del *Decretum*.

Le conclusioni del Vetulani, come abbiamo già visto, sono oggi ampiamente criticate ed anzi confutate dalla moderna storiografia. Rimangono, invece, un faro nella tempesta le tesi di Paul Fournier e, in particolare, quelle di Stephan Kuttner (vedi *supra*), oggi confermate dai recenti studi di Weigand, Winroth e Larrainzar ⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ Uno dei tentativi di Pasquale II fu quello di rigettare la legge secolare (e, quindi, l'impero) sopraffaccendola. Ciò avrebbe dovuto risolvere il problema delle investiture attraversando una radicale separazione tra i due soli.

⁽⁹³⁾ R. WEIGAND, *Frühe Kanonissen und ihre Karriere in der Kirche*, in *ZRG Kan. Abt.* 76, 1990; ID., *Chancen und Probleme einer baldigen kritischen Edition der ersten Redaktion des Dekrets Gratians*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, XXII, 1998; ID., *Fälschungen als Paleae im Dekret Gratians*, in *Fälschungen im Mittelalter. MGH Schriften*, 33:2, Hannover, 1998; ID., *Versuch einer neuen, differenzierten Liste der Paleae und Dubletten im Dekret Gratians*, in *Life and law letters: Historical Studies in Honour of Antonio Garcia y Garcia, Studia Gratiana*, XIX, 1998; ID. (a cura di), *Gratian. The treatise on laws (Decretum DD. 1-20) with the Ordinary Gloss*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., con traduzioni di A. Thompson (per le *Distinctiones*), e di J. Golderly per la Glossa Ordinaria, e introduzione di K. Christensen; ID., *Versuch einer neuen, differenzierten Liste der Paleae und Dubletten im Dekret Gratians*, in *Life and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio Garcia, Studia Gratiana*, XXVIII-XXIX, Roma, 1998; ID., *Mittelalterliche Texte: Gregor I, Burchard und Gratian*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, LXXXIV, 1998;

5. — «Francesco Graziano» è l'appellativo con il quale tanti commentatori del Canto X del Paradiso dantesco continuano, ostinatamente e senza una precisa ragione, a chiamare il *Magister Gratianus*, ivi citato assieme a Tommaso d'Aquino e ai sapienti della prima corona del sole.

A parte la citata imprecisione, che la dice lunga sulla presunta «cultura storico-giuridica» di celebri commentatori della Divina Commedia quali, appunto, lo stesso Sapegno⁽⁹⁴⁾, tanto si è detto intorno al canto X del Paradiso, dove il Poeta, con un improvviso colpo d'ala, ci trasporta lontano dalle miserie terrene che Folco da Marsiglia aveva lamentato alla fine del canto IX (parlando della curia adultera), contemplando al di sopra del mondo la vita beata della Trinità mentre crea e imprime quell'ordine «che l'universo a Dio fa somigliante»⁽⁹⁵⁾.

È tra i grandi teologi (le «alte rote») Tommaso d'Aquino, Pietro Lombardo e, in generale, tra i sapienti della prima corona del sole, che Dante

ID., *Zur künftigen Edition des Dekret Gratians*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 78, 1996; ID., *Die Glossen zum «Dekret» Gratians: Studien zu den frühen und Glossenkompositionen*, in *Studia Gratiana*, XXVI e XVII, Roma, 1991; ID., *Peter Landau's Beiträge zur Geschichte der Quellen des Kanonischen Rechts*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 166, 1997; ID., *Das kirchliche Wahlrecht im Dekret Gratians*, in G. KÖBLER – H. NEHLSSEN (a cura di), *Wirkungen europäischer Rechtskultur: Festschrift für Karl Kroellischell zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 1997; ID., *Burchardauszüge in Dekrethandschriften und ihre Verwendung bei Rufin und als Palaeo im Dekret Gratians*, in *AKKR*, CLVIII, 1989; ID., *Rom und Konstantinopel: Zur Rangordnung der Patriarchate bei Gratian und den Dekretisten*, in K. BORCHARDT – E. BÜNZ (a cura di), *Forschungen zur Reichs – Papst – und Landesgeschichte: Peter Herde zum 65. Geburtstag von Freunden, Schülern und Kollegen dargebracht*, Stuttgart, 1998.

A. WINROY, *The making of Gratian's Decretum*, Phd. Diss. Columbia University, 1996; ID., *The two recensions of Gratian's Decretum*, Coll. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, in Kanonistische Abteilung*, LXXXIII, 1997; ID., *Uncovering Gratian's original Decretum with the help of electronic sources*, in *Columbia Library Columns*, 46:1, New York, 1997; ID., *Lex duae Gratians et le droit romain*, in *Revue de droit canonique*, 98:1, 1998; ID., *The making of Gratian's Decretum*, Cambridge University Press, 2000.

C. LARRAINZAR, *Las raíces canónicas de la cultura jurídica occidental*, «relación oral expuesta en la Universidad de Navarra, el jueves 5 de octubre de 2000, en el Seminario de Profesores de su Facultad de Derecho Canónico», in *Ius Canonicum, Revista del Instituto Martín de Azpilcueta facultad de derecho canónico Universidad de Navarra*, Enero-Junio, 2001, vol. XLI, n. 81, pp. 13 ss.; ID., *El Decreto de Graciano del código Fd (= Firenze, Biblioteca Nazionale, Conv. Soppr. A. I. 402). In memoriam Rudolf Weigand*, in *Ius Ecclesiae*, X, 1998.

⁽⁹⁴⁾ N. SAPEGNO, in particolare l'edizione da lui curata de *La Divina Commedia*, Firenze (prima edizione) 1957, qui disponibile nella sesta ristampa (1990) della terza edizione del 1985, p. 135.

⁽⁹⁵⁾ DANTE ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Paradiso*, I, v. 105.

colloca Graziano, autore del *Decretum* per antonomasia, così introducendolo:

*Quell'altro fiammeggiare esce del riso
Di Grazian, che l'uno e l'altro foro
Aiutò sì che piace in paradiso*⁽⁹⁶⁾.

La scelta sistemica del Sommo Poeta, di considerare Graziano come uno dei grandi teologi o teologi-giuristi del XII secolo potrebbe, come effettivamente è avvenuto (se consideriamo, per esempio, le dottrine del Sohm), indurre lo studioso a ritenere che, per Dante, il *Magister Noster* fosse l'«ultimo» in senso cronologico, ma il primo in termini d'importanza, dei teologi-giuristi dello *ius antiquum* e, per virtù, per valore e per significato intrinseco dei suoi *Decreta*, anche un formidabile modello dal quale i canonisti a lui successivi seppero prendere spunto, rompendo le fila della tradizione e spezzando il corpo mistico di Cristo che è, o per lo meno dovrebbe essere, solo legge invisibile. Graziano, infatti, ebbe il coraggio di contrapporre all'*Ecclesia spiritualis*, per dirla col Ruffini⁽⁹⁷⁾, l'esaltazione dell'*Ecclesia carnalis*.

L'apparentemente confusa illazione sopra palesata non è certo priva di significato, ove solo si dia uno sguardo alla storia degli studi e delle polemiche che, dal tentativo di dare una spiegazione alla locuzione «l'uno e l'altro foro», sono nate, specialmente in passato; tentativi spesso animati anche dall'intento di piegare una tesi scientifica ad esigenze «politiche» e contingenti, ovvero a particolari avvenimenti storici. Ciò, tuttavia, non deve stupire, considerati i paradossi e le illazioni che, talvolta anche con toni volutamente polemici, sono stati esternati, specialmente in riferimento al pensiero politico di Dante ed al suo concetto di *ius, aequitas e iustitia*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ DANTE ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Paradiso*, I, v. 103-105.

⁽⁹⁷⁾ M. RUFFINI, *Dante e il protervo decretalista innominato*, in *Memorie di scienze morali, storiche e filologiche*, serie II, vol. LXVI, 1922; ID., *Scritti giuridici minori*, Milano, 1936, pp. 432 ss.

⁽⁹⁸⁾ Vedasi, per tutti, A. SOLMI, *Il pensiero politico di Dante*, Firenze, 1922; G. ARIAS, *Le situazioni giuridiche medievali nella Divina Commedia*, Firenze, 1901; I.A. CHIUSANO, *Dante e il diritto romano*, in *Giornale Dantesco*, anno XX, quad. III, 1912; D. DEL VECCHIO, *Dante e la giustizia penale*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963.

Pio Fedele⁽⁹⁹⁾, egregiamente riassumendo tutto questo, mette in luce che due correnti di pensiero, in particolare, si contrappongono, e che soltanto una «terza via» facente capo a Van Hove⁽¹⁰⁰⁾ emerge con chiarezza, rendendo il vero, circa la visione dantesca di Graziano.

Da un lato Sohm⁽¹⁰¹⁾, Ercole⁽¹⁰²⁾ e pochi altri (vedi *supra*), minoritariamente, evidenziano che per Dante sia un errore considerare Graziano come il fondatore del diritto canonico e, pur apprezzando la sua elevatura, è soltanto con l'opera dei giuristi-canonisti a lui posteriori che si ha la «rottura del corpo mistico della Chiesa».

Fedele, nel tentativo di spiegare in modo ancora più minuzioso questo pensiero non condiviso da chi scrive, riferisce che, secondo Dante, la Chiesa sino a Graziano è «concepita come un'organizzazione, che nulla ha di simile con la società terrena o umana, come un corpo esclusivamente mistico [...] è il governo puramente religioso della cristianità». Tuttavia, dalla metà del secolo XII si fa strada l'idea che la Chiesa «è anche una società o una corporazione, nel senso romanistico del termine: accanto al diritto divino della Chiesa, compare il diritto umano [...] dal foro interno si distingue il foro esterno»⁽¹⁰³⁾ e, oltre al fissarsi del numero dei sacramenti (che da Graziano in poi non sarà più illimitato), l'insegnamento e lo studio del diritto canonico passa dai teologi a giuristi di professione. Ditalchè la rinascita della tradizione giuridico-romanistica segna, altresì, il contemporaneo emergere e il rapido diffondersi «del nuovo diritto canonico monastico» di cui «il Papato si serve per fondare la propria pretesa universale»⁽¹⁰⁴⁾. In proposito, l'Ercole, pretestuosamente, ritiene che per Dante il vero ed unico diritto canonico sia quello d'origine divina, lo

⁽⁹⁹⁾ P. FEDELE, *Dante e il diritto canonico*, estratto dall'*Ephemerides Iuris Canonici*, Annus XXI, 1965, nn. III e IV.

⁽¹⁰⁰⁾ A. VAN HOVE, *Quae Gratianus contulerit methodo scientiae canonicae*, in *Apollinaris*, 1948.

⁽¹⁰¹⁾ R. SOHM, *Das Atkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratianus*, München und Leipzig u. Berlin 1918.

⁽¹⁰²⁾ F. ERCOLE, *Recensione a Vento (La filosofia politica di Dante nel «De Monarchia»*, Torino, 1921), in *Giornale storico della letteratura italiana*, LXXX, 1922.

⁽¹⁰³⁾ Nel senso che accanto al giudizio divino si pone quello umano, attraverso la giurisdizione ecclesiastica, cfr. P. FEDELE, *op. cit.*, p. 50, il quale tiene in debito conto anche le dottrine di F. ERCOLE, *op. cit.*, pp. 155 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ P. FEDELE, *op. cit.*, p. 50.

stesso che Graziano definisce come *ius naturale* coincidente con l'*aequitas* e con *quod in Lege et Evangelio continetur*:

Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut uiri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, aquisitio eorum, quae celo, terra marique capiuntur; item depositae rei uel commendatae pecuniae restitutio, uiolentiae per uim repulsio? 1. Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equumque habetur⁽¹⁰⁵⁾.

In sostanza per l'Ercole, come d'altronde anche per il Mossini⁽¹⁰⁶⁾, la legge umana è necessariamente condannata, per ciò solo (per non essere, cioè, di diretta origine divina) dal fardello dell'imperfezione, dall'«intima e sofferta constatazione dell'intrinseca incapacità, del diritto, di distaccarsi dal mondo e dalle sue passioni e cupidigie»⁽¹⁰⁷⁾; cosicché, per Dante, il vero e proprio diritto canonico sarebbe quello esclusivamente divino: «Dante [...] non riconosce alla legislazione pontificia e alla tradizione giuridica canonistica il diritto di trasformare il concetto e la costituzione della Chiesa; e perciò non accetta il concetto della Chiesa, come società o corporazione in senso giuridico [...] per lui, la costituzione della Chiesa è sempre sovranaturale, carismatica, com'era stata per Agostino e per tutto il medio evo, sino a Graziano incluso: il canonista Graziano che, non senza motivo, Dante pone in Paradiso, non come giurista, ma come teologo [...] quindi, nella visione dantesca, secondo questa corrente di pensiero, il diritto canonico per antonomasia sarebbe esclusivamente quello divino (o *ius naturale*, se vogliamo utilizzare un'espressione graziana) e Dante, perciò, non conoscerebbe altro diritto umano che quello dell'impero»⁽¹⁰⁸⁾.

Orbene, criticando questa teoria, Fedele pone l'accento sul fatto che Sohm consideri Graziano come l'ultimo dei grandi teologi-giuristi del

⁽¹⁰⁵⁾ *Decretum Gratiani*, nella nota edizione critica del secolo XIX curata da E. Friedberg, D.I, c.7.

⁽¹⁰⁶⁾ L. MOSSINI, *Religione e diritto in Dante*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, pp. 992 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ P. FEDELE, *op. cit.*, p. 29.

⁽¹⁰⁸⁾ P. FEDELE, *op. cit.*, p. 51.

passato, e contrappone l'era che termina con il *Magister*, a quella successiva dello *ius novum*, dominata dal potere «temporale di una Chiesa ormai strutturata corporativamente, dove il diritto umano-canonico si contrappone, ormai e per sempre, a quello divino-evangelico». Per Sohm, dunque, Graziano, che con il *Decretum* riassume oltre mille anni di *ius antiquum* ed *antichissimum*, è un personaggio molto simile a Lutero che davanti a un gruppo di professori e di studenti, fuori dalle mura di Wittemberg, il 10 dicembre del 1520 «bruciava solennemente la bolla *Exsurge Domine* (15 giugno 1520) che lo aveva condannato; e con essa, la cosiddetta *Summa angelica* — il diffusissimo manuale ad uso dei confessori del b. Angelo Carletti da Chiasso —, gli scritti dei suoi avversari. Specialmente l'Eck e l'Ermsler, e i testi di diritto canonico»⁽¹⁰⁹⁾ privilegiando la condanna del *Corpus Iuris Canonici* e della teologia scolastica.

L'isolata opinione del Sohm⁽¹¹⁰⁾, seguita anche dall'Ercole⁽¹¹¹⁾ e da pochi altri, come ad esempio Ghellinck⁽¹¹²⁾, stride in modo evidente con la realtà dei fatti. Lutero condanna ciò che Graziano in realtà esalta: il diritto canonico, non solo nella sua espressione di *ius naturale* e di *ius divinum* (entrambi componenti essenziali dello *ius antiquissimum*), ma anche di *lex*, *mos*, *consuetudo*, nonché, dal XII secolo in poi, grazie al *Magister Noster* e alla sua scuola (che tra i suoi più affezionati cadetti, ebbe l'onore di avere i futuri pontefici Alessandro II, Innocenzo III, Innocenzo IV, Bonifacio VIII), anche una parte dello *ius gentium*, dello *ius militare*, dello *ius publicum* e dello *ius Quiritium*, ovvero, dello *ius civile*. Per essere più precisi, sarà proprio la lettura del *Decretum* a suscitare l'ira di Lutero contro le indulgenze. La domanda, allora, nasce spontanea: come è possibile vedere delle similitudini tra i due personaggi e, allo stesso tempo, riconoscere in Dante un'antesignano di un simile pensiero (protestantesimo)?

È innegabile, al contrario, che l'autore dei *Decreta* sia l'indiscusso padre della scienza del diritto canonico⁽¹¹³⁾ e l'iniziatore dell'indirizzo giuridico protesato nello studio dei canoni, prima di lui confuso con gli studi teologici. Ed è altrettanto indiscutibile che Dante ebbe presente tutto ciò

⁽¹⁰⁹⁾ A. PINCHERLE, *Graziano e Lutero*, in *Studia Gratiana*, III.

⁽¹¹⁰⁾ R. SOHM, *Das Atkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratianus*, loc. cit.

⁽¹¹¹⁾ F. ERCOLE, *op. loc. cit.*

⁽¹¹²⁾ P. DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, loc. cit.

⁽¹¹³⁾ S. KUTNER, *The father of the science of canon law*, loc. cit.

e, proprio perché vissuto dopo Graziano, non poteva non comprendere appieno la grandezza del personaggio che, riassumendo definitivamente oltre mille anni di *ius antiquum* ed *antichissimum*, aprì la strada al diritto delle decretali, tracciandone le linee essenziali.

Pertanto, se volessimo seguire l'opposta dottrina del Sohm, dovremmo credere che per Dante il *Decretum* fosse un'opera meramente teologica, volta ad esporre il sistema dei sacramenti in corrispondenza della loro relativa importanza e, il suo autore, un grande teologo che effettivamente insegnò teologia (probabilmente speculativa) e che è stato (non a caso) collocato dal Sommo Poeta nel Canto X del Paradiso, accanto al sole d'Aquino ed a Pietro Lombardo. In breve, per dirla con le parole di Fedele nel suo più volte citato lavoro, secondo Sohm, nel pensiero dell'autore della Divina Commedia, «da dottrina dei canoni passò dal campo della teologia a quello del diritto, non già verso la metà del secolo XII per opera di Graziano, ma una generazione dopo di lui per opera soprattutto di Alessandro III ed Innocenzo III, i quali, d'accordo con la scuola canonistica bolognese, furono i creatori del nuovo diritto canonico»⁽¹¹⁴⁾.

A tale concezione, come già detto minoritaria, si contrappongono sia cattolici che protestanti, e Fedele, ricordando il pensiero del Brandileone⁽¹¹⁵⁾ sottolinea che l'abilità, che vede Dante in Graziano, di aver saputo conciliare *l'uno e l'altro foro* sta anche, ma non solo, nell'aver saputo trovare la giusta *concordantia* tra *ius naturale* e *ius humanum*, tra *iudicium Dei* e *iudicium Ecclesiae*, in un momento in cui, a cavallo tra due epoche, occorreva mettere ordine nell'oceano di canoni conciliari e di decretali (*lato sensu*) pontifice, a fronte di una complessa realtà per cui, ad una primitiva Chiesa cristiana, regolata prevalentemente da *ius divinum*, si accostava una *Ecclesia nova*, in cui l'accumularsi, nell'arco di oltre un millennio, di *ius humanum*, rendeva necessaria l'eliminazione di ogni *aphoria* per riportare equilibrio tra Dio e gli uomini: il *Decretum Magistri Gratiani* fu la soluzione di tutto. Per questo Graziano è, secondo Dante (*melius* secondo chi crede che Dante avesse avuto tale concezione), il padre del diritto canonico, senza mancare di essere, allo stesso tempo ed in alcuni casi, anche un te-

⁽¹¹⁴⁾ P. FEDELE, *op. cit.*, p. 53.

⁽¹¹⁵⁾ F. BRANDILEONE, *Perché Dante colloca in paradiso il fondatore della scienza del Diritto Canonico*, in *Rendic. dell'Acc. Naz. dei Lincei*, Serie VI, vol. II, 1926.

ologo. Egli creò *ex novo* una *scientia*, risolvendo così annosi problemi pratici ma anche teorici, specialmente per ciò che attiene la materia sacramentale, la concezione del corpo mistico della Chiesa e l'ordinamento della medesima, ma senza mai distaccarsi dalle fonti di *ius divinum* e *ius naturale* che tanto affascinano i teologi.

In definitiva, per Fedele, che all'uopo si serve delle tesi di Sacchi e di Brandileone, l'errore del Sohm è quello di aver distinto tra Chiesa, da lui intesa come corpo unicamente spirituale, sovranaturale, e diritto canonico, rendendo incompatibili le due realtà che sono, invece, facce di una stessa medaglia: tra i due elementi vi è intima connessione e non antitesi. Chiesa, infatti, non è solo *corpus Christi* ma è anche *societas fidelium* o *societas christiana* che, per dirla con il Santi Romano, è pur sempre un'*institutio* e, come tale, ha bisogno di regole e di comportarsi come un ordinamento giuridico vero e proprio. È proprio quest'ordinamento, mistico e allo stesso tempo corporativo (essendo quest'ultimo rappresentato, oggi, dal *Codex Iuris Canonici* del 1983) che, nella concezione medievale, era chiamato assieme all'Impero a guidare l'umanità.

Volendo riassumere le due posizioni sin qui rappresentate, da un lato si è mossi dal motivo politico di giustificare la riforma ed il pensiero di Lutero, dall'altra dalla necessità di volere a tutti i costi trovare un equilibrio tra potere ecclesiastico e potere imperiale. Da ambo le parti, quindi, si ha un'esaltazione di Graziano per motivi differenti e si cerca di piegare la visione dantesca alle esigenze proprie di questa o quella corrente di pensiero. A questo punto resta un punto importante da chiarire, e cioè quale fosse la posizione reale di Dante rispetto al diritto canonico, a Graziano e ai decretalisti a lui posteriori, mettendo per ora da parte il problema della spiegazione del termine «l'uno e l'altro foro».

Orbene, non c'è dubbio che Dante consideri Graziano non certo alla stregua di decretalisti di professione come l'Ostiense, ma di grandi teologi, tutt'altro che vanagloriosi come Pietro Lombardo e Tommaso d'Aquino. È altresì pacifico che Dante muove una dura condanna contro i giuristi di professione (così come contro i medici), e ciò avviene, secondo Van Hove⁽¹¹⁶⁾, non per l'idea in sé di diritto canonico che essi avevano ed insegnavano, ma per la corruzione materiale e spirituale di questi, logorati dal

⁽¹¹⁶⁾ A. VAN HOVE, *Quae Gratiano contulerit*, loc. cit.

desiderio di fare incetta di cariche temporali così come di beni materiali, in breve dalla cupidigia⁽¹¹⁷⁾. La condanna di Dante, quindi, non è tanto rivolta al diritto canonico, quanto al comportamento di molti giuristi-canonisti vissuti dopo Graziano ed attenti soltanto a soddisfare il loro *particulare*, come gente nova de dubiti guadagni che costantemente si professano amici della sapienza per utilidade, sì come sono li legisti li medici e quasi tutti li religiosi, che non per sapere studiano ma per acquistare moneta o dignitate⁽¹¹⁸⁾. Similmente, nel *Decretum Gratiani* si hanno svariati accenni al male della cupidigia, come in D. XVII, c.1, in cui si richiama un passo della Bibbia tratto dal Levitico:

Radix omnium malorum est cupiditas.

Così in C.I, q.II, c.9⁽¹¹⁹⁾:

Sacerdos, cui dispensationis cura commissa est, non solum sine cupiditate, sed etiam cum laude pietatis accipit a populo dispensanda, et fideliter dispensat accepta ... Clerici quoque, quos pauperes natiuitas fecit, cum perfectione uirtutis uitae necessaria sive in domibus suis, sive in congregatione uiuentes accipiant, quia ad ea accipienda non eos cupiditas ducit, sed uiuendi necessitas cogit.

Quindi, riportandosi all'autorità di Gregorio Magno (*Auctoritate B. Gregorii papae probatur*), Graziano riferisce un Canone di Antonio Subdiacono⁽¹²⁰⁾ in C.VIII, q.II, c.2:

⁽¹¹⁷⁾ La condanna di Dante nei confronti dei giuristi-canonisti che vissero dopo Graziano deriva in realtà da più fattori. Vi è innanzitutto la «cupiditas», che fa sì che il diritto (o meglio il suo uso) si distacchi dalla giustizia e, quindi, dalla legge divina (ovverosia l'essenza del corpo mistico della Chiesa), identificandosi con il concetto di *iustitia* e di *aequitas*, ciò è comune sia al pensiero di Dante che a quello di Graziano. Dante nel *Convivio* (IV, XII, 9-10) afferma quanto segue: «È che altro intende di meditare l'una e l'altra Ragione, Canonica dico e Civile, tanto a riparare la cupiditate che, raunando ricchezze, cresce». Sul significato di questo passo del *Convivio* e sulle varie opinioni che si sono avvicendate, vedasi P. FEDELE, *op. cit.*, p. 5, n. 3.

⁽¹¹⁸⁾ DANTE ALIGHIERI, *Convivio*, IV, XXXVII, 9.

⁽¹¹⁹⁾ Così rubricato dal *Magister*: «Qui sua relinquunt, uel pauperibus distribuunt, uel ecclesiae rebus adiungunt, laudabiliter ecclesiastica dispensando».

⁽¹²⁰⁾ A. SUBDIACONO rivolgentesi ad *Clerum Mediolanensem*. [lib. II., Indict. 11., ep. 29.]. La rubrica graziana ha questo titolo: «In electione antistitis communi utilitati, non suo lucro quisque prospiciat».

Dilectissimi filii, offitii nostri censura commoniti suademus, ut in suscipiendi antistitis causa nullus uestrum neglecta utilitate communi suo lucro prospiciat, ne, si quisquam propria commoda appetit, friuola estimatione fallatur, quia nec libero iudicio preferendam sibi personam examinat mens, ...

Ed ancora riferimenti al male dell'anima che è la *cupiditas* si hanno in C.XXIII, q.IV, c.I («*Nocendi cupiditas ...*»), a proposito dello *ius belli*), in D.II, c.23, *de penitentia* (vale a dire in C.III, D.II, q.23):

Quia radix omnium malorum est cupiditas, et radix omnium bonorum est karitas, et simul ambae esse non possunt, nisi una radicitus euulsa fuerit, alia plantari non potest.

Idem in D.III, c.XXXIV, *de pen.* ⁽¹²¹⁾:

Ignis alienus libido, auaricia, et omnis cupiditas praua.

E, allo stesso modo, in D.IV, c.VI ⁽¹²²⁾:

Quaecumque enim post baptismum siue prauitas heretica, seu mundana cupiditas arripuerit, mox prosternit in ima omnium uiciorum.

Interessanti sono le *auctoritas* riportate in C.XIV, q.IV, che si riferiscono, tutte, alla condanna dell'usura, specialmente se ad opera di clericali. Nel primo canone (C.XIV., q.IV, c.1) viene riportata un'epistola di Papa Gelasio ai chierici della Lucania e della Sicilia:

Clerici ab indignis questibus nouerint abstinendum, et ab omni cuiuslibet negotiationis ingenio uel cupiditate cessandum. In quocumque uero gradu sint, si cessare noluerint, mox a clericalibus offitiis abstinere cogantur.

Quello in C.XIV, q.IV, c.7 è invece un canone conciliare, in cui viene ripetuto il medesimo concetto:

Quoniam multi clerici, auaritia causa turpia lucra sectantes, obliuisci sunt diuini precepti, quo dictum est: «Qui pecuniam suam non dedit ad usuram», statuit hoc sanctum concilium, ut, si quis inuentus fuerit post hanc definitionem usuras accipere, uel ex quolibet tali negotio turpia lucra sectari, uel etiam species frumentorum ad sescuplum dare, omnis, qui tale aliquid conatus fuerit ad questum, deiciatur a clero, et alienus habeatur ab ecclesiastico gradu.

⁽¹²¹⁾ Si tratta della lettera LIV di Agostino ai Macedoni.

⁽¹²²⁾ Ivi si riporta un passo evangelico: LUCA, lib.IV, c. 48.

lium, ut, si quis inuentus fuerit post hanc definitionem usuras accipere, uel ex quolibet tali negotio turpia lucra sectari, uel etiam species frumentorum ad sescuplum dare, omnis, qui tale aliquid conatus fuerit ad questum, deiciatur a clero, et alienus habeatur ab ecclesiastico gradu.

Infine, in un'*auctoritas* di Iulius Papa in C.XIV, q.IV, c.9, attraverso un esempio abbastanza semplice, è espresso in modo evidente il disprezzo per la cupidigia, non solo dei chierici ma di *quicumque*:

Quicumque tempore messis uel uindemiae non necessitate, sed propter cupiditatem comparat annonam uel uinum, uerbi gratia de duobus denariis comparat medium unum, et seruat, usque dum uendatur denariis quatuor aut sex, aut amplius, hoc turpe lucrum dicimus.

La stessa avversità che ha Graziano per la *cupiditas* la ritroviamo, come già abbiamo visto, anche in Dante ⁽¹²³⁾, il quale condanna i giuristi decretalisti (oltre a medici e a mercanti) che mirano soltanto al proprio *particolare*, ed esalta invece l'autore dei *Decreta*, in un certo senso mettendo in luce l'amore per il sapere e per la *concordantia* degli apparenti contrari, che è il filo conduttore di tutta l'opera graziana.

L'esaltazione che fa Dante di Graziano, tuttavia, non va vista sotto quest'unco aspetto, infatti il Nostro è colui che *l'uno e l'altro foro aiutò* e che, essendo collocato nella prima corona del sole tra i sapienti, assieme ad Agostino, Tommaso e Pietro Lombardo, è considerato come un grande sapiente-teologo, come in effetti fu, cresciuto attraverso un minuzioso studio delle sette arti liberali, in un'epoca in cui non esistevano ancora i giuristi di professione. Eppure è proprio con Graziano, educato come teologo, che la teologia trova un suo spazio autonomo dal diritto, senza per questo porsi in contrasto con il medesimo, e neanche in netta separazione, come vorrebbe invece il Sohm, certo dell'appartenenza di quel personaggio al partito di Aimerico, il quale proclamava la netta separazione tra i due soli per risolvere i problemi interni ed esterni alla comu-

⁽¹²³⁾ Non solo nella *Divina Commedia* ma anche nel *Convivium* e nel *Monarchia*. Nel *Paradiso*, canto V, vv. 79-81 Dante afferma, a proposito della *cupiditas*: «Oh cupidigia che i mortali affonde / sì sotto te che nessuno ha podere / ti trarre li occhi fuor dalle tue ondel».

nità cristiana. Tuttavia, nel Pensiero di Dante così come in quello di Graziano, la soluzione non si ha nella netta separazione dei due soli, né con la completa compenetrazione dell'uno nell'altro e, analagamente, della teologia nel diritto canonico.

Quello che noi definiamo come «diritto canonico», per il Nostro, in realtà, era sì una disciplina nuova e non coincidente con la morale e la teologia, ma trovava in esse la sua linfa vitale. Infatti, è vero che da Graziano in poi tantissime cose si modificarono e nella cultura giuridica europea e nell'ordinamento della Chiesa di Roma i cui sacramenti, per esempio, come già abbiamo avuto modo di mettere in evidenza, dal momento della diffusione del *Decretum Gratiani* si stabilirono nel numero limitato di sette, ma è vero anche che l'opera sua, oggetto del presente studio, rivoluzionò il modo di rappresentare il diritto della Chiesa ed il suo rapporto con la teologia.

Prima dell'apparizione del *Decretum Gratiani*, in effetti, vi era soltanto un giudice (Dio) onnipotente nei pensieri, nelle azioni ed omissioni degli uomini, operante per mezzo dei sacerdoti che confessavano i fedeli. La teologia e, quindi, lo studio delle Sacre Scritture e del «pensiero» divino, prima di Graziano, era l'unico mezzo attraverso il quale valutare, giudicare ed eventualmente condannare non solo i comportamenti ma anche i pensieri.

Durante il XII secolo, però, le cose andarono cambiando e si modificarono notevolmente, al punto che a fianco della teologia si pose il diritto canonico (la c.d. teologia pratica), attraverso il quale il giudice umano poteva valutare soltanto le azioni e le omissioni, senza che un pensiero non espresso, che non avesse arrecato danno alcuno, potesse essere suscettibile di valutazione in termini giuridici. Ed è proprio questo il punto: si ha una giuridicizzazione dei comportamenti umani e dal punto di vista del diritto secolare, grazie a Irnerio, e dal punto di vista dell'*Ecclesia carnalis*, grazie al *Magister Gratianus* ⁽¹²⁴⁾ ed al «fratello» Pietro Lombardo

⁽¹²⁴⁾ M. BELLOMO, *Società e Istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, cit., p. 358, sostiene che «la portata rivoluzionaria di una visione che fa coincidere i confini del diritto umano, civile e canonico, con la possibilità di valutazione e di giudizio dei soli comportamenti, e non più dei pensieri, sta proprio nella conseguenza di sottrarre al potere dell'uomo di Chiesa in quanto tale il controllo di tutto l'operato umano in vista di fini pratici (la restaurazione dell'ordine sociale violato); di lasciargli solamente il controllo

con il suo *Liber Sententiarum*. È anche (e specialmente) per questo motivo che Bellomo evidenzia quanto segue: «se per Dante Graziano merita il Paradiso perché ha separato l'uno e l'altro foro (quello interno della coscienza e quello esterno delle azioni), per molti del suo tempo (basterà immaginare gli atteggiamenti dei parroci e dei confessori delle provincie d'Europa), Graziano dovette apparire come un incomodo personaggio: proprio quando, sulla linea ormai secolare delle riforme pregregoriana e gregoriana e della cultura monastica dei camaldolesi, egli stava rigenerando, nel diritto, la Chiesa come ordinamento universale» ⁽¹²⁵⁾.

Tale palingenesi dello spirito e dell'organizzazione della Curia Romana, grazie all'opera del monaco Graziano, fu talmente profonda e risonante che alcune costituzioni pontificie di epoca a lui successiva, recepiscono *sic et simpliciter* taluni orientamenti dottrinali del Nostro. Come osserva P.G. Osterle, «il benefico influsso di questo grande maestro e dell'opera sua non è cessato neanche ai giorni nostri, che anzi nell'attuale legislazione ecclesiastica si scorgono le evidenti tracce di alcuni principii che affermati e sviluppati da Graziano, consolidati dalla secolare consuetudine, approvati da tanti Pontefici, furono finalmente confermati ed introdotti nel nuovo Codice di Diritto Canonico» ⁽¹²⁶⁾. Osterle continua, quindi, citando l'esempio della dottrina della consuetudine secondo Graziano il quale nella rubrica *ad D.XI, c.5*, afferma il principio della *consuetudo praeter ius*:

Inviolabilis est consuetudo, que nec humanis legibus nec sacris canonibus obviare monstratur.

Tale rubrica appare come una ripetizione del *dictum ante D.XI, c.5* dove si legge:

della fede e dell'anima; di affidare a giudici terreni (anche con abito ecclesiastico) il controllo delle azioni terrene rilevanti nel contesto sociale; e su questa via di avvalersi del diritto romano, nella conformazione romano-canonica che se ne dà, per l'ordo dei processi terreni (affidamento che si compie negli ultimi due decenni del secolo XII)».

⁽¹²⁵⁾ M. BELLOMO, *Società e Istituzioni*, cit., p. 358.

⁽¹²⁶⁾ P. GERARDO OSTERLE, *Graziano e l'opera sua giuridica*, in *Rivista Camaldolese*, I, 1926, n.4, p. 94, che rappresenta la continuazione dell'articolo apparso sul numero precedente (n. 3).

Cum vero nec sacris canonibus, nec humanis legibus consuetudo obviare monstratur, inconcussa servanda est.

Tutto ciò è apparentemente in aderenza con quanto si legge nel *dictum ante* D.XI, c.1, dove si mette in evidenza che trattasi di un principio caro alle *Ethymologiae* di Isidoro di Siviglia:

Quod vero legibus consuetudo cedat, Ysidorus testatur in Sinonimis, libro II.

Sin qui, sembrerebbe chiaro che la consuetudine non può abrogare la legge, ma può aver vigore nei casi non previsti da questa oppure quando non sia contraria alla medesima; senonchè, sempre in D.XI, c.5, con un preciso riferimento al *Codex* giustiniano (libro VII, titolo II) e, in particolare, ad una costituzione dell'Imperatore Costantino, si legge:

Quae sit longa consuetudo [(t. 53. const. 2.)] consuetudinis usque longevi non uilis auctoritas est: uerum non usque adeo sui ualitura momento, ut aut rationem uincat aut legem scriptam.

In sostanza, ribaltando l'orientamento precedente, per il *Magister dei Decreta*, è possibile, almeno secondo il precetto di codesta *auctoritas*, che una consuetudo possa, in taluni casi, abrogare un precetto normativo. Di ciò si avrebbe conferma, secondo P. G. Osterle, nel *dictum ante* D.IV, c.3:

Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur.

La «scomodità» ed al contempo la grandezza e la rivoluzionarietà di Graziano per la Chiesa del XII e dei secoli successivi è, almeno sotto questo aspetto, notevole, al punto che la fama e la larga utilizzazione pratica del *Liber Decretorum* fecero in modo che la dottrina graziana divenisse un esempio ed un input per la legislazione pontificia a lui successiva. Basti pensare, come evidenza l'autore citato, che il postulato in virtù del quale la consuetudine è in grado di abrogare la legge contrastante, fu san-

cito poi definitivamente in una decretale di Gregorio IX ⁽¹²⁷⁾ e poi, successivamente, nel *Codex Iuris Canonici* del 1917 ⁽¹²⁸⁾.

Non può sottacersi, in definitiva, che il *Liber Decretorum* sia soprattutto una grande opera dottrinale in cui all'apparentemente netta separazione tra scienza canonistica e teologia, corrisponde, in realtà, tra le medesime, un'intima e profonda connessione. Basti pensare che, al tempo del *Magister Noster*, non si parlava ancora di «diritto canonico», bensì di *theologia practica externa*, ovvero di *theologia reatrix*, per distinguere, appunto, tale *scientia nova*, dalla teologia speculativa. Quest'ultima, nel pensiero dantesco, rappresenterebbe, appunto, l'essenza della *Ecclesia spiritualis*, mentre quello che sarà identificato come diritto canonico, sarebbe il *quid* della *Ecclesia carnalis*. Di là di questo, in Dante è vivo il principio della separazione tra i due soli, ed è proprio questo a portarlo ad esaltare Graziano e Pietro Lombardo, quali grandi propugnatori ed antesignani del medesimo concetto, riferito, in particolare, alla teologia ed alla *scientia nova iuris canonici* ⁽¹²⁹⁾.

Ciò che porta Dante all'incontro con Graziano nella prima corona del sole, è anche il fatto che il *Magister* fosse stato l'unico, tra i giuristi del c.d. *ius novum*, ad essere al contempo maestro di teologia, e ad aver inserito nella sua *Concordia Discordantium Canonum* numerosi *capitula* da ricondursi ai Santi Padri della Chiesa ed alle Sacre Scritture. Ditalché appare evidente come non si possa dubitare che Dante ravvisò in quella opera una fisionomia del diritto canonico del tutto diversa da quella che esso poi assunse presso i canonisti posteriori a Graziano, una fisionomia per cui la *Ecclesia spiritualis*, che Dante esaltava ed auspicava, soverchiava e soppiantava la *Ecclesia carnalis*, che egli copriva con il suo disprezzo e la sua condanna; una fisionomia per cui gli elementi prettamente giuridici non sono ancora del tutto scissi ed avulsi da quelli spirituali, etici e religiosi ...» ⁽¹³⁰⁾. Diversità che, tuttavia, pone il Nostro

⁽¹²⁷⁾ Vedasi: *Liber Extra Gregorii IX*, c.11, X, l. 4.

⁽¹²⁸⁾ C. I. C., 1917, lib. I, tit. 2.

⁽¹²⁹⁾ Sul punto cfr. le pregevoli intuizioni di CH. LEFEBVRE, *Formation du droit classique*, in G. LE BRAS - CH. LEFEBVRE - J. RAMBAUD (a cura di), *L'âge classique. 1140-1378. Sources et théorie du droit*, pubblicato su *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, to. VII, Paris, 1965.

⁽¹³⁰⁾ P. FEDELE, *op. cit.*, p. 58.

non come ultimo grande personaggio dello *ius antiquum*, ma come *primus magister* dello *ius novum* il quale. Egli, da umile monaco camaldolese, fu l'iniziatore dell'epoca classica del diritto canonico ma, a differenza dei suoi discepoli e dei suoi successori nelle cattedre di tutt'Europa, rimase sempre vicino agli studi teologici ed ai dettami dello *ius naturale*, fondamenti del suo sapere, e fortunatamente distante dalla bramosia di fama e di dignità temporali, tanto care ai giuristi di professione che Dante condanna.

Quella che potrebbe apparire una contraddizione, e cioè la collocazione di Graziano accanto alle eminenti figure del sole d'Aquino e di Pietro Lombardo, non lo è affatto, se prendiamo spunto dalle osservazioni di Van Engen intorno al *Tractatus de consecratione* fatte palesi in una nota dissertazione proferita alla Berkeley University nel 1980⁽¹³¹⁾.

Van Hengen, forte degli studi di Madame Rambaud, ammonisce circa la necessità di bilanciare il peso di molte irregolarità presenti nella *traditio* dei primi manoscritti del *Decretum* (causati dalla loro imprecisa trasmissione), con il peso che ha, in tutto questo, l'intento di Graziano, intento che è quello di conciliare l'aspetto istituzionale della Chiesa con quello teologico, in particolare quello dei sacri canoni. In altre parole, ciò che per Van Hengen muove il *Magister* nel suo imponente lavoro, è un'esigenza che solo di riflesso ha delle implicazioni storiche o politiche, e che si concretizza nella continua ricerca di *concordantia* tra ciò che inerisce il governo temporale della Chiesa, con i suoi *officia*, e la comunità cristiana, con i suoi *negotia*, da un lato, e ciò che inerisce la funzione salvifica ed eminentemente sovranaturale del *Corpus Mysticum*, con i suoi *sacramenta*. Così, per i due *sacramenta* che creano uno *status* nella vita terrena oltrechè in quella spirituale (voti e matrimonio), Graziano provvede alla loro opportuna collocazione nelle prime due parti del *Decretum*. Per quello che riguarda, invece, gli altri sacramenti, in particolare il battesimo e l'eucarestia, «without which the canons of the Concordia would hardly be a full Church order and a mirror of Christian life»⁽¹³²⁾,

⁽¹³¹⁾ J.H. VAN HENGEN, *Observations on the «De consecratione»*, in S. KUTTNER - K. PENNINGTON (a cura di), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law*, MIC C/7, Città del Vaticano, 1985, pp. 241 ss.

⁽¹³²⁾ J.H. VAN HENGEN, *op. cit.*, p. 244.

la loro ubicazione naturale è la parte terza dell'opera, vale a dire il *Tractatus de consecratione*, non presente nella «first recension» del *Liber Decretorum*.

È su quest'ultimo punto che lo studio di Van Hengen si fa più profondo, al punto tale da evidenziare che la mano originale del *Magister*, è riconoscibile ed è contrassegnata dalla continua ricerca del giusto ordine tra i canoni, al fine di trattare la materia da un punto di vista di «normativo», pur essendo perfettamente conscio della parallela esigenza, non meno sentita, di non aggirare e di aver costantemente presenti i precetti della teologia speculativa circa i misteri della fede.

Senza ulteriormente aggungere sugli studi di Van Hengen, possiamo considerare pacifico il fatto che Graziano abbia sentito il bisogno di trattare materie tipicamente teologiche e, quindi, inerenti l'*Ecclesia spiritualis*, anche sotto l'aspetto normativo, attraverso la minuziosa ricerca di *capitula* (Sacre Scritture comprese) in grado, più di tutti, di rendere giustizia all'importanza e alla delicatezza di quelle tematiche. Di tutto ciò era ben conscio il Sommo Poeta, ed è questo, più di tutti, il *quid* che lo spinge a collocare il *Magister* tra i sapienti della prima corona del sole.

Accanto al sole d'Aquino e a Pietro Lombardo, appare Graziano, uno dei dodici (come gli apostoli) luminari, ovverosia il terzo tra gli umonini più saggi della Chiesa di Roma. È, per questa ubicazione del Nostro, da considerarsi teologica l'opera del *Magister*, almeno secondo Dante? Per Ascheri la risposta non può essere che negativa anche se «il materiale teologico vi ha ancora molta importanza. Dovendo Graziano confrontarsi in continuazione con problemi trattati anche dai teologi, si è parlato del *Decretum* come di un libro di teologia. Ma il tentativo fu di isolare le questioni attinenti al governo della Chiesa e dei fedeli, più che delle anime. Insomma il tentativo fu di isolare i problemi «esterni», rilevanti per il tribunale pubblico, da quelli di competenza del tribunale della coscienza, del peccato, destinati al «foro interno», ossia da purgare con la confessione e la penitenza inflitta dal confessore per un futuro di beatitudine, e sul quale anche il papa vorrà intervenire (con le indulgenze, ad esempio). A questa delicatissima operazione voleva riferirsi probabilmente Dante quando, ponendo in Paradiso Grazia-

no, lo apostrofò come colui che avrebbe aiutato "l'uno e l'altro foro" ...»⁽¹³³⁾.

L'osservazione di Ascheri diventa ancora più penetrante e logica, alla luce di quanto evidenzia Kuttner commentando il metodo dialettico utilizzato nel *Decretum* da Graziano e, in particolare, il complessivo lavoro di Adam Vetulani sul manoscritto di Danzica e sulle tracce di diritto romano ivi presenti: «... the book demonstrated that it was possibile by a process of reasoning and organization to cast all the apparently unwieldy mass of canons into a system, however imperfect, of jurisprudential thought; that it was legitimate for such organized thought to find a place, as a discipline of its own, somewhere between sacred theology and the legal science which, in the wake of the restoring of the full Corpus Iuris Civilis, had just been reborn in the city of Bologna, where Gratian's own monastery stood»⁽¹³⁴⁾.

Inoltre, anche se solo riassuntivamente è d'uopo evidenziare che, per i teologi, la Chiesa è anche e soprattutto il Corpo Mistico di Cristo, dal carattere soprannaturale. Essa, però, incorpora anche un altro aspetto: quello sociale. All'*Ecclesia spiritualis* si contrappone l'*Ecclesia carnalis*. L'una è complementare ed indispensabile all'altra, ma tra le due c'è una totale antitesi. Alla continua ricerca di sintesi e d'armonia, il canonista dell'inizio del secolo XII aveva, quindi, il delicato compito di armonizzare «l'uno e l'altro foro» attraverso la selezione di *auctoritates* anche di carattere strettamente legale, per unire, appunto, la materia legale a quella sacramentale.

Il *Decretum Magistri Gratiani* rappresenta uno spartiacque tra *ius novum* e *ius antiquum* e, dopo la sua apparizione, per i canonisti del XII secolo non fu difficile trovare il modo di continuare l'opera del *primus magister iuris canonici* diretta alla riconciliazione tra l'aspetto sociale e quello mistico della Chiesa di Cristo. L'opera di Graziano è, in breve, unica in quan-

⁽¹³³⁾ Così, M. ASCHERI, *I Diritti del Medioevo. Secoli XI-XV*, Coll.: «Argomenti di storia medievale», Roma, 2000, p. 140. La tesi secondo cui il *Decretum Magistri Gratiani* è da considerarsi un'opera a carattere teologico, è sostenuta, oltre che dai due autori citati da Ascheri, anche da Weigand. Vedasi: A.M. STICKLER, *La norma canonica nel primo millennio della Chiesa*, in *Ius Canonium*, XVI, 1976; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000.

⁽¹³⁴⁾ S. KUTTNER, *Harmony from Dissonances*, cit., p. 8.

to, tra le opere dello *ius novum*, in essa soltanto sono presenti in larga misura, oltre alle decretali pontificie ed ai canoni conciliari, anche passi delle sacre scritture e dei padri della Chiesa: in definitiva, le parole di Cristo. Dopo di lui le raccolte sia ufficiali che non, avranno caratteristiche eminentemente tecniche e strettamente giuridiche, pur trattando, alle volte, anche materie studiate dai teologi, senza più utilizzare fonti patristiche o sacre⁽¹³⁵⁾ con eccessiva frequenza.

Un esempio di come i canonisti classici, grazie alle dottrine graziane, seppero riconoscere la differenza tra regole legali di origine divina e precetti umani (e, quindi, tra l'aspetto teologico e quello giuridico di una stessa materia), si ha in ordine al mistero dell'efficacia, dell'esercizio e della trasmissione dei poteri sacramentali negli ordini sacri. In particolare, questi giuristi, furono in grado di comprendere che non c'è corrispondenza tra i vari gradi di giurisdizione ecclesiastica e il grado degli ordini giudicanti: il concetto di *officium* è lo stesso, sia quando l'organo giudicante è il papa, sia quando è il vescovo, o anche altri soggetti che in base alle gerarchie ecclesiastiche non potrebbero giudicare, come gli arcidiaconi. La funzione sacramentale e, quindi, l'*officium* (di organo giudicante), troverebbe le sue fondamenta nel *fas*, o volontà divina⁽¹³⁶⁾, che è norma e va rispettata.

⁽¹³⁵⁾ Graziano, inoltre, apparentemente dissolvendo qualunque gerarchia tra le fonti del diritto della Chiesa, mette sullo stesso piano fonti di origine divina e fonti di origine umana. Per il *Magister*, ad esempio, una sentenza di scomunica ingiusta va comunque rispettata in quanto *timenda est*. R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli, 1990, nella sua citata monografia concemete la sentenza di scomunica ingiusta nell'opera graziana, evidenzia, a proposito della sentenza *iniusta ex causa*, che essa va rispettata sia quando il condannato per altro motivo si meritava quell'afflizione, sia non meritandola. Ciò si ricaverebbe da due importanti passi del *Decretum*. Il primo è contenuto nel *dictum post C.XI*, q.III, c.40, dove, senza eccessivi sbilanciamenti, si afferma che essa non è da osservare ma da «temere», senza ulteriormente spiegare l'evanescente differenza tra i due concetti che Balbi, invece, strenuamente cerca d'individuare: «Gregorius non dicit sententiam iniuste latam esse srvanda, sed timenda. Sic et Urbanus. Timenda ergo est, id est ex superbia contemplando». L'altra, invece, è un'*auctoritas* di Gregorio Magno individuata da Balbi in C.XI, q.III, c.60 (così rubricato: «Ligandi uel soluendi potestate se priuat qui hanc iniuste exercent») in cui si esplicita il concetto della doverosità del rispetto di un precetto che, per quanto ingiusto, proviene dalla legittima autorità: «Ipse ligandi atque soluendi se potestate priuat qui hanc pro suis uoluntatibus, et non pro subditorum moribus exercent».

⁽¹³⁶⁾ D.W. HEINTSCHEL, *The Medieval Concept of an Ecclesiastical Office*, in *Canon Law Studies*, 363, Washington, Catholic University of America (editor), 1956.

Altri esempi, più semplici, possono aiutarci a comprendere questa tesi. Basti pensare al potere di «ricondurre le pecorelle smarrite all'ovile» attraverso la confessione, la penitenza e soprattutto l'assoluzione, atti che, tutti, sono riconducibili sia al «foro interno» sia al «foro esterno». Per essere ancora più chiari, l'atto di assoluzione è considerato, e dai canonisti e dai teologi, come un fenomeno di giurisdizione e, allo stesso tempo, come un *quid* di puramente spirituale: è un atto rilevante sia sul piano mistico che su quello sociale. Stessa cosa può dirsi per quello che riguarda la sentenza di scomunica che, quantunque *iniuxta ex causa*, produce effetto sia sul piano sacramentale (lo scomunicato non potrà essere comunicato) sia su quello sociale, o legale *strictu sensu* ⁽¹³⁷⁾.

La grandezza di Graziano sta anche nell'aver intuito, per primo, tutto questo, spianando così la strada ai canonisti ed ai teologi dell'epoca classica ⁽¹³⁸⁾. Dopo di lui la mutuale compenetrazione delle due forme di pensiero (giuridico e teologico), non certo priva di contrasti e polemiche, tenderà alla continua armonizzazione del corpo mistico con quello sociale della Chiesa, ed alla conciliazione dei *contraria* con metodo dialettico ⁽¹³⁹⁾. È per questo che, sulla falsariga del *modus operandi* di Graziano, decretisti e decretalisti utilizzeranno sia testi sacri e patristici sia testi romanistici, allo scopo di dimostrare un precetto di diritto, della morale, o della materia sacramentale. Questi giuristi del periodo classico e, quindi, del periodo in cui visse il Sommo Poeta, pur non essendo teologi, cercano affannosamente di trovare un «bene comune», che includa il bene dell'intera comunità cristiana, così come quello del singolo, concentrato al raggiungimento della santità e della vicinanza a Dio attraverso la preghiera e la carità. Per essi l'oggetto del diritto canonico non è semplicemente l'uo-

⁽¹³⁷⁾ Su questo particolare aspetto vedasi, *amplius*: R. BALBI, *La sentenza di scomunica nel Decretum di Graziano*, cit., pp. 97 ss; A. GOMMENGINGER, *Bedeutet die Exkommunikation Verlust der Kirchengliedschaft?*, in *Zeitschrift für katholische Theologie*, LXXIII, 1951, pp. 1-71; P. HUIZING, *Doctrina decretistarum de excommunicatione usque ad Glossam ordinariam Joannis Teutonici*, Roma, 1952; ID., *The Earliest Development of Excommunication latae sententiae by Gratian and the earlier decretists*, in *Studia Gratiana*, III, 1955, pp. 278-320.

⁽¹³⁸⁾ Per quello che riguarda gli studi concernenti i legami e le differenze tra teologia e diritto nel secolo XII, vedi, per tutti, P. ANCIAUX, *La théologie du sacrement de pénitence au XII^e siècle*, Louvain, 1949.

⁽¹³⁹⁾ Ciò appare chiaro non appena apriamo un testo di qualsiasi canonista medievale dell'epoca classica, come Rolandus.

mo, ma «l'uomo spirituale» che vive nella culla della comunità cristiana, ovverosia un pellegrino che cammina sulla strada della vita, diviso tra cose terrene di questo mondo e ricerca della vita eterna. È per questo che Giovanni d'Andrea († 1348), a proposito dei diversi ruoli che hanno il diritto civile e quello canonico, scrive ⁽¹⁴⁰⁾:

ius civile intendit conservare iustitiam propter terminanda litigia, nam suus finis principalis est conservare civilem societatem, [...] ius autem canonicum e converso intendit terminare litigia propter conservandam iustitiam, nam suus finis principalis est ordinare in deum et in legem evangelicam, ut homo gloriam assequatur.

Se non avessimo fatto le prescritte premesse potrebbe apparire sbalorditivo il fatto che, per il commentatore citato, scopo precipuo del diritto canonico è quello di «ordinare in deum et in legem evangelicam, ut homo gloriam assequatur». Le affinità con la teologia sono notevoli, ma il giurista-canonista del XII secolo rimane un dogmatico e studia i precetti divini e umani vigenti nella Chiesa di Cristo, così come sono, senza interrogarsi sui misteri della fede. Per dimostrare tutto questo, e per staccarsi dalla tradizione opposta dello *ius antiquum*, i primi dogmatici della nuova e rinnovata scienza canonistica sentirono il bisogno di dare un posto ben preciso al diritto canonico all'interno della storia dell'umanità. È per questo che nei *Prolegomena* ai trattati di Paucapalaea (*Summa decretorum*), di Stefano di Tournai, di Giovanni Paventino (*Summa*), di Tancredi (*Apparatus decretalium Comp. III*) e dell'Ostiense (*Summa aurea*) si parte dalla creazione di Adamo e della legge naturale per poi giungere, attraverso la legge di Mosè, i profeti e i santi Padri della Chiesa, ai canoni conciliari e alle decretali pontificie dell'epoca successiva sino a quella loro coeva. Alcuni dei canonisti di quel secolo furono anche insigni teologi, come Ugo di San Vittore ⁽¹⁴¹⁾, il quale considerò il diritto canonico come parte del Nuovo Testamento, assegnandoli lo stesso ruolo che i libri agiografici di Geremia hanno nel Vecchio Testamento. Iniziò a farsi strada una nuova consapevolezza: l'ordinamento della Chiesa non era fatto solo da leggi divine

⁽¹⁴⁰⁾ J. ANDREAE, *Quaestiones mercuriales*, ad reg. II *Possessor non praescribit*, ed. Venezia, 1581, fol. 60^{vb}.

⁽¹⁴¹⁾ UGO DI S. VITTORE, *Didascalion* 4.2, ed. C. H. Buttner, Washington, 1939, pp. 72-10; ID., *De scripturis sacris* c. 6, PL 175.15.

ma anche e soprattutto da leggi umane, talvolta anche di origine temporale (come il *ius civile* giustiniano), che venivano collocate addirittura accanto ai testi sacri o all'interno di essi, nel Nuovo Testamento. D'altronde la stessa Chiesa non ha mai nascosto di aver preso in prestito molti istituti giuridici, spesso di carattere processuale, proprio dal diritto romano-giustiniano. In proposito Adam Vetulani, studiando il famoso manoscritto di Danziaca rinvenuto nel secolo XX, osservò che all'epoca di Graziano si usava giustificare questa prassi asserendo *sic et simpliciter* che ogni forma di difesa «giudiziale», anche se apparentemente laica, trova le sue più remote origini nelle scuse di Adamo, che teneva in mano la mela, di fronte ai rimproveri di Dio: «era stata Eva a volerla»⁽¹⁴²⁾.

In definitiva, la linea guida per comprendere il pensiero teologico di Graziano, è quella tracciata dal Lefebvre⁽¹⁴³⁾: è sufficiente lo studio di alcuni tra i più grandi canonisti dell'epoca classica per intuire l'insegnamento del *primus magister iuris canonici*. Il grande Ostiense (Enrico da Susa, cardinale e vescovo di Ostia, † 1271) ad esempio, ritiene che il giurista-canonista partecipi di due nature, una angelica ed una terrena, e cita S. Paolo, per il quale un giorno le anime più nobili giudicheranno gli angeli⁽¹⁴⁴⁾. Anche nell'Ostiense, tuttavia, è vivido il pensiero della separatezza delle due sfere, quella della teologia e quella delle due leggi (canonica e romana)⁽¹⁴⁵⁾, entrambe necessarie per assicurare l'ordine nella vita della comunità cristiana, ed i mezzi per far raggiungere al singolo individuo un minimo di santità. Per lui, la scienza legale (sia canonistica che romanistica: si parla ormai di *utrumque ius*) è un *quid* dalle caratteristiche «sacre». Per Ulman, ciò si evincerebbe da alcuni salienti passaggi della *Lectura* dell'Ostiense, che sono i seguenti:

⁽¹⁴²⁾ A. VETULANI, *Dekret Gracjana i pierwsi dekretyści w świetle nowego zrodla*, Wrocław-Cracow, 1955, p. 62. Identico concetto è espresso in due compilazioni anonime della scuola anglo-normanna: la *Summa Omnibus qui in se* e la *Prologue Sapientia edificavit*.

⁽¹⁴³⁾ CH. LEFEBVRE, *Dictionnaire de droit canonique* V, 1953, pp. 1211-1227.

⁽¹⁴⁴⁾ PAULUS, I Cor. 6.3.

⁽¹⁴⁵⁾ ENRICO DA SUSA (OSTIENSE), *Lectura*, 1.14.14, tit. *De aetate et qualitate ordinandorum*, c. *Cum sit ars artium* nn. 2-7, editio Venetiis. Questo passo è commentato da W. ULMANN, *Medieval Papalism*, London, 1949, pp. 30-31.

... sed haec est veritas quod ars artium est divina lex, a qua non est excludenda canonica nec humana⁽¹⁴⁶⁾ [...] unde dicas quod istae duae leges unum sunt cum theologia, et omnes sunt necessariae ecclesiae sanctae Dei⁽¹⁴⁷⁾. [...] Non potest dicere oculos manui, opera tua non indigeo, aut iterum caput pedibus, non estis mihi necessarii⁽¹⁴⁸⁾ [...] multi tamen has leges, sc. humanam et canonicam, reprobant et blasphemant, quia secundum Boetium tot sunt hostes artis quot ignorant⁽¹⁴⁹⁾ ...

Se il diretto (pur se non coevo) figlio spirituale di Graziano crede in questi principi, anche il *primus magister iuris canonici* deve aver creduto nei medesimi assiomi da lui stesso formulati e dai suoi *discipulos* degnamente tramandati. Si tratta dell'idea di *aequitas canonica*, così ben espressa nel pensiero di Enrico da Susa detto l'Ostiense, ed implicitamente formulata da Graziano, nella cui opera, tra le righe spesso si scorge: amore, misericordia, pietà, legge, norma e giustizia sono concetti che si compenetrano e sono al contempo contemplati dalla teologia così come dalla scienza legale. Giuristi e teologi, quindi, studiano le medesime cose, spesso per i medesimi fini, ma con metodi completamente differenti⁽¹⁵⁰⁾.

La citata compenetrazione tra teologia e diritto, fa coincidere, nel pensiero di Graziano, il concetto di peccato con quello di delitto, o violazione delle leggi civili le quali, quindi, sono un riflesso di quelle divine solo se interpretate *cum grano salis* e riconciliate all'altro foro una volta risolti razionalmente tutti i *contraria*. Compito del canonista è, infatti, quello di selezionare quelle *auctoritates* contrastanti per giungere ad una *concordia rationalis*. Il ruolo dell'interprete, quindi, è delicatissimo, specialmente in presenza di precetti che hanno a che fare con la materia sacramentale. Infatti, nel *Decretum Gratiani* è spesso presente il concetto di *iniustitia* (che

⁽¹⁴⁶⁾ OSTIENSIS, *Lectura*, 1.14.14, *op. cit.*, *pass. cit.*, n. 2.

⁽¹⁴⁷⁾ OSTIENSIS, *op. cit.*, *pass. cit.*, n. 5.

⁽¹⁴⁸⁾ OSTIENSIS, *op. cit.*, *pass. cit.*, n. 6. Qui, come nel n. 7 successivo, è citato un passo dalle *Lettere di S. Paolo ai Corinzi*: I, Cor. 12.21.

⁽¹⁴⁹⁾ OSTIENSIS, *op. cit.*, *pass. cit.*, n. 7.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. CH. LEFEBVRE, *Équité*, in *Dictionnaire de droit canonique*, V, pp. 394-410. Opportunamente S. KUTTNER, *Harmony from dissonances*, cit., evidenzia che «all the tensions and dissonances, all the apparent incompatibilities of the spiritual and the temporal, the supernatural and the natural, could be brought into harmony — the ultimate *concordia discordantium* which Stephen of Tournai had in mind when he invited a theologian and a lawyer to his banquet. For the skills of both of Stephen's guests were needed to make the *concordia* come true».

deriva dalla *mala* applicazione dei precetti da parte dell'uomo, che a sua volta ne crea altri particolari, come le sentenze che sono rivolte *ad personam*, ma con procedimenti errati, o perché diretti verso la persona sbagliata oppure perché adottati in assenza dei presupposti necessari: si tratta dell'annosa problematica dell'applicazione della fattispecie astratta – che può essere perfetta – alla fattispecie concreta, applicazione ancora più difficile se il giudicante non ha a sua disposizione il materiale cognitivo idoneo a giudicare il caso), e la contraddittorietà delle *auctoritates* lo dimostra: non possono al contempo considerarsi *inxti i capitula* che si contraddicono. La giustizia sta nella razionalità, nella capacità di sintesi, ovvero nell'«aiutare» l'uno e l'altro foro. Ditalchè comprendiamo come la grandezza di Graziano sia duplice: egli è meritevole non solo per aver creato almeno una prima versione del *Decretum*, ma anche per aver diretto i suoi insegnamenti ad attenti discepoli che seppero far fruttare quello che il loro *magister* insegnò loro. Egli, infatti, spogliatosi di ogni vanagloria, lasciò con piacere che la sua opera fosse destinata ad essere un «diving text».

Il metodo dialettico, che Graziano utilizzò nella sua opera, è già di per se indice del fatto che l'autore dei *Decreta* fosse ben conscio della vastità delle contraddizioni dei canoni e della loro imperfezione. Di conseguenza, era anche consapevole che la fungibilità della condanna del delitto e di quella del peccato era solo potenziale, e che senza l'aiuto dei canonisti (e, forse, anche dei teologi) l'unione tra *l'Ecclesia spiritualis* e *l'Ecclesia carnalis* sarebbe stata alquanto difficile, se non impossibile. Ecco allora che inizia a prendere forma il passo dantesco: l'uno e l'altro foro «aiutò». È su quest'ultimo termine che, sin ora, abbiamo concentrato l'attenzione. Per Dante, che ben coglie il pensiero dei migliori canonisti del XII e del XIII secolo e, quindi, il pensiero del loro *primus magister Gratianus*, «l'uno e l'altro foro», che, naturalmente, sono in eterno contrasto a causa della perfezione della legge divina (o della coscienza) e dell'imperfezione della legge umana, non possono riconciliarsi ed il peccato non sarà mai anche delitto e viceversa, se il sapiente interprete canonista non aiuterà il processo della *concordantia*. Se l'uno e l'altro foro non vengono «aiutati» si avrà solo e sempre *discordantia canonum*. Affinché si abbia quel fenomeno apostrofato da Graziano come *Concordia Discordantium Canonum*,

occorre lo studio e l'opera del razionale creativo giurista-canonista, che conosce anche il diritto romano giustiniano e che sa come riconciliare il foro interno della coscienza con quello esterno degli uomini (che è a sua volta civile ed ecclesiastico).

La figura di Graziano nel cielo del sole è posta subito dopo quella di Tommaso d'Aquino e di Alberto Magno ⁽¹⁵¹⁾ e precede altri sapienti: Pietro Abelaro ⁽¹⁵²⁾, Salomone ⁽¹⁵³⁾, Dionigi d'Aeropagita ⁽¹⁵⁴⁾, S. Ambrogio,

⁽¹⁵¹⁾ *Paradiso* X, 94-99: «Io fui delli agni della santa greggia / che Domenico mena per cammino / u' ben s'impingua se non si vaneggia. / Questi che m'è a destra più vicino / Frate e maestro fummi, ad esso Alberto / È di Colonia, e io Thomas d'Aquino»

⁽¹⁵²⁾ *Paradiso* X, 106-108: «L'altro ch'appresso adorna il nostro coro, / quel Pietro fu che con la poverella / offerse a Santa Chiesa suo tesoro».

Secondo un'antica leggenda Graziano era fratello, forse soltanto uterino, di Pietro Lombardo e di Pietro detto il Camestore. TOMMASO DIPLOMATACCIO, nella seconda parte del suo *De Claris Iuris Consultis*, in *Studia Gratiana*, X, *pars posterior*, p. 16 ss., così riassume e commenta tale leggenda: «Flic Gratianus [...] habuit duos fratres et carne et virtute: Petrum Lombardum, videlicet episcopum Parisiensem, qui inter doctos non solum sue etatis, sed et priorum seculorum litteris ornatissimus et bonitate vite atque ingenii acumine clarissimus et celeberrimus fuit; de quo meminit Innocentius III in c.2 in princ. De summa trinitate et fide cattolica. Cuis rei gratia quattuor sententiarum libros accurate, studiose doctissimeque composuit, cuius libri principium est: Cupiens aliquid de penuria. Qui in dictis libris, ut audio, reprobatur in quindecim locis, et unum ponit Antonius de Butrio in c. debitum de bigamis. Composuit et psalterium totum, et Pauli epistulas optime glossavit atque sermones multos doctos et elegantes ad populum habuit. Item et Petrum cognomento Comestorem, qui in Gallicis florens utriusque testamenti historiam diligenter et accurate explanavit, cuius principium est: Imperatorie maiestatis; historiam scholasticam et alia composuit. In supplemento chronicarum in cap. de Corrado II. imperatore dicitur, quod Petrus Lombardus fuit frater Gratiani et similiter Petrus Comestor fuit frater Gratiani et Petri Lombardi. Felinus etiam in c. ex parte in 22. columna Petrum Lombardum magistrum sententiarum appellat fratrem Gratiani. Archiepiscopus Florentinus in 3. parte historie sue numero 18. cap. 5., et refert et sequitur Cardinalis Alexandrinus in proemio decretorum in princ., dicit, Socinum etiam dicere ipsos fuisse fratres carne, nam Petrus Lombardus fuit tempore Alexandri III. et Federici I. et Gratianus fuit tempore Eugenii III, et dicit esse fabulosum. Idem tenet frater Iacobus in suis chronicis in cap. de Eugenio III. summo pontifice, dicens predictos fuisse fratres non carne sed virtute, et dicit quod Petrus Lombardus fuit ex Novaria Cisalpine urbe oriundus et Gratianus fuit patria Etruscus, immo fuit Clausinus ut refert Commentator super Dantem libro 3. c.10 et ibi videas pulchra de Gratiano, que nolui referre ...».

⁽¹⁵³⁾ *Paradiso* X, 112-114: «entro v'è l'alta mente u'si profondo / saver fu messo, che, se 'l vero è vero, / a veder tanto non surse il secondo».

⁽¹⁵⁴⁾ *Paradiso* X, 115-117: «Appresso vidi il lume di quel cero / che giù in carne più a dentro vide / l'angelica natura e 'l ministero».

Lattanzio, Tertulliano, S. Paolino da Nola, Mario Vittorino, Severino Boezio, Isidoro di Siviglia, Beda Venerabile, Riccardo di S. Vittore, Sigieri di Brabante. Fedele mette in luce che, a differenza di tutti gli altri sapienti, solo a proposito di Graziano esistono, da sempre, forti dubbi e contrasti sull'interpretazione delle parole che lo descrivono, ovverosia come colui che «l'uno e l'altro foro aiutò». Si tratta del foro civile e di quello ecclesiastico oppure del foro interno della coscienza e del foro esterno degli uomini?

I commentatori di Dante sono generalmente divisi. Tuttavia, come già detto in precedenza, non può sottacersi la possibilità di considerare tale locuzione come un'allegoria. Pertanto si potrebbe identificare «l'uno e l'altro foro» rispettivamente con la giurisdizione ecclesiastica e con quella laica, con il foro interno e con quello esterno, con la ragione e con la giustizia, con l'*Ecclesia spiritualis* e con quella *carnalis*, con il diritto canonico propriamente detto e con la teologia, con il potere rappresentato dal papa e quello rappresentato dall'imperatore, tra il mondo della perfezione ultraterreno e quello mondano del peccato.

Orbene, se volgiamo lo sguardo alla tecnica ermeneutica utilizzata nel *Decretum Magistri Gratiani*, non è arduo comprendere, almeno sotto un profilo puramente sistematico, perché Graziano abbia denominato la sua monumentale opera come *Concordia* (e non *Concordantia*, come postulò Heyer nel 1914) *Discordantium Canonum*:

... ideo etiam titulus operis (verosimiliter ab ipso Gratiano adhibitus) fuit Concordia (non Concordantia) canonum Concordantium, nomen autem, quo ab aliis communiter allegabantur: decreta vel corpus, opus, liber, volumen, codex decretorum, serius (saec. XIII): Decretum ... (155).

Come si vede, tanti sono i nomi utilizzati per definire ciò che fu paratorito dal genio di Graziano intorno alla metà del XII secolo (156). Oltre al

(155) S. SIPOS, *Enchiridion iuris canonici*, 7^a ed. a cura di Lagos, Heder, 1960, p. 55.

(156) Difficile dire, con esattezza, quale sia stata la data in cui Graziano terminò la sua opera, specialmente alla luce del fatto che essa, probabilmente, per circa un quindicennio fu un'opera viva, in continua evoluzione. S. SIPOS, *op. cit.* p. 55, circa la datazione del *Decretum Gratiani*, sulla scorta del fatto che esso contiene canoni del Concilio Lateranense del 1139, e che Rolando Belardinelli, cardinale dal 21 novembre 1150, già

titolo originario di *Concordia Discordantium Canonum*, abbiamo quello di *Decreta* (preferito dai suoi *discipulos*), di *corpus*, di *opus*, di *liber*, di *volumen*, di *codex decretorum*, di *serius*, ed in particolar modo di *Decretum*. Durante il XII secolo ed oltre, quando si parlava di «*liber*» (*decretorum*) ci si riferiva all'opera graziana, e ciò è il riflesso della rivoluzione giuridica rispetto alla quale esso si poneva come saldo punto d'appoggio: è indicativo che tra tutti i manoscritti allora esistenti, «*liber*» fosse soltanto il *Decretum Magistri Gratiani*. Stesse considerazioni valgono per quello che riguarda il termine «*volumen*» (*decretorum*), così come per tutti gli altri citati. Il titolo scelto da Graziano è quello che meglio rende l'idea dell'opera sua «dottrinale», e non di mero compendio o di *collectio* di *auctoritates*, come potrebbe far sembrare l'appellativo *Codex Decretorum* (anche se la parola *codex* ha un significato sistematico molto più profondo rispetto al termine *collectio*, ed il parallelismo con il *codex* di Giustiniano è lampante ed inevitabile, anche se, tenuto conto dell'effettivo contenuto del *Decretum Gratiani*, è più facile trovare delle assonanze con il Digesto giustiniano).

Decreta era la locuzione preferita, e più utilizzata, tra i primi grandi maestri (come Rufinus, Huguccio, Paucapalea, Giovanni da Faenza, Petrus Hispanus, Simone da Besignano, ecc.) della scuola di Bologna dell'epoca immediatamente posteriore a Graziano; ma quella più significativa è «*Decretum*», ad oggi, ancora, prevalentemente utilizzata dai giuristi di tutto il mondo. Anche ai contemporanei del *Magister Nostrum* non era per nulla estraneo quest'ultimo appellativo. Furono anzi essi (i contemporanei) a coniarlo, con un preciso intento: esisteva già un *Decretum* di Ivo di Chartres ed un *Decretum* di Burcardo di Worms (vedi *infra*), ma quello del *Magister Gratianus* era un modello, era «il» *Decretum*. Francesco Calasso, in un sintetico ma chiaro approccio storicistico sull'opera graziana, afferma, con riferimento al giudizio (oltremodo positivo dei contemporanei di Graziano) che «... agli occhi di questi essa apparve innovatrice, com'è provato dal fatto ch'essi sostituirono al titolo datole dall'autore quello di *Decretum* per antonomasia [...] quasi per significare che esso lasciava nell'ombra le altre pur celebri collezioni di poco anteriori, aventi questo titolo

a quella data era conosciuto come *magister* ed autore di una famosa *Summa Decreti*, afferma che «inter annos 1139 et 1150 (iuxta recentissima investigationes circa a. 1140) conscripsit ...».

lo ...»⁽¹⁵⁷⁾. Tuttavia, anche se è vero che Ivo di Chartres fu l'autore di un *Decretum* di pregio decisamente inferiore, rispetto a «quello per antonomasia», Monsignor Grabmann⁽¹⁵⁸⁾, alcuni decenni fa, pose in evidenza il decisivo ruolo di Ivo di Chartres, oltre che di Bernardo da Costanza, per la peculiare posizione che essi assunsero nell'ermeneutica agli albori dello scolasticismo, atteso che, prima di loro, pochissimi ed infelici erano stati gli approcci ai primi tentativi di elaborazione dialettica. È per questo che, prima di Graziano, canonistica e teologia furono inseparabili compagni di viaggio, poichè, come spiega chiaramente Kuttner sulle orme del capor-lavoro di Père de Ghellinck⁽¹⁵⁹⁾, «...the extent to which the sententiae of the theologians methods were indebted to the canonists for their systematic approach as well as for the transmission of patristic material, and the extent to which theology and canon law simulated each other in the teaching on the sacraments...»⁽¹⁶⁰⁾.

Per quello che riguarda l'aspetto sistematico, premesso che per Bellomo «il filo conduttore sembra essere fornito dalla spiritualità monastica e dalla rielaborazione che il pensiero di Chartres e di Camaldoli è andato compiendo della tradizione normativa e patristica della Chiesa e della tradizione giuridica romana»⁽¹⁶¹⁾, la *Concordia Discordantium Canonum*, per lo meno nella sua impalcatura definitiva, *in tria partes divisa est*, di cui la prima (definita dal *Magister* come *Tractatus ordinandorum*) consta di 101 *Distinctiones* (divise, a loro volta, in *canones*), delle quali le prime 20 sono dedicate alle fonti del diritto (*Tractatus de legibus*) in generale ed alle loro partizioni⁽¹⁶²⁾, mentre le altre sono dedicate alle persone ed agli uffici eccle-

⁽¹⁵⁷⁾ F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., p. 396.

⁽¹⁵⁸⁾ MONSIGNOR GRABMANN, *Geschichte der scholastischen Methode*, II, Friburgo, 1911, pp. 213 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ PÈRE DE GHELLINCK, *Monument théologique du XII^e siècle*, Parigi, 1914 (prima edizione), Louvain, 1948 (seconda edizione), pp. 416 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ S. KUTTNER, *The scientific investigation of medieval canon law: the need and the opportunity*. È il discorso letto al congresso annuale della Medieval Academy of America in Toronto, Canada, in data 8 aprile 1949, e pubblicato, tra l'altro, in *Gratian and the school of law*, Variorum, Londra, 1983.

⁽¹⁶¹⁾ M. BELLOMO, *Società e Istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, 9^a ed., Roma, 1999, p. 354.

⁽¹⁶²⁾ Per un'ampia disamina su queste prime venti *Distinctiones*, abilmente tradotte, assieme a tutto il resto (introduzione dell'autore prima di ogni *Distinctio*), glossa compre-

siaistici (*ministeria*). All'inizio della prima *Distinctio*, emerge con prepotenza tutto l'intento dottrinale del *Magister*, in quanto è collocata un'*introductio generalis* sulle fonti, tratta dalle *Ethymologiae* di Isidoro di Siviglia, definita da Graziano come *initium* o *principium* (*dictum ante D.I.*, c.1):

Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in euangelio: «Omnia quaecumque uultis ut faciant nobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum».

Qui è espresso un principio più indicativo di quello che appare *prima facie*. Da un lato vi è la *lex naturae* (e non, si badi bene, la *lex naturalis*, anche se normalmente sono considerati sinonimi), dall'altra il *ius moribus* (e non, semplicemente, il *mos*). Quest'ultimo non è, a parere di chi scrive, il mero diritto consuetudinario tramandato oralmente, ovvero la «tradizione» secondo il senso comune, ma il diritto «tradizionale», vale a dire quello romano-giustiniano. Il concetto di *ius naturae*, invece, è molto più complesso e difficile da comprendere anche alla luce dei canoni successivi al *principium* della *Distinctio* I. Qui Graziano parla di *ius naturae* con riferimento alle sole sacre scritture. A questo punto la domanda nasce spontanea: possiamo estendere il concetto di *ius naturae* a quello di tutte le norme cogenti della Chiesa di Roma, rappresentante di Dio in terra? Possiamo dire che l'*auctoritas* di un passo delle Sacre Scritture sia superiore a quella di una decretale pontificia o di una disposizione conciliare o sinodale?

Per risolvere gli aneddoti proposti occorre mettere in luce che Graziano, nel cercare armonia tra i canoni discordanti, mette sullo stesso piano tutte le norme appena citate; la petizione di principio è perfettamente confermata in D.XIX, c.1., a proposito dell'*auctoritas* delle epistole papali così rubricato dal *Magister*:

sa, vedi R. WEIGAND (a cura di), *Gratian. The treatise on laws (Decretum DD. 1-20) with the Ordinary Gloss*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., con traduzioni di A. Thompson (per le *Distinctiones*) e di J. Golderly per la Glossa Ordinaria, ed introduzione di K. Christensen. La scelta forse non del tutto felice dell'editore è stata quella di utilizzare, come testo base della traduzione, quello dei Correttori Romani.

Decretales epistolae vim auctoritatis habent.

Nella *palea* (individuata da Friedberg sulla scorta dell'edizione Richter) che segue (p. p. D.XIX, c.1), a proposito di una decretale (in forma di epistola) di Papa Gelasio, facendo uso della tecnica ermeneutica della *ratio temporis*, si dice:

... *Cousonat autem huic beatissimo Leoni Papae sanctus et fecundissimus in decretis suis Papa Gelasius, ita inquit: «Decretales epistolas, quas beatissimi Papae diuersis temporibus ab urbe Roma pro diuersorum Patrum consulatione dederunt, uenerabiliter suscipiendas decernimus.» In quo notandum est, quod «Decretales», non dixit, «epistolas, que inter canones habentur;» sed: «quas beatissimi Papae diuersi temporibus ab urbe Roma dederunt ...*

Da questo canone è possibile ricavare il principio in virtù del quale l'epistola pontificia-decretale, ha la stessa ufficialità ed efficacia di qualunque altra *auctoritas* ecclesiastica e, quindi, almeno in teoria, anche di un passo delle Sacre Scritture. Forte dei recenti studi di Raffaele Balbi⁽¹⁶³⁾, non posso non rilevare l'ambiguità del *Magister* e nel suo pensiero espresso nei *dicta* e nella *consecutio dei capitula*. Ditalchè, nascono spontanei alcuni interrogativi: quali i confini dello *ius naturae* o *naturalis*? Quali le connessioni tra *ius generale*, *ius naturae*, *leges humanae* e *fas* (o *lex divina*)⁽¹⁶⁴⁾? Quali i loro confini e la loro esatta definizione? Esiste un ordine immutabile delle cose determinabile attraverso il concetto di *fas*? Quali i principi ufficializzati nelle *auctoritates* di origine non divina, non corrispondenti al *fas*? Quali le conseguenze di un'*auctoritas* contrastante con il *fas*? Possiamo, in ipotesi, far coincidere *ius naturalis* e *fas*? Quali le conseguenze di una rottura tra *lex humana* e *fas*? E se l'antinomia riguardasse *lex humana* e

⁽¹⁶³⁾ R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli, 1990.

⁽¹⁶⁴⁾ Il *Magister Gratianus* parla di *fas* (indicandolo come *lex divina*, ma senza tradurre, nella pratica, i suoi confini all'interno dell'ordinamento ecclesiastico, ed i suoi rapporti con le altre fonti ufficiali della Chiesa) in D.I, c.1: «Omnes leges aut divinae sunt, aut humanae. [...] Fas lex divina est: ius lex humana ...». Inoltre, nel *dictum* immediatamente successivo si legge: «Ex verbis huius auctoritatis evidenter datur intelligi, in quo differant inter se lex divinae vel naturalis legis accipiantur, nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur? 1. Est autem ius generale nomen, multas sub se continens species».

ius naturae? È possibile una rottura tra *fas* e *ius naturae*? Evidenti sono le connessioni di queste problematiche con quelle affrontate da Balbi, relativamente al tema della sentenza di *excommunicatio* ingiusta (il tema è affrontato da Graziano nella *Causa XI*).

In conclusione, se per S. Agostino è pacifico (anche se il concetto è fin troppo spurio e semplicistico) che «nell'attività legislativa nessuna disposizione può essere rivestita legittimamente di forma giuridica, se non sia giusta»⁽¹⁶⁵⁾, per Graziano, il problema è molto più articolato occorrendo, all'uopo, distinguere tra *iniustitia ex ordine*, *ex animo*, *ex causa*, ed *iniustitia* derivante da un comando *iniquum* o *contra aequitatem*: In proposito, Balbi osserva che nel pensiero del Nostro, solo in quest'ultimo caso (*iniustitia*: contrarietà ai precetti divini) la sentenza di scomunica è *tantum non esset*, mentre negli altri casi esiste sempre una qualche forma di vincolatività più o meno accentuata che, almeno formalmente e talvolta anche sostanzialmente (*iniustitia* solo *ex ordine*), tiene in piedi il valore del comando contenuto in quel provvedimento. Ditalchè è evidente la consapevolezza, del *primus magister iuris canonici* e dei suoi *discipuli*, circa il valore dell'*aequitas* e della *iustitia* nel mondo della giustizia terrena, come si evince da un'anonima glossa alla *Lectura* di Percival sul *Decretum*, contenuta in una compilazione del secolo XIII, glossa da attribuirsi alla mano di un anonimo decretista del secolo XIV⁽¹⁶⁶⁾:

Aug. § iusticia est amor soli amato seruans.

§ Iusticia est nature tacita conuentio in adiutorium multorum inuenta. Differunt ius et iusticia in auctoritate, quia Deus iusticie est auctor, iuris uero apostolicus et imperator; in substancia, quia iusticia est uirtus, ius preceptum ejus; in subiectorum continencia, quia lacus iusticia. Nam quidquid dicit ius, idem et iusticia, licet in oculo dictauit [dictarat]. Multa [multe] uero latent iusticie presencia nel futura negocia que non sunt laqueis iuris innodata. Differt uero iusticia ab equitate, quia iusticia consistit in mentibus hominum, equitas autem in dictis et factis eorum.

⁽¹⁶⁵⁾ La traduzione dal *Sermo CXXVI*, C.III, di S. Agostino è di R. BALBI, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁽¹⁶⁶⁾ Per un'ampia disamina di questo passo della *Lectura magistri Percivalis* contenuta nel Manoscritto 2121 della Nationalbibliothek di Vienna (fol. 84r, in margine a destra), vedasi S. KUFFNER, *A forgotten definition of justice*, in *Studia Gratiana*, XX, 1976, pp. 75 ss. e J. KEJŘ, *Les manuscrits du Décret de Gratien dans les bibliothèques tchécoslovaques*, in *Studia Gratiana*, VIII, 1962, pp. 36 ss.

6. — È fuor di dubbio che il secolo XI sia «il più importante per la storia del diritto occidentale»⁽¹⁶⁷⁾, in particolare di quello anglosassone che, come vedremo, nei suoi tratti essenziali, e pur distinguendosi nella sua evoluzione da quello continentale, ricalca nettamente, in molti suoi istituti, il diritto canonico, specialmente quello della c.d. epoca classica incorporato nel *Corpus Iuris Canonici*⁽¹⁶⁸⁾, verosimilmente rappresentato dall'edizione a stampa pubblicata a cura dello Chappuis agli albori del secolo XVI. Per Martínez e Torrón l'anno zero della palingsesi di un'epoca nuova, quella caratterizzata dalla ricezione del diritto romano-canonico nella tradizione giuridica⁽¹⁶⁹⁾ anglonormanna prima ed angloamericana poi, è il 1066, quando Guglielmo duca di Normandia diventava, per effetto della vittoria nella battaglia di Hastings, Guglielmo I il Conquistatore, re d'Inghilterra. Parallelamente «la prima delle grandi tradizioni giuridiche occidentali, il diritto continentale-europeo, iniziava una fase decisiva del proprio sviluppo, col nascere della scuola di Bologna e di una nuova generazione di giuristi che promuoverà la costruzione dello *ius commune*; impresa colossale che si sarebbe prolungata durante i secoli seguenti, grazie alla riscoperta del diritto romano giustiniano ed alla elaborazione del diritto canonico classico»⁽¹⁷⁰⁾.

Le tracce delle reciproche influenze sono notevoli anche se numerose sono le differenze tra i due ordinamenti *magni* (quello angloamericano e quello europeo continentale) come *de plano* rilevano Martínez e Torrón sulle orme di Cossio, il quale evidenzia che mentre il diritto continentale è basato sulla norma, quello angloamericano si fonda sulle azioni, senza

⁽¹⁶⁷⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, in R. BERTOLINO - S. GHERRO - L. MASSELLI (a cura di), *Diritto Canonico e Comparazione*, Giornate canonistiche di studio - Venezia, 22-23 maggio 1991, Venezia, 1992. La traduzione italiana è di S. Fiorentino dell'Università di Milano.

⁽¹⁶⁸⁾ Con tale termine si indicava, inizialmente, solo il testo delle *Quinque Compilationes Antiquae*. Successivamente fu utilizzato per indicare le sei collezioni (tre private e tre ufficiali) che caratterizzarono l'apparato normativo fondamentale della Chiesa, sino all'emanazione del primo *Codex Iuris Canonici* nel 1917. Per la storia della definizione di tale locuzione vedi *amplius* FRANCISCO XAV. WERNZ S. I., I, *Introductio in ius decretalium, altera editio emendata et aucta*, Roma, ediz. Typographia Poliglotta, S.C. de propaganda fide, 1905, p. 344 (*De Novis Iuris Ecclesiastici Collectionibus*), in particolare pp. 374-375.

⁽¹⁶⁹⁾ Per un'ampia disamina di questa locuzione («tradizione giuridica») vedasi J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1969.

⁽¹⁷⁰⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, cit., p. 230.

che la sua evoluzione sia stata intaccata dalla concettualizzazione medievale del diritto romano⁽¹⁷¹⁾. Barman⁽¹⁷²⁾ ammonisce, tuttavia, che da ambo i lati la maggior parte dei giuristi si è lasciata prendere la mano dalla mania della radicalizzazione e dallo sforzo campanilistico di annichilire il rispettivo lineamento di pensiero giuridico all'interno di barricate⁽¹⁷³⁾ ben costruite, all'unico scopo di evitare reciproci influssi. In questo modo si è chiuso gli occhi di fronte ad una dirompente ed inconfutabile realtà, quella dei comuni denominatori, che affondano proprio nel diritto canonico le loro radici storiche similari. La verità è che l'attuale sistema giuridico continentale è molto vicino a quello romano-giustiniano, mentre il sistema angloamericano lo è ancor più rispetto a quello dell'*utrumque-ius*, ovverosia dell'uno e l'altro diritto (quello romano e quello canonico), adattato con fatica alle particolari tradizioni culturali e storiche dell'Inghilterra. Ciò è vero non solo per la tecnica processuale *strictu sensu*, ma anche in relazione ai concetti di *ius*, *bona fides*, *iustitia*, *aequitas*, *fidelitas*, *benignitas*, *caritas* e a notevoli istituti civilistici che nel proseguio del presente lavoro avremo occasione di analizzare.

A proposito del pensiero di Bracton, da cui si ricava quanto debbono aver influito sul sistema anglosassone taluni istituti processuali della tradizione giuridica romano-canonica, Maitland non perde occasione di rilevare che «the rapid influx of civil litigation into the royal court must have demanded a rapid development of common law. And there may well have been strong and permanent differences of opinion among judges and lawyers even about fundamentals [...]. In particular the respect paid to Roman law may have been a hotly contested point. We do not know how this was; perhaps we hear only one side of the case; the school of Pateshull and Raleigh still lives and is eloquent; its rivals, if rivals it had, perished for they had no spokesman to match against Brac-

⁽¹⁷¹⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, cit., p. 230. L'autore si riferisce a A. DE COSSIO, *La concepción anglosajona del Derecho*, in *Revista de Derecho Privado*.

⁽¹⁷²⁾ H.J. BARMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachusetts), 1983, p. 583.

⁽¹⁷³⁾ Come ad esempio il recente divieto, oggi vigente nel Regno Unito, di utilizzare alcuna terminologia latina nelle arringhe, nelle decisioni dei giudici e negli scritti difensivi, così come nel linguaggio legislativo e negli atti amministrativi.

ton»⁽¹⁷⁴⁾. L'intento, quindi, è quello di scardinare talune certezze fondate su mere apparenze, in particolare il fatto della pretesa non comunicazione tra i due sistemi giuridici occidentali, quello continentale e quello anglonormanno prima e angloamericano poi.

La strada da percorrere, allo scopo di dimostrare che accanto ad una «faccia insulare» del diritto inglese (rappresentata dal *common law*) esiste anche una «faccia europea» (rispetto alla quale l'*Equity* anglosassone è un chiaro riflesso), della quale fu fautrice la Chiesa cattolica, inizia dallo studio dei primi canonisti inglesi, in considerazione della loro influenza nel diritto vivente delle corti ecclesiastiche e non, studio che mette in luce la piena e legittima appartenenza dell'Inghilterra all'Europa cristiana, modellata tanto dall'ordine ecclesiastico quanto da quello temporale: il primo retto dal diritto canonico, ed entrambi controllati dalle regole della teologia morale. Di conseguenza non è sorprendente verificare che concetti quali *ius naturale* – nel senso tomistico –, *aequitas*, *institia*, fossero intimamente coniugati nella sfera secolare, nei suoi tribunali e nel suo diritto vivente⁽¹⁷⁵⁾.

Il primo grande ricercatore che nel secolo XX mise in luce l'importanza, dei canonisti anglonormanni della seconda metà del secolo XII (epoca post-graziana) ai fini della comprensione della peculiare ricezione dello *ius commune* in Inghilterra, è Stephan Kuttner, in un'opera pubblicata

⁽¹⁷⁴⁾ F.W. MAITLAND (editor), *Bracton's Note Book*, in 3 volumi, London, 1887, i. 52. Nello stesso senso vedansi: E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, in 2 volumi, Padova 1937-1939, e G. LE BRAS, *Canon Law*, in C.G. CRUMP e E.F. JACOB (a cura di), *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, II edizione (la prima edizione fu stampata nel 1932), 1969; J. MALDONADO, *La significación histórica del Derecho canónico*, Madrid, 1969. Per quello che riguarda, più in particolare, gli influssi che la Chiesa di Roma ha avuto sugli ordinamenti giuridici occidentali, vedasi H.J. BARMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, cit.

⁽¹⁷⁵⁾ J. MARTÍNEZ-TOIRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, op. cit., p. 232. L'autore si rifà a sua volta alle osservazioni di K.W. NORR, *The European side of the English Law: a few comments from a continental historian*, in *Eglsche und continentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, vol. 1, Berlin, 1985, p. 15. Riportandosi, quindi, a O.W. HOLMES, *Collected legal papers*, New York, 1920, p. 301, l'autore sostiene che «conoscere lo sviluppo del diritto continentale è necessario per capire pienamente l'evoluzione del diritto angloamericano. Se, allo stesso tempo, si tiene conto che il *ius utrumque* medievale è il principale nesso storico tra le due tradizioni giuridiche, si comprende facilmente l'importanza che assume l'analizzare l'impronta lasciata dal diritto canonico nella configurazione del *common law*, specialmente nei primi secoli del suo sviluppo».

nel 1937⁽¹⁷⁶⁾ (l'anno seguente Kuttner, di religione ebraica, era costretto ad allontanarsi dall'Italia ed a rifugiarsi negli Stati Uniti d'America a causa dell'entrata in vigore delle leggi razziali), dopo intensi studi su antichissimi manoscritti posseduti dalla Biblioteca Apostolica Vaticana e debitamente microfilmati. Dopo di lui, in un volume pubblicato nel primo dopoguerra, Kantorowicz e Smalley⁽¹⁷⁷⁾ misero in luce un peculiare fenomeno degli ultimi anni del regno di Enrico II: si tratta di un acceso dibattito circa il peso da far assumere al diritto romano nelle terre d'oltre manica. Ralph Niger⁽¹⁷⁸⁾ (uno dei più grandi oppositori di Enrico II) nei suoi *Moralia*, in particolare nel secondo volume dei Re, difende a spada tratta le istituzioni del *common law*, scagliandosi contro i denigratori delle correnti romanistiche, ancor più veementemente di quanto avesse fatto lo stesso re. Tale polemica esplose in occasione della rivolta di Absalom⁽¹⁷⁹⁾, il quale espone le sue innovatrici idee filosofiche facendo un parallelo con l'espansione del diritto romano nel mondo continentale. Niger era fermamente convinto, sulla scorta delle sue esperienze personali, che non c'era *nihil pulerius vel utilius* del diritto civile quando esso fosse nelle mani di uomini saggi, e allo stesso tempo che *nihil perniciosius, cum ab ignorante vel malivolo distemperatur*. È vivido il riferimento, circa quest'ultima categoria, ai membri dell'*ordo legis peritorum vel potius legis picatorum* che piegarono onorevoli istituti giuridici per soddisfare i loro personali, venali e vanagloriosi fini⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ S. KUTTNER, *Repertorium der Canonistik (1140 – 1234): Prodrum Corpus Glossarum*, I, in *Studi e testi*, 71, Città del Vaticano, 1937. Notevoli sono altresì gli spunti dello stesso autore circa la necessità d'investigare il ruolo del diritto canonico nell'evoluzione del *common law*, contenuti nel noto discorso proferito a Roma in occasione della celebrazione ufficiale del 50° anniversario del *Codex Iuris Canonici* del 1917: il discorso fu pubblicato con il titolo «Il Codice di Diritto Canonico nella storia», in *Attività della Santa Sede*, Città del Vaticano, 1967, pp. 1633 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ H. KANTOROWICZ – B. SMALLEY, *An English theologian's view of Roman Law*, in *Medieval and Renaissance Studies*, i. 2, 1943, pp. 237-252.

⁽¹⁷⁸⁾ Sulla vita e le idee di questo personaggio vedasi G.B. FLAHIFF, *Ralph Niger*, in *Medieval Studies*, Toronto, ii, 1940, pp. 104-126.

⁽¹⁷⁹⁾ Nella letteratura giuridica e filosofica anglosassone, Absalom è paragonato a *magistero Peppone velut Aurora surgente ... et postmodum propagante magistero Warnerio*, e, quindi, ai primi personaggi che riscoprono il diritto romano giustiniano, i quali portarono le *leges* nella Curia Romana e nelle *Universitates*, prima tra tutte quella di Bologna.

⁽¹⁸⁰⁾ E. RATHBONE, *Roman Law in the Anglo-Norman Realm*, in *Studia Gratiana*, XI, Bononiae, 1967, a p. 257, a proposito di codesti ambigui personaggi, afferma quanto segue: «Having picked up a smattering of law, heard some small part of the *leges* ex-

Tuttavia, ciò che più colpisce Niger in codesta primogenia ricezione, non priva di ostacoli, del diritto romano in Inghilterra, è l'*aequitas* ⁽¹⁸¹⁾; un concetto allora sconosciuto al mondo del common law e sostanzialmente esplicativo dell'*ars boni et aequi* che, per Niger, è solo in minima parte connessa con il concetto Ulpiano di *iustitia* ⁽¹⁸²⁾, studiato in modo brillante dal Kuttner ⁽¹⁸³⁾ circa le interrelazioni con il diritto canonico ed in particolare con Paucapalea e con Graziano:

iustitia est costans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

Inoltre, è pacificamente dimostrato ⁽¹⁸⁴⁾ che quei canonisti anglo-normanni del XIII secolo, erano ben consci, grazie agli insegnamenti di Vacarius ed alla profonda conoscenza della *Concordia Discordantium Canonum* (che ebbero cura di glossare) oltre che delle *Quinque Compilationes Antiquae*, di una peculiare forma di *aequitas*: la giustizia cristiana. Quest'ultima

pounded, they hasten to set themselves up as advocates, praising and commending any suit, no matter what, promising to any client certain victory *pro lucro*, provided only that they have *idoneum iudicem*. Sometimes they attack the *communis status arbitria* and the judges because decisions are not made in every respect according to the *leges* but rather according to the customs of their own region, as if one should say a judgement is contrary to *bonum et equum* if it is not based on the *leges*. Armed with a little knowledge, not regarding their own defectiveness in law but only the ignorance of others, they bend all their efforts to become judges that they alone may judge and rule the people. They seek to be judges for the sake of earthly rewards, not that their judgements may be for men's welfare or safety or peace. [...] Forgetful of religion and imperfect in legal knowledge these men are without doubt a danger to the laws and like a sword in the hand of a madman would do more harm than good. For too long this attempt at supremacy has been going on in Italy and now the creeping wave seeking *regnum et dominatum* has encroached on these western lands».

⁽¹⁸¹⁾ Niger ha piena cognizione dell'importanza che l'*aequitas* romana ha già per l'ordinamento anglosassone, grazie ad un libro allora circolante in Inghilterra, il *Liber Pauperum* di VACARIUS. In esso, tuttavia, si fa un'uso distorto di molti principi romanistici studiati superficialmente dall'autore del testo, il quale, molto probabilmente, aveva solo fretta di utilizzare alcuni concetti del diritto giustiniano per applicarli «as soon as possible» in Inghilterra, al solo scopo di lucro: «they entice the hearts of the men of Israel». In ogni caso, la critica di Niger nei confronti di questo tipo di giuristi è molto forte e forse esasperata.

⁽¹⁸²⁾ D. 1, 1, 10 pr., ma vedi anche Inst. 1, 1 pr.

⁽¹⁸³⁾ S. KUTTNER, *A forgotten definition of justice*, in *Studia Gratiana*, XX, 1976.

⁽¹⁸⁴⁾ Vedi, per tutti, W.V. BUCKLAND - A.D. MCNAIB, *Roman Law and Common Law*, 2^a ed., 1952, pp. 386 ss.

ha poco in comune con la citata definizione ulpiana, d'altronde appare evidente che l'astrattezza e la conseguente ampia latitudine di tale massima non bastano a spiegare l'universalità del suo valore, così come l'altro principio ulpiano dell'*alterum non ledere*. Il *quid pluris* è rappresentato da ciò che *secundum legem naturalem colligit*, ovverosia dallo *ius naturale*, che è *fas* e che è ben espressa nelle *Etimologiae* di Isidoro di Siviglia, le cui dottrine sono autorevolmente riaffermate nella *Concordia Discordantium Canonum* di Graziano. Ivi, nella *Pars Secunda* è presente una singolare *auctoritas* proveniente da un Concilio Tollerano (sic!); si tratta del canone 66, dal quale si ricava, con una *interpretatio a contrariis*, che la mancanza di *aequitas* è sinonimo di empietà. La rubrica scelta da Graziano (*Episcopi, qui nichil ecclesiae conferunt, famulos eius libertati non donent*) introduce il significativo canone ⁽¹⁸⁵⁾:

Et si illi, qui nulla ex rebus suis pauperibus Christi distribuunt, eterni iudicis noce in futuro condemnabuntur, quanto magis hi, qui auferunt pauperibus quod non dederunt? Quapropter episcopi, qui nichil ex suo proprio ecclesiae Christi compensauerunt, hanc diuinam sententiam metuant, et liberos ex famulis ecclesiae ad condemnationem suam non presumant facere. Inpium enim est, ut qui res suas ecclesiae Christi non contulerit damnum inferat, et ius ecclesiae alienare contendat. Tales igitur liberos successor episcopus absque ulla oppositione ad ius ecclesiae renocabit, quia eos nonequitas, sed improbitas absoluit.

Il fatto che Niger, antesignano della tanto soffertata ricezione del diritto romano-canonico nel regno normanno d'oltre-manica, sia così affascinato dall'*aequitas* romana, così come dalla *caritas* canonica, è certamente indicativo dello spirito con il quale i primi giureconsulti e canonisti inglesi accolsero le nuove dottrine giustiniane e il *Decretum Magistri Gratiani* prima, e le opere dei «quattro dottori» e le compilazioni ufficiali della Chiesa poi, che ben esprimevanevano i concetti di *fidelitas*, *iustitia*, *bona fides*, *fiducia* ed in particolare quello di *aequitas*, che tanto peso assunse nella storia di quella tradizione giuridica.

⁽¹⁸⁵⁾ E. FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici, editio Lipsiensis secunda, post Aemilii Ludovici Richter, curas, ad librorum manu scriptorum et editionis romanae fidem recognovit et adnotatione critica*, I, *Decretalium collectiones*, Graz, 1959 (prima ed.: 1879), in particolare *Decretum Gratiani*, vol. 1, C.XII, q.II, c.XXXIX.

La conferma di questo stato di cose durante tutto il secolo XII si ha grazie agli studi di Ullmann su alcuni antichissimi manoscritti originali del *Decretum Magistri Gratiani*, posseduti dall'Università di Cambridge, dalla cui dettagliata analisi paleografica si è potuto dedurre e confermare le precedenti teorie circa l'esistenza di fiorenti scuole anglonormanne di diritto canonico particolarmente attive verso la fine di quel secolo in Inghilterra⁽¹⁸⁶⁾. Non meno importanti sono state le ricerche di Kuttner⁽¹⁸⁷⁾, Zulueta⁽¹⁸⁸⁾ e Ker⁽¹⁸⁹⁾, che hanno rivelato una fervida attività di studio, specialmente nella seconda metà di quel secolo a Oxford, nella scuola che ivi era stata istituita da Vacarius. Tuttavia, dopo il divieto d' Enrico VIII (1491-1547) di insegnare i fondamenti dello *ius commune* in tale sede universitaria, oltre che a Cambridge e a Londra (quando ormai la ricezione dei principi dell'*utrumque ius* era già pienamente e lentamente un fatto in *itinerè*), lo studio e l'insegnamento del diritto canonico rimasero sopiti per secoli in Inghilterra, almeno sino a Frederic William Maitland⁽¹⁹⁰⁾ il quale, influenzato dalla scuola tedesca, in particolare dal Gierke e dallo Schulte, «death with canonistics as we understand it today»⁽¹⁹¹⁾.

Ciò posto, i concetti di *aequitas* romana e *caritas* canonica, iniziarono la loro lenta penetrazione nel tessuto della società anglonormanna, come abbiamo visto, con un primo gruppo di giuristi, dei quali soltanto pochi erano dediti all'approfondimento ed allo studio dell'*utrumque ius* senza fini di lucro.

Dopo Vacarius, in particolare a partire dalla prima metà del secolo XIII, si manifestò l'emergere di una distinta schiera di giureconsulti e ca-

⁽¹⁸⁶⁾ W. ULLMANN, *The paleae in Cambridge manuscripts of the Decretum*, in *Studia Gratiana*, I, Bononiae, 1953.

⁽¹⁸⁷⁾ S. KUTTNER, *The father of the science of canon law*, in *The Jurist*, I, 1941.

⁽¹⁸⁸⁾ A. ZULUETA, *The Liber Pauperum of Vacarius*, Selden Society Publications, XLIV, London, 1927.

⁽¹⁸⁹⁾ N.R. KER, *Fragments of Manuscripts used as pastedowns in Oxford bindings*, in *Oxford Bibliographical Soc. Publ.*, N. S. 5, Oxford, 1955.

⁽¹⁹⁰⁾ Il suo più importante volume pubblicato è *Roman canon law in the Church of England*, London, 1898.

⁽¹⁹¹⁾ W. ULLMANN, *Canonistics in England*, in *Studia Gratiana*, II, Bononiae, 1954, p. 522. L'autore però, corregge il tiro e ammonisce circa la pericolosità di dare per buone molte delle teorie di Maitland, le quali non possono essere oggi più accettate, anche se ne va apprezzato lo sforzo e l'originalità.

nonisti in tutta l'Inghilterra (dei quali abbiamo oggi scarsissime notizie), che vedono come loro maggiore esponente William di Drogheda⁽¹⁹²⁾ (Oxford † 1245, forse discepolo di master Vacarius), autore della celebre *Summa Aurea*⁽¹⁹³⁾ il cui primo esemplare è stato recentemente scoperto e studiato, in particolare, da Maitland⁽¹⁹⁴⁾, Zulueta⁽¹⁹⁵⁾, Kantorowicz⁽¹⁹⁶⁾ e Richardson⁽¹⁹⁷⁾. L'autorevole testo fu utilizzato per l'istruzione dei discepoli della scuola di Oxford e, tra i *canones* più «recenti», contiene *Decretales* del 1234, citazioni dal *Libelli de iure civili* di Roffredo di Benevento del 1227-1235, *constitutiones* del legato papale Otto emanate durante il Concilio di Londra del 1237, e un caso giurisprudenziale del 1239 utilizzato come modello. In definitiva, è un testo che possiede un'insolita precisione quanto alla sua datazione, ed era certamente dotato di grande autorità nelle scuole medievali, così come il *Liber Pauperum* di master Vacarius che, tuttavia, non è mai citato nella *Summa Aurea*⁽¹⁹⁸⁾ di William di Dro-

⁽¹⁹²⁾ G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en occident 1*, Paris 1955 e E.W. SOUTHERN, *Master Vacarius and the beginning of an English academic tradition*, in *Medieval learning and literature: Essays presented by R.W. HUNT, J.J.G. ALEXANDER & M.T. GIBSON* (editors), Oxford, 1976, ritengono che William di Drogheda sia stato un *discipulus* di master Vacarius.

⁽¹⁹³⁾ Vedi, per tutte, l'edizione critica della *summa aurea* a cura di L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des Römisch - Kanonischen Prozess im Mittelalter*, II, 2, Innsbruck, 1914, anche se essa non tiene conto di altri due manoscritti, scoperti purtroppo soltanto dopo l'edizione dell'opera critica *de qua*.

⁽¹⁹⁴⁾ F.W. MAITLAND, *William of Drogheda and the universal ordinary*, in *Roman canon law in the Church of England*, London, 1898. L'autore si occupa dell'argomento durante la sua accesa polemica con il vescovo Stubbs.

⁽¹⁹⁵⁾ F. DE ZULUETA, *William of Drogheda*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil II*, Paris, 1926.

⁽¹⁹⁶⁾ H. KANTOROWICZ, *Bractonian problems*, London, 1941.

⁽¹⁹⁷⁾ H.G. RICHARDSON, *Azo, Drogheda and Bracton*, EHR 59, 1944.

⁽¹⁹⁸⁾ J.E. SAYERS, *William of Drogheda and the English canonists*, in *Monumenta Iuris Canonici, Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law*, Cambridge, 23-27 luglio 1984, P. LINEHAN (a cura di), Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1988. Alla domanda «why [...] if William of Drogheda was at Oxford as a student, does he never cite Vacarius in the Summa Aurea?», l'autore risponde che «first of all, the complete lack of direct citation of the *Liber Pauperum* by Drogheda in no way shows that he had not been influenced by it or indeed that he had not used it as a student. Nor does it deny that Drogheda own's early instruction had been in the Oxford schools». Infine, alla domanda «Would one expect a regent master to use a textbook that was no longer exactly modern?» così risponde: «Textbooks do not on the whole cite other textbooks and Drogheda's direct citations of Azo's *Summae* of the first nine books of the

gheda, anch'egli studente e poi *magister* ad Oxford (la cui fama ed importanza crebbero insolitamente dopo la proibizione reale del 1234 di istituire scuole di diritto a Londra). Inoltre, non vi è dubbio che Bracton, il celebre autore del *De Legibus*, anche se non può annoverarsi tra i *discipuli* di Drogheda, fosse un suo figlio spirituale⁽¹⁹⁹⁾, e tra i contemporanei che diedero man forte alla sua linea di pensiero va ricordato Master William di Kilkenny conosciuto come *in iure canonico et civili peritus circumspexitus*⁽²⁰⁰⁾.

Il leitmotiv di questo grande movimento intellettuale del secolo XIII, che sarebbe poi sfociato nella poderosa ricezione del diritto romano-canonico su vasta scala nei secoli XV e XVI, è da ricercarsi in una scelta unilaterale di Theobaldus⁽²⁰¹⁾, arcivescovo di Canterbury, che nel secolo XII decise di importare l'insegnamento del diritto romano-canonico in Inghilterra facendo trasferire nella sua provincia un *magister* di *ius civile* della scuola di Bologna: Vacarius, contemporaneo di Graziano. Da qui a poco, Vacarius⁽²⁰²⁾ iniziava i suoi insegnamenti ad Oxford con le pubbliche letture dei *Digesta* giustiniane. La risonanza di tale fenomeno scosse la stessa corona d'Inghilterra, tanto che il re (Stephen) fu costretto a vietare a Vacarius (ed a chiunque fosse un suo discepolo o collega) d'insegnare quelle discipline, oltre che di distribuire o fare pubblica lettura di quei «perniciosi» testi. Purtroppo per il re, la forza intrinseca ed il valore di quei principi giuridici che si contrapponevano al sistema del common law prevalsero, e la proibizione regia non fu a lungo rispettata, neppure dallo stesso Vacarius (famoso autore non solo del celebre *Liber Paupe-*

Code and the Institutes and of Roffredus of Benevento's civilian *libelli* demonstrate a knowledge of more recent civilian sources».

⁽¹⁹⁹⁾ G.E. WOODBINE (editor), *Bracton on the laws and customs of England*, tradotto con emendazioni e note da S.E. Thorne, in 4 volumi, Selden Society - Harvard University Press, 1968-77, I, xxxvii.

⁽²⁰⁰⁾ J.E. SAYERS, *William of Drogheda and the English canonists*, cit., p. 211.

⁽²⁰¹⁾ Secondo la tradizione Theobaldus avrebbe scelto Vacarius nel 1143, allora *magister* a Bologna, e lo avrebbe portato con sé in Inghilterra per aiutarlo a risolvere questioni concrete di carattere legale concernenti l'amministrazione della provincia di Canterbury.

⁽²⁰²⁾ Sappiamo da D. OGG, *Selden's Ad Fletam Dissertatio*, Cambridge, 1925, p. xxvii che sulla base di alcuni errori presenti nel *Cronicon* di ROBERT OF TORIGNY, John Selden identificò Vacarius con Roger abate di Bec il quale, avendo dedicato la sua vita a *vocare* (insegnare) sarebbe stato soprannominato *Vacarius*.

rum⁽²⁰³⁾, ma anche di altre opere meno conosciute, e di diritto canonico e di teologia, delle quali riferisce Liebermann)⁽²⁰⁴⁾, tant'è vero che gli studenti dell'università di Oxford di allora erano chiamati «*pauperista*».

Per comprendere il grande successo e l'interesse che suscitavano gli insegnamenti di Vacarius, specialmente in relazione all'innovativo e, sino ad allora sconosciuto concetto di *aequitas* e di tutto ciò che esso comportava, occorre tener ben presente che il citato *magister* si allontanò da Bologna solo nel 1143. Quindi, egli aveva assistito in prima persona alla polemica tra le due scuole di glossatori (quella ortodossa guidata da Bulgaro e quella liberale guidata da Martinus Gosia), ed era stato altresì partecipe delle prime apparizioni del *Decretum Magistri Gratiani*.

Secondo la tradizione, la differenza fondamentale tra le citate scuole di glossatori consisteva nel fatto che, mentre i seguaci di Bulgaro erano dei veri dogmatici o cultori del testo, Martino e i suoi *discipuli* preferivano interpretare il *Corpus Iuris Civilis secundum equitatem*. Peter Stein⁽²⁰⁵⁾, invece, sottolinea che ciò rappresenta soltanto un «*misleading*», in quanto «both school were interested in just results, and both felt themselves bound by the texts of the *Corpus Iuris*. The difference resolved itself into a question of interpretation of the law. Bulgarus assumed that the law was equitable; he attributed to the jurist a more limited role than did Martinus. For Bulgarus, it was sufficient if the jurist found the *ratio legis*,

⁽²⁰³⁾ Fino al secolo XIX si credeva che tutti i manoscritti contenenti il *Liber Pauperum* fossero andati perduti. Senonché nel 1817 C.F.C. WEMCK di Leipzig entrò in possesso di un antichissimo manoscritto che egli identificò nella citata opera, e nel 1820 curò la pubblicazione dei suoi contenuti essenziali (ID., *Magister Vacarius*, Leipzig, 1820). Nello stesso anno H. DIRKENS pubblicava alcuni testi da un altro manoscritto della stessa opera ritrovato a Königsberg (ID., *Civilistische Abhandlungen*, Berlin, 1820), e F. DE ZULUETA, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London, 1927, p. xxxv racconta che nel 1828 G. HAENEI identificava il *Liber Pauperum* in un manoscritto della Cattedrale di Worcester. Nello stesso periodo furono ritrovati altri due manoscritti del *Liber Pauperum* rispettivamente a Bruges e a Praga, ed il loro contenuto fu minuziosamente analizzato da H.A. STÖLZEL, *Ueber Vacarius, insbesondere die Brügger und die Prager Handschrift desselben*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VI, 1987. Un ulteriore manoscritto proveniente da Mont Saint Michel fu identificato ad Avranches nel 1889.

⁽²⁰⁴⁾ F. LIEBERMANN, *Magister Vacarius*, EHR, xi, 1896, p. 305 e p. 514; ID., EHR, xi, 1898, p. 287.

⁽²⁰⁵⁾ P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, Coll. *Historical Essays*, London, 1998.

the purpose of the rule in question, in order to interpret it correctly. For Martinus the *ratio legis* was not enough; the interpretation was still subject to control by equity. Equity was not, however, understood as a vague abstract idea of fairness (*aequitas rudis*); it was itself to be found in the *Corpus Iuris*, but for Martinus the controlling equity for a particular rule could be found anywhere in the *Corpus*, even outside the *sedes materiae*: it was the *aequitas constituta* of Justinian's law take as a whole» (206). Stein mette anche in luce un dato fondamentale, e cioè che le due scuole differivano notevolmente anche per quello che riguarda i loro atteggiamenti rispetto al diritto canonico ed ai *mores*.

Il che non è per nulla di poco conto, specialmente se teniamo presente che comprendere gli orientamenti dottrinali di Vacarius ed il significato che egli attribuisce all'*aequitas* ed ai corollari che ne derivano, equivale a comprendere lo spirito della ricezione dell'*utrumque ius* in Inghilterra e, quindi, le fondamenta storico-culturali della moderna società angloamericana in cui, oltre al common law, regnano i principi dell'Equity. In effetti, il significato che Vacarius attribuisce all'*aequitas* è in parte fondato sul diritto secolare, in parte su quello canonico, ed è pertanto pregnante e riassuntiva la definizione di equity data da Sir Enry Maine nel secolo XIX:

... a set of legal principles, entitled by their intrinsic superiority.

I «legal principles» rendono perfettamente l'idea di quanto le logiche definizioni e le regole del diritto romano-justiniano abbiano influito, mentre la «intrinsic superiority» è sinonimo di *lex naturalis* o *divinae leges natura*, ovverosia di una legge che non è posta dall'uomo e che Graziano riconosce nelle Sacre Scritture, per cui essa:

... est comune omnium nationum (207).

Pertanto, se *iustitia* (o *aequitas*), in senso romano classico e romano justiniano, è sinonimo di regole legali mitigate dalla *inirprudencia* che è

(206) P. STEIN, *The Character*, cit., pp. 172-173.

(207) *Decretum Gratiani*, nella nota edizione curata da Fridberg: D.I, c.1.

la «*humana prudentia* applicata al campo del diritto, cioè, l'attività rivolta a ricercare ed attuare ciò che è giusto» (208), lo stesso concetto è concepito in modo completamente differente nell'ambito della giustizia cristiana, sin dalle fonti dei primi secoli dopo cristo, come Deschamps (209) e Whitehouse (210) evidenziano. La convergenza dei due differenti concetti si ha nell'Equity anglosassone che oggi conosciamo, e che non può prescindere dall'idea di base della differenziazione netta tra i due diversi postulati etici, e allo stesso tempo filosofici e giuridici, messi così bene in luce da Lattanzio (211):

aliud est igitur civile ius, quod pro moribus ubique variatur, aliud est vera iustitia, quam uniformem ac simplicem proposuit omnibus Deus ...

La risultante delle citate concettualizzazioni è decisamente riscontrabile nell'*utrumque ius* così naturalmente vivente nell'Europa del diritto comune, ed allo stesso tempo silenziosamente recepito nella cultura anglonormanna prima ed angloamericana poi, grazie ai primi canonisti inglesi ed all'istituzione della Court of Chancery, tutrice dell'*aequitas* canonicamente intesa e, quindi, coincidente o strettamente connessa con la *divina lex* e con il *fas* nel senso graziano, rispetto al quale è impossibile non far corrispondere il concetto di *aequitas* nella definizione di diritto naturale (212):

... sed naturale equum habetur.

Non dissimilmente da quanto sin ora osservato, Balbi suggerisce che «i riferimenti, nell'opera graziana, alla *divina lex*, al diritto naturale, canonicamente inteso, quando si parla di *aequitas*, evidenziano come questa è da considerare giustizia nella sua validità trascendente» (213). L'*aequitas* appare come un superiore criterio di giustizia, dal quale deriva l'ineffica-

(208) R. BALBI, *La Sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, cit., p. 61, n. 32.

(209) H. DESCHAMPS, *Le Justes et la Justice dans les Evangiles et le christianisme primitif*, Louvain, 1950.

(210) W.A. WHITEHOUSE, *The biblical doctrine of justice and law*, London, 1955.

(211) LATTANZIO, *Divinae Institutiones*, VI, 9, in, *Patrol. Lat.*, VI, Migne, p. 663.

(212) *Decretum Gratiani*, edizione Friedberg: D.I, c.7.

(213) R. BALBI, *op. cit.*, pp. 92-93.

cia di una sentenza di scomunica *contra aequitatem*, ed è in base alla stessa che si deve comportare chi ha timor di Dio ⁽²¹⁴⁾:

Nec contra evangelium nec contra apostolos, nec contra prophetas vel sanctorum Patrum iniustitia agere aliquid illumodo consensit.

Balbi mette quindi in luce che il passo decisivo «che ci permette di gettare lo sguardo su un diverso grado della giustizia e di evidenziare l'elemento di trascendenza che la giustizia ha in sé», dal quale si evince l'importanza che ha nel pensiero graziano l'*iniustitia* (*melius*, in questo caso, *iniquitas*) derivante dalla violazione di un precetto divino, è il seguente ⁽²¹⁵⁾:

§1. *Si quis prohibet nobis quod a Domino preceptum est, vel rursus imperat fieri quod Dominus fieri prohibet, execrabilis sit omnibus, qui diligunt Deum, Idem §2. Is qui preest, si preter voluntatem Dei, vel preter quod in scripturis sanctis evidenter precipitur, vel dicit aliquid, vel imperat tamquam falsus Dei testis aut sacrilegibus habeatur.*

Certo è che a master Vacarius, contemporaneo di Graziano, che era stato anche *magister* di diritto romano-giustiniano all'Università di Bologna, non erano estranei i precetti morali della teologia così come la nuova canonistica, ovverosia il c.d. *ius novum*, ditalchè i suoi insegnamenti ad Oxford furono certamente impregnati di tutto questo, con conseguenze non di poco conto sulla formazione del pensiero di quei primi giuristi inglesi che tanta influenza ebbero sulle decisioni delle corti civili ed ecclesiastiche dell'epoca, oltre che sulla nascita e sullo sviluppo della Court of Chancery.

7. — Come abbiamo visto, è grazie alla Chiesa di Roma, agli influssi della canonistica e del diritto secolare, e a personaggi come Vacarius e William di Drogheda, precursori e fautori della tanto rinnegata ricezione

⁽²¹⁴⁾ *Decretum Gratiani*, edizione Friedberg: C.XI, q.III, c.95.

⁽²¹⁵⁾ C. XI, q.III, c.101. Nel *dictum* immediatamente successivo alla citata *autoritas*, il pensiero di Graziano è il seguente: «Cum ergo subditi excommunicantur, quia ad malum cogi non possunt tunc sententiae non est obediendum, quia iuxta illud Gelasii. Nec apud Deum, nec apud ecclesiam eius, quemquam grauat iniqua sententia».

dell'*utrumque ius* nell'odierna cultura angloamericana, che l'ordinamento d'oltre manica, così come oggi lo vediamo, conosce anche i principi dell'Equity accanto a quelli di common law, il cui rigorismo è stato così saggiamente limitato da una naturale e forse poco consapevole applicazione dei concetti di *iustitia* e, in particolare, di *aequitas* che il *Magister Gratianus* aveva saggiamente rielaborato nella sua *Concordia Discordantium Canonum*, compilazione questa che certamente non era sconosciuta a Drogheda ⁽²¹⁶⁾ e, a maggior ragione a Vacarius. Tuttavia sarebbe fine a se stesso uno studio che non tenesse in debito conto le inferenze tra il fenomeno dell'insegnamento oltre manica del diritto romano-canonico ed il conseguente sviluppo dell'attività della Court of Chancery.

Prima di avventurarci nello studio delle similitudini e delle dissonanze tra l'Equity angloamericana e l'*aequitas* canonica, vale la pena di spendere qualche parola sul concetto di «equità» tout court. Orbene, nel diritto romano classico e, più ancora, nel diritto romano giustiniano, l'*aequitas*, concepita come idea di giustizia, tanto come fattispecie astratta quanto come riferita al caso concreto, ha grandissima importanza. In generale ad essa s'ispirano tutte le norme dello *ius honorarium* e dello *ius gentium*, in contrapposto allo *ius civile* che è rigido, severo e formalistico. La si può dunque considerare come fonte autonoma di diritto e come tale appare in alcune legislazioni moderne: nella legge inglese v'è dualismo tra Equity e common law (diritto comune, o diritto del precedente o del «judge made law»). Il codice civile svizzero statuisce che il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità quando la legge si rimetta al suo prudente arbitrio. In Italia, il giudice può decidere secondo equità nei casi espressamente previsti dalla legge («equità integrativa»), salvo rare ipotesi di «equità sostitutiva» (nell'interpretazione di norme astratte o nell'ambito di *vacua* lasciati dal legislatore) in cui, sulla scorta di quanto dispone

⁽²¹⁶⁾ Egli, molto probabilmente, ebbe occasione di soggiornare a Bologna e di studiare presso la gloriosa Università di quella città, allora importantissima sede degli studi di diritto romano-canonico. Sulla ipotesi che William di Drogheda avrebbe soggiornato a Bologna in un periodo imprecisato della sua vita, cfr.: C.E. LEWIS, *Ricardus Angelicus: a familiaris of Archbishop Hubert Walter*, in *Traditio*, XXII, 1966, pp. 469-471; K. MAJOR (a cura di), *Acta Stephani Langton*, in *Canterbury and York Soc.*, I, 1950, p. 50, n. 37; S. KURTNER - E. RATHBONE, *Anglo-Norman canonists of the twelfth century*, in *Traditio*, VII, 1949-1951, p. 338 n. 76.

l'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 12 delle preleggi al Codice Civile, i suoi poteri si fanno ancora più ampi. In definitiva, la difficoltà di definire il concetto di equità (almeno nel diritto civile continentale), intorno al quale si sono affaticati per secoli giuristi e filosofi – taluni identificandola con il concetto di diritto stesso – il giudice continentale non può richiamarsi ad essa se non nei casi tassativamente stabiliti dal legislatore.

Nella realtà angloamericana, sino ad oggi, si è cercato di nascondere l'influsso del diritto romano-canonico come un figlio illegittimo, tanto che Goethe è indicato da Eckermann⁽²¹⁷⁾ come colui che in modo decisamente geniale ha paragonato il diritto romano-canonico ad un papero: talvolta è visibile quando galleggia sulla superficie dell'acqua, tal'altra lo è meno o non lo è affatto quando nuota nelle profondità di un lago alla ricerca di cibo. Il diritto romano-canonico è quindi onnipresente, come il papero in una zona lacustre, e quando lo vediamo e quando no.

Orbene, non costituisce l'intendimento specifico del presente lavoro illustrare le connessioni tra l'*utrumque ius* ed il common law, dato che codesto spinoso argomento è stato già abbondantemente discusso da giuristi e storici sia americani che europei⁽²¹⁸⁾, quanto piuttosto evidenziare

⁽²¹⁷⁾ J.P. ECKERMANN, *Conversation with Goethe*, tradotto in inglese da Oxenford, Everyman (a cura di), p. 313.

⁽²¹⁸⁾ P. STEIN, *The attraction of civil law in post-revolutionary America*, in *Virginia Law Review*, LII, 1966, Chapter I, pp. 403-434, e Chapter II, pp. 411-442, ristampato in ID., *The Character and influence of the Roman Civil Law*, op. cit., pp. 411-442. mette in luce, in sostanza, che negli Stati Uniti d'America, in particolare nel periodo immediatamente successivo la rivoluzione, legali ed esperti pubblicisti attinsero ai modelli del diritto romano per plasmare «the metropolitan character of common law», in un tempo cioè in cui le pubbliche istituzioni americane avevano scarsissima popolarità. I tratti del common law, forgiati sulla base dell'influenza canonistica, sono stati invece presi in considerazione da R.H. HELMOLZ, *Canon law and English Common Law, Selden Society Lecture delivered in the Old Hall of Lincoln's Inn July 5th, 1982*, London, 1983. L'autore pone la sua attenzione su taluni istituti del common law traslati dal diritto canonico, specialmente nel periodo successivo alla riforma anglicana, come per esempio la «law of bankruptcy». Egli è tuttavia convinto che le influenze tra i due ordinamenti non siano state solo unilaterali ma reciproche, ed allo stesso tempo che ciò non possa considerarsi del tutto pacifico: «the argument for reciprocal influence can probably be made convincing only by the multiplication of examples [...] even without this, there is good reason to deal with two common, and sensible, objections to the argument. The first is the lack of direct proof that common lawyers really knew enough about the canon law to be influenced by it. The

che specialmente il diritto canonico «classico» ha notevolmente influenzato il sistema dell'Equity, non solo dell'epoca, ma anche per come oggi lo conosciamo.

Così impostato il tema, occorre muovere da una premessa indispensabile: l'*utrumque ius* ed in particolare il diritto canonico classico ha potuto inserirsi nella cultura anglosassone attraverso due canali in particolare: la Corte di Cancelleria e le Corti Ecclesiastiche inglesi.

Innanzitutto, va rilevato che l'attività della Court of Chancery la cui storia è fin troppo nota, è stata la fucina di un ramo indipendente del diritto inglese: l'Equity. Tale corte era retta dal Lord Cancelliere (normalmente un'ecclesiastico), giudicava principalmente in base alla legge di coscienza ed alla buona fede, ed i principi da essa fissati iniziarono a divenire un vero e proprio *corpus* di «precedents» che «già nel XVIII secolo, resero la giustizia in Chancery rigida quanto quella delle Corti di common law. Per contrapposto a quest'ultima si diceva che il Cancelliere amministrasse l'Equity»⁽²¹⁹⁾. Il fatto che «Equity follows the law» è, ad esempio, un principio creato da questa speciale corte (oltre che un dato di fatto), così come l'istituto del trust⁽²²⁰⁾. L'Equity andava a colmare, con le sue

second is that the suggestion of connection is apparently contradicted by the insular habits of mind of English lawyers as we see them exposed in the Yearbooks and early Reports. English lawyers show no indication of being slavish copiers of foreign ideas».

⁽²¹⁹⁾ M. LUPOLI, *Appunti sulla Real Property e sul Trust nel Diritto Inglese*, Milano, 1971, p. 51.

⁽²²⁰⁾ D.J. HAYTON, *The Law of trust*, Coll. *Fundamental Principles of laws*, London, 1989, alla domanda «what is a trust?» replica che «a trust is not a legal person, like an individual or a company, capable of owning property. For there to be a trust, property must be vested in a trustee or trustees (who may be individuals or companies) or in a nominee on behalf of the trust (though here the rights against the nominee may be regarded as a property held by trustee). Trustees hold property as joint tenants, so on a trustee's death the property passes automatically by the *ius accrescendi* to the surviving trustees: if the last surviving trustee does not appoint more trustees then on his death the property will be held by his personal representative who should appoint new trustees.

The trustees are under fiduciary obligations imposed by the terms of the trust or otherwise by law. These obligations involve management of the trust property for the benefit of beneficiaries or for charitable or other permitted purposes and involve the trustees in personal liabilities in contract and in tort when dealing with outsiders. The trust property cannot be used as part of the trustee's property whether on death, since his interest ceases then, or on divorce or bankruptcy: the trust property constitutes an independent fund available only for the beneficiaries or the charitable or other permitted purposes. If trust property, whether in its original form or transmuted into some new

«eque regole», le lacune del rigido common law, creando una protezione rispetto a situazioni e/o a soggetti altrimenti privi di tutela giuridica, per

form [...] wrongfully comes into the hands of the trust, then it can be traced and recovered if not previously dissipated.

It is normally as the result of a gift from the settlor to the trustees for the beneficiaries that the trust of property is constituted, so just as a donor's rights cease after making a gift so do the settlor's rights cease. Once a valid trust is created it is only the beneficiaries – and not the settlor – who can enforce it, so the trustee's duty is to keep the beneficiaries – and not the settlor – happy [...].

The continuous trustee-beneficiary relationship is the fundamental of the trust. The arrangement between the settlor and the trustees under the trust instrument (which will expressly give the trustees, as an incident of their holding and managing the trust fund, the power to pay themselves out of the fund for their services and expenses) confers extensive enforceable rights on the beneficiaries, though they neither provide consideration for the arrangement nor are parties to the arrangement ...».

Per quello che riguarda le ragioni storiche della nascita del trust, autorevolmente LUPOLI, *op. cit.*, pp. 21-23, spiega che d'*equity* s'interessò subito degli *uses* e, prima della legge del 1535, protesse i diritti dei beneficiari contro i *feoffes to uses*. Questi ultimi, infatti, non erano soggetti ad alcuna obbligazione secondo il *common law* in quanto, titolari di *legal estate* sul fondo, godevano della pienezza dei loro diritti di *tenants*. L'obbligazione assunta verso l'alienante in favore del *cestui que use* era, in sostanza, un'obbligazione di sola coscienza e, per tale motivo, era sanzionata soltanto dall'*equity*.

La legge del 1535 pose fine a questa situazione. Ma l'astuzia dei *conveyances* (i giuristi specializzati nei trasferimenti di *real property*) ideò lo *use upon the use*: « Ad A in *fee simple* per lo *use* di B e dei suoi eredi, per lo *use* di C e dei suoi eredi ». Cosa significava una formula del genere? Lo *statute of Uses* ignorava il trasferimento ad A e rendeva acquirente (*feoffee*) B in *fee simple*, lo *use* a C, tuttavia, non cadeva sotto la previsione della legge perché in essa si disponeva solamente per il primo *use*. Le Corti di *common law* decisero, infatti, che il secondo *use* non era *executed*, ed esso trovò riconoscimento in *equity*.

Ciò significava che, mediante due *uses* successivi, era possibile realizzare l'effetto proibito dallo *Statute of Uses*. Se il disponente intendeva eseguire il trasferimento dell'*estate* a favore di A affinché ne godessero B e C, era sufficiente eseguire il trasferimento a favore di X per lo *use* di A in *fee simple*, per lo *use* di B e di C. In applicazione dello *Statute* il trasferimento a X veniva ignorato e veniva *executed* lo *use* a favore di A; il quale, quindi, acquistava un *fee simple* sottoposto (in *equity*) allo *use* a favore di B e di C.

Il secondo *use* diventava, quindi, l'unico *use* annesso al trasferimento dell'*estate*: i diritti di B e di C venivano detti *equitable* perché protetti solamente dai giudici di *equity*.

Per converso, l'*estate* attribuito ad A per effetto del primo *use*, era detto *legal*. Il *legal estate* si contrapponeva all'*equitable interest*. Si creava, in tal modo, una nuovissima visuale. Essendo ignorati dalle Corti di *common law*, i diritti di B e C non riguardavano immediatamente l'*estate* trasferito ad A. Ne conseguiva una scissione radicale fra quelli che saranno poi chiamati il *legal title* ed il *legal estate* e l'*equitable title* e l'*equitable interest*. Agli occhi della *common law*, l'*estate* trasferito era attribuito ad A ed a lui soltanto. L'obbligazione di

esempio attraverso l'istituto della «consideration», dell'«equitable interest» ovvero considerando il loro «interest» come «vested in possession» o «vested in interest» rispetto ad una determinata cosa, ed in particolare del «trust». È da sottolineare, tuttavia, che la Corte del Cancelliere agiva sempre ispirandosi a scopi caritatevoli o tendenti a superare limiti altrimenti invalicabili che, se non fossero stati in qualche modo temperati, avrebbero creato non poche situazioni di disparità e di *iniustitia*: *Yaequitas subentra*, allora, là dove i limiti del rigorismo giuridico più esasperato diventano fonte di *aliquid iniustum evidenter contra legem naturalem et (divinum) fas*. In taluni casi, come per il trust, le regole dell'*Equity* consentivano di aggirare veri e propri divieti di legge (nel caso *a quo*, quello previsto dallo «statute of Uses» e dalla legge del 1535, relativamente al divieto di attivare *uses* successivi), ma non divieti espliciti posti direttamente dal sistema del *common law* ovvero sia da precedents divenuti veri e proprie *regulae iuris*.

L'applicazione di principi ispirati alla *caritas* cristiana, idonei a superare ingiusti rigorismi è, d'altronde, tipica del pensiero medievale e strettamente connessa all'idea di *iustitia*, che non appare più come sintesi dei fattori etici o sociali di un periodo storico. Codesta «nuova» concezione di *iustitia*, inoltre, si vincola completamente dalla necessità di raggiungere uno scopo che sia rappresentato dall'*utilitas* della scelta normativa per il caso concreto o per quello astratto. Era chiaro, al Lord Cancelliere, che normalmente era un ecclesiastico, che la *vera iustitia* presupponesse l'esistenza di Dio. Tornano ad essere attualissime, quindi, le parole di Lattanzio (221):

ignorat utique iustitiam qui religionem Dei non tenet. Quomodo enim potest eam ipsam nosse, qui unde oriatur ignorat?

In proposito, Balbi osserva che «partendo da questa premessa, il pensiero cristiano rappresenterà, con grande incisività, la giustizia come rispondenza ad un ordine trascendente (nel quale essa verrà a fondersi ora con la *benignitas* e la *clementia*, ora con la *beneficentia* e la *pietas*, ora con

A nei confronti di B e C era un'obbligazione *equitable*: B e C non acquistavano alcun *estate* sul bene oggetto del trasferimento».

(221) LATTANZIO, *Divinae Institutiones*, V, 15, in *Patrol. Lat.*, Migne, VI, p. 597.

l'osservanza dei comandamenti)». Diventa allora pregnante il passo del *Sermo CXXXVI* di Agostino, in cui il soggetto di tutte le proposizioni è sempre il medesimo (Dio) ⁽²²²⁾:

Et hoc quod vellet, ipsa iustitia est; et quod ille vult, inquam, ipsa iustitia est. Non enim iniquum est quod ille vult, aut aequum potest esse quod non vult.

Orbene, la *iustitia vera*, che è conforme alla *voluntas divina* (o *fas*), quando è assente determina una situazione di *iniquitas*. Pertanto, circa il ruolo che nel sistema angloamericano assume quella che Palazzo definisce come la «istituzionalizzata interrelazione tra *iustitia* ed *aequitas*» ⁽²²³⁾, ed identicamente a quanto dedotto da Lupoi circa le interrelazioni e le profonde differenze tra civili law e common law, e la profonda influenza che i concetti di *caritas*, *aequitas* e *bona fides* canonistica hanno avuto in quest'ultimo, ma più ancora nell'Equity ⁽²²⁴⁾, Helmholz, confrontandosi con le dottrine di Maitland, afferma che «he [Maitland] called it [description of the areas of law and life where both Church and State made a claim] "that debateable land which is neither very spiritual nor very temporal"» ⁽²²⁵⁾. Più esplicitamente, sempre a proposito degli influssi della canonistica nel sistema dell'Equity, è stato autorevolmente osservato che «in maniera pressoché unanime, l'influenza della canonistica è stata riconosciuta come un fatto storico innegabile, per quanto sia vero che si sono formulate opinioni sulla sua intensità e la sua portata effettiva» ⁽²²⁶⁾.

Ciò che non è «very spiritual nor very temporal» è appunto l'enfaticizzazione dei principi di *bona fides*, *aequitas*, *iustitia*, *benignitas*, *fidelitas* all'inter-

⁽²²²⁾ S. AGOSTINO, *Sermo CXXXVI*, C.III, in *Patrol. Lat.*, Migne, XXXVIII, p. 700.

⁽²²³⁾ A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI - A. PALAZZO - I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, pp. 27 ss.

⁽²²⁴⁾ M. LUPOI, *Alle origini del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, 1994.

⁽²²⁵⁾ R.H. HELMHOLZ, *Canon law and English Common Law*, op. cit., p. 18.

⁽²²⁶⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, in *Diritto Canonico e Comparazione*, cit., p. 236. Ivi, in nota n. 14, evidenza che tale stato di cose dipende dalla «mancanza di una documentazione che permetta di conoscere, in maniera certa, le ragioni che serviranno da fondamento ai cancellieri per decidere, nei primi secoli della loro attività giudiziaria. In effetti, fino al regno di Enrico VIII non è avviato l'archivio sistematico dei decreti emanati dal chancellor».

no delle logiche processuali della Court of Chancery, nella contrapposizione tra civil law e common law, contrapposizione dalla quale emergeva prepotentemente il diritto della Chiesa così come stigmatizzato (nei suoi oltre mille anni di storia) ⁽²²⁷⁾ nel *Decretum Magistri Gratiani*, che non poteva non essere conosciuto dai giudici e dai lawyers delle corti ecclesistiche dell'epoca, oltre che dal Lord of Chancery, la cui attività ha lasciato un'importante traccia in diversi aspetti del vigente diritto processuale angloamericano. Basti pensare all'uso di *affidavits* ed interrogatori, il giudizio soltanto mediante giudice, l'esame delle parti in qualità di testi, o l'attuale «writ» della High Court, basato più nel *subpoena* tipico della Cancelleria che nel «writ» originale del common law ⁽²²⁸⁾. Pertanto, «l'*equity* creò delle istituzioni che più tardi sarebbero state adottate dal *common law* [...]». Per esempio, la possibilità che la donna sposata avesse propri beni; o l'esistenza di nuovi tipi di proprietà, come i *copyrights* o *trademarks*; od il riconoscimento delle società a responsabilità limitata [...]. Senza dimenticare che i due più caratteristici strumenti del potere giudiziario angloamericano nacquero come *equitable remedies* [...] e solamente molto più tardi - con il fondersi dei due rami - si estesero ai tribunali ordinari», ovverosia l'«injunction» e la «specific performance», essendo entrambi nuovi rimedi creati dall'Equity.

Anche se Maitland è scettico sul punto, quasi unanimemente si è ritenuto e si ritiene che questa continua penetrazione d'istituti giuridici dalla canonistica nel common law, ed in particolare nelle *regulae iuris* coniate dal Lord Cancelliere, dipenda dall'assoluto ed indiscusso predominio di ecclesiastici (normalmente *clerici* o *episcopi*) tra le persone che occuparono tale *officium* nei secoli di maggiore sviluppo di quella cor-

⁽²²⁷⁾ Ricomprendendo, quindi, anche molti passi dei Santi Padri della Chiesa e molti precetti delle Sacre Scritture, che tanto peso hanno avuto nella costruzione e nell'interpretazione di numerosi istituti privatistici dal diritto romano post-costantiniano in poi, in particolare quello giustiniano che, per questo, è spesso molto distante da quello classico, fondamentalmente laico. Sul punto vedasi: S. RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1911, p. 37 ss.; ID., *L'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, 2, Roma, 1935, pp. 61 ss.

⁽²²⁸⁾ J.H. BAKER, *An Introduction to English legal history*, 2ª ed., London, 1979, pp. 96 ss.; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, in *Diritto Canonico e Comparazione*, cit., p. 235.

te sino al 1529 ⁽²²⁹⁾. È provato, inoltre, che tali Lords ecclesiastici avessero studiato, per lo più ad Oxford, diritto romano-canonico, e che fossero in possesso delle maggiori collezioni di diritto della Chiesa, ufficiali e non, tra cui, in particolare, il *Decretum Gratiani* ed il *Liber Sextus* di Bonifacio VIII ⁽²³⁰⁾. In proposito Maitland ⁽²³¹⁾ osseva che i Lords cancellieri ed i loro ufficiali ausiliari erano ben istruiti intorno alle *regulae iuris* inserite nella parte finale del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII. Ad esempio la *rule of equity* ⁽²³²⁾ in virtù della quale «where equities are equal the first in time shall prevail» coincide con la seguente *regula iuris*, nel testo riportato nel *Corpus Iuris Canonici* di Friedberg:

qui prior est tempore potior est jure ⁽²³³⁾.

⁽²²⁹⁾ Cfr.: A.W.B. SIMPSON, *A history of the common law of contract. The rise of the action of assumpsit*, Oxford, 1975, pp. 400 ss.; J. CAMPBELL, *Lives of the Lord Chancellors and keepers of the Great Seal of England*, in 10 volumi, 2ª ed, Jersey, 1880.

⁽²³⁰⁾ N. PRONAY, *The Chancellor, the Chancery, and the Council at the end of the fifteenth century*, in *British Government and Administration. Studies presented to S. B. Chrimes*, Cardiff 1974, pp. 90 ss. e G. SPENCE, *The equitable jurisdiction of the Court of Chancery*, in 2 volumi, Philadelphia, 1847. In particolare nel vol. 1 a pag. 335, quest'ultimo autore addivene ad identiche considerazioni sulla base di un approfondito studio dei *cases* e di come gli ufficiali assistettevano il cancelliere nella soluzione dei medesimi.

⁽²³¹⁾ F.W. MAITLAND, *Equity. A course of lectures*, Cambridge, 1949, in particolare pp. 301 ss.

⁽²³²⁾ Ad oggi, è difficile stabilire il numero esatto delle massime di equità nella tradizione del diritto britannico; eppure, tutte le volte che si è cercato di studiare codesto fenomeno, oltre a cercare di fornire un elenco di tali *rules*, si è sempre notato l'assonanza di molte di loro con *anctoritates* di diritto canonico (talvolta anche con *dicta Gratiani*), ma in particolare con le *Regulae Iuris* disposte alla fine del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII. Sul punto vedasi: M. GARCIA, *Equity in a nutshell*, 3ª ed., London, 1941, pp. 9 ss.; R. POUND, *On certain maxims of equity*, in *Cambridge legal essays written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, 1926, pp. 259-277; ID., *The maxims of equity*, in *Harvard Law Review*, XXXIV, 1921; J. STORY, *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*, vol. 1, 5ª ed., Boston, 1849, pp. 66 ss.; P. STEIN, *Regulae Iuris, From Juristic rules to legal maxims*, Edimburgh, 1966; P. VINOGRADOFF, *Les maxims dans l'ancien Droit Commun anglais*, in *Collected papers*, vol. 2, Oxford, 1928, pp. 239-247; J. WILLIAMS, *Latin maxims in English law*, in *Law Magazine and Law Review*, XX, 1894-1895.

⁽²³³⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici, editio Lipsiensis secunda, post Aemilii Ludovici Richter, curas, ad librorum manu scriptorum et editionis romanae fidem recognovit et adnotatione critica*, I, *Decretalium collectiones*, Graz, 1959 (prima ed.: 1879), in particolare, vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1123, *reg. iur.* n. 54.

Analogamente alla massima «equity will not suffer a wrong to be without a remedy» corrispondono:

possessor malae fidei ullo tempore non praescribit ⁽²³⁴⁾;

e:

pro possessore habetur qui dolo desiit possedere ⁽²³⁵⁾

Così, ancora, alla *rule of equity* «equality will not suffer a wrong to be without a remedy», esprimente il principio d'eguaglianza davanti al diritto, corrisponde la seguente *regula iuris*:

in iudiciis non est acceptio personarum habenda ⁽²³⁶⁾.

L'obbligo di diligenza impone di adempiere un'obbligazione in modo corretto nei termini stabiliti dal covenant (patto o contratto). Pertanto, in base all'Equity «delay defeats equity», così come nel *Liber Sextus* leggiamo:

damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis, imputare ⁽²³⁷⁾.

Inoltre, quanto alla *mala fides*, rispetto alle massime dell'Equity per cui «he that has committed iniquity, shall not have equity» e «he that will have done to him must do it to the same person», vi è corrispondenza di principii con la *regula* seguente:

frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat ⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁴⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, cit., vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1122, *reg. iur.* n. 2.

⁽²³⁵⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, cit., vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1123, *reg. iur.* n. 36.

⁽²³⁶⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, cit., vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1122, *reg. iur.* n. 12.

⁽²³⁷⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, cit., vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1124, *reg. iur.* n. 86.

⁽²³⁸⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, cit., vol. 2, *Liber Sextus*, col. 1124, *reg. iur.* n. 75.

Infine, per quello che riguarda l'arricchimento senza causa, alle rules of Equity in virtù delle quali «it is equity that should make satisfaction, which received the benefit» e «it is equity that should have satisfaction, which sustained the loss», corrisponde in modo perfetto la *regula iuris* numero 48, per cui:

locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura.

Tutto ciò premesso, e tenuto conto anche dei risultati conoscitivi delle ricerche di Jean Gaudemet⁽²³⁹⁾ sull'equità canonica dei primi canonisti dell'epoca classica, appare evidente che «l'influenza del diritto della Chiesa rispetto ai principi applicati dalla Cancelleria sembra essere derivata dalla connessione tra l'idea di equity ed il concetto canonico di *aequitas*»⁽²⁴⁰⁾, concetto questo, che «presupponeva una trasformazione dell'eredità greco-romana attraverso lo spirito della cristianità medievale, ed occupa un posto importante negli scritti dei canonisti dell'epoca classica, che la considerano come un'esigenza della giustizia, che impone si valutino le circostanze del caso singolare a fronte dell'ineludibile imperfezione che comporta il carattere generale della legge. Questo risultato concorda pienamente con l'idea della Cancelleria come "corte di coscienza", che perseguiva con la sua attività la giustizia dei casi concreti non adeguatamente risolti dalla legalità di stretto diritto del common law»⁽²⁴¹⁾.

La citata tesi di Maitland (vedi *supra*) trova conforto negli studi di Pound⁽²⁴²⁾ e di altri che si sono occupati della problematica, ed acquista particolare credibilità grazie all'opera Christopher Saint Germain, dal titolo inglese «Doctor and student»⁽²⁴³⁾, «che raggiunse grande diffusione,

⁽²³⁹⁾ J. GAUDEMET, *Equité et droit chez Gratian et les premiers décrétistes*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 269 ss.

⁽²⁴⁰⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Diritto Canonico e «Common Law»*, cit., p. 238.

⁽²⁴¹⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, pp. 238-239.

⁽²⁴²⁾ R. POUND, *On certain maxims of equity*, cit.; ID., *The maxims of equity*, cit.

⁽²⁴³⁾ Essa risale al 1523 ed aveva il titolo di «Dialogus des fundamentis legum Angliae et de conscientia». Il titolo originario, in inglese, dell'opera edita per la prima volta nel 1613 (contenente, allora, solo due dialoghi), era il seguente: «The Dialogue in English, between a Doctor of Divinities, and a Student in the Laws of England». Per un approfondito studio storico su quest'opera oltre che sul suo autore, cfr.: J.L. BARTON - T.F.T. PLUCKNETT, *St. Germain on Chancery and statute*, London, 1985, con introduzione

e costituì il punto di partenza per una serie di trattati posteriori sull'*equity* e sul common law», e «che fu scritta, per di più, proprio nel periodo in cui la Court of Chancery si trovava già pienamente affermata come corte indipendente ed autonoma, ed iniziava una nuova tappa della propria evoluzione»⁽²⁴⁴⁾.

Regulae iuris a parte, numerosi sono gli istituti giuridici e le *regulae* processuali forgiate in seno alla Chancery che possono dirsi mutuate dal diritto canonico, come ad esempio la formulazione e gli effetti dell'atto di citazione e gli effetti della non costituzione in giudizio del convenuto. Altri esempi sono i *subpoena*, la *reconventio*, la *litis contestatio*, l'intervento del terzo, le eccezioni declinatorie, perentorie o dilatorie, l'interrogatorio dei testi e in forma normale e mediante commissioni *in loco*, il giuramento delle parti interrogate, la verbalizzazione delle *depositiones* dei testi che doveva rimanere segreta, la «specific performance» (istituto analogo alla regola canonica per cui non si può assolvere il penitente finché non abbia regolarmente adempiuto).

Codesti principi sono ispirati, tutti, all'idea di *iustitia* e, quindi, di *aequitas* che deve realizzarsi anche e specialmente in seno al processo, nel pieno del contraddittorio. Fondamentale è la definizione di *aequitas* presente nel testo di Saint Germain, contenuta anche nella *Summa Hostiensis*:

Aequitas est iustitia pensatis omnibus circumstantiis particularibus dulcore misericordiae temperata⁽²⁴⁵⁾.

È evidente che l'*aequitas* di Saint Germain non è dissimile, ed anzi è identica a quella canonica, posto che il grande canonista Ostiense adotta

illustrativa di Barton; J. H. BAKER, *Introduction* all'edizione di *Doctor and Student* pubblicata da The Legal Classics Library, Alabama, 1988; S.E. THORNE, *St. Germain's Doctor and Student*, in *The Library*, 4ª serie, vol. 10, 1930.

⁽²⁴⁴⁾ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, pp. 240-241. Sul punto, P. VINOGRADOFF, *Reason and conscience in sixteenth-century jurisprudence*, in *Collected papers*, vol. 2, Oxford, a pp. 190 ss. mette bene in luce che le idee capitali (così come certi aspetti giuridici di dettaglio, per esempio l'efficacia dei contratti informali) di Saint Germain sono legate saldamente alla teologia scolastica e, quindi, al sole d'Aquino, a Giovanni Gerson, a Giovanni Battista di Sales e ad Angelo Carleto di Clavasio.

⁽²⁴⁵⁾ C. SAINT GERMAIN, *Doctor and Student*, *op. cit.*, nella edizione della Selden Society di Londra, cap. 14 (all'inizio).

la medesima formula ⁽²⁴⁶⁾. Questo dato di fatto è un chiaro indice di quella «ricezione diretta del diritto canonico nelle istituzioni giuridiche anglo-americane» ⁽²⁴⁷⁾, anche se l'Equity in se considerata non può dirsi un mero calco del diritto canonico, il quale ha fornito solo i principi ispiratori, e rimarrà sempre un frutto del genio inglese ⁽²⁴⁸⁾.

8. — Tutto ciò considerato, è d'uopo rilevare la grande influenza che il diritto canonico ha avuto in un importante aspetto della tradizione giuridica angloamericana e del common law in particolare: quello dei contratti. Si è interessato dell'argomento, più di recente, il Professor Richard H. Helmholz ⁽²⁴⁹⁾ dell'Università di Chicago, il quale utilizzava come pietra angolare delle sue ricerche un celebre lavoro del Professor S.F.C. Milsom ⁽²⁵⁰⁾, nel quale era fatto palese che «the life of the common law has been in the abuse of its elementary ideas». Tuttavia, la vera «mile stone» sulla quale furono innalzati gli studi e le costruzioni teoriche sul tema, è rappresentata dall'importantissimo libro di Geoffrey Barraclough ⁽²⁵¹⁾ pubblicato nel 1935, e da alcuni suoi famosi articoli dello stesso periodo ⁽²⁵²⁾, in cui si affronta la problematica degli *spiritualia* nel secolo XII,

⁽²⁴⁶⁾ Ciò è stato messo in risalto, per la prima volta, da L. DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germani*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1947, pp. 46 ss.

⁽²⁴⁷⁾ J. MARTINEZ-TORRON, *op. cit.*, p. 242.

⁽²⁴⁸⁾ H. COING, *English equity and the denunciatio evangelica of the canon law*, in *Law Quarterly Review*, LXXI, 1955, pp. 233-241.

⁽²⁴⁹⁾ R.H. HELMHOLTZ, *Contracts and the Canon Law, Towards a general law of contracts a cura di Barton*, Coll. *Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*, ediz. Duncken and Humbot, Berlin, 1990.

⁽²⁵⁰⁾ A.W.B. SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*, 1975.

⁽²⁵¹⁾ G. BARRACLOUGH, *Papal Provisions*, Oxford, 1935.

⁽²⁵²⁾ G. BARRACLOUGH, *The Executors of Papal Provisions in the Canonical Theory of Thirteen and Fourteen Centuries*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, vol. 3, Roma, 1936, pp. 109-153; ID., *Formulare für päpstliche Suppliken aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht (AKKR)* CXV, 1935, pp. 435-456; ID., *Modus et forma procedendi ad executionem seu protestationem gratiae alicui factae per dominum Papam*, Milano, 1938; ID., *Bernard of Compostella*, in *English Historical Review (EHR)*, II, 1934, pp. 193-218; ID., *Praxis Beneficiorum. A contribution to the History of Practical Legal Literature in the Later Middle-Ages*, in *Sav. Zschr. f. RG. Kan. Abt. XXVII*, 1938, pp. 492-495; ID., *Audentia litterarum contradictarum*, in *Dictionaire de Droit Canonique (DDC)*, vol. 1, Paris, 1935, col. 1393-99.

con particolare attenzione al *Decretum Gratiani* ed alle *Quinque Compilationes Antiquae*. Pur essendo, quelli di Barraclough, studi concentrati sull'aspetto pubblicistico e spirituale della Chiesa, e solo indirettamente sul concetto di *fidelitas* strettamente connesso al precedente, così come quello di *bona fides*, al tema dei *beneficia ecclesiastica*, i risultati conoscitivi su quest'ultimo aspetto sono in ogni caso notevoli e, pertanto, utili al fine di comprendere l'essenza del concetto di buona fede al tempo in cui il diritto romano-canonico, grazie a Vacarius, veniva importato nell'isola britannica: è a quelle dottrine che cominciò ad uniformarsi l'Equity.

Non può sottacersi, infatti, che l'«estate» britannico (e quando è «vested in interest», e quando è «vested in possession»), ovverosia il rapporto che lega il lord al tenant, così come le vicende che riguardano la sua trasmissione, vale a dire, in particolar modo il trust, è strettamente connesso ai due supremi concetti di *fiducia* ed in particolare di *fidelitas*, a cui grande attenzione hanno dedicato Bonifazio di Sutri ⁽²⁵³⁾, i *Libri Feudorum* ed anche il *Magister Gratianus* ⁽²⁵⁴⁾, nel cui *Decretum*, in C.XXII, q.V. c.XVIII (Rubr.: *Que in fidelitate sunt observanda*) leggiamo:

De forma fidelitatis aliquid scribere monitus, hec nobis, ne secuntur, breuiter ex librorum auctoritate notauit. Qui domino suo fidelitatem iurat, ista sex in memoria sempre habere debet: incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile. Incolume uidelicet, ne sit in dampnum domino suo de corpore suo. Tutum, ne sit ei in dampnum de secreto suo, uel de munitionibus, per quas tutus esse potest. Honestum, ne sit ei in dampnum de sua iusticia, uel de aliis causis, que ad honestatem eius pertinere uidentur. Utile, ne sit ei in dampnum de suis possessionibus. Facile uel possibile, ne id bonum, quod dominus suus facere leuiter poterat, faciat ei difficile, neue id, quod possibile erat, reddat ei impossibile. Ut fidelis hec documenta caueat, iustum est. §. 1. Sed quia non sufficit abstinere a malo, nisi fiat, quod bonum est, restat, ut in eisdem sex supradictis consilium et uicilium domino suo fideliter prestet, si beneficio dignus uideri nult, et saluus esse de fidelitate, quam iurauit. §. 2. Dominus quoque fideli suo in his omnibus uicem reddere debet.

⁽²⁵³⁾ BONIFAZIO DI SUTRI, *Liber de Vita Christiana*, ed. Perels, Berlin, 1930. Su quest'opera vedi E. NASALLI ROCCA, *Osservazioni su Bonifazio Vescovo di Sutri e di Piacenza come canonista*, in G.B. BORINO (a cura di), *Studi Gregoriani*, Roma, Abbazia di San Paolo, 1947, in particolare vol. IV, cap. LVII.

⁽²⁵⁴⁾ *Decretum Gratiani*, nella nota edizione critica curata da E. Friedberg, cit., C.XXII, q.V.

Quod si non fecerit, merito censebitur malefidus, sicut ille, si in eorum prevaricatione nel faciendo, nel consentendo deprehensus fuerit perfidus et periurus.

Qui, la *forma fidelitatis* non è il *vestmentum iuris* della medesima, ma l'elemento psicologico (*in memoria*) che sottintende la piena consapevolezza di ben sei elementi soggettivi caratterizzanti (*incolumè, tutum, honestum, utile, facile, possibile*): è un vero e proprio giuramento che, se è rotto, determina non solo una violazione rilevante sul piano dello *ius humanum*, ma anche dello *ius divinum* ovvero della morale. Esso è un illecito ed allo stesso tempo un peccato, così come il «breach of trust» nel diritto anglo-normanno dell'epoca tardomedievale. La forza di tale giuramento è rafforzata dal fatto che non basta *abstinere a malo*, ma occorre anche adoperarsi in modo operoso affinché l'affidamento del *dominus* (che ha riposto la propria *fiducia* e le proprie aspettative nel comportamento di colui che ha giurato) non sia vano.

A proposito della *fiducia (strictu sensu)*, invece, sono emblematiche le riflessioni di Klausning⁽²⁵⁵⁾ il quale, pur ritenendo che si debba essere alieni dall'introdurre neologismi giuridici, evidenzia che ad oggi non si possa far a meno di ricorrere ad una definizione diversa di *fiducia* rispetto al diritto romano ed al diritto germanico classico, nella specie quella di «negozi di fiducia». Invero, sarebbe improprio fare uso, per negozi diversi, di quella stessa espressione che è ormai, per tradizione, riservata a negozi che si riallacciano alla *fiducia* del diritto romano, senza dire che un nome identico per istituti diversi non è mai consigliabile, potendone derivare grave confusione. Del pari sarebbe poco opportuno parlare di «negozi fiduciari» *lato sensu* (*Ventrausensgeschäfte*) in contrapposizione ai «negozi fiduciari» *strictu sensu* (*fiduziarische Rechtsgeschäfte*), perché in tal modo si potrebbe far pensare a due categorie di negozi l'una più ampia e comprensiva dell'altra, quando esse hanno, in realtà, ben poco in comune.

Con tale precisazione potrebbe eliminarsi ogni confusione, senonchè nella dottrina, specialmente quella germanica, si è confuso il suespunto lineare schema, anche da parte dello stesso Klausning, attraverso l'introduzione e la massiccia utilizzazione del termine «*Treuhand*» che è pro-

⁽²⁵⁵⁾ F. KLAUSING, *Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschliesslich Sicherungsuebereignung*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, 1930, voce Fid.

pria della *fiducia* nel senso tecnico e, in particolare, della *fiducia* germanica, anche per semplici casi di amministrazione nell'interesse altrui senza acquisto fiduciario (negozi di fiducia o *negotiorum gestio*). In proposito, il tedesco Schless⁽²⁵⁶⁾ parla addirittura di *fiducia* per casi di mera rappresentanza indiretta e Cariota Ferrara rileva che «due correnti si sono conteso il campo in teoria, determinando una vera lotta di scuola; l'una, più antica, ci ha dato una costruzione romanistica, l'altra una costruzione germanistica dei negozi fiduciari del diritto moderno, ricollegandosi la prima alla fiducia del diritto romano, la seconda a quella del diritto germanico comune»⁽²⁵⁷⁾. Pertanto, secondo la costruzione romanistica della *fiducia cum amico* e della *fiducia cum creditore*, «i negozi fiduciari sono caratterizzati da un potere giuridico (dal punto di vista reale) illimitato del fiduciario, che si ritiene solo obbligato a non usarne a scopo diverso»⁽²⁵⁸⁾; mentre, «secondo la costruzione germanistica [...] il potere giuridico del fiduciario è limitato da condizione risolutiva e quindi *realmente* ...»⁽²⁵⁹⁾. Tuttavia, «i fautori della teoria romanistica non escludono a priori la possibilità di un trasferimento fiduciario limitato da condizione risolutiva, e, che, ugualmente, i fautori della teoria germanistica riconoscono che può aver luogo un pieno trasferimento reale, a cui inerisca un accordo di fiducia solo obbligatorio»⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁶⁾ H.H. SCHLESS, *Mittelbare Stellvertretung und Treuhand*, in *Leipziger rechtswiss. Studien*, p. 66.

⁽²⁵⁷⁾ L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, vol. XI, pp. 10-11. Tale schema è utilizzato, ad esempio, nel nostro ordinamento ove, pur non essendo disciplinati direttamente i negozi fiduciari (ritenuti prevalentemente come negozi misti ad effetti in parte reali ed in parte obbligatori: per un'ampia disamina del problema anche in relazione al trasferimento fiduciario in funzione di garanzia, vedasi, di recente, A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, spec. p. 115 ss., ed ivi riferimenti anche giurisprudenziali) è fornita una specifica azione al fiduciante affinché si realizzi ciò che il fiduciario omette di fare: art. 2932 c.c. Per C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 11 ss. questo rimedio non elimina la potestà e quindi il pericolo di abuso da parte del fiduciario, ma costituisce un mero deterrente rispetto a tale evenienza, oltre che uno scomodo e poco celere strumento per rimediarevi.

⁽²⁵⁸⁾ C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 11.

⁽²⁵⁹⁾ C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 11.

⁽²⁶⁰⁾ C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 13.

Strettamente connesso al vincolo della *fidelitas* e della *fiducia* secondo il diritto romano-canonico, cui, nel diritto inglese, corrisponde il rapporto giuridico tra lord e tenant, è la *fides* romanistica, ovverosia quel «vincolo» di carattere squisitamente etico intercorrente, in età repubblicana, tra il *patronus* e i *liberti*. Orbene, attraverso il c.d. *patronatus*, si creava un rapporto bilaterale in virtù del quale il *patronus* era obbligato a proteggere il *libertus* che rimaneva sostanzialmente sottoposto al *patronus* medesimo.

Premesso ciò, non può sottacersi che accanto alla *fides* vera e propria, si pone, nell'ordinamento romano non solo di epoca repubblicana, il concetto policromo di *bona fides*, normalmente legato a quella situazione di fatto che è il possesso, così autorevolmente illustrato da Gaio nelle sue *Institutiones*, in particolare nella prima parte del § 50 del *Commentarius Secundus* (Rubr.: *De rebus*), a proposito del problema della rivendicazione di cose mobili che siano state nel frattempo *tradite* a terzi di buona fede a seguito di un *furtum*:

Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur⁽²⁶¹⁾ ...

Tuttavia, come già accennato, nel diritto romano «*bona fides*» non è soltanto questo, ovverosia non è solo rilevante ai fini del possesso *ad usucapionem*; essa è anche comportamento leale nell'adempimento delle obbligazioni, convinzione di non ledere l'altrui diritto (*bona fides pro usucapione*) ed elemento caratterizzante l'*actio bonae fidei*. Nel diritto civile continentale, nel common law e nell'Equity dei Paesi di tradizione giuridica angloamericana, essa assume ulteriori connotati. Più precisamente essa è criterio d'interpretazione del contratto, criterio d'integrazione del contratto⁽²⁶²⁾, ed elemento rilevante ai fini della valutazione del comportamento tenuto nel corso delle trattative che precedono la formazione del

⁽²⁶¹⁾ *Istituzioni di Gaio e di Giustiniano*, ed. Simone, Napoli, 1991, p. 44.

⁽²⁶²⁾ Per un'ampia disamina sui vari profili dell'interpretazione e dell'integrazione (in particolare, sotto il profilo dell'equità integrativa e dell'equità sostitutiva) del contratto, oltre che della norma astratta, cfr. A. GIULIANI - A. PALAZZO - I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit.

contratto⁽²⁶³⁾, oppure in relazione all'adempimento della relativa obbligazione⁽²⁶⁴⁾. Diversamente dal diritto romano, nel diritto canonico (oltre che civile), la *bona fides* rileva ai fini degli effetti del matrimonio putativo⁽²⁶⁵⁾ dove, diversamente da quanto avviene in materia possessoria, contrattuale, di prescrizione:

mala fides superveniens nocet.

Rispetto a codesta petizione di principio, sotto la vigenza del *Codex Iuris Canonici* del 1917, Pio Fedele, autorevolmente poneva l'accento su un'aspetto peculiare della nullità del matrimonio, e ricavava da ciò un'assioma generalissimo: «per determinare se la *litis contestatio* escluda o meno la *bona fides*, la dottrina canonistica assume come criterio decisivo quello della liceità o meno, della peccaminosità o meno, dei rapporti coniugali nella pendenza della causa di nullità matrimoniale. [...] E dal fatto che in questo periodo tali rapporti non potevano ritenersi vietati si argomenta l'esistenza della buona fede. [...] Ora, è innegabile che quel criterio proprio ed esclusivo del diritto della Chiesa polarizza tutto il problema della *bona fides* nel matrimonio putativo verso la questione di coscienza. [...] La semplice scienza che per avventura uno od entrambi i coniugi abbiano acquistata dopo la celebrazione delle nozze dell'impedimento dirimente non basta a far venir meno la loro buona fede. [...] E ciò perché questa perdura fino a che non entri in campo la *ratio peccati* [sic!]. [...] In altri termini, la *mala fides* non viene riguardata – nonostante le apparenze che possono far supporre il contrario – come uno stato di peccato. [...] Que-

⁽²⁶³⁾ Su questo peculiare aspetto, vedasi D. HUTCHISON, *Good Faith in the South Africa Law of Contract*, in R. BROWNSWORD - N.J. HIRD - G. HOWELLS (a cura di), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Adelrshot-Brookfield (USA)-Singapore-Sydney, 1999, pp. 213 ss., il quale ricollega la buona fede contrattuale, precontrattuale e quella concernente l'esecuzione, l'interpretazione e l'integrazione dei contratti dell'ordinamento sud-africano, al concetto di *bona fides* in senso romanistico: «The conception of *bona fides* in our law of contract dates back to Roman times, when a rather technical distinction was drawn legal proceedings *stricti iuris* and *bonae fidei* ...»

⁽²⁶⁴⁾ Sul punto vedasi U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. A. ALBISETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo nel diritto canonico*, Milano, 1980.

sto, nell'ipotesi che dopo la *litis contestatio* uno od entrambi i contraenti siano convinti della nullità del vincolo matrimoniale ...»⁽²⁶⁶⁾. Tale linea di pensiero è perfettamente in armonia con le dottrine di molti decretisti coevi e successivi a Graziano (il quale, invece, adotta in blocco il concetto di *bona fides* romanistica, senza dare alcuna considerazione al problema della *mala fides superveniens*)⁽²⁶⁷⁾ che coniarono il principio della rilevanza

⁽²⁶⁶⁾ P. FEDELE, *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, Milano, 1939, XVII, pp. 14-15.

⁽²⁶⁷⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici, op. cit.*, vol. I, *Decretum Gratiani*. C.XVI, q.III, c.8 (Rubr.: *Privilegia per XXX. annos possessa immobilia servari debent*): «Placuit huic sanctae et magnae sinodo, ut res uel privilegia, que Dei ecclesiis ex longa consuetudine pertinent, et siue a diuae recordationis inperatoribus, siue ab aliis Dei cultoribus in scriptis donata, et ab eis XXX. per annos possessa sunt, nequaquam a potestate presulum eorum quecumque persona secularis per potestatem subtrahat, aut per argumenta quelibet auferat; sed sint omnia in protestate ac iussu presulis ecclesiae, quecumque intra XXX. Annorum spacia ab ecclesiis possessa fuisse noscuntur. Quisquis ergo secularium contra presentem diffinitionem egerit, tamquam sacrilegus iudicetur, et donec se correxerit, et ecclesiae propria privilegia seu res restituerit, anathema sit. Idem Episcopis Dardaniae». C.XVI, q.III, c.9 (Rubr.: *Repeti non possunt que XXX. annis quiete possidentur*): «Inter cetera inquit: Post quingentos annos constituta Christi quosdam audio uelle subuertere, cum XXX. annorum lex hominum non possit abrumpi». C.XVI, q.III, *dictum post c.9 et incipit Partis IV*: «Item si de rebus ecclesiae controuersia mota est, et diffinitio subsecuta, etsi iniusta sit, tamen quia non sua, sed diffinientis auctoritate possidere cepit, tricennalis prescriptio petitori silentium inponit, ita tamen, ut subputatio prescriptionis non a tempore diffinitionis, sed a decessu diffinientis exordium sumat. Unde in Tolletano Concilio [IX. c. 8.] statutum est ... [segue *auctoritas* successiva, n. X]. C.XVI, q.IV, *dictum ante c.1, c1 et dictum post c.1*: «Ostensum est, quando ecclesia aduersus ecclesiam prescribere possit. Nunc uidendum est, si monasterium aduersus ecclesiam prescribere ualeat? Quod Urbanus II. prohibuit, dicens: [segue C.I., così rubricato: *Tricennio temporis aliquid monachi prescribere non ualent*] [...] Possessiones ecclesiarum et episcoporum tricennales abbates uel monachos habere omnimodis prohibemus. Gratian [qui comincia il pensiero di Graziano]. Sed si tollitur eis tricennalis possessio, a B. Gregorio conceditur eis quadragenalis prescriptio. Ait enim Petro Subdiacono: [L.I. c.9.]. C.XVI, q.IV, c.2 (Rubr.: *Quadraginta annorum prescriptio religiosis domibus conceditur*): «Volumus accedente te ad Panormitanam ciuitatem questionem ipsam tali ratione discutere (dominio rei apud possessorem, sicut hactenus possessum est, uidelicet permanente), ut, si monasterium prefatum S. Theodori fines, de quibus causatio mota est, inconcussos quadraginta annis possedissee repereris, nullam deinceps (etiam si quid sanctae Romanae ecclesiae competere potuit) patiaris sustinere calumpniam, sed quietem eorum inconcussam omnibus modis procurate. Sin uero actores ecclesiae non eos possedissee quadraginta annis inconcussos iure monstraerint, sed aliquam intra tempora hec motam fuisse aliquando questionem eorundem finium, electis arbitraris tranquille et legaliter sopiatum». C.XVI, q.IV, c. 3. (Rubr.: *De eodem*): «Item ex Nouellis Iustiniani. [Nouella CXXXI.] Neque de-

della mala fede sopravvenuta, non solo in materia di nullità del matrimonio, ma anche per quanto riguarda il possesso ed in particolare la prescrizione. Già nella seconda metà del secolo XII la distinzione classica tra *res corporales* e *res incorporales* perde qualsiasi rilevanza, e nell'opera di un'ignoto autore (forse Paucapalea)⁽²⁶⁸⁾, in particolare nella glossa alle *quaestiones* III e IV del *Decretum Gratiani* è vivida la sua linea di pensiero, che si distacca nettamente da quella filo-romanistica del maestro:

[Rubr.: *De actione usucapti*]

Si quis cepit usucapere bona fide, postea scit rem alienam esse, non postest usucapere. Alibi dicitur quod potest. Quod sic soluitur. Quando scit alienam esse, et uult eam tradere domino si inuenerit eum, potest usucapere. Sed si non uult tradere domino, sed contractat, furtum facit et non potest usucapere. Contractare est alienam rem animo furandi baiulare⁽²⁶⁹⁾.

Il principio è degnamente sviluppato nel pensiero di un elevato numero di decretisti, tra i quali spicca la figura di Rufino che così esordisce nel commento alla *quaestio* III della *Causa XVI* del *Decretum Magistri Gratiani*, dopo aver indicato come oggetto del tema le c.d. «*praescriptiones ecclesiasticae*» ed aver altresì distinto gli *iura ecclesiastica* in *spiritualia* e *corporalia*⁽²⁷⁰⁾:

cennii, neque uicennii, uel XXX annorum prescriptio, sed sola XL. annorum curricula religiosis domibus obponantur, non solum in ceteris rebus, sed etiam in legatis et hereditatibus. Gratian [indica l'inizio del *dictum* del *Magister*]. Sicut ergo religiosis domibus ex lege non nisi quadragenaria est obicienda prescriptio, ita et auctoritate Gregorii aduersus alias ecclesias prescribere possunt eodem spacio temporis».

Sul punto G. SAVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, a p. 512 scrive che «l'idea di *bona fides* non fu inventata dai papi, bensì fu estrapolata dal diritto romano». L. SCLAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico* a cura di Finocchiaro, Bologna, 1995, osserva che «nel sistema del diritto romano la *bona fides*, momento più elevato dell'ascensione progressiva dell'essenza di lesione altrui, è generalmente fatto etico e psicologico ad un tempo, in quanto il più delle volte nell'usucapione sua base è un errore, scusabile o inescusabile non importa, perché la buona fede, almeno per il diritto [romano] classico, esclude il dolo, ma non esclude la colpa o l'imprevidenza».

⁽²⁶⁸⁾ Si tratta di un'antichissimo manoscritto conservato nella Biblioteca dell'Università di Torino e contenente una raccolta di questioni giuridiche, tratte in parte dal diritto romano (le primi 18) e in parte dal diritto canonico (le rimanenti 29).

⁽²⁶⁹⁾ Il passo è riportato da F. RUFFINI, *L'indirizzo odierno del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Scritti giuridici minori*, Milano, 1936, p. 39.

⁽²⁷⁰⁾ J.F. SCHULTE, *Die Summa magistri Rufini zum Decretum Gratiani*, Giessen, 1892, p. 319: «Sciendum ergo est, quod iura ecclesiastica alia sunt spiritualia, alia corporalia. Spi-

Ad hoc autem, ut iura ecclesiae praescribantur siue ab ecclesiis siue a priuatis personis, necesse est, ut haec duo maxime concurrant, scilicet continua bona fidei conscientia et iustus titulus. Continua b. f. conscientia, ut, ex quo praescribere coepit, usque ad nonisimam horam praescriptionis conscientiam haberet, quod rem alienam non possideret, licet lex dicat, non ad tractum medii temporis bonam fidem referendam, sed ad initium possessionis. Sed credimus, discretius se habere in ecclesiasticarum rerum praescriptionibus, et hoc propter fauorem ecclesiasticae immunitatis, unde secundum canones tamdiu aliquis indicatur malae fidei possessor, donec habet conscientiam rei alienae, licet in initio bonam conscientiam habuerit, ut infra C. 34 q. 2 c. «Si virgo» et s. C. 14 q. ult. «Si res». Quod quidem est contra legem, qua dicitur: sufficit cuique in initio bona fide possidere, etiamsi medio tempore conscientiam rei alienare habuerit. Unde patet, quia alia est ratio in ecclesiasticis, alia in secularibus praescriptionibus

In ogni caso, una svolta ancora più radicale si avrà con Stefano di Tournay, oltre che con la Decretale Vigilanti di Alessandro III, con Ugucione da Pisa ed altri *discipuli* di Graziano da Chiusi⁽²⁷¹⁾, le cui linee di pensiero segneranno per sempre il concetto di buona fede nel diritto canonico, sino all'attuale *Codex* del 1983.

In definitiva, nel diritto canonico il concetto di *bona fides* è altamente spiritualizzato ed acquista un sapore metafisico, con un netto superamento rispetto al significato della *fides* romanistica, nel senso che «da ormai affermata nozione possessoria viene in certo qual modo "oscurata" dall'altra, quella fiduciaria, di minore importanza [nel diritto civile continentale, non certo in quello occidentale angloamericano], ma a contenuto altamente spirituale»⁽²⁷²⁾. Il canonista Albisetti, in proposito, evidenzia che «dopo una prima teorizzazione dell'istituto, intorno ai secoli XI e XII [in

ritualia sunt, quae circa spiritualia consistunt, ut oblationum, primitiarum et decimationum et ipsarum ecclesiarum et eorum, qui ad earum pertinet ministerium. Corporalia iura sunt, quae circa secularia consistunt, ut praediorum, agrorum et vinearum» ... «iura ergo spiritualia ad eis possunt praescribi a quibus valent possideri, utputa clerici contra clericos iura spiritualia praescribunt. Unde et decimas et cetera similia non una ecclesia contra aliam praescribere potest. Laici autem, cum nullo modo iura spiritualia possidere valeant, nullo genere ea praescribere possunt; possunt vero iura corporalia possidere, scilicet praediorum et talium, possunt itaque et aduersus ecclesiam in eis lucrari possessionem».

⁽²⁷¹⁾ Per una disamina particolarmente approfondita di questo tema, vedasi L. SCLAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, loc. cit.

⁽²⁷²⁾ Cfr. A. ALBISETTI, *Contributo allo studio*, cit., pp. 183-184, a proposito dei temi concernenti la prescrizione e l'usucapione.

particolare con il *Decretum Gratiani* e, successivamente con il *Liber Extra* di Gregorio IX], espressamente orientata al riconoscimento della prole altrimenti illegittima, saranno i decretisti ad affrontare compiutamente la questione della buona fede in ipotesi di matrimonio invalido, giungendo ad ulteriori precisazioni e chiarificazioni di tipo dogmatico, soprattutto in virtù di una straordinaria dottrina, valorizzata solo in tempi relativamente recenti»⁽²⁷³⁾. La «recente» valorizzazione a cui si riferisce Albisetti è l'opera di Ugucione da Pisa⁽²⁷⁴⁾ il quale affronta direttamente il problema del matrimonio putativo dandone un implicito riconoscimento ed «afferma [...] che in ogni caso di nullità del vincolo coniugale la buona fede dei contraenti assicura la legittimità della prole, mentre viene espressamente disconosciuto il limite della *deformitas naturae* tenuto fermo dai canonisti della Chiesa Gallicana (*Causa XXXV*, q.VII)»⁽²⁷⁵⁾.

Evitando di considerare le differenze tra la moderna canonistica e quella della Chiesa Gallicana, circa le dottrine sulla *bona fides*, è d'uopo mettere in luce la decisiva influenza che il diritto canonico del periodo classico ebbe sulla formazione del sistema contrattualistico angloamericano.

Ebbene, Helmholz, dopo aver ribadito il concetto cardine di Milson per cui «the life of the common law has been in the abuse of its elementary ideas», evidenzia che «the English lawyers created new law by taking simple ideas and twisting them to fit situations they were not intended for»⁽²⁷⁶⁾. L'esempio tipico è quello della c.d. «action of *sussumpsio*», inventata appositamente per dare esecuzione al contratto nel caso di «breach of promise»: a tal fine veniva dilatato a dismisura il presupposto del «deceit» (dolo) normalmente causa di invalidità del contratto. In definitiva, se è vero che «English lawyers nevertheless fundamentally changed the shape of the common law by abusing elementary ideas about actionable wrongs»⁽²⁷⁷⁾, e ciò grazie alla genialità dei britannici, è anche vero che «the history of canon law in England has known similar abuse of its own elementary ideas in the law of contracts»⁽²⁷⁸⁾.

⁽²⁷³⁾ A. ALBISETTI, *op. cit.*, pp. 19-22.

⁽²⁷⁴⁾ *Summa ad Decretum*.

⁽²⁷⁵⁾ A. ALBISETTI, *op. cit.*, p. 22, n. 8.

⁽²⁷⁶⁾ R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, p. 49.

⁽²⁷⁷⁾ R.H. HELMHOLZ, *op. loc. cit.*

⁽²⁷⁸⁾ R.H. HELMHOLZ, *op. loc. cit.*

In particolare, vi sono due principi di fondo del diritto canonico dai quali dobbiamo prendere le mosse per comprendere la portata del citato «abuso», ovvero sia l'obbligo di mantenere la propria parola, e la sacralità dei giuramenti. In entrambi i casi, secondo la morale cristiana, venir meno alla parola data o ad un giuramento, significa commettere un peccato. Qui l'abuso consistette nello sviluppo di una giurisdizione ecclesiastica che iniziò a proteggere la regolare esecuzione dei contratti commerciali stipulati anche da laici, che comunque implicavano o un giuramento o la promessa di un determinato comportamento futuro. Il principio cristiano che *pacta servanda sunt*, era espresso in modo chiaro nel *Decretum Gratiani* dove leggiamo (Rubr.: *Inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentia*)⁽²⁷⁹⁾:

Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod uerum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam uult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam conuenit esse perfidiam, ita quoque in uerbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, diuini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura: «Os, quod mentitur, occidit animam.» Quisquis ergo uerum loquitur, iurat, quia scriptum est: «Testis fidelis non mentietur.»

Identico principio è posto nelle *Decretales Gregorii IX* (o *Liber Extra*), per cui «... pax seruetur, pacta custodiantur»⁽²⁸⁰⁾. In pratica, nel diritto canonico classico era rifiutato il rigido formalismo del diritto romano a proposito delle obbligazioni contrattuali, e non contava perciò l'atto della *stipulatio* in se, ma l'esigenza di non commettere alcun peccato e di rispettare il *nudum pactum*, a prescindere dalla forma che lo avesse rivestito: *pacta serranda sunt*. È ovvio, tuttavia, che non ogni patto determinava l'obbligo dell'adempimento; infatti, occorre una *iuxta causa*, in mancanza della quale la promessa rimaneva invertebrata ed addirittura illecita secondo il *ius naturale*. Inoltre, Richard Hooker, nei suoi *Commentaria* alle *Decretales* di *Panormitanus* improntati ad una logica di teologia morale⁽²⁸¹⁾, evidenzia

⁽²⁷⁹⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, op. cit., *Decretum Gratiani*, C.XXII, q.V, c.12.

⁽²⁸⁰⁾ E. FRIEDBERG (a cura di), *Corpus Iuris Canonici*, op. cit., *Decretum Gratiani*, X, 1.35.1.

⁽²⁸¹⁾ Per una rivisitazione critica dell'opera di quell'Autore, v. L. LAWS, *Books*, 5.9.1, in *Works*, II, 1942, nonché le note critiche di A.S. Milgrade all'opera *Of the laws of ecclesiastical political thought*, 1989. Tutte le opere di Hooker, edite postume nel 1662, sono con-

che le corti ecclesiastiche erano competenti non in tutte le ipotesi in cui vi fosse stata una mera promessa, ma soltanto ove tale promessa fosse stata accompagnata da un giuramento, e si fosse verificata una violazione del medesimo. Considerato ciò, è innegabile che «the consensualism on the canon law provided material from which jurists on both sides of the Channel might fashion a general law of contracts [...]. Its concentration on the enforcements of unilateral promises inhibited thought about the reciprocal nature of obligations, and it discouraged concentration on the reasons and consequences of breach of contract»⁽²⁸²⁾.

In conclusione, sulla scorta delle informazioni sin qui fornite al lettore, può senz'altro affermarsi che le influenze dello *ius canonicum*, inteso come scienza nuova coniata nel secolo XII da Graziano da Chiusi e, più in generale, dell'*utrumque ius*, nella cultura anglonormanna ed angloamericana poi, è da considerarsi notevole al punto tale che può parlarsi di una «definizione estesa» di *Corpus Iuris Canonici*, ovvero sia omnicomprensiva dell'*Equity*, degna portavoce della *traditio*⁽²⁸³⁾, iniziata dal Lord Cancelliere in Inghilterra nel tardo medioevo, tradizione che ivi continua a vivere ad onta dei divieti di coltivare il diritto romano-canonico che si avvicendano nella storia delle terre d'oltre manica.

È evidente, quindi, che il *Corpus Iuris Canonici* non è mai stato abrogato dal *Codex Iuris Canonici* del 1917 e neppure da quello del 1983 (essi, tutto sommato, hanno solo ridotto le fonti ufficiali di cognizione a disposizione dell'ordinamento ecclesiastico, per ragioni del tutto sistematiche, così come il *Magister dei Decreta* aveva già fatto otto secoli prima). Es-

servate presso la Biblioteca Nazionale di Aberdeen (Scozia). Le *Decretales* di *Panormitanus* sono a loro volta dei *Commentaria ad Liber Extra*. Particolarmente utile ai fini del presente lavoro è il *Commentarius ad X 2.24.35*, che si occupa della giurisdizione ecclesiastica a proposito delle promesse sorrette da giuramento.

⁽²⁸²⁾ R.H. HELMHOLZ, op. cit., p. 52.

⁽²⁸³⁾ S. SIPOS, nel suo *Enchiridion Iuris Canonici*, cit., p. 46, a proposito delle fonti di diritto canonico non scritte, scrive a proposito della *Traditio* che «traditio est doctrina vel institutio disciplinaris a primis auctoribus non scripto, sed verbo tantum inducta et ad nos per testimonium fidelium testium et praxim fidelium transmissa. Ipsa doctrina vel institutio est traditio materialis, testimonium uero, et generatim media, per quae doctrina etc. ad nos peruenit, traditio formalis». Quindi, definita la tradizione come fonte ufficiale non scritta del diritto canonico, e senza stare, in questa sede, ad approfondire le varie partizioni che all'interno della predetta fonte si fanno risalire, è evidente il peso che da attribuirsi alla *traditio* ai fini del presente lavoro.

so continua ad essere diritto vivente nella tradizione giuridica canonica (che lo ha solo stigmatizzato in forma contratta: il *Codex*), negli ordinamenti continentali (peraltro profondamente influenzati dal c.d. «approccio romanistico») e, in particolare, come abbiamo visto, nel sistema *common law-equity*.

Pertanto, il coraggioso e mastodontico (seppure non privo di imperfezioni) lavoro di Friedberg non ha certo la pretesa di darci una versione ufficiale del *Liber Decretorum*, ma solo il suo presumibile *status* alla fine del XII – inizi del XIII secolo, *status* che ovviamente si è modificato e si modifica tutt'ora come, già Ullmann aveva rilevato mezzo secolo fa (vedi *supra*). Kuttner, quindi, aveva ragione: il *Decretum Magistri Gratiani* era ed «è» un *living text*. Ed è *ipso facto* dimostrato il postulato di Lupoi per cui «non esiste, dunque una legge» ma esistono ordinamenti ed all'interno di essi «coesistono sistemi»⁽²⁸⁴⁾.

Ditalché, i concetti (canonici) di *institia*, *bona fides* ed *aequitas*, ovvero sia le pietre angolari dell'Equity, assumono una veste peculiare, fondendosi nell'unico concetto spurio di *caritas* cristiana che è di fatto utilizzata per giustificare o per giudicare qualunque tipo di atto umano come anche la guerra, le quale, se non è *iniqua*, è altresì *in iuxta*⁽²⁸⁵⁾, come si ricava in C.XXIII, q.II, c.I (*Grat. Decr.*):

Iustum est bellum, quod ex edicto geritur de rebus repetendis, aut propulsandorum hominum causa.

Simili affermazioni, tuttavia, non sono coniate da Graziano e già le possiamo trovare in Cicerone⁽²⁸⁶⁾, Isidoro di Siviglia⁽²⁸⁷⁾ e Ivone vescovo di Chartres⁽²⁸⁸⁾. Financo i primi decretisti non abbandoneranno tali postulati, i quali verranno minuziosamente elaborati dalla scuola anglonormanna con il costante supporto teologico dell'Antico Testamento, per

⁽²⁸⁴⁾ M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 60.

⁽²⁸⁵⁾ Identiche considerazioni valgono per la pena di morte e per altre gravi punizioni corporali.

⁽²⁸⁶⁾ V. *De Repubblica*, III, XXIII, 35.

⁽²⁸⁷⁾ V. *Etymologiae*, XVIII, I, 2.

⁽²⁸⁸⁾ V. *Decretum*, X, 116; *Panormia*, VIII, 54.

cui le cause giustificative della violenza sono assai spesso paragonate all'esigenza di difesa del popolo d'Israele contro i tiranni e i persecutori, traendo allo stesso tempo particolare forza e argomentazioni dalla *Summa Lipsiensis* ove si afferma che *omni qui iuxta iudicat*. Ciò è strumentale non solo alla giustificazione della guerra «politica» degli eserciti, ma anche ed in particolar modo a quella contro l'eresia e i nemici della Chiesa, cattolica prima e gallicana poi, che tanto respiro imprime alla «naturale law», *quia hostes repellere de iure naturali est licitum*⁽²⁸⁹⁾.

Codesta strumentalizzazione della *institia*, dell'*aequitas* e della *bona fides* canonica per giustificare e comprendere numerosi istituti giuridici e non, ha finito, quindi, per caratterizzare istituti e concetti dell'attuale sistema angloamericano ed i rispettivi ordinamenti. Si pensi alla *good faith* nella *contract law* ed alle conseguenze del «rottura del patto» (*breach of contract*) che non ha effetti nell'ambito della sola risolubilità-annullabilità del medesimo ed eventuale risarcibilità del danno, ma anche sul piano prettamente etico, anche se bisogna distinguere tra *breach* del *common law* e *breach* dell'*Equity*⁽²⁹⁰⁾.

In sostanza, ad oggi, è rimasto immutato ed è immanente a detto sistema la considerazione del diritto naturale che tutto informa di sé, diritto naturale che non si discosta dal pensiero originario di Graziano e dei primi decretisti e decretalisti, e che tanto peso ha avuto (e sotteraneamente tutt'ora ha) nella storia e nella cultura dei Paesi del mondo occidentale, specialmente quelli di origine anglosassone. Può pertanto e senza ombra di dubbio affermarsi che continua ad essere legge «vivente» una parte del diritto canonico classico il quale, pur se formalmente abrogato, secondo noi è di fatto, in parte, ancora vigente nella «*res publica christiana*», per via di una naturale ricezione e di una incoscia accettazione popolare, e costituisce senza dubbio il comune denominatore degli ordinamenti occidentali, nonché il *pedant* per la rinascita di un nuovo e rinnovato diritto comune europeo.

In definitiva, se è vero che

⁽²⁸⁹⁾ V. *Summa ad C.XXIII*, 1.II (*Decr. Grat.*), posseduta dalla biblioteca comunale di Rouen: 743 (E. 74) fol. 103vb.

⁽²⁹⁰⁾ V. il *case inglese Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826; 122 ER 309.

quod placuit Principi legis habet vigorem, quasi nullum superasset examen supremum ⁽²⁹¹⁾,

è altresì innegabile che

quod fas est [ovverosia equum et iustum per antonomasia], nomine legis divinae vel naturalis legis accipiatur ⁽²⁹²⁾,

ed altresì che

quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt ⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹¹⁾ J. GERSON, *Tractatus de protestate ecclesiastica et de origine juris legum*, in *Opera omnia*, Antverpiae, 1706, II, col. 232.

⁽²⁹²⁾ C.XXIII, q.II, c.2 (*Decretum Grat.*). Il passo non è un *dictum* ed è in realtà ripreso da S. Agostino.

⁽²⁹³⁾ ULPIANUS, in D.XXXII, L.XVII.

VITO RIZZO

ALCUNE CONSIDERAZIONI
IN MATERIA DI CULTURA GIURIDICA,
PRODUZIONE SCIENTIFICA E INSEGNAMENTO
DEL DIRITTO CIVILE NELL'ITALIA DEL '900

1. — La scelta del tema, per la sua ampiezza e per la sua impegnatività, potrebbe suscitare nel lettore qualche perplessità; si avverte, dunque, in apertura, l'esigenza di introdurre alcune precisazioni. Si intende svolgere, come indicato nel titolo, soltanto «alcune considerazioni ⁽¹⁾» in merito alla cultura giuridica, alla produzione scientifica ed all'insegnamento del diritto civile nell'Italia del '900; con ciò si vuole evitare che possa insorgere l'impressione di un progetto troppo ambizioso e presuntuoso soprattutto ove si pretenda di esaurirlo nel breve spazio riservato a questo scritto. Un'altra precisazione dovuta consiste nel fatto che l'approccio al tema, pur nelle sue inevitabili implicazioni a sfondo generale, sarà influenzato dalla lente di lettura propria del civilista, aduso a cogliere più direttamente e più specificamente quanto avvenuto nell'ambito della propria scienza.

Il discorso, volto a documentare un lungo periodo storico, inevitabilmente, sarà cadenzato nei suoi ritmi e sarà raffigurato nelle sue scansioni storiche attraverso «immagini» e «paradigmi» di Stato, di diritto, di scienza giuridica e di insegnamento del diritto e attraverso il vivificante riferimento a taluni tra i principali e più emblematici protagonisti di questa storia.

⁽¹⁾ Queste «considerazioni» sono state, in primo luogo, sollecitate da una presentazione del contributo di Luigi Ferrajoli sulla cultura giuridica italiana del novecento (in *La cultura italiana del Novecento* a cura di C. Stajano); hanno, quindi, trovato una forma di «consolidamento» in una conferenza tenuta il 1 settembre 2000, su questo tema, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università federale del Paraná, e, da ultimo, nella produzione inaugurale ai corsi del «Seminario di applicazione forense» istituito presso l'Università di Perugia, anno accademico 2001.

Questo scritto è destinato ad essere inserito negli *Scritti in onore di Ugo Majella*.

In questo scenario che, al momento, si è soltanto evocato, resta sullo sfondo dell'aprirsi del secolo XX° il periodo paleogiuspositivistico c.d. della esegesi che può essere collocato tra la realizzazione dell'unità d'Italia, l'emanazione del codice civile del 1865 e gli ultimi decenni dell'800. È un periodo in cui forte è l'ascendenza del *Code civil* francese e del modello offerto, negli studi e nell'insegnamento, dalla scienza giuridica francese. Dalla Francia, infatti, «con l'architettura e con i contenuti ideologici dal *Code* giungono lo stile e il metodo espositivo della dottrina». Il genere letterario privilegiato fu quello del «commentario» o meglio del «corso di codice civile». Non è dato in alcun modo riscontrare il fervore di un'attività di rielaborazione e di ricostruzione; trionfa il principio dell'*in claris non fit interpretatio*; ci si piega, con umile fedeltà, alla esegesi del testo dettato dal legislatore. Non c'è sistema o meglio il sistema del diritto civile si identifica con il sistema del codice civile. La scuola dell'esegesi configurando l'interpretazione come attività intellettuale, nel rispetto del principio della fedeltà alla legge o di legalità, afferma come canone per la corretta, esatta, «vera» interpretazione il canone della massima aderenza al documento e alla formulazione letterale della legge, in particolare della legge codificata; come canone sussidiario, cui ricorrere nei casi in cui l'aderenza alla lettera avrebbe provocato (apparenti) contraddizioni, si ammette quello della spiegazione secondo la mente del legislatore storico, usando sempre documenti quali i lavori preparatori e le discussioni svoltesi nelle sedi della formulazione e della deliberazione legislativa. La scuola dell'esegesi privilegia, così, come schemi di argomentazioni giuridiche quelli che si riferiscono alle caratteristiche lessicali del documento legislativo, a presunte caratteristiche della codificazione, a pretese qualità psicologiche del legislatore: argomenti tutti che postulano e incoraggiano la «continuità» nell'applicazione del diritto.

2. — Sul finire del secolo il clima culturale muta con l'influenza sulla civilistica italiana del metodo storico e soprattutto sistematico della pandettistica. La cultura giuridica francese non rappresenta più l'unico, o comunque predominante, punto di riferimento, allargandosi l'orizzonte allo studio delle opere dei giuristi tedeschi. In questo contesto si collocano e trovano spiegazione le celebri traduzioni delle «Pandette» di Arndts ad opera di Filippo Serafini (1874), del «Sistema del diritto romano attua-

le» di Savigny ad opera di Vittorio Scialoja (1886-1898), del «Diritto delle Pandette» di Windscheid ad opera di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa (1902-1904). Il programma di rifondazione della scienza civilistica sul modello pandettistico viene enunciato da Vittorio Scialoja fin dalla sua prolusione del 1879, «*Del diritto positivo e dell'equità*», tenuta presso l'Università di Camerino ⁽²⁾.

Seguendo questo metodo le singole disposizioni vengono ordinate e raggruppate sotto determinati concetti ed istituiti i quali ordinati, a loro volta, costituiscono il sistema. Il giurista, di fronte all'alternativa di adeguarsi all'ordine del codice o di trascendere tale ordine e di scoprire affinità e connessioni non rivelate dalla lettera delle norme né dalla loro disposizione numerica, scioglie il dilemma, a differenza della scuola dell'esegesi, nel secondo senso. Viene stabilito un nuovo rapporto tra scienza giuridica e testo della legge. Il sistema abbandona l'ordine interno del codice.

Nel dilemma tuttavia se si deve fare riferimento a categorie supreme e perenni elaborate dalla filosofia che stringono i diritti positivi in nessi organici estranei alle variazioni del tempo (questo sembra essere l'indirizzo privilegiato, ad esempio, da Francesco Filomusi-Guelfi ⁽³⁾) oppure si debba propendere per una scienza giuridica positiva e relativa, sembra prevalere quest'ultima opinione (in questo contesto sembrano potersi collocare ad es. Emanuele Gianturo, Vittorio Polacco, Nicola Coviello). Si verifica così una sorta di conciliazione del metodo sistematico-pandettistico con il dogma giuspositivistico del primato della legge legato all'emanazione del codice civile del 1865. Il codice civile si presenta come la tavola dei valori, la legge fondamentale di una società ordinata secondo i principi del liberalismo, con una valenza costituzionale, ed il diritto civile si pone come il nucleo essenziale dell'esperienza giuridica.

⁽²⁾ Di particolare importanza, in questa prospettiva, sono anche la prolusione romana di CIMBALLI, *Lo studio del diritto civile negli stati odierni*, Roma, 1881, le *Considerazioni su Gli studi del diritto civile e la questione del metodo in Italia* di E. GIANTURCO, apparse nello stesso anno in *Filangeri*, oltre che le riflessioni fatte in quel periodo da CHIRONI, *Il metodo» nello studio del diritto civile*, pubblicate in forma di Prefazione alla *Colpa nel diritto civile odierno*, 1884, e da BRINI, *Saggio di istituzioni di diritto civile italiano-Introduzione e programma*, Bologna, 1881.

⁽³⁾ Dello stesso v. *Enciclopedia giuridica ad uso di lezione*, Napoli, 1875.

Il metodo enunciato non permane limitato al ristretto ambito del diritto civile ma viene utilizzato anche in altre discipline allargandosi al diritto costituzionale, al diritto penale, al diritto amministrativo, al diritto processuale civile. Di ciò sono ancora testimonianza, rispettivamente, le prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando del 1889 ⁽⁴⁾, di Arturo Rocco ⁽⁵⁾ del 1910, le opere di Cammeo e di Ranelletti ed infine di Giuseppe Chiovenda. La scienza civilistica viene ad assumere così una posizione di egemonia ed i concetti e le categorie da essa elaborate vengono utilizzati in tutte le altre discipline giuridiche. Emblematico è l'esempio della figura del negozio giuridico accolta nella parte introduttiva del *BGB* tedesco e ampiamente utilizzata anche nell'ambito del diritto amministrativo e del diritto processuale civile. Avviene nel contempo una saldatura dello studio del diritto civile e dell'impiego dei suoi concetti anche con gli studi storici che produce, come esito, una reciproca legittimazione (altre prolusioni enunciano questo programma; si può, ad es., richiamare la prolusione romana di Filippo Serafini del 1871; va inoltre ricordato che illustri giuristi dell'epoca operano, contestualmente, nell'ambito del diritto romano e del diritto civile: tra questi si possono ricordare Vittorio Scialoja, Biagio Brugi e, in epoca successiva, lo stesso Emilio Betti). Ne consegue un nuovo modo di intendere il diritto e la scienza giuridica. Si forma un sapere giuridico unitario per metodo, apparato concettuale e stili argomentativi. Da ciò discende naturalmente l'architettura delle Facoltà di Giurisprudenza che vede il diritto romano come propedeutico al diritto civile e questo come propedeutico a tutti gli altri insegnamenti. Viene esaltato il ruolo costruttivo del giurista «non più mero esegeta e commentatore ma elaboratore del sistema giuridico a partire dalle categorie civilistiche tramandate dal diritto romano». Da questo nuovo modo di intendere il diritto e la scienza giuridica discendono, altresì, i corollari del diritto autonomo e neutrale, dell'ordinamento completo e coerente, dell'avalutatività e dell'apoliticità della scienza giuridica e dell'attività del giurista concepita come tecnica e come attività intellettuale e di conoscenza. Parallelamente si accredita una concezione dell'interpretazione come un'attività intellet-

⁽⁴⁾ *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, ora in V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, p. 21 ss.

⁽⁵⁾ *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1910, p. 521 ss.

tuale di conoscenza, di carattere tecnico e non di carattere politico con stretta subordinazione dell'interprete alla legge, privilegiando pertanto schemi di argomentazione giuridica che militano a favore della continuità storica: in particolare tra questi quelli che richiedono l'intermediazione di apparati dottrinali o storici o dogmatici. La distinzione fra «storico» e «dogmatico», si è osservato, finché perdurò l'influenza della scuola storica e sinché non trionfò la tarda pandettistica, tutta dogmatica, fu se non inesistente per lo meno ambigua. Si giunge, pertanto, concependo l'interpretazione come un'operazione intellettuale «scientifica» alla delineazione del classico schema, destinato ad accreditarsi nel tempo, composto da diversi «elementi» quali gli elementi grammaticale, logico, storico, sistematico.

Questa evoluzione trova un riscontro nelle opere giuridiche, in particolare destinate all'insegnamento, e comporta un superamento dei testi meramente esegetici o di «corso di diritto civile» che vengono sostituiti da testi che si avvalgano ampiamente di un impianto concettualistico e sistematico. Si vogliono richiamare al riguardo, come riprova di ciò, soltanto due «manuali» che acquisiscono una posizione di sicura preminenza in questo scenario ed in questo contesto storico, quello di Nicola Coviello e Roberto De Ruggiero, ed il trattato di Francesco Ferrara *senior*.

Questo spirito e questo clima diffusamente pervadono comunque le opere dei civilisti che operano a cavallo tra i due secoli pur se personalizzate dai caratteri, dagli stili e dalle scelte di metodo di ciascuno; si possono al riguardo richiamare oltre ad Emanuele Gianturco, Vincenzo Simoncelli, Vittorio Polacco, Giacomo Venezian, Giovanni Paolo Chironi, Biagio Brugi, Giovanni Lomonaco, Leonardo Coviello.

Va complessivamente riscontrato, in ogni caso, che alla predilezione per la figura letteraria del commentario si sostituisce ora quella per la monografia, per il trattato, per il manuale.

Si ritiene anzi che il «Manuale» di Nicola Coviello chiuda e riassuma una fase del pensiero giuridico italiano. Anche con riferimento ad un'opera più tarda, le «Dottrine generali del diritto civile» di Francesco Santoro Passarelli, che assumono una particolare raffinatezza ed autorevolezza, si dirà che esse chiudono un'epoca della nostra storia scientifica.

3. — Con l'avvento del periodo fascista, da collocarsi nel corso degli anni '20, si apre una nuova fase in cui il liberalismo della cultura giuridica prefascista, conservatore ed autoritario, statalistico e patriottico, non ha difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza diventare fascista ma rimanendo fedele a se stesso. Anzi questa cultura proprio in nome del suo tecnicismo e della sua scientificità ed apoliticità, viene ad attestarsi su posizioni di difesa dell'autonomia del diritto e della legalità svolgendo un ruolo liberale di garanzia opposto a quello svolto in precedenza.

Ci si interroga se c'è stata una cultura giuridica fascista e se questa è penetrata nel sistema. Il civilista si pone questo interrogativo in particolare rispetto al codice civile che vede la luce proprio nel 1942, negli ultimi bagliori dell'epoca fascista ormai al tramonto. La risposta che diffusamente si dà è che esso non è il codice del fascismo che vi appare in forme isolate e caduche e che c'è una chiusura, dietro forme di affinamento tecnico, ad una penetrazione in profondità, e non soltanto in superficie attraverso il richiamo ai principi corporativi facilmente eliminabili, della cultura fascista.

Si tratta comunque di un codice di una fase diversa della economia italiana. Non più la proprietà di beni immobili al centro del sistema ma l'impresa ed il lavoro; non più una disciplina delle obbligazioni civili diversa da quella delle obbligazioni commerciali (con la duplicazione dei codici, rispettivamente cod. civ. del 1865 e cod. comm. del 1882, come in precedenza avvenuto) ma un diritto unico e comune a tutti i rapporti economici (con l'unificazione dei codici nel cod. civ. 1942).

Per quanto concerne più specificamente la «proprietà» va rivelato che già in epoca fascista e prima dell'emanazione del codice si era aperta la discussione se attribuirle «funzione sociale» con una sua funzionalizzazione a interessi superiori (da definire) mentre essa, in precedenza, era concepita come il diritto soggettivo per antonomasia da intendere come signoria della volontà. Emerge, in questo periodo, un diverso modo di intendere il «contratto» e, più in generale, il negozio attribuendosi preminente rilievo piuttosto che al profilo della manifestazione di volontà intesa come esplicitazione della libertà dell'individuo al profilo della causa concepita come funzione economico sociale da sottoporre a controllo. Oltre all'accentuazione del controllo alcune norme prevedono un'interferenza diretta sul regolamento contrattuale da parte dell'ordinamento prescri-

vedo l'inserzione automatica di clausole e prezzi (art. 1339 c.c.) ed altre forme di integrazione (art. 1374 c.c.) e di intervento nel rapporto obbligatorio attraverso il richiamo dei principi corporativi (art. 1175 c.c.).

Ma nel passaggio dalla posizione di centralità della proprietà immobiliare a quella del lavoro e dell'impresa si lascia, con chiarezza, intravedere l'esigenza del legislatore di potenziare lo Stato in forma autarchica, di aumentare la produttività fino a fare del produttivismo la caratteristica precipua dell'ordinamento. La categoria dell'«avere» prevale ancora una volta (come accadeva nel precedente ordinamento liberale con la centralità della proprietà immobiliare) sulla categoria dell'«essere». Si opera una strumentalizzazione e una funzionalizzazione della persona (che non appare essere il fine dell'ordinamento) ad «interessi superiori» con una forte dose di ambiguità. La persona viene sacrificata, in specie, rispetto al valore della «solidarietà» intesa, come accennato, come «solidarietà produttivistica». Solidarietà produttivistica e interesse superiore sono, d'altra parte, i pilastri del «corporativismo» caratteristica precipua di quest'epoca. Essi trovano il loro riflesso nel modo di concepire l'impresa ove il valore individuale della persona va sacrificato al perseguimento dell'interesse superiore. Anche la famiglia si fonda su un'organizzazione gerarchica e sul perseguimento di un interesse superiore con larga prevalenza del profilo patrimoniale. Ma anche altri istituti (ad es. la rescissione) potrebbero essere letti, inseriti nel contesto di origine, in questo modo.

4. — Trascorre e si conclude, nel frattempo, la tragedia della seconda guerra mondiale e dei regimi autoritari. Si apre così un'altra fase in cui è forte la volontà di cesura con il passato e di ricostruzione della società su nuove basi e su nuovi valori, volontà suggellata dal patto costituzionale.

La nuova costituzione italiana del 1948 non si limita a garantire le antiche libertà politiche e civili (da difendere) ma, aprendosi, oltre la cultura liberale, alla cultura cattolica e socialista, introduce i diritti sociali (da realizzare) e soprattutto, per quel che ci interessa, penetra nel diritto privato, sconvolgendo, con la sua scelta personalistica, la precedente tavola dei valori, e attribuendo preminenza alla categoria dell'«essere» rispetto a quella dell'«avere».

Si attribuisce alla proprietà funzione sociale (art. 42 Cost.) (ma non quella cui si era alluso durante il fascismo); l'utilità sociale è richiamata

anche in riferimento all'esercizio dell'iniziativa economica privata che non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41 Cost.); si riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali (quindi nella famiglia, nell'impresa che cambiano volto); si prescrive l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (ma quanto è distante la solidarietà costituzionale rispetto alla precedente solidarietà produttivistica!) (art. 2 Cost.); c'è un programma di emancipazione rappresentato dall'affermazione dell'egualianza sostanziale (art. 3 Cost.). La persona è il centro e il fine dell'ordinamento e tutti gli altri istituti sono ad essa funzionalizzati.

A fronte del carattere dirompente della Costituzione rispetto ai vecchi schemi la consolidata cultura giuridica, non pronta a recepire simili innovazioni, oppone una tenace resistenza. L'affermazione del carattere programmatico della Carta fondamentale è rivolta da assegnarle il valore di linea di tendenza politica, di semplice manifesto ideologico non immediatamente precettivo rivolto al legislatore ordinario per la sua futura attuazione ma che non tocca la giurisdizione, l'amministrazione ed il regime dei rapporti tra privati. In questo clima gli operatori pratici, avvocati, magistrati, appaiono tenaci nel considerare il codice civile come tavola fondamentale di tutto il diritto privato; riluttante la classe politica nel recare ad attuazione il disegno costituzionale.

Il discorso del civilista rimane, in linea di principio, chiuso nell'orizzonte del codice civile. Restano isolate le voci di una sua abrogazione che trovano, in particolare, espressione in Lorenzo Mossa il quale chiede con forza che «Si incenerisca il codice civile dei fascisti [...]. Non si può tenere in piedi un codice che segna il tempo del disastro, del disonore della nazione, al solo fine di non disperdere istituti sani e buoni accolti in esso»⁽⁶⁾. A fronte di questa proposta si riafferma però diffusamente la non penetrazione, se non superficiale e nella forme di semplice orpello, dei principi corporativi facilmente eliminabili con precisi tagli e ritocchi.

Si prospetta il dilemma di un ritorno agli antichi schemi dell'epoca prefascista o della ricerca di nuove vie da battere. In quest'ultima direzione vanno quelle sporadiche voci della cultura cattolica che rimproverano al formalismo e al concettualismo di non aver fermato il fascismo o

⁽⁶⁾ L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, p. 3.

di essersi ad esso adeguati e propongono il rifugio nel diritto naturale (in questo senso alta si leva la voce di Barbero che trova la sua espressione più significativa nel suo «Sistema del diritto privato italiano»). Anche se questo richiamo, in seguito alle grandi tragedie dell'umanità, si fa sentire forte ed imperioso, esso non trova particolare seguito manifestandosi invece la diffusa tendenza a lasciare inascoltato questo appello per l'avvenuta costituzionalizzazione dei diritti della persona che, penetrati nella Carta fondamentale, divengono, così, diritto positivo. Illuminante appare in questa prospettiva l'ammaestramento di Norberto Bobbio il quale rileva che non si può dire che un metodo sia in sé buono e l'altro cattivo, senza tener conto delle circostanze storiche e dei fini per i quali viene adoperato; bisogna risalire ai valori che sono alla base della scelta del metodo.

In merito alla proposta di un ritorno agli schemi dell'epoca prefascista emblematica appare la disputa tra Stolfi e Betti, accesi nell'immediato dopoguerra, sul negozio giuridico. Il primo più direttamente rivolto, per una forte garanzia di libertà, a tornare ad una concezione volontaristica e individualistica del negozio, il secondo che lo basa sulla nozione di autonomia e di autoregolamento con una connotazione fortemente sociale.

Ma di là dalle spinte di un ritorno all'antico o di una ricerca del nuovo c'è una fondamentale continuità dell'indirizzo concettualistico sistematico con una sorta di sterilizzazione, d'ibernazione e di neutralizzazione della Costituzione. I testi giuridici civilistici hanno lo sguardo rivolto pressoché esclusivamente al codice civile e non alla Costituzione: tra questi i testi destinati all'insegnamento allora imperanti (in particolare i manuali di Trabucchi e di Torrente su cui si sono formate numerose generazioni di giuristi) che tendono a caratterizzarsi come testi «avalutativi» rispetto ai testi «apologetici» ottocenteschi. La Costituzione non entra, in un primo momento, e tarda molto ad entrare, successivamente, nella produzione civilistica. Nella prima fase, che segue la sua emanazione, solo pochi giuristi mostrano una qualche sensibilità ad essa.

5. — Agli inizi degli anni '60 si verifica una rottura con questo modo di concepire il diritto e la scienza giuridica e prende avvio una nuova fase. Si è nel periodo della svolta riformatrice del centrosinistra, dello sviluppo di forti movimenti di lotta che sfoceranno nella rivolta sessantottesca e del rinnovamento e della sprovvincializzazione della cultura giuridica

italiana; in questo contesto trovano spiegazione il forte sviluppo della comparazione, i fermenti nel campo della filosofia analitica, del neopositivismo logico, del neoempirismo, del pragmatismo, degli studi nel campo della logica, dell'analisi del linguaggio giuridico — nella sua dimensione semantica e in quella pragmatica —.

C'è un profondo rinnovamento nello stesso modo di concepire il diritto, il ruolo del giurista, dell'interprete, del giudice e nel modo di concepire il problema del metodo; su ciò si apre un importante dibattito con una serie di prolusioni, tra i civilisti di quella generazione (tra queste particolare rilievo assumono le prolusioni di Rodotà, Perlingieri, Irti, G.B. Ferri, Lipari, Barcellona ⁽⁷⁾).

Pur in presenza di una varietà di posizioni viene rimesso sostanzialmente in discussione il ruolo dell'intellettuale che vive ed opera nella *turris eburnea* e che ora è chiamato ad immergersi nel vivere della società politica e della società civile. Si rimette in discussione (viene «demistificato») il mito della autonomia e della neutralità del diritto rispetto alla politica, all'economia, alla sociologia e quello dell'avalutatività e della apoliticità della scienza giuridica. Essa non è più concepita come attività semplicemente tecnica, come semplice operazione intellettuale di conoscenza bensì come attività di volontà, politica, che non opera tanto con giudizi di verità ma con giudizi di valore e che ha una funzione non soltanto ricognitiva ma necessariamente creativa. Si avverte la necessità di fare emergere i giudizi di valore che guidano l'interprete, il giudice, al fine di una sua palese responsabilizzazione. Il giurista è chiamato ad operare nella totalità della sua esperienza e ad esser dunque, ad un tempo, nella sua indagine anche sociologo, politico, economista etc.

Qui si innesta l'ambigua stagione della giurisprudenza alternativa e dell'uso alternativo del diritto. A questa formula che dà luogo a numero-

⁽⁷⁾ RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.; PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 479 ss.; IRTI, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 265 ss.; G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 351 ss.; BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 468 ss.; LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 323 ss.; P. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1971, p. 325 ss.

se critiche e a successivi «ripensamenti» da parte dei suoi stessi fautori, si attribuiscono i significati più diversi: dalla vecchia interpretazione c.d. evolutiva, alla creazione libera del diritto, dalla giurisprudenza di classe alla concezione nichilista della giurisprudenza.

Di là da polemiche e dibattiti che nella dialettica dell'esperienza giuridica tra norma e fatto ora portano a privilegiare la prima ora il secondo, diffusamente si conviene che il giurista non deve chiudere e concludere il suo lavoro in una indagine asettica, quasi *in vitro*, sulla norma e che il civilista non deve limitarlo alla norma codicistica.

Ne consegue un profondo rinnovamento nella produzione scientifica, anche in quella destinata all'insegnamento, con una forte tensione ideologico-politica rispetto al tranquillo ragionare del metodo logico-sistematico. In questa chiave vedono la luce le nuove sperimentazioni didattiche degli inizi degli anni '70 che non si propongono più di dare, secondo il modello del manuale tradizionale, la visione dell'intero «sistema» e chiaramente, si dice, di un «certo sistema», ma operano tagli radicali di talune materie (ad es. le successioni) reputati «rami secchi» dell'esperienza giuridica; seguono questa linea ad es. i contributi dati in quel tempo da Pietro Barcellona, Lipari, Rodotà in questo settore ⁽⁸⁾.

Nel frattempo irrompe con forza la prospettiva costituzionalistica con la proposta di una rilettura dei codici e delle leggi speciali ed una revisione degli istituti alla luce di quel capovolgimento della tavola dei valori prima richiamata e che ora si vuole rendere effettivamente operante. La sfida del civilista di questi anni è proprio quella della rimeditazione e dell'ammodernamento dei propri strumenti e dei propri istituti alla luce della Costituzione e la produzione scientifica di questo periodo largamente così si caratterizza. Anche i «manuali» che in seguito alla sferzata dell'inizio degli anni '70 vengono «ripensati» e si moltiplicano, compiono anch'essi, senza abbandonare la loro organizzazione sistematica (rivolta ad abbracciare l'intero sistema del diritto privato), un'opera di ammodernamento e di aggiornamento lasciando penetrare abbondantemente il profilo costituzionale con un inevitabile ripensamento della distinzione pub-

⁽⁸⁾ P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit.; LIPARI, *Diritto privato — Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972; RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

blico-privato. Questa è ad esempio la bandiera della scuola civilistica cui appartengo, che su questi principi impronta, con particolare vigore, tutta la sua produzione e che di recente ha dato vita ad un suo «manuale di diritto civile» che così si caratterizza. Anche gli altri più recenti manuali sono permeati dalla prospettiva costituzionale con una accentuazione, secondo le predilezioni dei singoli autori, ora del profilo storico-filosofico (Rescigno), ora di quello politico-ideologico (Galgano), ora di quello economico (Trimarchi), ora di quello tecnico-giuridico (Gazzoni). Ma tutti, da quelli «classici» già richiamati (Torrente, Trabucchi) agli altri che da ultimo hanno visto la luce (tra quelli ormai più collaudati dal tempo sono da richiamare, in particolare: Natoli-Breccia-Bigliazzi Geri-Busnelli, Besone, Alpa, Roppo, De Cupis, Zatti-Colussi) sono permeati in vario modo di questo nuovo «clima». Va registrato comunque, che alla fine degli anni '70 e agli inizi degli anni '80 si è in epoca di riflusso, di restaurazione, di neoliberalismo, in cui l'*homo privatus* sembra prendere il sopravvento sull'*homo ideologicus* con una forte tendenza alla *deregulation*, all'abbandono al mercato di ampi spazi prima occupati dallo stato e dall'ordinamento, ed al riespandersi degli schemi privatistici. Rappresenta esemplare testimonianza di ciò l'attuale stagione concernente le privatizzazioni di aree occupate da lungo tempo dal pubblico, quali energia elettrica, ferrovie, televisione etc. In quest'epoca, definita di transizione, si pongono nuovi e sollecitanti interrogativi al civilista che è invitato a riflettere, a indagare in merito ai rapporti tra diritto, etica, mercato, *lex mercatoria*, e tutela della persona sullo sfondo della globalizzazione dell'economia e della mondializzazione del mercato.

6. — Ma un'altra sfida si preparava nel frattempo ed è in atto nell'era presente: la sfida dell'Europa con una forte spinta al dissolvimento dei confini ed all'abbattimento delle barriere tra culture. Sfida che apre una fase di particolare interesse che rompe i rigidi schemi nazionali, con un'ampia circolazione di modelli giuridici tra gli ordinamenti europei, e che si colloca in una posizione intermedia rispetto ai problemi sollevati dalla globalizzazione dell'economia.

L'irrompere del diritto comunitario, infatti, provoca una seconda rivoluzione, se così possiamo dire, che si sussegue a quella rappresentata dall'avvento e dall'impiego effettivo della Costituzione. La produzione

scientifica non può oramai più prescindere dalla prospettiva comunitaria. Si avverte l'esigenza di nuovi testi e di nuovi manuali. Questi, come prima sono stati pervasi e innovati dalla prospettiva costituzionale (nella cui ottica la rimeditazione non è ancora compiuta) ora lo sono da quella comunitaria.

Si avverte l'esigenza di una rimeditazione della teoria delle fonti e dei rapporti tra ordinamenti che tocca più discipline. Lo stesso filosofo del diritto che vedeva nella teoria dello stato un punto topico della sua riflessione è ora chiamato, da questa nuova realtà, a riflettere sul modo di dare spiegazione e di funzionare di queste nuove entità di carattere sovranazionale e sovrastatale che sono chiamate ad assumere un ruolo di sempre maggiore centralità nella teoria della normazione e dell'orizzonte culturale in cui il diritto si trova ad operare. Si discorre sempre più diffusamente di crisi della forma storica dello Stato nazione minacciata, da un lato, dalla globalizzazione degli scambi e della società dell'informazione e, dall'altro, dalla pluralità dei centri di produzione del diritto che operano, tra l'altro, oltre che nella dimensione sovranazionale anche nella dimensione infranazionale. Si pone l'interrogativo se un'adeguata chiave di lettura dell'attuale situazione debba rinvenirsi nel modello della società medioevale (espressione di un «ordine» in cui «convivevano appunto una pluralità di attori e di regole») dovendosi cancellare la discontinuità tra medioevale e moderno, considerando l'intera modernità come una parentesi e la postmodernità come una voglia di premoderno, oppure se si debba respingere l'improbabile e difficilmente riproponibile ripetizione di schemi di un passato ormai lontano per accogliere una diversa logica organizzativa della costellazione postnazionale da basare su comuni valori fondativi e su comuni istituzioni.

Oltre a sconvolgere la tradizionale teoria delle fonti il diritto comunitario sta provocando l'emergere di nuovi principi e sta mutando il volto di gran parte degli istituti privatistici. Esempio emblematico di questo fenomeno è la figura dei contratti del consumatore, che, sulla spinta del diritto comunitario, penetra nel «cuore» del codice civile, nella disciplina generale del contratto, rimasta immutata ed immune, fino ad oggi, da qualsiasi interferenza e mutamento rispetto alla sua formulazione originaria.

Questo fenomeno è destinato, inoltre, ad espandersi sempre più con l'allargarsi del respiro europeo e con l'accentuarsi delle forme di integra-

zione che, superando la disciplina del mercato, dell'impresa, della concorrenza, delle società, del contratto, concernono ora, ad es., anche la tutela del consumatore, dell'ambiente, della salute, dell'istruzione. Queste sono tappe che si stanno percorrendo lungo l'itinerario che va dal Trattato di Roma del 1957, all'Atto Unico europeo del 1986, al Trattato di Maastricht del 1992, a quello di Amsterdam del 1997.

Si avverte sempre più l'esigenza di una vera e propria Costituzione europea che non limiti il suo raggio di azione, come avvenuto per i Trattati richiamati, soltanto a taluni settori ma esprima un compiuto sistema di valori a vocazione generale. Emblematica è, al riguardo, la recente vicenda della adozione della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea da parte della Conferenza intergovernativa di Nizza che ha costituito oggetto di contrapposte interpretazioni. Il suo modo di elaborazione, la sua rapida e sbrigativa adozione, la sua caratterizzazione come documento politico non dotato di immediato valore giuridico vincolante, la sua comparazione anche contenutistica con talune Costituzioni già presenti in Europa, pur costituendo elementi che hanno indotto a ritenere che sicuramente si poteva fare di più e che non si è ancora in presenza di una vera e propria Costituzione europea, non hanno impedito di rilevare che essa è già in grado di influenzare le dinamiche istituzionali europee e che comunque rappresenta un chiaro segnale del profilarsi dell'Europa dei cittadini e dei diritti rispetto all'Europa degli Stati e dei mercati. La Carta potrebbe rappresentare così «un elemento essenziale, ineludibile, nel processo di revisione dei Trattati, primo e fondamentale nucleo di una futura Costituzione europea» imprescindibile e effettiva base di un'Unione europea dei popoli e non soltanto monetaria e mercantile. In ogni caso le parole simbolo dell'Unione europea non sono più oggi soltanto mercato, concorrenza, moneta, ma, pur se ancora a livello di proclamazione politica, dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, lasciandosi intravedere, in filigrana, una «trama dei diritti, dei rapporti sociali ed economici» che si oppone, anche nel contesto europeo, «al misurare tutto con l'unico criterio del calcolo economico» e che assegna a questo modello l'aspirazione ad una propria specifica impronta che fortemente lo caratterizza e lo contraddistingue ad es., rispetto al modello statunitense. Appare chiaro, in questa prospettiva, che l'integrazione attraverso il mercato e la mo-

neta non si mostra più sufficiente e soddisfacente e che questa deve essere completata attraverso l'integrazione dei diritti ed una più piena integrazione sul piano delle istituzioni. Ci si chiede se stia nascendo un «nuovo "uomo giuridico" ancorato a valori non mercantili, cittadino senza le costrizioni della cittadinanza territoriale, di nuovo immerso in un flusso di relazioni solidali, titolare di diritti che possono consentirgli controlli sui nuovi poteri».

La sfida che si prospetta lascia scorgere le ulteriori tappe che dovranno essere percorse lungo l'itinerario di una più compiuta costruzione dell'Europa: tra queste appare, in prospettiva, fondamentale, ove le aspettative non dovessero andare deluse, quella cui tende la «Convenzione europea», recentemente istituita, chiamata a riscrivere le regole dell'Unione ed a varare una Costituzione europea. Si tratta di un disegno per il momento non completamente definito che comunque lascia intravedere le nuove sfide che dovranno essere raccolte anche da parte del giurista al fine di ridefinire i nuovi orizzonti culturali in cui è chiamato ad operare, di adeguare ad essi i modi della sua ricerca e della sua produzione scientifica, di ripensare e rimodulare i suoi metodi di insegnamento interessati, d'altra parte, da una recente riforma dell'Università che avrà, di certo, una portata dirompente e comporrà, secondo taluni, una vera «rivoluzione epocale» rispetto ai modelli didattici fino ad oggi seguiti.

Sia consentito, in chiusura, in questo contesto, esprimere un altro auspicio: che l'Europa non si preoccupi solo di se stessa chiudendosi nei propri confini, nell'ambito dell'area del benessere, rispetto ad altre parti del mondo, specie del terzo mondo, disinteressandosi, o non occupandosi nel modo dovuto, dell'area del sottosviluppo e della miseria.

Che non si trascorra cioè da una tensione universalistica che pur si avvertiva nel vecchio mondo agli inizi del '900, ad una Europa che, ove non raccogliesse le nuove sfide e non proseguisse sul cammino avviato, rischia di presentarsi ancora, agli albori del nuovo secolo e del nuovo millennio, sempre più mercantile e monetaria chiusa nelle sue pur nuove frontiere.

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, en *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Torino, Utet, 2000, 601 págs.

1. — Con la publicación de varias obras generales sobre estas materias, el profesor Antonio Palazzo, catedrático de derecho privado de la Universidad de los Estudios de Perusa, se ha convertido en el máximo expositor italiano actual de las cuestiones que se refieren a la transmisión gratuita de bienes o posiciones jurídicas patrimoniales activas — o, más ampliamente, ventajas tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En efecto, tras diversos libros que tratan de aspectos monográficos propios de estas cuestiones, como sus libros sobre *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, y *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, y otros trabajos menores — así el sugerente escrito sobre *Attribuzioni patrimoniali fra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, en el volumen colectivo *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995 —, el profesor Palazzo ha publicado, en pocos años, además de la que se comenta, en otras conocidas colecciones que constituyen grandes exposiciones sistemáticas de derecho civil, importantes obras sobre *Le successioni* (2 vols.), en el *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 1996, 1147 págs., y sobre *Le donazioni (artt. 769-809)*, (2ª ed.), en el *Comentario Schlesinger*, Milano, 2000, 741 págs. Este conjunto de obras, a las que se añaden otros libros y contribuciones monográficas, bastarían por sí solas para acreditar al profesor Palazzo, que desarrolla además una intensa labor docente en su universidad de la Umbría, para acreditarlo como uno de los civilistas italianos en este momento más reconocidos y prestigiosos.

Por esta misma razón de prestigio científico y por el específico valor de su obra sobre actos gratuitos y donaciones, aparecida en el bien conocido por su rigor y categoría tratado dirigido por Sacco, se publica, aunque con un cierto retraso, esta recensión de la extensa monografía del profesor Palazzo, que ya fue, por cierto, objeto de presentación, hace unos meses, en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad de Barcelona.

2. — De la amplia monografía que aquí se recensiona puede decirse, de entrada, que, como su propio título indica, supera ampliamente el tratamiento de la donación, en cuanto que su primera parte se dedica por entero al estudio, particularmente difícil según bien se sabe, de los actos gratuitos en general. En la misma se examinan — excluidas, naturalmente, las donaciones, a cuyo examen pormenorizado se dedica la mayor parte del libro — los negocios gratuitos típicos, como el transporte gratuito, el depósito que también lo sea, el comodato, el mutuo gratuito o los contratos de financiación de los bancos llamados éticos — ya existentes en diversos de los países económicamente más importantes — que, inspirados en la idea de la solidaridad y sobre la base de aportaciones gratuitas o depósitos de dinero sin interés o con interés muy bajo determinado por el cliente, realizan préstamos también con un interés muy inferior al vigente en el mercado. Pero, al lado de estos negocios gratuitos típicos, se examinan también los que el autor denomina, recuperando una brillante tradición, *sine causa praeterita*, bajo cuya rúbrica se estudian las prestaciones de cortesía y, como especies de ellas, las prestaciones de solidaridad no obligatoria — de mera cortesía, de orden ético-religioso o de carácter que el autor llama superético —, las prestaciones gratuitas relativas a órganos humanos, las prestaciones hechas por personas que participan de organizaciones de voluntariado, las prestaciones del socio voluntario de las cooperativas sociales reguladas legalmente en Italia en 1990 con fines de solidaridad social o las prestaciones de las fundaciones bancarias — de las que el autor del libro en estudio es un experimentado conocedor y un conocido estudioso — en cuanto prestaciones de solidaridad obligatoria.

Esta primera parte del libro, cuyo interés real se evidencia por el solo enunciado descriptivo de su contenido, incluye también un capítulo, no menos novedoso por su temática de los que se acaban de referir, dedicado a los negocios indirectos de cambio en los que la gratuidad opera de modo instrumental, como en el caso, por ejemplo, de las atribuciones gratuitas hechas ente sociedades filiales o enlazadas, de la transferencia de una sección o ramo de actividad empresarial de una sociedad a precio cero, de los supuestos de intercambios transaccionales también a precio cero o bien del reconocimiento de vicios de la cosa vendida con promesa de eliminarlos, en cuanto interpretado por la jurisprudencia como promesa gratuita atípica, sin olvidar las denominadas *lettres de patronage* y las llamadas garantías gratuitas.

Por el variado contenido de los diversos apartados indicados de esta primera parte del libro de Palazzo, todos ellos tratados con suficiente y a menudo amplia extensión, es fácil apreciar tanto el interés como la perfección cualitativa de la construcción dogmática que, sobre su base, propone el autor respecto de la categoría general de los actos gratuitos, así como, en función de las figuras

englobables en la misma que examina, la virtualidad que consigue imprimir a su atenta consideración, situada en una perspectiva, dogmática y metodológica, de exquisita factura científica. Bien puede decirse, a este respecto, que esta primera parte del libro recensionado abre, sin duda, vías nuevas a la consideración del significado de la gratuidad, sobre bases mucho más ambiciosas — a la vez que bien ancladas en la variada y fluyente realidad socioeconómica e incluso vital — de aquéllas a las que hasta ahora los civilistas estábamos acostumbrados. Me atrevo a decir, por ello, que esta primera parte de la obra sistemática comentada ya constituye, por sí sola, una interesantísima e innovadora monografía.

3. — La segunda parte del libro del profesor Palazzo, dedicada específicamente a las donaciones, se desenvuelve, como es natural, sobre trazos sistemáticos más tradicionales, en buena parte predispuestos por el propio derecho positivo. A la misma beneficia, sin embargo, la particularidad de que el análisis minucioso a que se someten todas las cuestiones que a las donaciones afectan hace que a su esquema se refieran — con soluciones, naturalmente, no siempre coincidentes o paralelas — multitud de supuestos y figuras negociales, lo que dota a la obra de una riqueza temática difícilmente superable.

El tratamiento de la donación se inicia con el estudio de la llamada donación pura, presentada, en principio, en sus aspectos habituales — concepto de espíritu de liberalidad, cuestiones de forma, etc. —, pero con abundante copia de cuestiones sobre los confines actuales, a veces imprecisos, entre dicho tipo más simple o normal de donación y los otros tipos de la misma o categorías afines, examinados, con toda parsimonia y con sostenida atención, a la luz de la dogmática doctrinal y de la praxis jurisprudencial. Todo ello confiere a este amplísimo apartado del libro, en cuyos pormenores no es posible entrar aquí, un valor, también ahora de carácter fundamentalmente metodológico y sistemático, verdaderamente modélico.

Otro tanto se puede decir del extenso apartado dedicado a las que el autor denominado donaciones motivadas, para hacer referencia a la remuneratoria, a la obnupcial, a la modal y a las que se hacen con reserva de la facultad de disponer, con reserva de usufructo o con otras modalidades, como la aposición de diferentes sustituciones. Todas las cuestiones que estos variados supuestos de donación suscitan son examinados con gran amplitud y, sobre todo, con gran profundidad, teniendo siempre en cuenta, con valiosas aportaciones críticas, tanto las contribuciones doctrinales como las aportaciones de la jurisprudencia. Si en otros apartados de la obra se destaca de manera sobresaliente la sensibilidad del autor por contrastar el ordenamiento con las realidades emergentes de la sociedad, en este se muestra de modo excelente, como en el resto

de la obra pero acaso de manera más acusada, la profunda cultura jurídica — que no puede estar sino acompañada de cultura filosófica, histórica y aún literaria — del profesor Antonio Palazzo.

A continuación se estudian en la obra, con la amplitud y el rigor acostumbrados, las donaciones indirectas, confrontando el autor con esta categoría, de tan difícil apreciación en sí misma y por sí sola, figuras como la renta vitalicia dineraria, la no dineraria, el contrato a favor de tercero, el mandato irrevocable, la puesta de bienes a nombre de otro o la dotación de una fundación. De este apartado quisiera destacar la relación en que pone el autor la donación indirecta y el llamado negocio *trans mortem* — figura magistralmente por él estudiada en su tratado de *Le successioni* ya citado, págs. 68 a 102 —, como el contrato de seguro sobre la vida de una persona a favor de tercero, los contratos de depósito bancario con reintegro a realizar, luego de la muerte del depositante, por persona determinada — que se examinan críticamente —, las donaciones *trans mortem* para la manutención del cónyuge separado o divorciado, etc. En el mismo tampoco se olvida atender a las concomitancias que podrían establecerse entre las donaciones indirectas y la disciplina societaria o entre aquéllas y la figura — por cierto muy estudiada y, al parecer, bastante practicada en Italia — del *trust*.

El libro se concluye — si puede hablarse así con propiedad, pues a la primera de las cuestiones ahora señaladas se dedica casi un centenar de páginas — con la consideración de los sujetos de la donación, de la revocación de las donaciones, de la responsabilidad del donante y de la confirmación de las donaciones nulas. Todas estas cuestiones, sobre todo las que atañen a los ya aludidos aspectos subjetivos de la donación, son tratadas con la maestría que es habitual en el autor de la obra comentada.

4. — Lo anteriormente expuesto en este breve apunte tiene, forzosamente, un sentido fundamentalmente expositivo, en razón sobre todo del carácter sistemático de la obra examinada, pero acaso consiga dar cumplida noticia de un libro ejemplar que, por su alta calidad científica, es de recomendable lectura para todo civilista. El relato hecho de su contenido denota con claridad que en la obra no se deja de atender a ninguna de las cuestiones que tradicionalmente se refieren a la figura de la donación, pero también que es un libro de gran valor científico y atento, a la vez, a las nuevas situaciones que continuamente plantea la realidad social, en el intento de incardinarlas en el sistema del ordenamiento y de adaptarlos nuevos problemas a la dogmática históricamente decantada en relación al mismo. A mi entender, se trata, en definitiva, de un libro a la vez clásico y novedoso, dogmático y crítico, doctrinario y — sobre todo por su continua atención a las orientaciones jurisprudenciales — práctico. Ha de ser sin du-

da, por ello, un instrumento tan útil como provechoso para el estudioso del derecho y para el que opera con sus normas.

Estoy seguro de que la ciencia y la laboriosidad envidiables del profesor Antonio Palazzo nos seguirán deparando estudios tan logrados como los que hasta este momento ha publicado, de los que el que aquí y ahora se comenta es, aunque muy sobresaliente, uno más dentro de su impresionante producción científica. [AGUSTIN LUNA SERRANO].