

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA
nuova serie

VOLUME XI – ANNO 2022



CAMERINO

2022

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME XI – ANNO 2022

CAMERINO

2022

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

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

CONTATTI

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

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza – Università degli Studi di Camerino
Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

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

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

INDICE SOMMARIO

VOLUME N. 11 DEL 2022

STUDI

- 1** MARIA FEOLA, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*
- 37** GIUSEPPE CAMODECA, *Senatus consulta e documenti della prassi giuridica campana*
- 61** FELICE MERCOGLIANO, *Spunti e appunti brevi in tema di immigrazione nell'antica Roma*
- 77** RODIN ROBAKOWSKI, *Die „Machtergreifung“ und ihre staatsrechtlichen Folgen*
- 105** MOSES WIEPEN, *150. Geburtstag von Martin Wolff am 26. September 2022. Leben und Wirken vor und nach der Emigration*
- 125** YARU LI, *The evolution of the allocation system of burden of proof for medical malpractice in China*
- 147** JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES, *La responsabilità civile del minore maturo nell'ordinamento giuridico spagnolo: una responsabilità incongruente?*
- 163** FRANCESCO RIZZO, *I contratti di appalto per la ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma 2016, la concessione del contributo pubblico per il pagamento del corrispettivo e le criticità dell'eventuale revisione del corrispettivo in caso di c.dd. sopravvenienze*
- 183** FELICE MERCOGLIANO, *Tu chiamale, se vuoi, riflessioni. Appartenenza e alterità, cittadinanza e immigrazione a Roma*

NOTE

- 191 ROCCO FAVALE, *La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*
- 205 MARIA D'ARIENZO, *Coscienza, valori e identità religiosa*
- 211 FELICE MERCOGLIANO, *Note da un seminario sul 'senatus consultum de Cn. Pisone patre'*
- 223 FRANCESCO RIZZO, *Il contratto successorio svizzero alla prova del Regolamento UE 650/12*
- 231 LORENZO MEZZASOMA, *Presentazione Scritti in onore di Antonio Flamini: profili consumeristici*

RILEGGENDO

- 239 FELICE MERCOGLIANO, *Riflessioni sulle elezioni come problema di 'sistema'*

LETTURE

- 245 GLORIA MANCINI PALAMONI, *Conoscibilità e comprensibilità pilastri del paradigma trasparenza in senso effettivo*
- 253 PAOLA SANTINI, *Tra le Americhe e l'Italia*
- 259 MARIA PAOLA MANTOVANI, *Periodi e fonti del diritto romano*
- 263 FELICE MERCOGLIANO, *Come si diventa Romani*

267 RASSEGNE

In memoriam Rolf Knütel (23.12.1939 - 25.09.2019). Reden gehalten bei der Akademischen Gedächtnisfeier am 8. Oktober 2021 im Festsaal der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, «Alma mater. Beiträge zur Geschichte der Universität Bonn, 113» (Bonn, Druckerei der Universität Bonn, 2022) p. 75, [F.M., p. 267]; *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica*. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto. Camerino, 27-29 settembre 2018, a cura di Carlotta Latini (Torino, Giappichelli, 2021) p. xii, 257, [F.M., p. 268]; *Numa. I culti, i confini, l'omicidio*, a cura di Luigi Garofalo, «I re e il diritto» (Bologna, il Mulino, 2022) p. 216, [F.M., p. 269]; Giuseppe Valditara, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, «Di storie in Storia» (Milano, Guerini e Associati, 2022) p. 223, [F.M., p. 270 s.].

273 ELENCO AUTORI

MARIA FEOLA*

*La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto***

Sommario: 1. La prima stagione della responsabilità medico-sanitaria in ambito civile e penale. La confusione tra le due specie della responsabilità civile e la qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale. L'estensione dell'art. 2236 c.c. anche al settore penale: il limite della "colpa grave". – 2. La "rivoluzione copernicana" operata nella seconda stagione: dal torto al contratto. Prestazioni routinarie e inversione dell'onere della prova. Il confronto con l'esperienza francese. – 3. La terza stagione nel segno della continuità. La nascita di alcune obbligazioni "di risultato", della tematica del "consenso informato" e della teoria del "contatto sociale". Le critiche della dottrina: dall'obbligazione senza prestazione alla prestazione senza obbligazione. – 4. La quarta stagione all'insegna della migliore giurisprudenza delle Sezioni unite. L'interpretazione unitaria dell'art. 1453 c.c. in ordine al riparto degli oneri probatori. I principi di "riferibilità o di vicinanza della prova" e di "presunzione di persistenza del diritto", anche in tema di adempimento inesatto. – 5. *Segue.* L'applicazione di queste regole al campo medico-sanitario. Il superamento della partizione tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e della *summa divisio* tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". La ricostruzione di una disciplina unitaria dell'inadempimento. – 6. La quinta stagione caratterizzata dalle riforme legislative. Le ambiguità della l. n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi) e la limitazione della responsabilità extracontrattuale del sanitario ai soli casi di irresponsabilità penale per colpa lieve. La responsabilità del membro dell'*équipe*. – 7. *Segue.* Pregi e difetti della l. n. 24 del 2017 (c.d. l. Gelli-Bianco). La mancata emanazione dei decreti di attuazione e la quasi totale inoperatività della riforma. L'assenza di una disciplina transitoria e la regola giurisprudenziale della irretroattività. L'inammissibile "asimmetria" dell'obbligo a contrarre e i correttivi posti dalla normativa francese. Le perplessità sollevate dalle "altre analoghe misure", in assenza dei decreti di attuazione. – 8. Dal profilo statico all'aspetto dinamico dell'attività sanitaria: "governo clinico" e *risk management*. L'opportuna introduzione di un modello bipolare. Le distorsioni giurisprudenziali della riforma: *a)* la limitazione dell'esimente penale alla sola "colpa lieve" da imperizia. *b)* Un (contestato) ritorno alle origini: l'applicazione, alle obbligazioni di "*facere professionale*", del riparto degli oneri probatori previsti dalla responsabilità extracontrattuale

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

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

per colpa. I “correttivi” della Cassazione: la *fiction* del ricorso alle prove presuntive e “indiziaria”.

1. *La prima stagione della responsabilità medico-sanitaria in ambito civile e penale. La confusione tra le due specie della responsabilità civile e la qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale. L'estensione dell'art. 2236 c.c. anche al settore penale: il limite della “colpa grave”*

Il tema della responsabilità sanitaria ha rappresentato, in Italia, un «pendolo»¹ tra le responsabilità civile e penale, contrattuale ed extracontrattuale, ma, spesso, anche una controversa «commedia degli errori»².

Se tentiamo di individuare, in sintesi, le diverse fasi che hanno caratterizzato questo settore, dobbiamo distinguere almeno cinque “stagioni” che si sono susseguite, ma in maniera non sempre coerente.

Il primo periodo, che perdura fino al 1978, è caratterizzato dalla confusione della nostra scienza giuridica tra le responsabilità civile e penale, contrattuale ed extracontrattuale e, sostanzialmente, dall'inconsapevole assorbimento del contratto nel torto, sulla base dell'erronea convinzione che il risarcimento del danno in ambito sanitario trovi il suo campo di elezione soltanto nelle regole della responsabilità extracontrattuale per colpa³. La vasta “area grigia” dell'incertezza probatoria grava sull'attore⁴ e il sanitario e la struttura beneficiano di un regime di quasi-irresponsabilità. Il principio del concorso tra i due regimi, secondo il quale «è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale quando un medesimo fatto violi non solo diritti derivanti dal contratto, ma anche diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto»⁵, avversato da autorevole

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole di blind peer review.

¹ C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 847 ss.

² V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 297 ss.

³ Tra le tante, Cass., 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1965; Cass., 13 ottobre 1972, n. 3044, *ivi*, 1973, I, c. 1170; Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 953, con nota di C. LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, *ivi*, 1977, I, 1, c. 1980.

⁴ M. FACCIOLI, “*Presunzioni giurisprudenziali*” e responsabilità sanitaria, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 79.

⁵ Cass., 27 marzo 1947, n. 440, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 420.

dottrina sotto la vigenza del codice del 1865⁶, che considerava siffatta teoria «una mostruosità, un eccesso»⁷, e dalla stessa Cassazione del Regno⁸, ma già enunciato dalle Sezioni unite sotto la Presidenza di D'Amelio⁹, è sembrato legittimare queste convinzioni, e il problema della responsabilità sanitaria è stato risolto, anche con riguardo all'attività della struttura, in ambito extracontrattuale.

Alla responsabilità civile si allinea quella penale che, attraverso l'applicazione dell'art. 2236 c.c. non soltanto alla responsabilità extracontrattuale, ma anche a quella penale, limita quest'ultima ai soli casi di colpa grave, anche al fine di evitare la contraddizione di considerare penalmente rilevante una condotta che, in ambito civilistico, sarebbe giudicata invece lecita¹⁰. La Cassazione penale propone di valutare la colpa del sanitario «con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile»¹¹. L'esclusione della colpa professionale medica trova un limite soltanto nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica¹². La Corte costituzionale¹³, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 42 e 589 c.p. in relazione all'art. 3 cost., ritiene infondata la questione e, con una sentenza interpretativa di rigetto abbastanza ambigua, conferma la rilevanza penale della sola colpa grave, cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, seppur nel contesto di casi clinici particolarmente complessi ed in

⁶ Particolarmente critici, C.F. GABBA, *Nota*, in *Foro it.*, 1899, I, cc. 926 s., 929; G.P. CHIRONI, *Nota*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1, c. 1101 ss. Conf., sulla scia dell'esperienza francese, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, t. V, VII ed., Firenze-Torino, 1926, p. 255 ss.

⁷ C.F. GABBA, *Nota*, cit., c. 929.

⁸ Sul punto, P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 133 ss.

⁹ Lo afferma P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3, Torino, 1998, p. 688, il quale ravvisa il precedente in Cass. Sez. un., 30 gennaio 1936, n. 3559. Il *leading case* è individuato, invece, nella decisione delle Sezioni unite del 20 ottobre 1956, n. 3785, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 116, da M. SERIO, *La responsabilità complessa*, Palermo, 1988, pp. 54 e 57, anche nel Cd-rom allegato al volume *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

¹⁰ Sul punto, la puntuale ricostruzione storica di P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale – I delitti colposi*, Padova, 2009, p. 322 ss.

¹¹ Cass. pen., 6 marzo 1967 (dep. 6 luglio 1967), n. 447, in *Giust. pen.*, 1967, II, p. 1158.

¹² Cass. pen., 6 marzo 1967, n. 447, cit., p. 1158.

¹³ Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *DeJure*.

relazione alla sola imperizia¹⁴. Negli altri casi di colpa (imprudenza e negligenza) e nei casi di normale difficoltà operativa (per l'imperizia), invece, il giudizio non può non essere improntato a criteri di normale severità¹⁵.

Il medico gode, «a torto o a ragione, di una sostanziale immunità tale che potrebbe essere evocato il famoso principio di *common law* per escludere la responsabilità dei magistrati e più in generale dell'intero apparato governativo: al posto di *The King*, andrebbe *The doctor can do no wrong*»¹⁶. Nell'elaborare regole di responsabilità «modellate sul fare professionale del singolo operatore sanitario più che sull'agire organizzato della struttura» si dà ingresso «ad un regime probatorio di particolare *favor* per medici e strutture a fronte del quale il rischio dell'incertezza probatoria veniva a ricadere sul paziente, tenuto a provare colpa, nesso causale e danno»¹⁷.

2. La “rivoluzione copernicana” operata nella seconda stagione: dal torto al contratto

Prestazioni routinarie e inversione dell'onere della prova. Il confronto con l'esperienza francese La prima rivoluzione copernicana interviene, in Italia, proprio nel 1978 con una sentenza della Cassazione¹⁸ la quale, da un lato, scopre la “contrattualità” della disciplina del contratto d'opera intellettuale (art. 2230 ss. c.c.) e riconduce la responsabilità per i danni causati dalla struttura sanitaria e/o dai sanitari dipendenti, evidentemente, in ambito contrattuale; dall'altro, distingue le prestazioni cc.dd. routinarie da quelle che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, limitando a queste ultime, ma soltanto nel caso di imperizia¹⁹, la responsabilità per dolo o per colpa grave di cui all'art.

¹⁴ Questa interpretazione è dovuta, in dottrina, soprattutto, ad A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 102 ss.; ID., voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. Disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 592.

¹⁵ M. LAURO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria e risk management*, a cura di P. Mautone, Milano, 2020, p. 329.

¹⁶ G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giustizia civile.com.*, 19 maggio 2020, p. 3.

¹⁷ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 542.

¹⁸ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, c. 4.

¹⁹ La limitazione dell'art. 2236 c.c. ai soli casi di imperizia rappresenta una regola del tutto consolidata in giurisprudenza: per tutte, Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*, § 4.1.2.2., ove precisa che «In ogni caso, e in via dirimente, detto accertamento evidenzia profili di negligenza ed imprudenza che elidono, di per sé, la possibilità di applicare, nel caso di specie, la norma dell'art. 2236 c.c., che, come detto, limita il proprio ambito di

2236 c.c.; dall'altro ancora, soprattutto, precisa le regole sull'onere della prova. In presenza di un diffuso orientamento che tendeva a considerare le strutture sanitarie, soprattutto private, come "estranee" al rapporto tra medico e paziente e, pertanto, irresponsabili per i danni arrecati ai pazienti, non avendo esse «pattuito alcuna prestazione medica se non di tipo infermieristico»²⁰, la Cassazione percorre la strada contrattuale affermando che «la responsabilità di un ente ospedaliero per i danni causati a un paziente dalle prestazioni mediche dei sanitari dipendenti è di natura contrattuale, poiché l'ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso con il paziente un contratto d'opera intellettuale»²¹. Quando l'intervento operatorio «non sia di difficile esecuzione e il risultato conseguito sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente, il paziente adempie l'onere a suo carico provando che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata e non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo: spetta, poi, all'ente ospedaliero fornire la prova contraria, cioè che la prestazione professionale era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento imprevisto ed imprevedibile oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale»²².

L'orientamento, come spesso accade, non diventa subito dominante²³, ravvisandosi nell'immediato sentenze di segno opposto che, ora, si pongono in posizione volutamente ambigua nei confronti della questione²⁴, ora riconducono nuovamente l'attività sanitaria nell'ambito «soltanto extracontrattuale»²⁵.

Tuttavia, il *leading case* non tarda ad imporsi quale generale modello di distribuzione degli oneri probatori, rappresentando, anche sotto il profilo sistematico, il «(corretto) criterio che consente di differenziare le obbligazioni "di mezzi" da quelle "di risultato"» e dimostrando, altresì, «che le obbligazioni professionali (e, tra queste, quelle del medico) non so-

operatività alla condotta professionale imperita». Sul punto, C. MANFREDONIA, *La colpa medica*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 43 ss.

²⁰ V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., p. 306.

²¹ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit., c. 4.

²² Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit., c. 4.

²³ Cfr. A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 147.

²⁴ Ad es., Cass., 8 marzo 1979, n. 1443 («qualunque sia la natura, contrattuale o meno, dell'opera professionale del medico prestata nei confronti del paziente»).

²⁵ Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115.

no qualificabili *a priori* (e invariabilmente) come appartenenti all'una o all'altra categoria, perché possono – a seconda del loro concreto contenuto – atteggiarsi ora come obbligazioni “di risultato” ora come obbligazioni “di mezzi”²⁶. La «presunzione di “colpa” a carico del debitore (che i giudici ritengono consacrata nell'art. 1218 c.c.)» torna così ad operare quando la prestazione medica rientri tra quelle “ad alta vincolatività”, «potendosi appunto ragionevolmente *presumere* che la mancata realizzazione dell'interesse del creditore vada imputata ad un inadempimento del debitore»²⁷. In questi casi esiste una così stretta correlazione tra osservanza delle regole dell'ars e percentuale di successo dell'intervento, «da rendere il peggioramento delle condizioni di salute *necessariamente* imputabile a un errore medico (e, quindi, a un inadempimento)»²⁸. Il sanitario, per escludere la propria responsabilità, «*non tanto deve provare di non essere in colpa* (cioè di aver rispettato le regole tecniche che andavano applicate nel caso di specie, e, quindi, di avere adempiuto la propria obbligazione) [...], ma deve piuttosto provare (*ed è l'unica prova capace di esonerarlo da responsabilità*) che l'insuccesso dell'intervento (ossia la mancata realizzazione dell'interesse del creditore) è stato determinato dal sopravvenire di una causa estranea (imprevedibile e inevitabile) che ha reso “impossibile” il conseguimento del “risultato” che l'intervento avrebbe dovuto procurare»²⁹. In questi casi l'obbligazione sanitaria, che normalmente è “di mezzi”, tende a configurarsi come un'obbligazione “di risultato”³⁰.

Anche chi richiama, pertinentemente, «la regola *res ipsa loquitur* dei sistemi anglosassoni o l'*Anscheinsbeweis*, prova *prima facie* tipica del sistema tedesco», concorda con la ricostruzione che individua nell'esecuzione dell'intervento routinario «un'obbligazione di risultato, al cui mancato raggiungimento veniva ricondotta una presunzione semplice

²⁶ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 351, in nt. 10. Con riferimento anche alle professioni legali, M. FEOLA, *Attività e responsabilità nelle professioni legali*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 343, rileva che «all'interno di ciascuna attività professionale la giurisprudenza individua obbligazioni che sono ora “di mezzi”, ora “di risultato”, con la conseguenza di applicare a ciascun rapporto obbligatorio, a seconda della sua qualificazione, una determinata disciplina».

²⁷ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 351.

²⁸ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 352.

²⁹ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 352.

³⁰ Così già G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 141 ss.; ID., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*, Napoli, 1999, p. 180 ss.

d'inadempimento della prestazione da parte del sanitario»³¹. Sotto il profilo del rapporto causale, «nel richiedere al paziente la dimostrazione che all'intervento routinario fosse conseguito un risultato peggiorativo, essendosi le sue condizioni finali deteriorate rispetto a quelle preesistenti», si pretende non «la prova della concreta attitudine dell'atto medico a cagionare quel danno, ma l'allegazione della mera consequenzialità del pregiudizio all'operato del sanitario»³². La presunzione di colpa a carico del sanitario implica anche «il riconoscimento presuntivo della relazione causale tra attività del medico e danno»³³.

In Francia, la qualificazione della responsabilità medica come responsabilità contrattuale³⁴ non ha apportato alcuna significativa innovazione, poiché la giurisprudenza non ha mai seguito l'idea «di rovesciare sul medico l'onere di provare l'(esatto) adempimento»³⁵. Considerando, sulla scia di René Demogue³⁶, l'obbligazione del professionista sanitario come la tipica obbligazione «di mezzi», e avendo ricalcato la disciplina di tale modello su quella della responsabilità delittuale per *faute prouvée*³⁷, le Corti hanno continuato, nella sostanza, ad applicare alla medesima il testo dell'art. 1382 (oggi 1240) *code civ.*, come se si trattasse di un'ipotesi di responsabilità aquiliana³⁸. La soluzione, invero avversata da autorevole dottrina la quale ha ravvisato nella stessa nozione di «colpa contrattuale» la «storia di un falso concetto»³⁹, trova la sua spiegazione nella specificità della tradizione francese che, da un lato, ha attribuito alla clausola generale di responsabilità delittuale la più ampia estensione (e comprensione) e una valenza preminente e quasi-costituzionale, «che darebbe fonda-

³¹ M. MAGLIULO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 259.

³² M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 259.

³³ M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 259.

³⁴ Che risale all'*arrêt Mercier*. Cass., 20 maggio 1936, in *Rec. Sirey*, 1936, I, p. 321.

³⁵ Così, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 367, in nt. 4.

³⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, p. 538 ss.

³⁷ Più ampiamente, sul punto, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 405 s.

³⁸ Tuttavia, sulla successiva evoluzione della giurisprudenza francese e, in particolare, sulle obbligazioni «di mezzi» rafforzate, sulla connessione tra obbligazioni di *sécurité* «di risultato» ad obblighi di prestazione «di mezzi», fino alla riforma del 2002, cfr. M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 339 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 914 ss. Con riguardo alla riforma intervenuta nel diritto tedesco, per tutti, R. FAVALE, *L'Arzthaftung* tedesca, in R. FAVALE - G. VARANESE - M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Appunti di studio*, Napoli, 2019, p. 264 ss.

³⁹ P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.; sul quale, G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss. L'orientamento trae spunto dalle pagine di D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une présentation, in*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss. In argomento, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 405 s.

mento e giustificazione all'intero sistema di responsabilità civile»⁴⁰; dall'altro, e per converso, ha disegnato in senso rigoroso i confini della responsabilità contrattuale, sulla base della convinzione che la stessa fosse una *species* da ricomprendere nel ben più vasto *genus* della responsabilità extracontrattuale.

Ciò è confermato dalla riforma intervenuta con l. n. 2002-303 del 4 marzo 2002 che, pur prescindendo dal titolo contrattuale o delittuale, ricollega ad un'unitaria responsabilità per *faute prouvée* l'attività sia dei «professionnels de santé» sia delle strutture sanitarie, salvo le ipotesi – già qualificate dalla giurisprudenza in termini di obbligazioni di *sécurité-resultat*⁴¹ – di danni causati da prodotti (art. L. 1142-1, comma 1, *code santé publ.*) o da infezioni nosocomiali contratte in tali strutture (art. L. 1142-1, comma 2), nelle quali la prova (invertita) grava sul convenuto e si colora di “oggettività” dovendo riguardare «une cause étrangère». La responsabilità per colpa di medici e strutture sanitarie trova, però, un importante correttivo nel sistema di *solidarité nationale*, che interviene, secondo una logica di sussidiarietà⁴², allorché «la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou d'un producteur de produits n'est pas engagée»⁴³.

3. *La terza stagione nel segno della continuità. La nascita di alcune obbligazioni “di risultato”, della tematica del “consenso informato” e della teoria del “contatto sociale”. Le critiche della dottrina: dall'obbligazione senza prestazione alla prestazione senza obbligazione*

La terza stagione si svolge nel segno della continuità e rappresenta la coerente evoluzione dei principi introdotti dalla sentenza n. 6141 del 1978.

A partire dagli anni '90 la qualificazione della prestazione medico-sanitaria quale obbligazione di risultato interessa soprattutto il campo della chirurgia estetica e quello della odontostomatologia⁴⁴. Con riferimento al primo ambito, l'aggravamento del regime di re-

⁴⁰ M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in H. STOLL - R. FAVALE - M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 127.

⁴¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, in H. STOLL - R. FAVALE - M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, p. 210 s.

⁴² M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, p. 111.

⁴³ L. CLERC RENAUD, *L'aléa thérapeutique et les régimes spéciaux d'indemnisation des victimes des accidents médicaux*, in www.grerca.univ-rennes1.fr.

⁴⁴ Sul punto si rinvia all'ampia casistica riportata da R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 378 ss.

sponsabilità⁴⁵ trova fondamento nella convinzione che tale branca della medicina pare avere finalità meramente edonistiche e non terapeutiche. Tuttavia, in proposito, sembrava lecito chiedersi «perché la salute non può essere oggetto di un'obbligazione (di risultato), mentre la “bellezza”, la “piacevolezza” possono esserlo»⁴⁶. E la Suprema corte pone un argine a questa tendenza distinguendo tra la chirurgia meramente estetica, volta a «migliorare le proprie apparenze estetiche», e la chirurgia plastica ricostruttiva⁴⁷.

Nel medesimo torno di anni, e proprio muovendo da un caso di chirurgia estetica, la Cassazione inizia ad elaborare la teoria del c.d. “consenso informato”, che poi evolverà fino ai più recenti sviluppi legislativi (l. 22 dicembre 2017, n. 219, contenente “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, entrata in vigore il 31 gennaio 2018) e giurisprudenziali⁴⁸. A prescindere dalla questione inerente alla difficoltà dell'intervento chirurgico compiuto dal medico, la «formazione del consenso» del paziente (ai sensi degli artt. 13 e 32 cost.) impone al sanitario «una specifica informazione» su quanto forma oggetto del contratto, la quale «non può provenire che dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale»⁴⁹. Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, con la precisazione, peraltro, che nel caso di interventi di chirurgia estetica, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere particolarmente precisa e dettagliata⁵⁰. Ai fini della configurazione della responsabilità del sanitario per violazione del consenso informato, la giurisprudenza inizia a considerare «del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno»⁵¹.

⁴⁵ V., ad es., Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937, con il commento di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*.

⁴⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., p. 307.

⁴⁷ Cass., 8 aprile 1997, n. 3046, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1801, e in *Danno e resp.*, 1997, p. 638.

⁴⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Danno e resp.*, 2020, p. 11 ss., con il commento di S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*.

⁴⁹ Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504, e in *Danno e resp.*, 2001, p. 1165, con nota di M. ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

⁵⁰ Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, cit., c. 2504.

⁵¹ Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Danno e resp.*, 2006, p. 564.

Tuttavia, la novità giurisprudenziale che maggiormente verrà posta in rilievo, al punto da essere considerata l'emblema dell'intera stagione, è quella della teoria del c.d. contatto sociale. Sulla scia del celeberrimo scritto di Günter Haupt, che, per risolvere i problemi posti dal diritto tedesco in tema di responsabilità precontrattuale e di rapporti cc.dd. di cortesia, elabora la fattispecie (tipizzata) dei rapporti contrattuali di fatto derivanti da *kraft sozialer Kontakte*⁵², la Cassazione individua la fonte della responsabilità contrattuale (*recte*, “contattuale”) del dipendente della struttura sanitaria pubblica o privata⁵³ non nell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, o in una generale nozione di responsabilità da affidamento⁵⁴, ma nella violazione di «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale»⁵⁵.

Questi rapporti, che «non trovano il loro fondamento in una volontà diretta a costituirli, cioè in un comportamento negoziale, né in un altro comportamento giuridico tipico, ma si manifestano come rapporti della vita di relazione, che, in virtù della loro tipicità sociale, assumono rilevanza per il diritto»⁵⁶, troverebbero la loro più adeguata disciplina nelle norme dettate in tema di contratti proprio in ragione della loro “similitudine”, e si porrebbero tra le parti non tanto in virtù di un consenso (invero fittizio), «quanto piuttosto per la rilevanza che il “fatto” della posizione dei soggetti assume nella valutazione sociale»⁵⁷. In questi casi si crea «come un *contatto* tra “parti” di un rapporto, vale a dire un rapporto di *reciproco affidamento*, per la disciplina del quale, sia relativamente al risarcimento degli eventuali danni sia per la determinazione degli ulteriori obblighi di comportamento, si presentano più consone le norme sui contratti, anziché quelle concernenti gli atti illeciti»⁵⁸. Tali rapporti avrebbero la loro fonte non in un contratto in senso tecnico, ma in una «fattispecie autonoma»⁵⁹ che trova il fondamento della sua tutela nel fatto che «un rapporto giuridico è divenuto realtà, rapporto che nel suo tipico significato sociale si configura come sommini-

⁵² G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012, p. 50 ss.

⁵³ Il *leading case* è Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁵⁴ Lo rileva A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, cit., p. 215.

⁵⁵ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO.

⁵⁶ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 4 s.

⁵⁷ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., pp. 3 e 2.

⁵⁸ In tal senso il pensiero di G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 50 ss., è inteso da E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 (il corsivo è nostro).

⁵⁹ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 29.

strazione, locazione, trasporto, o altro tipico rapporto della vita di relazione, da doversi giudicare a stregua delle norme che regolano i contratti»⁶⁰.

L'innovazione, dovuta al successo, anche giurisprudenziale, riscosso in Italia da un'autorevole dottrina⁶¹, ha avuto l'effetto di estendere la disciplina della responsabilità contrattuale all'intero rapporto medico-sanitario: non soltanto alla struttura, ma anche all'ausiliare, dipendente o indipendente, del quale il debitore si sia avvalso nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1228 c.c.). Ma questa ricostruzione non è stata esente da critiche. Da un lato si è contestata l'adozione di una soluzione (il contatto sociale) che, nata in Germania, è stata poi ripudiata dallo stesso diritto tedesco⁶², anche (e soprattutto) per i suoi presupposti ideologici⁶³, non essendo difficile cogliere nelle sue argomentazioni «la fortissima suggestione esercitata dalle dottrine politico-sociali imperanti nella Germania dell'epoca»⁶⁴. Dall'altro, la teoria dell'obbligazione senza prestazione, «se amputata dal richiamo al “contatto sociale”, non è sembrata in grado di spiegare “come” e “quando” la relazione divenga “categoria essenziale dell'obbligazione”»⁶⁵. Malgrado si sia affermato che «Essere in relazione significa doversi già reciprocamente alcunché», e ciò proprio al fine di impedire che possa realizzarsi una «non spiegata inversione tra fatto e diritto»⁶⁶, poi, «in realtà, si è ipotizzato “*ex ante* il carattere ‘relazionale’ del rapporto, per trarne la conseguenza che il dovere di protezione perde la sua natura *aquiliana*, per assumere quella contrattuale»⁶⁷. In tale ricostruzione è stata ravvisata una «petizione di principio»: «occorrerebbe domandarsi “come fa un dovere e/o un obbligo, privo all'origine di ‘relazionalità’, a trasferirla *tout court* ad una situazione che si definisce essere di non-rapporto, e cioè non re-

⁶⁰ E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 364 s.

⁶¹ C. CASTRONOVO, *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. 191 ss.

⁶² A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

⁶³ M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto. Obbligazioni di sécurité, Schutzpflichten ed effetti di protezione del contratto rispetto a terzi*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 20.

⁶⁴ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 20 s.

⁶⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 34 s. L'A. richiamato è C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

⁶⁶ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., pp. 73 e 61.

⁶⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 35, che riporta il pensiero di A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 9.

lazionale»⁶⁸. La protezione, dunque, dovrebbe essere «pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione» o in ogni caso «dovuta in previsione di essa»⁶⁹. Nel caso specifico del sanitario dipendente, poi, s'è rilevato che non v'è un'obbligazione nei riguardi del paziente, ma v'è una prestazione che è adempiuta dal sanitario in presenza di un'obbligazione che egli ha assunto nei riguardi della struttura. Quindi, più che di un'obbligazione senza prestazione, si tratterebbe di una prestazione senza obbligazione⁷⁰.

Infine, la natura contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente o indipendente è stata contestata sulla base di un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c.⁷¹. Nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di “contatto sociale” (medico, “precettore”, ecc.) si era «in presenza di ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari (...), e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale (...)», non potevano «essere difformi da un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c. nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore»⁷². In proposito non sembrava possibile, da un lato, escludere che l'ausiliare del debitore potesse essere «a propria volta debitore», e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore⁷³; dall'altro, «affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria (che è un ausiliare del debitore) fosse «direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale»⁷⁴.

Malgrado l'ampissima risonanza che tale tematica ha avuto nella letteratura giuridica italiana, probabilmente dovuta all'autorevolezza degli interventi dottorali ed alla solidità dell'orientamento giurisprudenziale, il problema della “contattualizzazione” dell'attività del sanitario ausiliare della struttura si rivela questione abbastanza marginale nell'evoluzione

⁶⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 35, che cita A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, cit., p. 9.

⁶⁹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65.

⁷⁰ L'intuizione di Adolfo di Majo è stata oggetto di un'attenta riflessione: F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.; al quale adde M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 171 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 36 ss.

⁷¹ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, cit., p. 218 s.

⁷² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, cit., p. 218.

⁷³ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 708.

⁷⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, cit., p. 219.

storica della responsabilità sanitaria. E ciò sarà confermato dalla giurisprudenza successiva⁷⁵ e, soprattutto, dalla riforma legislativa, che significativamente tenterà di spostare la questione giuridica dal singolo atto, dalla prestazione professionale del singolo medico, alla complessiva attività sanitaria, in «un’ottica volta a promuovere una concezione dinamica del servizio in cui coniugare il profilo terapeutico/assistenziale dell’attività sanitaria con quello più strettamente organizzativo relativo all’erogazione del servizio»⁷⁶.

4. *La quarta stagione all’insegna della migliore giurisprudenza delle Sezioni unite. L’interpretazione unitaria dell’art. 1453 c.c. in ordine al riparto degli oneri probatori. I principi di “riferibilità o di vicinanza della prova” e di “presunzione di persistenza del diritto”, anche in tema di adempimento inesatto*

La quarta stagione è introdotta dalla sentenza delle Sezioni unite del 2001⁷⁷ che, pur senza coinvolgere direttamente la responsabilità medico-sanitaria, rappresenta uno dei momenti più alti raggiunti dalla giurisprudenza negli ultimi decenni.

La decisione muove dall’interpretazione dell’art. 1453 c.c., in tema di risoluzione, e si chiede se per le tre ipotesi ivi previste (adempimento, risoluzione, risarcimento) sussista o meno una disciplina unitaria dell’onere della prova. L’esenzione del creditore dall’onere di provare il fatto negativo dell’inadempimento «in tutte le ipotesi di cui all’art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell’onere di fornire la prova del fatto positivo dell’avvenuto adempimento», appare soluzione «coerente alla regola dettata dall’art. 2697 c.c.» e «conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova»⁷⁸. Quindi, con riferimento ai tre rimedi «congiuntamente previsti dall’art. 1453 c.c.», appare «opportuno individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità», anche perché «l’eccesso di

⁷⁵ Che si esaminerà nei §§ 4 e 5.

⁷⁶ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 543, anche in nt. 2.

⁷⁷ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1566 ss. Tra gli innumerevoli commenti, in vario senso, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903; V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1569 ss.; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione»⁷⁹.

Il principio «della presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697», in virtù del quale, «una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine», grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, deve ritenersi operante non soltanto nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, ove deve provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto, ma anche nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno⁸⁰. Le domande di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno si collegano tutte al medesimo presupposto costituito dall'inadempimento. Al contrario, non sarebbe «ragionevole» attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata, essendo le azioni di adempimento e di risoluzione «poste dall'art. 1453 sullo stesso piano, tanto è vero che il creditore ha facoltà di scelta tra l'una o l'altra»⁸¹. Se la parte che agisce per l'adempimento «può limitarsi (come è incontrovertito) ad allegare (senza onere di provarlo) che adempimento non vi è stato, eguale onere limitato alla allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui invece dell'adempimento la parte richieda, postulando pur sempre che adempimento non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno»⁸².

Sulla base di tali argomentazioni, le Sezioni unite concludono che il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione e/o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi ad allegare l'inadempimento della controparte, mentre sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento⁸³.

Questo “criterio di riparto”, che trova la sola eccezione nel caso di inadempimento di obbligazioni negative, oltre ad applicarsi, a ruoli invertiti, nel caso di eccezione di inadem-

⁷⁹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸⁰ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸¹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸³ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

pimento (art. 1460 c.c.)⁸⁴, viene esteso, per le «richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio», anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento. Infatti appare «artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento»⁸⁵. In realtà, «il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento»⁸⁶. Al contrario, sarebbe ancora una volta «irragionevole» considerare sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza. In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sull'allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento⁸⁷.

Il far gravare, anche in tale eventualità, sul debitore, l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento assume capitale importanza, non soltanto per gli obblighi di prestazione, ma anche per gli obblighi di protezione e di *sécurité*, tant'è che la stessa Cassazione cita, come esempi tipici di inesatto adempimento, oltre alle «difficoltà quantitative o qualitative dei beni» ed alla «mancata osservanza dell'obbligo di diligenza», l'inadempimento degli obblighi d'informazione e, più in generale, la «violazione di doveri accessori»⁸⁸.

5. *Segue. L'applicazione di queste regole al campo medico-sanitario. Il superamento della partizione tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e della summa divisio tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". La ricostruzione di una disciplina unitaria dell'inadempimento*

Tale fondamentale decisione è stata poi confermata dalla giurisprudenza successiva, anche da quella che si è pronunciata in tema di responsabilità medico-sanitaria.

⁸⁴ Potendosi limitare, chi formula l'eccezione, ad allegare l'altrui inadempimento, mentre «sarà la controparte a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico» (Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568).

⁸⁵ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁶ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁷ Testualmente, Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁸ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568; e già L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 374.

Dopo aver ribadito che la relazione che si instaura tra struttura sanitaria e paziente dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale⁸⁹, poiché «l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto»⁹⁰, la Cassazione doveva risolvere la questione più rilevante – che aveva ispirato a suo tempo Hermann Staub nella “scoperta” delle violazioni positive del contratto⁹¹ –, cioè quale fosse la disciplina applicabile alle ipotesi di gran lunga più frequenti, nelle quali viene contestato un inesatto adempimento.

Nelle importanti sentenze rese dalla Terza Sezione civile nel 2004, che ispireranno la successiva decisione delle Sezioni unite, la giurisprudenza italiana, applicando alla responsabilità medica i principi di vicinanza della prova e di presunzione di persistenza del diritto (insoddisfatto)⁹², aveva iniziato a diversificare chiaramente lo “statuto” del rapporto obbligatorio dal calco della responsabilità delittuale (per colpa), provvedendo altresì a uniformare la disciplina tra obblighi di prestazione (eventualmente “di mezzi”) ed obblighi di protezione o di *sécurité* (eventualmente “di risultato”)⁹³. La Cassazione dispone che, sulla base dell'art. 1218 c.c., il paziente ha soltanto «l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso “ordinario” di cui all'art. 1176 c.c.) ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel senso di cui all'art. 2236 c.c.) deve essere invece allegata e provata dall'obbligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata»⁹⁴. Quindi, anche la prova che l'intervento implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (ai fini della limitazione della responsabilità ai casi di colpa grave da imperizia o dolo, *ex art.* 2236 c.c.) viene posta a carico del debitore, a differenza di quanto deciso dallo stesso *leading case* del 1978.

Superata la distinzione tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà quale criterio di distribuzione dell'onere

⁸⁹ Così, Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 25, annotata da R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

⁹⁰ Cass., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 27.

⁹¹ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1903, ora nella versione it. di G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.

⁹² Ad es., Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 25; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.

⁹³ Con riferimento al diritto francese v., in particolare, M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité dr. civ. sous la direction de C. Larroumet*, II éd., Paris, 2012, pp. 894, 897 s.

⁹⁴ Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 25.

della prova⁹⁵, la Corte decide che la prova sia della impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, sia della diligenza nell'adempimento «è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore; in misura, inoltre, tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore siccome estraneo al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore»⁹⁶. Tale conclusione viene fatta collimare con la disciplina dell'obbligazione “di diligenza”: secondo la Suprema corte, «consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi», il paziente (che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria) «dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile»⁹⁷. In una sentenza coeva si rileva, altresì, come la «colpa medica» integri ormai «una dimensione paraoggettiva della responsabilità (o, quanto meno, una dimensione comunque “aggravata”», avendo rappresentato la «presunzione di colpa tout court» collegata alla “facilità” dell'intervento «il primo passo verso la sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di (quasi) risultato»⁹⁸.

Il successivo passo verso l'individuazione di una disciplina unitaria del rapporto obbligatorio, di prestazione e di *sécurité*, fondata sulla convinzione che in ogni caso v'è sempre un “risultato dovuto”, sia pure di maggiore o di minore ampiezza, rispetto al contenuto dell'interesse finale del creditore⁹⁹, viene compiuto dalla sentenza della Cassazione resa a Sezioni unite, la quale, sulla scia della più autorevole dottrina¹⁰⁰, considera ormai «dogmaticamente superata» la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ammissibile soltanto a fini “descrittivi”¹⁰¹. Ma il significato più pregnante di questa decisione involge il pro-

⁹⁵ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.

⁹⁶ Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit., p. 26.

⁹⁷ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit., p. 28.

⁹⁸ Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 33.

⁹⁹ In questi termini, già L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 188 ss. e *passim*.

¹⁰⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 188 ss.

¹⁰¹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, annotata da G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

blema della causalità e, soprattutto, quello del caso fortuito come «limite generale della responsabilità per inadempimento»¹⁰².

Nella specie, le Sezioni unite sono chiamate a risolvere un contrasto tra le Sezioni semplici in merito al problema del riparto dell'onere probatorio: nell'applicare in tema di responsabilità sanitaria i principi statuiti dalle Sezioni unite nel 2001 (e ciò sembra chiarire altresì la portata di *rationes decidendi* dei relativi *dicta*, all'epoca revocata in dubbio da qualche Autore), alcune Corti avevano «ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso»¹⁰³. Soltanto allora sarebbe stato «a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente»¹⁰⁴.

Secondo le Sezioni unite, proprio il punto relativo alla prova del nesso di causalità, che nelle controversie in materia di responsabilità professionale rappresenta il vero punto nodale al fine di condannare il debitore inadempiente al risarcimento del danno, «non può essere condiviso», perché «in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato»¹⁰⁵. D'altronde, la partizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato era stata spesso utilizzata dalle Corti per risolvere problemi di ordine pratico, «operandosi non di rado, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso [...], definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio»¹⁰⁶.

¹⁰² Così, già L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 290.

¹⁰³ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁰⁴ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790. Sul punto, A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 797 ss. Crede ancora in questa partizione, invece, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., p. 141 ss.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., pp. 790 e 791.

Poiché la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” «è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che della dottrina»¹⁰⁷, il meccanismo di ripartizione dell’onere della prova (ai sensi dell’art. 2697 c.c.) in materia di responsabilità contrattuale, «in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell’onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito», è «identico, sia che il creditore agisca per l’adempimento dell’obbligazione, *ex art. 1453 c.c.*, sia che domandi il risarcimento per l’inadempimento contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*», senza dipendere in alcun modo dalla contestata divisione¹⁰⁸.

Prestata piena adesione ai principi espressi nella sentenza n. 13533 del 2001, le Sezioni unite «ritengono [...] che l’inadempimento rilevante nell’ambito dell’azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno»¹⁰⁹. Ciò significa, per un verso, che «l’allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno»; per altro verso, che «competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno»¹¹⁰.

In tal modo, il problema si sposta dalla (pretesa) inversione dell’onere della colpa, all’inversione della prova della causalità¹¹¹, conformemente a quanto dispone l’art. 1218. L’allegazione di un adempimento inesatto «astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato» impone al debitore di «dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»¹¹². Ai fini della prova dell’interruzione del rapporto causale è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell’adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹⁰⁹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹¹⁰ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹¹¹ Testualmente, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

¹¹² Così Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 792.

Tale conclusione era sembrata del tutto evidente¹¹³ ancor prima che intervenisse nuovamente la Cassazione¹¹⁴ a sancire siffatta soluzione. Ai fini della prova del nesso di causa tra inesatto adempimento e danno è sufficiente dimostrare che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento, rappresentato o «dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione», o «dal suo aggravamento», o «dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato»¹¹⁵. In tal modo la Suprema corte fa gravare sul debitore il rischio della causa incerta e/o ignota¹¹⁶, accollandogli l'onere di provare la specifica causa che ha reso impossibile il risultato dovuto¹¹⁷. Tale regola è stata, poi, generalizzata all'intera responsabilità contrattuale. Anche nel caso di un danno cagionato da un allievo a sé stesso durante una partita di pallavolo svoltasi in assenza del “precettore”, in presenza di una causa ignota che non consente di dimostrare che «l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante», è sufficiente dimostrare che il danno (una distorsione al ginocchio arrecata dall'aver poggiato «malamente la gamba sinistra») si sia verificato «nel corso dello svolgimento del rapporto» per ingaggiare la responsabilità contrattuale della scuola e del precettore¹¹⁸.

6. *La quinta stagione caratterizzata dalle riforme legislative. Le ambiguità della l. n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi) e la limitazione della responsabilità extracontrattuale del sanitario ai soli casi di irresponsabilità penale per colpa lieve. La responsabilità del membro dell'équipe*

La quinta, ed ultima, stagione si apre con l'entrata in vigore delle riforme legislative, precedute dalla presentazione di molteplici disegni di legge¹¹⁹, che poi ispireranno, soprattutto, la l. 17 marzo 2017, n. 24.

La prima riforma, nota come legge Balduzzi, non rappresenta certo un modello di chiarezza e di univocità normativa, e ciò può essere stato dovuto alle profonde modifiche

¹¹³ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

¹¹⁴ Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33 ss.

¹¹⁵ Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, cit., p. 33.

¹¹⁶ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366; G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 39 ss.

¹¹⁷ A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

¹¹⁸ Cass., Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11143, in *Danno e resp.*, 2014, p. 605 s.

¹¹⁹ Un'ampia disamina in R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 547 ss.

che il testo del decreto ha subito in sede di conversione¹²⁰. L'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012 n. 158, infatti, disponeva che «fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale». Il testo dell'art. 3, comma 1, della successiva legge 8 novembre 2012, n. 189, invece, dopo la sua riscrittura, recita: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Il riferimento all'art. 2043 c.c. ha sollevato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹²¹: da un lato v'è chi ha affermato che il legislatore avesse inteso superare il diritto pretorio del “contatto sociale”, proponendo un ritorno (ma con riferimento al solo esercente la professione sanitaria) al regime di responsabilità extracontrattuale. Dall'altro v'è chi ha considerato la norma come una regola speciale che aveva il precipuo scopo di depenalizzare la condotta sanitaria che, conforme alle linee guida ed alle buone pratiche, fosse caratterizzata da colpa lieve. «In tali casi», e cioè nei soli casi di applicazione dell'esimente penale, il legislatore si sarebbe preoccupato di sancire comunque l'obbligo del risarcimento civilistico del danno. Tra le due interpretazioni ci sembrò più convincente la seconda¹²². La regola non sembrava assumere le caratteristiche di una generale riforma della responsabilità sanitaria, sia perché la disciplina era destinata ai soli medici del servizio pubblico sanitario¹²³, sia perché la limitazione della responsabilità penale concerneva la sola ipotesi della

¹²⁰ Così, anche, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., p. 155; C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 850.

¹²¹ Sul quale, diffusamente, M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 144 ss.

¹²² M. FEOLA, *La responsabilità civile del professionista sanitario per il danno da “nascita malformata”*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 s.; approva specificamente questa interpretazione, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 851, in nt. 12.

¹²³ Così V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 383.

colpa lieve¹²⁴, sia perché, con riguardo al citato rinvio alla disciplina della responsabilità extracontrattuale, la Cassazione si era affrettata a precisare come fosse «evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»¹²⁵. Quindi, il richiamo all'art. 2043 c.c. non era sembrato di per sé «sufficiente a sostenere che la volontà del legislatore [fosse] stata quella di modificare il titolo della responsabilità medica», in quanto la disciplina di cui all'art. 3 l. n. 189 del 2012, «dedicata all'ambito penale della responsabilità, si limita[va] a ricordare il principio secondo il quale l'assenza di responsabilità penale non elimina la responsabilità civile e il conseguente obbligo di risarcire il danno»¹²⁶.

La Suprema corte, anzi, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o para-subordinato tra clinica e chirurgo, aveva esteso ulteriormente la responsabilità contrattuale sia della struttura sanitaria ove aveva avuto luogo il trattamento contestato, giudicandola responsabile (*ex art. 1218 c.c.*) non soltanto dell'inadempimento delle obbligazioni su di essa incombenti, ma anche (ai sensi dell'art. 1228 c.c.) dell'inadempimento della prestazione eseguita dal professionista, in quanto «ausiliario necessario dell'organizzazione aziendale»; sia dello stesso medico che, quale debitore della prestazione chirurgica e/o terapeutica promessa, era considerato contrattualmente responsabile anche dell'operato dei terzi (e, quindi, della stessa clinica) della cui attività si era avvalso, avendo un dovere specifico di controllo del buon funzionamento delle apparecchiature necessarie all'esecuzione dell'intervento¹²⁷. Il collegamento tra il rapporto medico/paziente e quello tra questi e la casa di cura è stato considerato rilevante sul piano giuridico anche in assenza di una relazione di subordinazione o di para-subordinazione tra clinica e chirurgo, in quanto «di norma, l'individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso

¹²⁴ Non così Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, cit. da L. CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 857, che individua un riferimento alla sola perizia, che non involgeva le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza.

¹²⁵ Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367.

¹²⁶ Questa è l'interpretazione fornita da Trib. Cremona, 1° ottobre 2013, in *Danno e resp.*, 2014, p. 633 ss., con nota di L. MATTINA, «*Legge Balduzzi*»: *natura della responsabilità civile del medico*.

¹²⁷ Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici»¹²⁸.

Nel frattempo si era consolidato anche l'orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità (civile e penale) dei membri di un'*équipe*. Sulla scia di un indirizzo volto a ridimensionare sia il canone della specializzazione, sia quello della gerarchia, sia il c.d. principio di affidamento (inteso come sistematica fiducia), e ad applicare, invece, la teoria della c.d. sistematica sfiducia o del "controllo reciproco"¹²⁹, la Cassazione ha avuto modo, anche di recente, di ribadire che, «in applicazione della consolidata giurisprudenza di legittimità», il componente dell'*équipe* è «tenuto ad un obbligo di diligenza concernente non solo le specifiche mansioni a lui affidate, ma anche il controllo sull'operato e sugli errori altrui, in quanto tali rilevabili con l'ausilio delle comuni conoscenze del professionista medio»¹³⁰. Dall'operatore sanitario che faccia parte «sia pure in posizione di minor rilievo di una *équipe* si pretende pur sempre una partecipazione all'intervento chirurgico non da mero spettatore ma consapevole e informata, in modo che egli possa dare il suo apporto professionale non solo in relazione alla materiale esecuzione dell'operazione, ma anche in riferimento al rispetto delle regole di diligenza e prudenza ed alla adozione delle particolari precauzioni imposte dalla condizione specifica del paziente che si sta per operare»¹³¹. Nella specie, tale obbligo di controllo è stato esteso anche all'attività compiuta nelle fasi antecedenti la materiale esecuzione dell'intervento, concernendo anche la verifica dell'idoneità della protesi scelta dal collega, a ciò preposto ai fini dell'impianto.

7. Segue. Pregi e difetti della l. n. 24 del 2017 (c.d. l. Gelli-Bianco). La mancata emanazione dei decreti di attuazione e la quasi totale inoperatività della riforma. L'assenza di una disciplina transitoria e la regola giurisprudenziale della irretroattività. L'inammmissibile "asimmetria" dell'obbligo a contrarre e i correttivi posti dalla normativa francese. Le perplessità sollevate dalle "altre analoghe misure", in assenza dei decreti di attuazione

¹²⁸ Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, cit., p. 840.

¹²⁹ Da ultima, L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 382.

¹³⁰ Cass., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31966, in *Danno e resp.*, 2019, p. 377.

¹³¹ Cass., 11 dicembre 2018, n. 31966, cit., p. 377.

Le incertezze sollevate da questo primo, timido tentativo, richiedono un successivo intervento del legislatore che, stavolta, disciplini tutti gli aspetti più significativi del settore medico-sanitario. Si arriva, così, dopo un ampio dibattito, anche parlamentare, alla promulgazione della l. 17 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) che, nel bene e nel male, assolverà a questa funzione.

Non essendo questa la sede per una trattazione approfondita dei molteplici aspetti, in parte ancora oscuri, che riguardano questa complessa normativa, ci si limiterà a porre in evidenza soltanto alcune tematiche considerate più significative.

A più di cinque anni dall'entrata in vigore di questa legge, il principale difetto di questa normativa è senz'altro la mancata emanazione dei decreti attuativi¹³² del Ministero dello sviluppo economico previsti dall'art. 10, comma 6, e dall'art. 14, comma 1, malgrado il legislatore si fosse impegnato a provvedere entro «centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge». Il primo avrebbe dovuto disciplinare aspetti essenziali del contratto, come «i requisiti minimi delle polizze assicurative» per le strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, «prevedendo l'individuazione di classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziate». (art. 10, comma 6). Il medesimo decreto avrebbe dovuto stabilire «i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio»; le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione nonché la previsione, nel bilancio delle strutture sanitarie, di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati. Oltre ai dati relativi alle polizze assicurative stipulate ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 10, ed alla disciplina delle «altre analoghe misure» il decreto avrebbe dovuto prevedere le modalità e i termini per la comunicazione all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità (di cui all'art. 3) di questi dati da parte delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private e degli esercenti le professioni sanitarie nonché «le modalità e i termini per l'accesso a tali dati». In assenza di tale decreto la quasi totalità della legge permane inattuata: ciò vale per la determinazione dei requisiti minimi

¹³² In questi termini, lo stesso on. B.F. FUCCI, primo firmatario della l. 24/2017 (*Prefazione*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. X s.).

delle polizze, per l'individuazione delle classi di rischio, per la determinazione dei massimali, per l'operatività delle "altre analoghe misure" di assunzione diretta del rischio, per l'estensione della garanzia assicurativa prevista dalle clausole *claims made*, per l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto, per la stessa azione diretta del soggetto danneggiato, prevedendo il comma 6 dell'art. 12 che «le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'articolo 10».

Il regolamento previsto dal comma 2 dell'art. 14, invece, avrebbe dovuto disciplinare le modalità d'intervento, il funzionamento e l'azione di regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro (lett. *d*), la misura del contributo dovuto dalle imprese autorizzate all'assicurazione per la responsabilità sanitaria (lett. *a*), le modalità di versamento del contributo (lett. *b*), i principi ai quali dovrà uniformarsi la convenzione tra il Ministero della salute e la CONSAP s.p.a. (lett. *c*). In mancanza di tale decreto, anche il Fondo di garanzia è del tutto impossibilitato ad operare.

In assenza di norme di diritto transitorio in merito all'applicazione della legge ai giudizi pendenti, la Cassazione, nel rendere il *Restatement* "San Martino 2019", ha stabilito che le regole sostanziali contenute nella l. n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla l. n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca anteriore alla loro entrata in vigore¹³³, a differenza di quelle che (art. 7, comma 4), richiamando gli artt. 138 e 139 cod. ass. in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi¹³⁴. L'applicazione di queste regole alle controversie relative ad illeciti commessi e a danni prodotti anteriormente alla loro entrata in vigore, nonché ai giudizi pendenti a tale data, con il solo limite del giudicato interno sul *quantum*, si giustifica in quanto tale disciplina, «non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno»¹³⁵.

¹³³ Così, anche C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 857.

¹³⁴ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994, in *DeJure*.

¹³⁵ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28990, in *Danno e resp.*, 2020, p. 36, con nota di D. AMRAN, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019*.

Un altro grave difetto di questa legge, che molto opportunamente istituisce una assicurazione obbligatoria di responsabilità (art. 10 l. n. 24/2017), resa ancor più efficace dall'azione diretta (art. 12) del soggetto danneggiato nei riguardi dell'impresa di assicurazione, è quello di prevedere l'obbligo di assicurazione soltanto a carico delle strutture sanitarie pubbliche e private, «anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante» (comma 1), e di ogni altro esercente l'attività sanitaria «in regime libero-professionale» o «che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente», senza disporre un analogo obbligo a contrarre anche a carico delle imprese di assicurazione. Questa «incredibile ipotesi di contrattazione obbligatoria asimmetrica»¹³⁶ risulta assai pernicioso non soltanto perché si pone in aperta distonia con quanto previsto dall'art. 132 cod. ass. in tema di «obbligo a contrarre», violando il principio (di eguaglianza) del parallelismo degli obblighi legali, che, se sussistono, devono riguardare entrambe le parti del rapporto obbligatorio, quanto perché ha determinato «a tutt'oggi gravissime conseguenze», come la «fuga “autorizzata” degli assicuratori dal settore *med-mal*, con conseguente enorme incremento dei premi richiesti da imprese che operano in regime di sostanziale monopolio»¹³⁷. Si spera che questa «assicurazione asimmetricamente obbligatoria», che determina «evidenti ricadute in termini di effettività della misura»¹³⁸, possa riacquistare la necessaria bilateralità in sede di emanazione del decreto del Ministero dello sviluppo economico, che dovrà prevedere i requisiti minimi di garanzia e di operatività delle polizze, nonché l'individuazione delle classi di rischio alle quali far corrispondere massimali differenziati (art. 10, comma 6).

Ben diverso è, sul punto, il diritto francese, che prevede non soltanto la bilateralità dell'obbligo a contrarre, ma che introduce un organismo, il *Bureau central de tarification* (art. 252-1 cod. ass.), che ha il compito di fissare autoritativamente il premio assicurativo qualora una compagnia assicurativa si sia rifiutata, per due volte, di stipulare un contratto di assicurazione in materia sanitaria. L'impresa di assicurazione individuata dal *Bureau* (art. R. 250-4-1 cod. ass.) è obbligata non soltanto a stipulare il contratto, ma anche ad osservare le

¹³⁶ Testualmente, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 322.

¹³⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 322.

¹³⁸ Così M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 48.

condizioni contrattuali stabilite. L'ingiustificato rifiuto di «garantir le risque qui lui a été proposé» (art. 252-1 cod. ass.) espone l'impresa assicurativa a sanzioni di natura amministrativa, comminate dalle Autorità di vigilanza e di controllo nel settore assicurativo.

La legge n. 24 del 2017 consente alle strutture sanitarie, in alternativa alla copertura assicurativa tradizionale, il ricorso ad «altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi [...], anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante» (art. 10, comma 1). È permessa, quindi, la c.d. autoassicurazione, che, nella sostanza, è una non-assicurazione¹³⁹, difettando l'elemento essenziale del trasferimento del rischio su un soggetto esterno istituzionalmente preposto ad assumere l'obbligazione di garanzia. Ma la gestione interna dei rischi richiede un piano organizzato di accantonamento dei fondi e la capacità di effettuare correttamente una valutazione prognostica circa l'incidenza del rischio di verificazione di un sinistro. In tal senso, al fine di valorizzare la funzione di *risk management* delle strutture sanitarie, la legge prevede l'istituzione di Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente (art. 2, comma 4), preposti a raccogliere dalle strutture sanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso. Questi dati devono essere trasmessi annualmente dai Centri regionali all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità. La raccolta e la valutazione di questi dati può rivelarsi molto utile per le strutture sanitarie, al fine di elaborare un piano di rappresentazione del rischio e di procedere all'accantonamento delle riserve. In assenza di una corretta pratica nella gestione del rischio e di una competenza specifica in termini di gestione delle riserve e del contenzioso e, soprattutto, in mancanza delle disposizioni che dovrebbero essere previste dal decreto di attuazione, la c.d. *self insurance* può vanificare le tutele per i pazienti vittime di *medical malpractice*, oltre a creare possibili “buchi” di bilancio¹⁴⁰. È auspicabile, quindi, che, alle strutture sanitarie in “autoassicurazione”, vengano estese le regole alle quali sono tenute ad adeguarsi le imprese assicurative che operano nel settore sanitario, unitamente al sistema di vigilanza e di controlli previsto per le assicurazioni private.

¹³⁹ L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 671.

¹⁴⁰ M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 55.

8. *Dal profilo statico all'aspetto dinamico dell'attività sanitaria: "governo clinico" e risk management. L'opportuna introduzione di un modello bipolare. Le distorsioni giurisprudenziali della riforma: a) la limitazione dell'esimente penale alla sola "colpa lieve" da imperizia. b) Un (contestato) ritorno alle origini: l'applicazione, alle obbligazioni di "facere professionale", del riparto degli oneri probatori previsti dalla responsabilità extracontrattuale per colpa. I "correttivi" della Cassazione: la fictio del ricorso alle prove presuntiva e "indiziaria"*

La «dominanza»¹⁴¹ della responsabilità della struttura sanitaria rispetto a quella del singolo professionista, già prevista in tutti i precedenti disegni di legge¹⁴², espressione di quell'opportuna volontà del legislatore di valorizzare «più che il *profilo statico* del servizio (la prestazione sanitaria in sé e per sé considerata), quello *dinamico correlato all'attività e cioè al fare* indirizzato al servizio»¹⁴³, trova il suo corollario sia nella disciplina delle responsabilità civile e penale, sia nei limiti posti alle azioni di rivalsa e/o di surrogazione, esperibili soltanto nei casi di colpa grave del sanitario (art. 9, commi 5 e 6) e per un ammontare complessivo che non può superare il triplo di «una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale» (art. 9, comma 5, nel caso di resp. amministrativa) o «del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda» (comma 6), conseguiti «nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo».

Rispetto alla legge Balduzzi, che escludeva la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria che si fosse attenuto nell'esercizio della propria attività a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica limitatamente alla colpa lieve (art. 3), senza distinguere tra imperizia, negligenza e imprudenza, la legge n. 24 del 2017 non limita la responsabilità alla colpa lieve, ma esclude la punibilità per i soli casi di imperizia, «quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (art. 6, comma 1, che novella il codice penale relativamente all'art. 590-*sexies*). Ai sensi della legge n. 24 del 2017, che ha abbandonato la distinzione tra colpa lieve

¹⁴¹ C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 864.

¹⁴² Sui quali, R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 548 ss.

¹⁴³ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 543, in nt. 2.

e colpa grave, «recuperando invece appieno l'imperizia quale tradizionale categoria giuridica della colpa ex art. 43 c.p.»¹⁴⁴, risulterebbero non punibili penalmente tutte le condotte connotate da imperizia, anche se commesse con colpa grave. L'interprete, quindi, non dovrebbe più accertare il grado della colpa, «ma stabilirne la natura ovvero il suo essere espressione di imperizia piuttosto che di negligenza o imprudenza»¹⁴⁵.

Tuttavia le Sezioni unite penali¹⁴⁶, chiamate a dirimere un conflitto tra due contrapposti orientamenti giurisprudenziali insorti all'interno della IV Sezione, che passavano da un'interpretazione sostanzialmente abrogante della riforma¹⁴⁷ «ad altra volta ad escludere dall'area del penalmente rilevante l'intero ambito delle condotte imperite dei sanitari che, pur avendo correttamente individuato e selezionato le linee guida di riferimento»¹⁴⁸, avessero poi errato nella pratica applicazione delle stesse, hanno però deciso di creare una regola del tutto inedita. La non punibilità viene limitata al solo caso di imperizia “per colpa lieve” del sanitario che abbia correttamente individuato e selezionato linee guida (o, in loro assenza, buone pratiche clinico-assistenziali) “adeguate” alla specificità del caso concreto e che non abbia errato nella pratica applicazione delle stesse (ipotesi invero assai rara nella prassi, al punto da poter essere considerata “di scuola”), mentre la responsabilità penale non risulterebbe esclusa non soltanto qualora la condotta sia caratterizzata da (colpa anche lieve da) negligenza o imprudenza, ma anche allorché l'evento si sia verificato per una condotta imperita connotata da colpa grave nella scelta delle linee guida o delle buone pratiche; per colpa, anche lieve, da imperizia, allorché il caso concreto non è regolato da linee guida o buone pratiche; per colpa, anche lieve, da imperizia, nella scelte di linee guida o buone pratiche non adeguate alla specificità del caso concreto.

L'interpretazione delle Sezioni unite, però, confligge con il dettato normativo che, da un lato, ha esplicitamente abrogato l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, il quale richiama il dato della colpa lieve, senza distinguere tra imperizia, negligenza e imprudenza; dall'altro, ha limitato le azioni di rivalsa e/o di surrogazione ai soli casi di colpa grave del

¹⁴⁴ Tra i tanti, S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco e il superamento della legge Balduzzi*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 409.

¹⁴⁵ S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 410.

¹⁴⁶ Cass., Sez. un. pen., 22 febbraio 2018, n. 8770 (c.d. sentenza Mariotti), in *Giur. pen. web*, 23 febbraio 2018.

¹⁴⁷ Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 (c.d. sentenza De Luca Tarabori).

¹⁴⁸ S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 413, ove riferisce l'indirizzo seguito da Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078 (Cavazza).

sanitario (art. 9, commi 5 e 6). Da qui l'irragionevolezza di un'interpretazione che rende la responsabilità penale più estesa di quella civile ed amministrativa. In presenza di due azioni autonome e parallele, il sanitario considerato esente da responsabilità in sede di rivalsa (perché la condotta imperita è caratterizzata da colpa lieve) potrebbe essere condannato, invece, in sede penale.

Mentre la Cassazione penale osserva un'interpretazione così restrittiva delle cause di non punibilità, la Cassazione civile, all'opposto, segue un orientamento decisamente "lassista" per quanto riguarda la responsabilità civile della struttura sanitaria. La legge n. 24/2017 ha disposto un trattamento differenziato delle responsabilità (contrattuale) per la struttura sanitaria e (extracontrattuale) per gli esercenti la professione sanitaria, dipendenti o indipendenti, che non abbiano «agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, commi 1 e 3), proprio per "canalizzare" la responsabilità nei riguardi (dell'assicuratore della) della struttura sanitaria, responsabile, quest'ultima, del "governo clinico" e del *clinical risk management*¹⁴⁹.

Questo sistema, senz'altro condivisibile, che intende far gravare (con l'azione diretta) sull'assicuratore della struttura sanitaria il costo dei danni causati al paziente anche dagli "ausiliari" del debitore, è stato «totalmente stravolto»¹⁵⁰ da un contestato orientamento della Terza Sezione civile della Cassazione¹⁵¹ che, nel disattendere i "principi di diritto" prospettati dalle Sezioni unite¹⁵², e senza sottoporre nuovamente la questione alle S.U. (ai sensi dell'art. 374 c.p.c.)¹⁵³, predica una strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato)¹⁵⁴. Tale indirizzo, che tenta di riportare integralmente il setto-

¹⁴⁹ Sul punto, per tutti, P. MAUTONE, *Clinical risk management e consenso informato alle cure mediche*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 497 ss.

¹⁵⁰ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (Atti del 15° Convegno Nazionale SISDiC, 14-16 maggio 2020), Napoli, 2020, p. 356.

¹⁵¹ Introdotto da Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*

¹⁵² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1565 ss.; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁵³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 83 s.

¹⁵⁴ In questi termini, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249 ss. Per ulteriori rilievi critici, R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità*

re della responsabilità sanitaria alle sue origini extracontrattuali, anche per quanto riguarda la stessa struttura, opererebbe un'indebita confusione tra la disciplina delle responsabilità contrattuale (art. 1218) e delittuale (art. 2043 c.c.), tra inadempimento e colpa, tra causalità "materiale" e causalità "giuridica"¹⁵⁵, tra causalità astratta e causalità specifica o individuale¹⁵⁶, frantumando l'unitarietà del diritto delle obbligazioni e duplicando la disciplina dell'inadempimento. Graverebbe sul creditore, pur limitatamente alle obbligazioni di *facere* professionale¹⁵⁷, la prova della condotta negligente e del rapporto di causalità materiale con il danno-evento, mentre verrebbe accollato al paziente/creditore il rischio della causa incerta e/o ignota¹⁵⁸.

Questo orientamento, criticato anche dagli Autori che qualificano l'obbligazione sanitaria come obbligazione "di mezzi"¹⁵⁹ o con "risultato indeterminato"¹⁶⁰, oltre a rappresentare un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni cc.dd. routinarie¹⁶¹, violerebbe «sia gli artt. 1218 e 2697 c.c., sia la recente riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24 del 2017), la quale ha inteso collocare in ambito extracontrattuale la sola responsabilità (per colpa) dell'ausiliare del debitore, ma in ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, concedendo anzi al creditore danneggiato un'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore del debitore (art. 12, comma 1)¹⁶²; metterebbe in discussione l'unitarietà del diritto delle obbligazioni e della disciplina dell'inadempimento, deformando il giudizio di responsabilità contrattuale, nella «convinzione fuorviante che la responsabilità medica sia governata da esigenze del tutto specifiche, tali da giustificare la predisposizione

dell'inadempimento, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 33 ss.; M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 256 ss.

¹⁵⁵ G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 417.

¹⁵⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità*, cit., p. 83.

¹⁵⁷ Così, le successive sentenze "Scoditti": Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), in *Danno e resp.*, 2020, p. 72 ss.

¹⁵⁸ Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione*, cit., p. 249 s.; ID., *Inadempimento e causalità*, cit., p. 77 s.

¹⁵⁹ Ad es., A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 15 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota"*, cit., p. 357.

¹⁶⁰ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss.; ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 561 ss.

¹⁶¹ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit., c. 4.

¹⁶² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali*, cit., p. 357.

di un regime a sé stante»¹⁶³ che predica regole incompatibili con l'art. 1218 c.c. e con l'intero sistema del diritto delle obbligazioni; ribaltando gli oneri probatori, trasferisce nuovamente il peso del danno dall'assicuratore del debitore (struttura sanitaria) al paziente creditore, rappresentando «un ingiustificato *favor* per le sole imprese di assicurazione»¹⁶⁴.

A seguito delle critiche mosse da una dottrina pressoché unanime¹⁶⁵, nelle più recenti decisioni la Terza sezione civile sembra aver modificato il suo orientamento, ora incappando in maldestre contraddizioni¹⁶⁶, ora ricorrendo all'*escamotage* della prova della causalità «anche a mezzo di presunzioni»¹⁶⁷, in assenza di fattori alternativi causalmente rilevanti. Tuttavia, «evidentemente, la presunzione del rapporto eziologico inverte l'onere della prova della causalità [...] e ribalta il rischio della causa incerta, che va a gravare, esattamente» (ai sensi dell'art. 1218 c.c.), «sul debitore e non sul creditore»¹⁶⁸.

La riprova di quanto qui rilevato è testimoniato da una significativa decisione della Terza sezione che, citando sia l'indirizzo delle Sezioni unite (la n. 577 del 2008) sia quello (contrapposto) delle più recenti decisioni, cassa la sentenza della Corte d'appello di Torino proprio per non aver dato adeguato rilievo alla “prova presuntiva” della causalità. Ma in tal modo finisce con l'uniformarsi all'indirizzo delle Sezioni unite là dove conclude: «allegata e provata la ricorrenza di un inadempimento “qualificato” (ossia l'impianto di una valvola difettosa) tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi “più probabili”, la presunzione della derivazione dei successivi interventi e ricoveri dalla condotta inadempiente, spettava ai convenuti l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2»¹⁶⁹. Nella specie, «essendo rimasta oscura la causa degli interventi successivi al primo, spettava ai convenuti dimostrare il

¹⁶³ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale*, cit., p. 736.

¹⁶⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali*, cit., p. 357.

¹⁶⁵ Cfr., altresì, i rilievi mossi da C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 882 ss., ove opportunamente rileva che «nella responsabilità contrattuale una questione causale non si è mai posta, come oggetto di prova per il creditore – mentre secondo l'art. 1218 c.c. essa si pone per il debitore».

¹⁶⁶ Evidenziate, con arguzia, da U. VIOLANTE, *Sulla responsabilità del gestore di piste da sci: “facere” professionale, nesso di causa, onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 631 ss., in critica a Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 4009 (ord.).

¹⁶⁷ Già Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

¹⁶⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 336.

¹⁶⁹ Cass., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31966, cit., p. 375.

verificarsi di una causa imprevedibile ed inevitabile che aveva reso necessari gli ulteriori interventi sulle valvole impiantate alla paziente»¹⁷⁰.

Questa decisione, malgrado un formale riferimento anche all'orientamento contestato, «nella sostanza ribadisce una regola del tutto opposta. Pur sulla base di un'implicita qualificazione dell'obbligazione sanitaria come obbligazione di mezzi, l'allegazione, da parte del creditore, di un inadempimento qualificato (impianto di una valvola difettosa) “astrattamente” idoneo a causare il danno fa gravare sul debitore la prova della vicenda estintiva del rapporto: l'esatto adempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile»¹⁷¹. In assenza di tale prova l'inadempimento del debitore è considerato causa non soltanto dei danni conseguenti al primo intervento, ma anche di quelli derivanti dai successivi interventi e ricoveri. E «la causa incerta, com'è logico, è fatta gravare sul debitore. Qui la Cassazione maschera con il ricorso alla prova presuntiva quello che è il regime ordinario dell'inadempimento, pur in una prospettiva “soggettiva” che identifica quest'ultimo con la condotta negligente, imperita e/o imprudente del debitore»¹⁷².

Una strada diversa, ma convergente, è seguita da una più recente decisione, che perviene alla condanna della ASL di Orestano: l'esistenza del nesso causale tra la condotta dei sanitari e la morte del paziente, «in termini di ascrizione completa dell'evento lesivo in capo ai medici», viene, questa volta, desunta «escludendo intermediazioni di fattori naturali concomitanti e con valenza eziologica incidente sulla causazione dell'evento stesso»¹⁷³. Viceversa, la parte ricorrente intendeva «(inammissibilmente) assegnare valenza di fattore naturale eziologicamente concorrente con la condotta dei sanitari ad una [...] astratta valutazione della scienza medica, avulsa, dunque, dalla verifica effettuata, correttamente, dal giudice di merito in concreto»¹⁷⁴. Distinta, sulla base del caso Franzese¹⁷⁵, la probabilità scientifica dalla probabilità logica, si ritiene che «lo standard di certezza probabilistica», cui aspira la «teoria condizionalistica temperata dalla teoria della c.d. regolarità o adeguatezza causale», non possa «essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi ed

¹⁷⁰ Cass., 11 dicembre 2018, n. 31966, cit., p. 375.

¹⁷¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 336.

¹⁷² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 337.

¹⁷³ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, cit., § 5.

¹⁷⁴ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, cit., § 5.

¹⁷⁵ Cass., Sez. un pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.

eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana)¹⁷⁶. In tal senso, come già sottolineato da un'importante decisione della Corte di Giustizia UE¹⁷⁷, la prova del rapporto causale può «anche derivare da quella indiziaria [...] pur in assenza di “certezze” scientifiche (in termini positivi o negativi), ma potendosi fondare “su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza [...] consentono” al giudice “di ritenere, con un grado sufficientemente alto di probabilità, che una simile conclusione” – ossia la sussistenza dell'anzidetta connessione – “corrisponda alla realtà”»¹⁷⁸.

Abstract

Il saggio ricostruisce il tema della responsabilità sanitaria nelle diverse “stagioni” che essa, a tutt'oggi, ha vissuto: dalla confusione tra le due specie della responsabilità civile e dalla prevalente qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale alla “rivoluzione copernicana” operata nella seconda stagione con la scoperta della “contrattualità” del contratto d'opera intellettuale e della partizione tra prestazioni routinarie e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. La terza stagione si svolge nel segno della continuità, con la nascita di talune obbligazioni “di risultato”, della tematica del “consenso informato” e della teoria del “contatto sociale”. La quarta stagione è contrassegnata dalla migliore giurisprudenza delle Sezioni unite: dall'interpretazione unitaria dell'art. 1453 c.c., ai principi di “riferibilità o di vicinanza della prova” e di “presunzione di persistenza del diritto”, anche in tema di adempimento inesatto. L'applicazione di queste regole alla responsabilità sanitaria prelude al superamento della partizione tra prestazioni di facile esecuzione e non e della *summa divisio* tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”, sulla base della ricostruzione di una disciplina unitaria dell'inadempimento. La quinta stagione si ca-

¹⁷⁶ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, cit., § 1.1.1.

¹⁷⁷ CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 669, con nota di A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*.

¹⁷⁸ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, cit., § 1.1.1.1.

ratterizza per le riforme legislative. Dalle ambiguità della c.d. legge Balduzzi, ai pregi e difetti della legge n. 24 del 2017, alle sue “distorsioni giurisprudenziali”: la limitazione dell’esimente penale alla sola “colpa lieve” da imperizia e la contestata applicazione, alle obbligazioni di “facere professionale”, del riparto degli oneri probatori previsti per la responsabilità extracontrattuale per colpa. Da qui i recenti “correttivi” adottati dalla Cassazione, con il ricorso alla *fictio* delle prove presuntiva e “indiziaria”.

Abstract

The present inquiry is aimed at analysing the medical liability by reconstructing the different “seasons” it has gone through. The first phase is characterised by the confusion between tort and contractual liability and by the prevalent qualification of medical liability as tort liability. A “Copernican Revolution” coincides with the “discovery” of the contractual nature of the intellectual work contract and by the distinction between routine performances and performances implying the solution of technical problems of a special difficulty. Then, the emergence of certain obligations of result, the notion of “informed consent” and the “social contact” theory mark a third phase. The fourth phase is shaped by the praiseworthy case-law of the Supreme Court. Indeed, the latter develops a unitary interpretation of Art. 1453 of the Italian Civil Code and establishes fundamental notions such as the “referability or proximity of proof” and the “presumption of persistence of the right”, which are also very important in matter of improper performance. Based on a unitary discipline of non-performance, the application of these notions to medical liability marks the overcoming of the distinction between performances that are easy to perform and those that are not, as well as the distinction between obligations of means and those of result. A series of legislative reforms opens the fifth and last phase. The latter is characterised by the ambiguities of the so-called Balduzzi Law, the merits and shortcomings of Law No. 24/2017 and its subsequent “judicial distortions”: that is to say, the fact that the exemption from criminal liability only applies in presence of “slight negligence” by inexperience and the disputed application of the burdens of proof provided for tort liability by fault to pro-

fessional liability. Exactly these shortcomings brought the Supreme Court to develop legal fictions such as presumptive and “circumstantial” evidence.

Napoli, giugno 2022.

GIUSEPPE CAMODECA *

*Senatus consulta e documenti della prassi giuridica campana ***

Sommario: 1. - Il *SC. Neronianum adversus falsarios* nei documenti della prassi (a. 61/62); 2. - Il *SC.* di condanna per *maiestas* del console *Cn. Sentius Saturninus* (a. 66) (TH² A13).

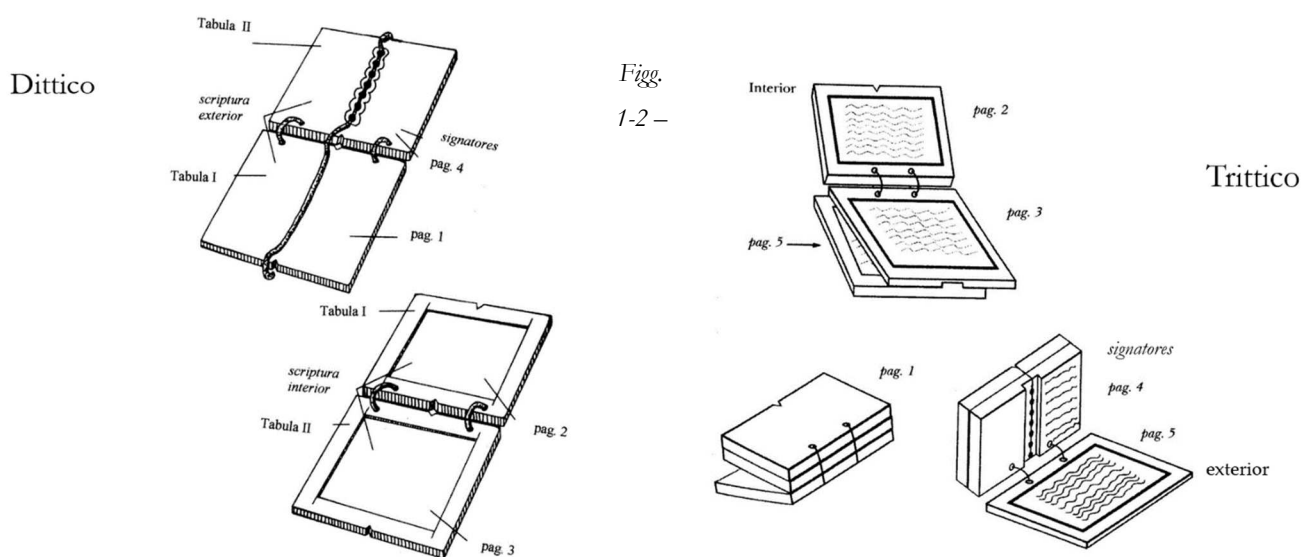
Anzitutto è opportuno premettere che i documenti della prassi giuridica¹ su tavolette lignee cerate, di cui qui tratteremo, avevano lo scopo precipuo di assicurare una valida prova in un eventuale giudizio in caso di contestazioni fra le parti. Tutte le regole, che ora esamineremo, sull'aspetto diplomatico dei dittici (due tavolette lignee) e dei trittici (tre tavolette) sono state escogitate per questo scopo. Nelle *tabulae ceratae* le pagine 2 e 3 (e la pag. 5 nei trittici) erano incavate e cosparse di cera su cui incidere il testo con lo stilo, mentre su quelle esterne, prive di cera (le pag. 1, 4 e nei trittici anche la pag. 6) si scriveva sul legno ad inchiostro (*atramentum*) (figg. 1-2). Fondamentale è la duplice redazione degli atti giuridici, cioè la presenza di una *scriptura interior* dell'atto nelle pagine cerate 2-3, della quale bisognava evitare con ogni cura sospetti di alterazione o falsificazione; per questo motivo le due pagine erano chiuse con una cordicella di lino, su cui poi nella pag. 4 si imponevano i sigilli di gommalacca dei testimoni. Questa *scriptura* così sigillata non doveva più essere aperta per poi poterla even-

* Già Professore ordinario di Papirologia ed epigrafia giuridica all'Università di Napoli Federico II.

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

¹ Ringrazio l'amico e collega Felice Mercogliano per avermi invitato a pubblicare in questa sede il mio intervento al convegno maceratese sui *Senatus consulta* del nov. 2021, organizzato da P. Buongiorno. Si lascia l'andamento discorsivo della relazione orale con le sole note bibliografiche indispensabili. Dedico alla memoria dei miei due grandi amici e sodali del vecchio Istituto di diritto romano della Federico II, Alberto Dell'Agli e Tullio Spagnuolo Vigorita.

tualmente presentare come prova all'*index*, che per ammetterla come tale doveva preliminarmente accertare che i sigilli apposti fossero rimasti intatti. Quindi onde poter leggere in ogni momento il contenuto dell'atto, era necessario redigere anche una copia della scrittura interna, che veniva scritta nei dittici ad inchiostro sulle pagine esterne (pag. 4 e 1) e nei trittici sulla pag. 5 cerata, copia del testo che quindi è detta *scriptura exterior*.



Schema della struttura e del modo di redazione di dittici e trittici

Prima di procedere fornisco qualche dato sulla quantificazione di questo materiale documentario, limitandoci a quello restituito dagli scavi delle città vesuviane di Pompei ed Ercolano, che sono al centro di questa relazione.

A Pompei nel 1875 fu scoperto l'archivio di *tabulae ceratae* del banchiere Cecilio Giocundo, quasi tutte datate negli anni '50 sotto Claudio e Nerone, che fu infine pubblicato nel 1898 in modo magistrale da Karl Zangemeister (CIL IV 3340, 1-153).

Nel 1959 nel suburbio portuale di Pompei fu invece rinvenuto durante i lavori per la costruzione dell'autostrada Pompei - Salerno in loc. Murecine un altro grande archivio di *tabulae ceratae*, che purtroppo per diverse vicissitudini, su cui qui sorvolo, è stato infine pubblicato integralmente da chi scrive² solo nel 1999; esso comprende 127 documenti, che però

² G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, voll. I - II, Roma 1999.

riguardano gli affari di una famiglia di banchieri di Puteoli (l'antica Pozzuoli), i *Sulpicii* (perciò *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, di seguito *TPSulp.*), il cui ultimo esponente si trasferì a Pompei prima della catastrofe vesuviana del 79; per nostra fortuna, altrimenti l'archivio non ci sarebbe rimasto.

Durante gli scavi di Ercolano nel corso degli anni '30 del secolo scorso furono rinvenuti otto archivi di *tabulae ceratae* in altrettante case della città (*Tabulae Herculenses*, di seguito *TH*); questi che hanno avuto una prima edizione fra il 1945 e il 1961, purtroppo incompleta e in non piccola parte scorretta³, restituiscono nella mia *cura secunda* poco più di 160 documenti, contando anche quelli molto frammentari, ma che siano almeno in qualche parte leggibili⁴. Sono racchiusi in un arco di tempo fra il 40/1 e il 75, ma si concentrano in massima parte nell'ultimo ventennio (55-75). Comunque, grazie a recenti acquisizioni, ci sono stati restituiti anche un dittico del 19 marzo 27, e in particolare il più antico documento, oggi noto, della prassi campana, datato 8 giugno dell'8 a.C., dunque di ben 23 anni più risalente rispetto a quello finora più antico, un documento dell'archivio pompeiano di Cecilio Giocondo del 15 d.C. (CIL IV 3340, t. 1)

1. *Il SC. Neronianum adversus falsarios nei documenti della prassi (a. 61/62)*

Tornando al tema della validità probatoria in giudizio delle *tabulae ceratae* contenenti documenti giuridici⁵, la prassi aveva trovato già prima dell'emanazione del *SC. Neronianum adversus falsarios* un modo semplice per contrastare i tentativi di falsificazione, sistema che Zangemeister aveva già notato sulle tavolette pompeiane dell'archivio di Cecilio Giocondo e che ho potuto constatare diffusissimo su quelle puteolane dei *Sulpicii* e sulle ercolanesi. Si praticava cioè una piccola intaccatura al centro dei margini superiore e inferiore delle tavolette lignee per farvi passare in mezzo la cordicella di chiusura e che spesso si prolunga brevemente con una leggera incisione sulla faccia esterna (pagg. 1 e 4).

³ Sebbene curata da due importanti studiosi come G. PUGLIESE CARRATELLI e V. ARANGIO-RUIZ in *PdP*.

⁴ Per ora G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses. Edizione e commento*, vol. I, Roma 2017; in seguito sono usciti altri cinque miei contributi sulle *TH*, elencati nel mio più recente articolo *Riedizione delle Tabulae Herculenses: TH² 41 (quietanza dell'a. 67) e TH² 81 (compromissum)* in *PdP. Studi in memoria di G. Pugliese Carratelli*, 2021 [2022]. Preciso che con *TH²* indico i documenti che sono stati da me già editi o riediti.

⁵ Da distinguere da altri tipi di *tabulae ceratae* di formato e funzione diversa, che servivano per l'uso quotidiano della scrittura, per cui vd. G. CAMODECA, *Dittici e trittici nella documentazione campana (8 a. C. – 79 d. C.)*, in *Eburnea Dipycha*, Bari 2007, 83 s.

Ma al tempo di Nerone furono deliberate dal Senato su iniziativa dello stesso imperatore diverse prescrizioni, che dovevano assicurare una migliore protezione, dal *SC. Neronianum adversus falsarios* che, come vedremo, può essere datato nella seconda metà del 61 o, meglio, nella primavera del 62; Svetonio ci dice solo che fu approvato sotto Nerone (*Nero* 17): *Adversus falsarios tunc primum repertum ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur.*

La notizia del biografo è sostanzialmente confermata, almeno per quel che qui ci interessa, da un brano, peraltro oggetto di numerose discussioni, delle *Pauli Sententiae* (5.25.6), un'opera di attribuzione e datazione controversa, considerata da molti e autorevoli studiosi una tarda compilazione della fine III/inizi IV secolo, composta in ambiente provinciale (forse africano), ma molto di recente considerata probabilmente proprio di mano del giurista severiano, o almeno frutto della sua scuola⁶.

Pauli Sent. 5. 25. 6: Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa <et ima Mo.> marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.

Le prescrizioni del *SC.* risultano chiaramente indicate: le due *tabulae ceratae* contenenti la *scriptura interior* (dunque la tab. III di un trittico anche dopo il *SC. Neronianum* restava ovviamente priva dei fori centrali) dovevano essere chiuse e sigillate solo dopo avervi praticato due fori centrali, uno sulla cornice superiore e uno su quella inferiore, dove far passare per tre volte una cordicella di lino per la chiusura del documento: qui le due fonti del biografo e del giurista concordano perfettamente *ter lino per foramina traiecto* e *perforatae triplici lino*; su di essa infine sarebbero stati impressi i sigilli dei testimoni dell'atto.

Dunque la *tab. III* di un trittico anche dopo il *SC. Neronianum* restava ovviamente priva dei fori centrali, perché la *scriptura* che doveva essere protetta per evitarne la falsificazione e per farla valere come prova in giudizio era la *scriptura interior* (come del resto ben precisano le *Pauli Sententiae: ut exteriori scripturae fidem interior servet*). Questa già ovvia conclusione è pienamente confermata da una gran quantità di trittici ercolanesi le cui prime due *tabulae* sono perforate al centro delle cornici, ma mai anche la terza tabella. Purtroppo si deve ancora

⁶ I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, cui rinvio per tutta la questione.

leggere in un recente articolo della Jakab, in cui si tratta sia pur genericamente del *SC. Neronianum*, questa strana affermazione: ‘Um Urkundenfälschungen zu unterbinden, hat das *Senatus Consultum* eine neue Art der Versiegelung vorgeschrieben: Nur solche Dokumente werden künftig als Beweismittel zugelassen, bei denen alle drei Täfelchen durchbohrt und mit einem Faden fest verbunden werden’.⁷ Bastava uno sguardo ai miei scritti o anche solo a quello del 1993 (peraltro citato) per evitare tale incomprensibile affermazione; come è noto, la *scriptura exterior* sulla p. 5 della terza tabella era sempre leggibile per conoscere il testo del documento, di cui era una perfetta copia, proprio allo scopo di non dovere aprire la *scriptura interior* sulle sigillate pagine 2-3, il che avrebbe poi comportato la non utilizzabilità del documento in giudizio.

È evidente lo scopo di questo sistema di chiusura esteso dal *SC.* agli atti fra privati, ma già escogitato dalla burocrazia imperiale di Claudio per la redazione dei dittici bronzei dei diplomi militari: impedire che i falsari potessero tentare di aprire le *tabulae* con la *scriptura interior* facendo scorrere lungo i bordi delle tavolette il filo di lino con i sigilli, che a loro volta potevano essere staccati e riattaccati con una serie di accorgimenti descritti nella seconda metà del II secolo in un’operetta satirica di Luciano⁸.

La datazione di questo *SC. Neronianum* al 61, generalmente accolta in dottrina, risale allo Zangemeister; essa ha rilievo anche per la ricerca prosopografica, che l’ha utilizzata come discriminante per la datazione delle coppie consolari a prima o dopo il 61 a seconda se riportate o meno su *tabulae pertusae* cioè con i fori centrali prescritti dal *SC. Neronianum*. Tuttavia nell’archivio di Cecilio Giocondo solo uno dei 153 documenti, quasi tutti compresi fra il 52 e il 62, era redatto in conformità del *SC.*: si tratta di un trittico molto frammentario (t. 152) che purtroppo non conserva la data sulla p. 3 e su cui si leggevano solo poche parole. Ne pubblico per la prima volta una foto (fig. 3), che mostra come oggi non è più possibile confermare la già dubbia lettura dello studioso tedesco.

⁷ E. JAKAB, *Seneca Misstrauen in Brief und Siegel*, in *Fundamina* 20 (1), 2014, 421.

⁸ Lucian. *Alexander* 20-21, che comunque sembra esagerare la facilità di esecuzione di queste pratiche, sebbene operate da un famoso imbroglione del tempo degli Antonini, il falso profeta Alessandro.

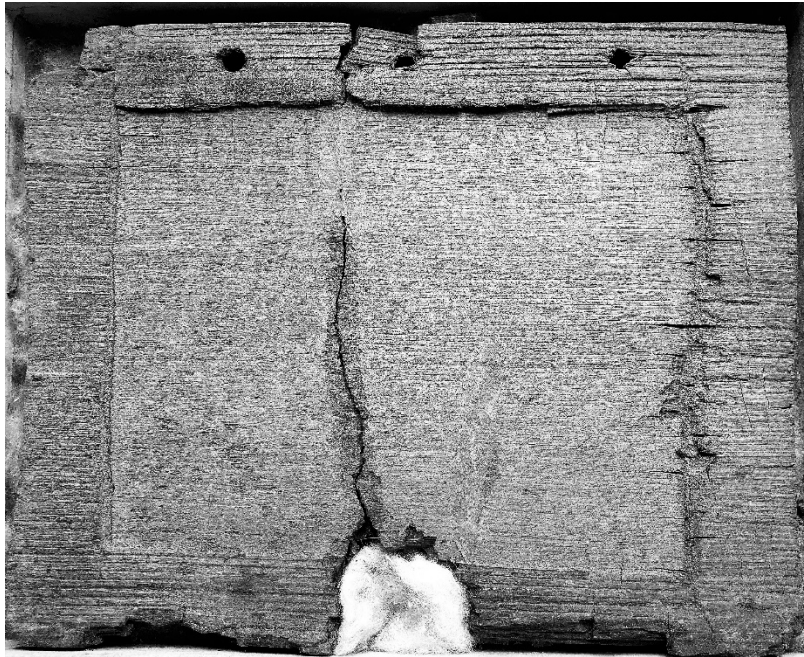


Fig. 3 – CIL IV 3340 t. 152

Secondo Zangemeister nella linea 4 la parola *Claudi*, che egli riusciva a decifrare, era forse da riferire (*fortasse referenda est*) al nome di *Ti. Claudius Verus*, duoviro nell'annata duovirale 1 lug. 61/30 giugno 62. Quantunque il più tardo documento datato dell'archivio pompeiano del gennaio 62 (t. 151) fosse privo dei fori centrali (fig. 4), lo Zangemeister deduceva la data del 61 per il *SC. Neronianum* dai due trittici pompeiani di *Poppaea Note* (CIL IV 3340, t. 154 e 155), che non fanno parte dell'archivio di Cecilio Giocondo, ma furono ritrovati nel 1887 nel *praefurnium* delle Terme del Sarno, avvolti in una tela insieme a vari pezzi di argenteria, e redatti secondo le prescrizioni del *SC.* (fig. 5)

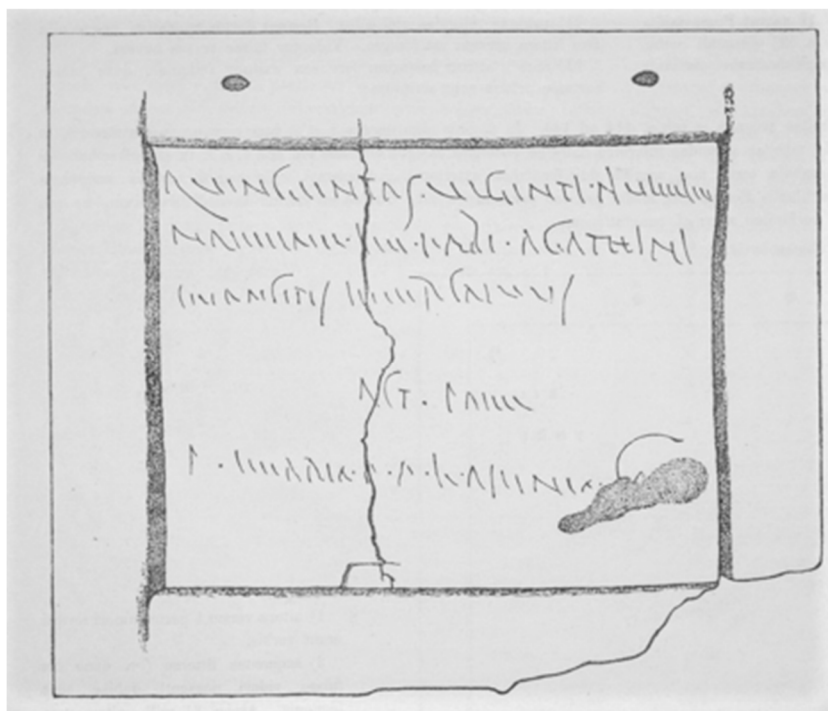


Fig. 4 – CIL IV 3340, tab. II, pag. 3 (3 gennaio 62) – (apografo Zangemeister)

Ma la loro datazione al 61 non ha alcun fondamento, perché, come a suo tempo ho fatto notare⁹, la coppia consolare *L. Iulio Caesennio Paeto, P. Calvisio Rusone* fu, secondo quanto oggi sappiamo, senza dubbio in carica nel 79 (marzo/giugno) e non nel 61, come invece credeva Zangemeister. Purtroppo questa datazione errata al 61 dei due trittici di *Poppaea Note* è ancora troppo spesso tralaticia tra gli studiosi. Sorprende però che ciò sia accaduto anche a due autorevoli studiosi (G. Pugliese Carratelli e J. Macqueron) che hanno tentato *ex professo* di precisare la datazione del *SC.* e di correggere quella dello Zangemeister; di conseguenza entrambi arrivano a conclusioni destituite di ogni fondamento, su cui quindi è inutile qui soffermarsi.

⁹ G. CAMODECA, *Nuovi dati dagli archivi campani sulla datazione e sull'applicazione del S.C. Neronianum*, in *Index* 21, 1993, 353-364, spec. 356 s.

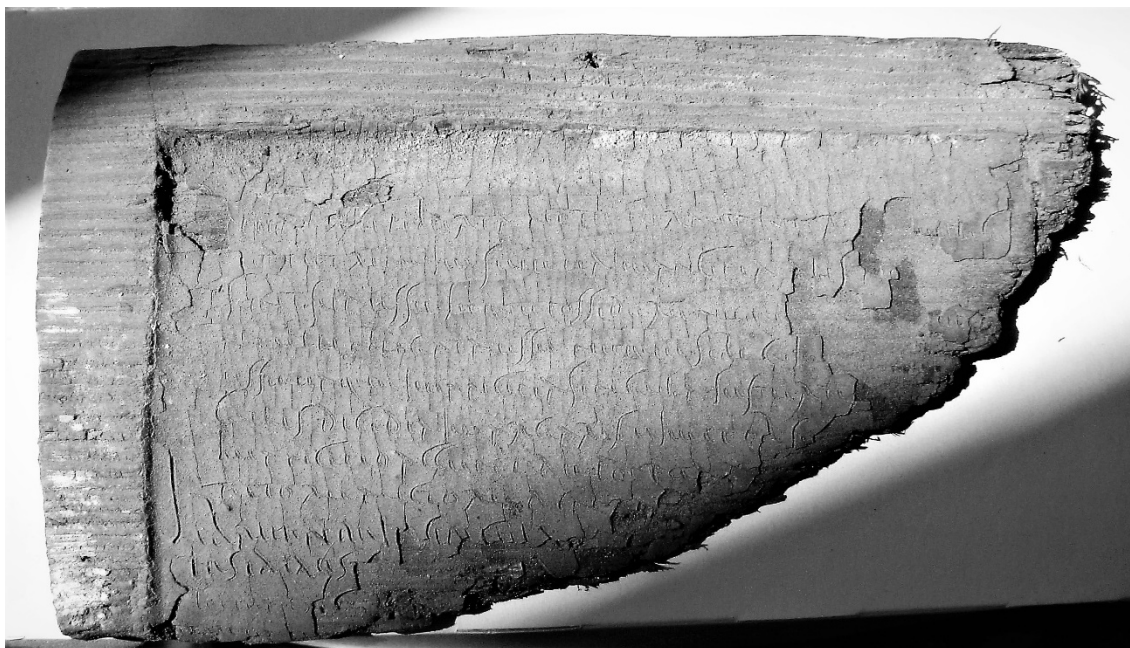


Fig. 5 - CIL IV 3340, t. 155 (a. 79) – MANN

Nel 1993 pertanto ho ritenuto necessario rivedere tutta la questione, mettendo a frutto i risultati della mia autopsia sia dell'archivio puteolano dei *Sulpicii*, sia di quelli ercolanesi, che hanno arricchito notevolmente il quadro a disposizione¹⁰. In questo trentennio dopo il mio contributo sono stati editi (a mia conoscenza) solo due studi che hanno trattato del *SC. Neronianum adversus falsarios*, il libro di Elizabeth Meyer *Legitimacy and Law in the Roman World* del 2004¹¹ e il già citato articolo del 2014 di Eva Jakab¹², entrambi a mio parere non proprio utili sul tema.

Premetto che nell'insieme della documentazione ercolanese (ca. 160 atti) i documenti con *tabulae pertusae*, cioè con i fori centrali, sono il 38% rispetto al 33%, che ne risulta invece privo, (il restante 30% è danneggiato in modo da non poter dire alcunché sul punto), mentre al contrario nessuno dei 127 documenti dell'archivio puteolano dei *Sulpicii* è redatto secondo le norme del *SC. Neronianum*. Ma questi ultimi sono quasi tutti precedenti agli anni '60 e quindi non utili al nostro scopo: solo tre dittici datati al feb. 61 possono essere invocati come

¹⁰ CAMODECA, *art. cit.* (a nt. prec.).

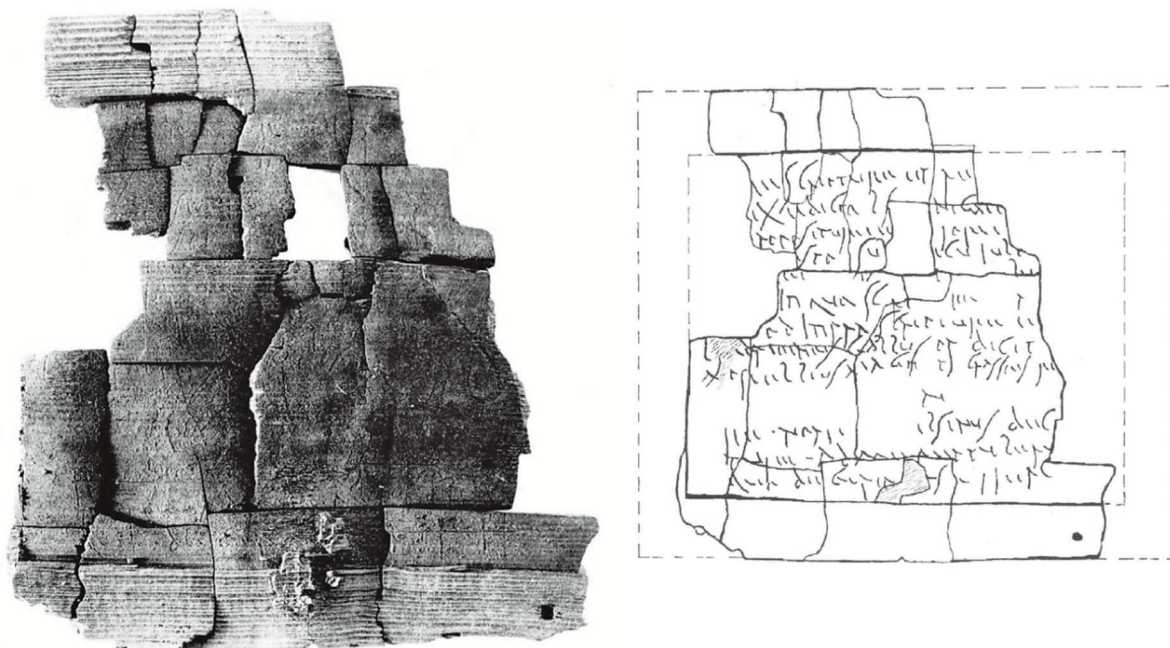
¹¹ Vedi la severa recensione di un giusromanista, P. GRÖSCHLER, in *Gnomon* 79, 2007, 626-630, che riequilibra l'entusiasta accoglienza di poco informati storici e letterati, specie del mondo anglosassone.

¹² E. JAKAB, *Seneca Misstrauen in Brief und Siegel*, in *Fundamina* 20 (1), 2014, 416-426, spec. 420 ss.

prova contraria all'esistenza in quel tempo del *SC. Neronianum*. Invece è particolarmente utile (anzi direi indispensabile) la documentazione ercolanese nella mia revisione, che è per una buona parte posteriore a quella degli altri due grandi archivi campani, che si fermano al 61-2, e largamente copre gli anni '60 e '70.

Dall'attento esame del quasi mezzo migliaio di documenti campani ho potuto ricavare che la data più verosimile del *SC.* dovrebbe essere la seconda metà del 61-inizi 62. La sua più antica applicazione è fornita dalla tavoletta giocondiana (t. 152), di cui si è già detto, se fosse giusta l'ipotesi dello Zangemeister di datarla all'anno duovirale lug. 61-giu. 62; poi con certezza da due trittici del 14 luglio 62 (*TH* 3 e 47) redatti a Neapolis.

Assai importante per il nostro tema è la ricostruzione, che mi è riuscito di fare con molta pazienza da ben 23 frammenti della *tab. I* di *TH*² 89, datata 22 marzo del 62; per quel che qui ci interessa, si tratta di un documento redatto a Roma nel foro d'Augusto presso il *tribunal* del pretore urbano¹³. La *tabula* è ancora priva dei fori centrali sulle cornici superiore e inferiore prescritti dal *SC Neronianum*, mentre si notano i tradizionali intacchi marginali (figg. 6-7: foto e apografo).



Figg- 6-7: *TH*² 89. *Tab. I* pag. 2 (foto e apografo G. Camodeca)

¹³ Su cui vd. CAMODECA, *Tabulae Herculenses* cit. (a nt. 4), 57 ss.

Questa circostanza può spingerci a spostare la data del *SC.* dopo il 22 marzo 62, tra aprile e giugno di quell'anno 62. Sarebbe infatti molto sorprendente la non osservanza di un *SC.* di iniziativa imperiale in un documento ufficiale (un *descriptum et recognitum* di un editto del pretore) preparato a Roma nel foro d'Augusto davanti al *tribunal* del magistrato giudicante; tale circostanza mi sembra essere senza dubbio un buon argomento per una datazione alla primavera del 62.

Ad Ercolano queste prescrizioni risultano poi disattese non solo il 4 dic. 62 da due *tabulae* (*TH* 40 e 73), ma addirittura ancora nel maggio 63 in un atto di compravendita di schiavo redatto *in Pompeiano* (*TH*² 61, 8 maggio 63). Ma poi a partire dal 64 o forse dalla seconda metà del 63, se a quest'anno appartiene la coppia consolare composta da *C. Licinius Mucianus* e *Q. Fabius Barbarus Antonius Macer*, i numerosi tritici ercolanesi databili fino al 75, oltre quelli di cui si è già detto di Poppaea Note datati al 79, presenteranno tutti senza alcuna eccezione i fori centrali per il *triplex linum*. Dunque la situazione che risulta dalla documentazione oggi disponibile è più complessa di quanto precedentemente supposto; sembra ormai chiaro che le prescrizioni del *SC.* non furono subito ed uniformemente applicate: emerge una fase direi di transizione che va dalla seconda metà del 61-inizi 62 al maggio 63, quando per l'ultima volta a noi nota non sono osservate le disposizioni del *SC.*

Del resto non può sorprendere se le prescrizioni del *SC. Neronianum* non furono subito e sempre osservate fino a che la prassi non le accolse definitivamente. La precisazione del tardo compilatore delle *Pauli sententiae* (o, se fosse il loro autore, lo stesso giurista severiano), secondo il quale i documenti redatti diversamente dalle regole del *SC.* sarebbero stati nulli (*aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*) è inaccettabile per il I secolo dell'impero, mentre risponde assai meglio alle concezioni ed esigenze del tempo dell'autore (III-IV secolo). Come si è già detto, in caso di contestazione su di un atto giuridico e quindi di necessità di ricorrere al giudizio di un *iudex*, questi non poteva ammettere come prova un documento non validamente redatto per cui non si potesse escludere una eventuale falsificazione della *scriptura interior*; allo scopo l'*iudex* doveva anzitutto verificare la presenza e la perfetta conservazione dei sigilli apposti sul triplice lino sulla pag. 4 del dittico o trittico. Ma se questa circostanza era assicurata dal vecchio sistema antifalsificazione escogitato dalla prassi (tramite i due intacchi

marginali), non gli era possibile non ammettere come prova un simile documento, anche se non era stato redatto secondo le nuove prescrizioni del *SC Neronianum*.

Naturalmente nel giro al massimo di un paio d'anni la prassi giuridica campana si adeguò e uniformò alle nuove regole secondo una tipica tendenza della vita degli affari per cui le garanzie e le tutele per la validità del documento, come prova dell'atto giuridico posto in essere, non sono mai troppe. A questo proposito è interessante notare che un trittico ercolanese, purtroppo indatabile, presenta le prime due *tabulae* già predisposte con l'intacco marginale e poi perforate per adeguarle alle disposizioni del *SC*. Purtroppo col 79 e con i due trittici di *Poppaea Note* (vd. *retro*) la documentazione campana fino ad allora così ricca si interrompe per sempre. In Italia anche le tuttora inedite *tabulae ceratae*, rinvenute di recente in un pozzo negli scavi di Alba Fucens, seguono i precetti di redazione voluti dal *SC Neronianum*.

Concludendo sul tema, può essere utile almeno un rapido sguardo alla più complessa situazione, che emerge dalla documentazione oggi disponibile per la prassi provinciale. Ad es. la recente pubblicazione (2016) delle numerose, interessanti *tabulae* di Londinium¹⁴, datate o databili fra Nerone e i Flavi, mostra che queste regole non vi erano mai seguite; vi restava in uso il tradizionale sistema, ben noto in Campania e che abbiamo già ricordato, dei due intacchi marginali ove far passare la cordicella di chiusura (così ad es. ancora in un documento del tempo di Domiziano dell'a. 82, *TLond.* 53). Ma per tutto il II e III secolo nella redazione delle *tabulae ceratae*, contenenti atti giuridici, rinvenute in altre province, in particolare dalla Transilvania (le famose tavolette di Alburnus Maior) e dall'Egitto (circa una cinquantina di documenti)¹⁵ si trovano costantemente osservate le prescrizioni del *SC Neronianum*.¹⁶

Ma su questo punto non possiamo qui dilungarci.

¹⁴ Edite non sempre bene per scarsa conoscenza del diritto romano da R. TOMLIN, *Roman London's First Voices: Writing Tablets from the Bloomberg Excavations 2010-2014*, London 2016.

¹⁵ Mostro la foto (fig. 8) di un bell'esempio egiziano del 131 da Philadelphia in FIRA III 5; si tratta della *testatio* di un *miles* di truppe ausiliarie (cioè di soldati che non avevano la *civitas* romana, nel nostro caso un *miles* della II coorte *Thebaeorum* di stanza in Egitto), che dichiarava la nascita di una sua figlia illegittima. Queste attestazioni pubbliche di nascita di figli naturali servivano dopo l'*honesta missio* del padre (cioè dopo il congedo); infatti il congedato con l'*honesta missio* acquistava la cittadinanza romana non solo per sé, ma anche per i suoi figli naturali a suo tempo dichiarati pubblicamente.

¹⁶ Con rare eccezioni: una del 90 da Vindonissa (*TVind.* 3), campo legionario nella provincia di *Germania superior* (oggi Windisch in Svizzera), l'altra ancora dalla Britannia del 118 (*AE* 1994, 1093).

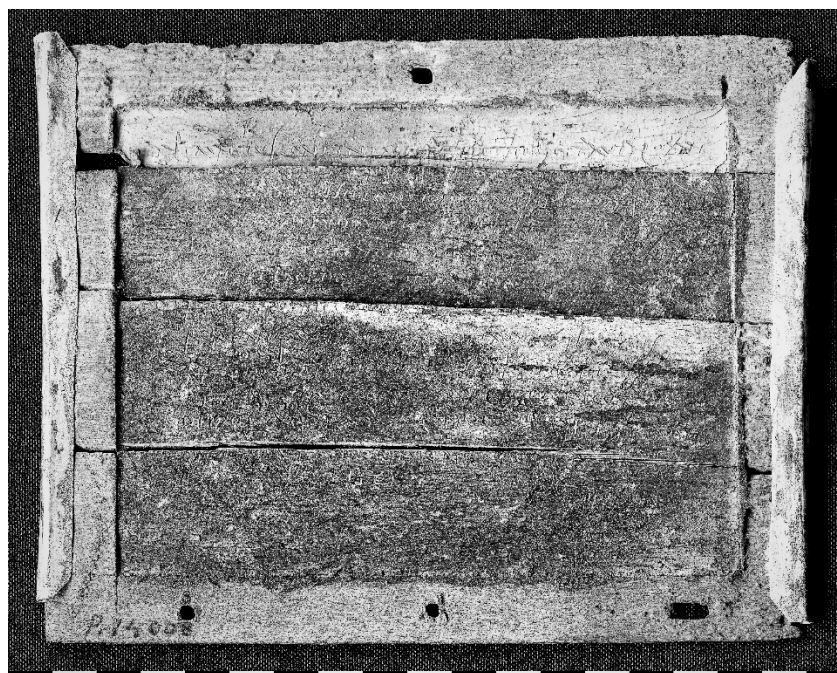


Fig. 8 – FIRA III 5, pag. 2; a. 131: Philadelphia, Egitto (ora a Berlino)

2. Il SC. di condanna per *maiestas* del console *Cn. Senti* *Saturninus* (a. 66) (TH² A13)

Un altro SC. di età neroniana di grande interesse storico e giuridico è stato svelato di recente dalla riedizione delle *Tabulae Herculanenses*: il SC. di condanna per *maiestas* del console *Cn. Senti Saturninus* dell'a. 66.

Si tratta di un trittico di cui sono conservate le prime due *tabulae*, mentre è perduta o non più riconoscibile la terza; dalla presenza dei fori centrali, prescritti dal SC. *Neronianum adversus falsarios* del 61/2, si deduce, come ora abbiamo visto, che il documento era posteriore a quell'anno; il documento, come vedremo, di grande importanza storica era rimasto inedito, totalmente sfuggito ai primi editori Pugliese Carratelli e Arangio-Ruiz. La seconda *tabula* del trittico reca sul lato destro della pag. 4 una lista di sette *signatores* che per la loro onomastica sono da ritenere estranei ad Ercolano; sono inoltre rimaste ben visibili nel *sulcus* centrale le tracce di sette sigilli, l'ultimo dei quali conserva ancora i fili del legaccio di chiusura. Sul *retro*, cioè sulla pag. 3, si scorge appena, al centro della tavoletta, *Ac[t(um)]*, senza l'indicazione del luogo di redazione dell'atto, il che significa che il documento era stato scritto a Roma, perché

questa espressione priva di ulteriore precisazione si nota appunto in altri trittici che con certezza sono stati redatti nell'Urbe.

Ma la grande sorpresa l'ho avuta quando, rovesciando con grande delicatezza la fragile tab. I del trittico, che mostrava visibile la pag. 1 priva di scrittura, per controllarne la pagina cerata, cioè la pag. 2, è apparsa, ancora sufficientemente leggibile, la *scriptura interior* con il testo del *chirographum*, rimasto del tutto ignoto (figg. 9-10).

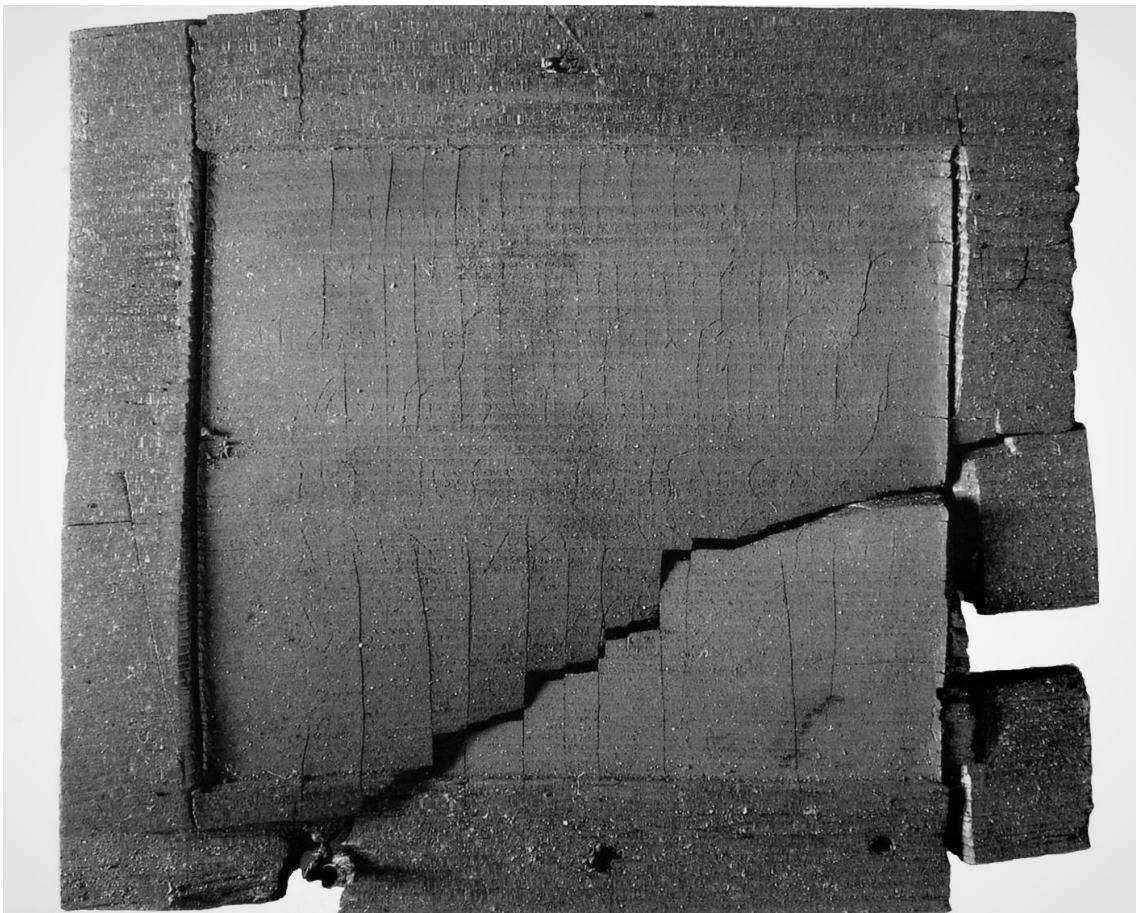


Fig. 9 - TH² A13, tab. I, pag. 2

Molto probabilmente durante la prima edizione ad opera di Pugliese Carratelli e di Arangio-Ruiz non fu fatta questa semplice operazione di controllo di eventuali tracce di scrittura sul retro della tavoletta, che richiede comunque un lungo e paziente lavoro, data la friabilità e le fessurazioni del legno carbonizzato. Come ho altrove ricordato, di queste operazioni gli editori per risparmiare tempo nel loro lavoro avevano, a quanto essi stessi precisano,

delegato l'esecuzione ad un tecnico del Museo, tal Giulio Formati. Questa decisione si è rivelata un errore gravissimo, a cui vanno imputate molte delle mancanze dell'*editio prior*. La scrittura della pag. 2 è discretamente leggibile, anche se solo in particolari condizioni di luce radente per la minima incisione delle lettere graffite: il testo del chirografo, che si può interamente restituire con sicurezza, salvo per l'indicazione del giorno, è apparso subito di straordinario interesse (TH² A13)¹⁷.

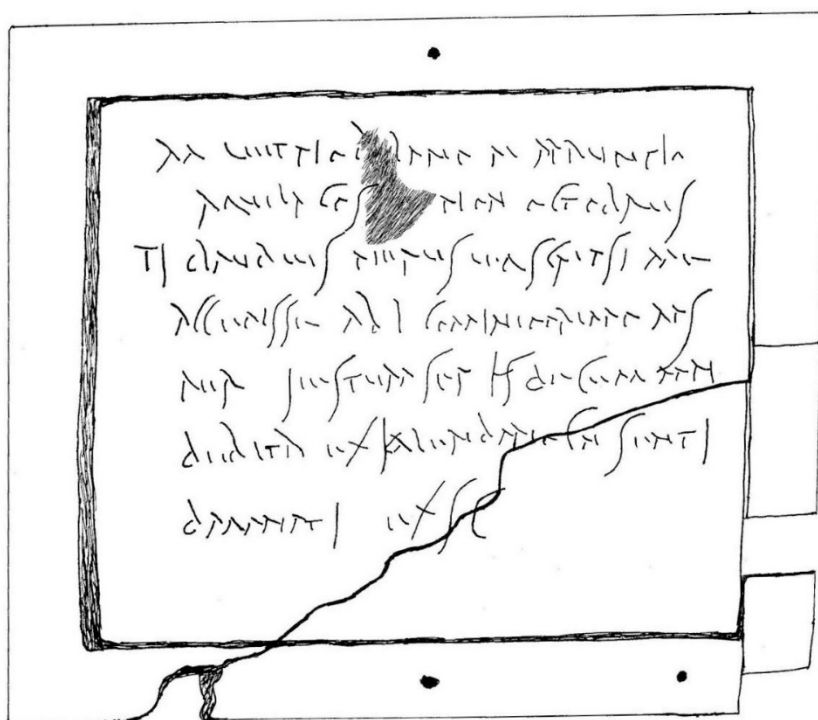


Fig. 10 - TH² A13 (apografo G. Camodeca)

Tab. I, p. 2, *graphio*, *scriptura interior*

M(arco) Vettio B[ol]lano, M(arco) Arruntio

Aquila cō(n)s(ulibus), [- -] + non(as) Octobres.

Ti(berius) Claudius P̄ierus, v(ir) q(uaestorius), scripsi me

accepisse ab L(ucio) Cominio Primo aps(ente)

¹⁷ CAMODECA, *Tabulae Herculenses* cit. (a nt. 4), 307-323.

per Festum ser(vum) HS ((sestertia)) decem m(ilia) n(ummum)
debita ex kalendario Cn(aci) Senti
damnati ex S(enatus) C(onsulto).

Anche la datazione del chirografo è sicura, essendo ben nota la coppia consolare nelle prime due linee con i nomi dei consoli suffetti, che qui risultano invertiti rispetto ad altri documenti, *M. Vettius Bolanus* e *M. Arruntius Aquila*; essi furono in carica, come ho potuto stabilire sulla base di altre *tabulae* ercolanesi, nell'ultimo *nundinium* dell'anno 66 e precisamente fra 1° settembre e 31 dicembre. Purtroppo resta perduta in lacuna l'indicazione del giorno: dunque il documento, redatto a Roma, si data fra il 2 e il 6 ottobre del 66, altro elemento importantissimo nella nostra ricostruzione del caso.

Il testo del *chirographum* consiste in una quietanza (*apocha*), rilasciata da un tal Ti. Claudius Pierus al nostro ercolanese L. Cominius Primus; in realtà quest'ultimo, come viene subito precisato, era assente (si ricordi che la faccenda si svolgeva a Roma) e pertanto aveva saldato il suo debito tramite il suo servo Festus, il quale aveva materialmente versato la somma di 10000 sesterzi al creditore Pierus, dovutagli *ex kalendario Cn. Senti damnati ex S. C.* Quest'ultima precisazione è del più grande interesse. Anzitutto risulta a prima vista evidente l'importanza che nei primi giorni di ottobre del 66 sia documentato un *Cn. Senti damnatus ex S(enatus) C(onsulto)*: l'espressione *senatus consulto damnatus* ricorre nelle fonti letterarie in Asconio (*in Corn.* I, p. 53) e in Tacito, *Hist.* 4.44.3. Ciò significa che *Senti* era stato ritenuto colpevole, evidentemente del *crimen maiestatis*, in un processo svolto nel tribunale senatorio (*cognitio senatus*)¹⁸. Il fatto che il personaggio sia menzionato senza il *cognomen* depone per la sua notorietà; del resto per un *Cn. Senti, damnatus ex S. C.* nel 66, non si può pensare ad altri se non al famoso senatore *Cn. Senti Saturninus, cos. ord.* 41, l'ultimo esponente di una grande famiglia di rango consolare, originaria di Atina nel Lazio¹⁹.

¹⁸ Sul fondamento di questa competenza del Senato nei processi penali durante il principato si discute da tempo in dottrina; sul complesso tema, sul quale non possiamo qui trattenerci, si sono avanzate molte tesi (delega imperiale, concessione per legge, *auctoritas patrum* e diarchia *princeps-senatus*), anche assai di recente riproposte nel dibattito riaccendosi in questi ultimi anni; sul tema vd. per tutti F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla 'cognitio senatus'*, Napoli 2009, 121 ss.

¹⁹ Su questa famiglia vd. G. CAMODECA, *Ascesa e caduta di una grande famiglia senatoria di Atina: i Senti Saturnini*, in *Atti XI Conv. Epigrafico Cominese*, Arezzo 2015, 81-95.

La *sententia* del Senato in materia assumeva immediatamente il valore di deliberazione dell'intera assemblea e la qualifica di *senatus consultum*, su cui ora abbiamo lo straordinario esempio del *SC. de Cn. Pisone patre*.

Ma torniamo ai fatti. Anzitutto questa tavoletta ercolanese ci permette di risolvere finalmente anche una *crux* in un passo delle *Historiae* di Tacito (4.7.2). Lo storico narra dell'importante seduta del Senato del 21 dicembre 69, subito dopo la morte di Vitellio, nella quale si attribuivano i poteri al nuovo imperatore Vespasiano, che allora si trovava ad Alessandria, e si dovevano scegliere i legati del Senato da inviargli (Tac. *Hist.* 4.6.3 - 8.5). Sorse un'aspra disputa tra il console Eprio Marcello, famoso delatore dell'epoca neroniana, nel 66 principale accusatore di *Thrasea Paetus*, e il leader della *libertas* senatoria d'ispirazione stoica Elvidio Prisco, allora pretore designato, che nutriva per Marcello un giustificato odio personale, perché era stato genero di *Thrasea* ed esiliato nello stesso 66 per le medesime accuse; già sotto Galba aveva invano tentato di far condannare Marcello per vendicare il suocero. Prisco sosteneva che i legati dovevano essere eletti dai magistrati, Marcello che bisognava sorteggiarli. La controversia aveva un evidente significato politico: la nomina da parte dei magistrati avrebbe potuto emarginare il gruppo dei delatori del passato regime e dare un segnale di svolta nei rapporti del Senato col nuovo *princeps*. Ma l'abilità dialettica di un esperto oratore come Eprio Marcello ebbe la meglio, riuscendo a ritorcere contro Prisco il rispetto degli *antiquitus instituta*; il sorteggio sarebbe stato il sistema tradizionale di scelta dei delegati del Senato, un argomento in realtà specioso, perché la regola più antica era proprio la nomina magistratuale, ma che alla fine risultò determinante, poiché chi non voleva prendere posizione trovò comodo basarsi su una pretesa prassi senatoria. Per quanto a noi qui interessa, Elvidio fra gli argomenti più efficaci del suo discorso ricorda, come fuggevolmente riporta Tacito, *Hist.* 4.7.2, che *fuisse Vespasiano amicitiam cum Thrasea, Sorano, Sentio†, quorum accusatores etiam si puniri non oporteat, ostentari non debere*.

Purtroppo in questo punto sul nome del terzo personaggio il testo di Tacito presenta una *crux*, finora rimasta priva di una soluzione da potersi considerare definitiva e ha dato origine ad una numerosa serie di congetture e identificazioni. *Sentio* è riportato dal *codex Medicus* (M) del XI sec. (il più autorevole e antico), ma altri codici danno altri nomi e quindi

storici e filologi hanno proposto numerose diverse identificazioni, su cui è qui inutile soffermarsi, perché ora il nostro documento ercolanese fornisce la migliore e definitiva conferma per la correttezza della lezione *Sentio* in Tac. *Hist.* 4.7.2, e della identificazione di costui con *Cn. Sentius Cn. f. Saturninus*, *cos. ord.* 41, ipotesi finora respinta o comunque ritenuta assai dubbia dalla maggior parte degli studiosi. Questo illustre personaggio, forse un patrizio, era ben degno di essere ricordato insieme a *Thrasea* e *Soranus*; l'amicizia con Vespasiano potrebbe risalire al 43, quando il futuro imperatore partecipò come *legatus legionis* all'invasione della Britannia, durante la quale *Saturninus* ebbe un importante ruolo di comando, per quanto ancora discusso, ma testimoniato da Eutrop. 7. 13. 2 e confermato dalla *statua triumphalis* bronzea, postagli nel foro di Augusto come attestano le *TPSulp.* (13; 14; 27): *in foro Augusto ante statuam triumphalem Cn. Senti Saturnini*. Questo senatore, *cos. ord.* 41 e figlio dell'omonimo *cos. suff.* 4 d.C., nel 66 avrà avuto verosimilmente una sessantina d'anni. Pertanto anche *Cn. Sentius Saturninus*, i cui spiriti libertari sono ben noti dai fatti del 41, quando dopo l'uccisione di Caligola proclamò la parola d'ordine della *libertas* senatoria (Ios. *Ant. Iud.* 19.166- 184), cadde vittima nel 66, come *Thrasea* e *Soranus*, delle epurazioni di Nerone e, accusato da *delatores*, fra i quali un temibile oratore come Eprio Marcello (Tac. *Hist.* 4.7.2), fu *damnatus ex SC.* poco prima degli inizi di ottobre 66 in un processo evidentemente di *maiestas*.

Che *Sentius Saturninus* sia stato processato e condannato per *maiestas* non molto prima degli inizi di ottobre del 66 (e quindi verosimilmente in relazione alla *coniuratio Vinicianiana*) spiega anche perché Tacito non ne parli negli *Annales*, dato che questa morte 'eccellente' deve essere stata narrata nella parte perduta dell'opera, che s'interrompe, come è noto, con il resoconto dei processi di *Soranus* e di *Thrasea*, riportati con grande partecipazione dallo storico; e precisamente con il suicidio di *Thrasea* termina la parte conservata degli *Annales*. Questi fatti si possono datare verso maggio-giugno 66, cadendo entrambi al tempo del fastoso arrivo a Roma di Tiridate re d'Armenia, arrivo da porre verso la prima metà di maggio. Infatti a *Thrasea*, come segno della caduta in disgrazia, si vieta di partecipare al corteo in onore di Tiridate (Tac. *Ann.* 16.24.1); poco tempo dopo seguirono la condanna a morte da parte del Senato di entrambi gli oppositori stoici di Nerone (Tac. *Ann.* 16.33.2) e il loro suicidio. Posteriore a questi processi deve essere stato quindi quello di *Sentius Saturninus*, che di conseguenza va ormai certamente fissato fra la fine di maggio e i primissimi giorni di ottobre del 66; a questo

punto è a mio avviso assai probabile, in base alla ricostruzione della cronologia degli avvenimenti del 66, che la condanna di *Cn. Sentius Saturninus* sia da collegare con la cd. *coniuratio Vinicianiana*, su cui purtroppo siamo poco informati, essendo nota dal solo Suet. *Nero* 36.2: *duabus coniurationibus provulgatis, quarum prior maiorque Pisoniana Romae, posterior Vinicianiana Beneventi*.

Per questo motivo è necessario tentare di precisare la datazione della scoperta di questa congiura. A tal fine mi sembra fondamentale il passo degli *Acta Fratrum Arvalium* del 66, in cui si ricordano i *vota* straordinari, presi [*ob detecta nefariorum con*]silia, generalmente riferiti alla scoperta della *coniuratio Vinicianiana* ma che forse meglio possono riferirsi alla conclusione dell'inchiesta. Questi *vota* vanno datati fra il 1 e il 25 settembre del 66, perché presi prima dei *vota* del 25 settembre per la partenza di Nerone per la Grecia, ma dopo il 1 settembre, perché la notizia è riportata sotto la coppia di consoli suffetti *M. Arruntius Aquila, M. Vettius Bolanus*, cioè gli stessi consoli della tavoletta cerata in esame, i quali nella ricostruzione della struttura dell'anno consolare 66, che già prima abbiamo precisato, entrarono in carica con certezza alle *kalendae* di quel mese di settembre. La *coniuratio Vinicianiana* prese il nome dal giovane genero di Corbulone, *Annius Vinicianus* (PIR² A 700), il quale giunse in Italia, accompagnando Tiridate, che doveva ricevere da Nerone la corona di re d'Armenia. Tiridate, raggiunto Nerone a Napoli, fu onorato con straordinari giochi nell'anfiteatro della colonia neroniana di Puteoli prima del solenne trasferimento a Roma (Cass. Dio 63.2-4). Solo in seguito può essere avvenuta la congiura, come conferma la notizia di Svetonio, secondo cui la congiura sarebbe stata scoperta a Benevento. Ciò lascia chiaramente intendere che il tentativo di uccidere l'imperatore era previsto lungo la strada per il suo viaggio in Grecia; tanto più che gli *Acta Fratrum Arvalium* ricordano, come s'è visto, *vota* straordinari per entrambi questi avvenimenti nel mese di settembre. Da quanto detto appare molto probabile che la fallita *coniuratio Vinicianiana* sia stata preparata e scoperta a Benevento all'incirca fra la seconda metà di agosto e i primi giorni di settembre, dando luogo ad un'immediata repressione. Già ai primi di ottobre i *bona* confiscati a *Sentius Saturninus*, *damnatus ex SC.*, appartenevano ormai ad altre persone.

Infatti, come è noto, la condanna per *maiestas* comportava come pena accessoria la confisca dei beni (*publicatio bonorum*), e quindi i *damnati* per *maiestas* perdevano di regola anche

tutto il loro patrimonio e neppure il suicidio (prima della sentenza) serviva sempre ad interrompere il processo ed evitare la condanna e la confisca. Si ricordi infatti che in generale, almeno fino a Tiberio e pur con qualche eccezione, il suicidio del reo prima della sentenza di condanna per *maiestas* estingueva il reato e il procedimento penale, e quindi evitava la confisca dei beni; ma in seguito (certo già prima di Adriano) il suicidio fu considerato una confessione e non serviva dunque a sfuggire alla confisca²⁰. Del resto il suicidio non impediva neppure la ricompensa in danaro per i *delatores*: una proposta in tal senso, fatta in Senato nel 24, fu duramente respinta da Tiberio, il che mostra quanto i *praemia* fossero ritenuti funzionali al sistema (Tac. *Ann.* 4.30.2). Negli ultimi anni del regno di Nerone le condanne per *maiestas* e le conseguenti confische dei beni dei condannati anche per avidità e bisogno di danaro raggiunsero l'acme. Per questo motivo aumentò del pari la devoluzione al fisco imperiale, a scapito dell'*aerarium*, in origine unico beneficiario dei *bona damnatorum*.

Dunque *Cn. Sentius Saturninus*, ultimo esponente di una ricca famiglia senatoria, *cos. ord.* nel 41, che aveva avuto gli *ornamenta triumphalia* nel 44 per la campagna di Britannia, sarà stato uno di quei *viri triumphales*, dei cui patrimoni confiscati Nerone si servì per fare donazioni ai suoi liberti favoriti, secondo quanto ci attesta Svetonio (*Nero* 30.5) La *publicatio bonorum* di un *damnatus* riguardava, come è noto, l'intero patrimonio attivo, compresi ovviamente i suoi crediti, e pertanto anche il debito di 10.000 sesterzi, contratto dall'ercolanese *L. Cominius Primus* con *Cn. Sentius Saturninus* (tramite suoi servi o liberti procuratori) e che risultava *ex kalendario* di quest'ultimo. Il *kalendarium* era infatti il registro della contabilità, per lo più consistente in un volume papiraceo, ove venivano registrati i mutui stipulatorii ad interesse e altri movimenti di danaro, designati infatti in D. 32.34.1 *nomina ex calendario*, con indicazione degli interessi, dell'eventuale termine fissato per la restituzione, delle garanzie prestate dal debitore; di regola i *kalendaria* dei privati erano gestiti da uno schiavo, un *servus kalendario praepositus*, come si ricorda in numerosi passi del Digesto (D. 12.1.41; 33.8.23 pr.; 40.7.40.4).

Si può dunque supporre con buona verosimiglianza che *Sentius Saturninus* avesse delle proprietà nel golfo napoletano (proprio nel territorio vesuviano) come occasione del mutuo ad interessi concesso al modesto personaggio ercolanese, probabilmente tramite un liberto o schiavo incaricato di reinvestire le rendite fondiarie. Per *Cominius* del resto conosciamo dal

²⁰ Bibl. sul punto CAMODECA, *Tabulae Herculenses*, cit. 319 nt. 45.

suo archivio altri rapporti del genere; ad es., il grosso debito di 15000 denari (cioè 60000 sesterzi) contratto nel 69 con *Ulpia M. f. Plotina*, che possedeva un fondo vesuviano confinante con quello di *Cominius Primus* e va a mio parere ritenuta senza dubbio la zia paterna del futuro imperatore Traiano e sorella dell'omonimo console del 70 d.C. Si ha qui a mio parere un chiaro esempio di rendite fondiari senatorie reinvestite in prestiti feneratizi a minori proprietari terrieri del luogo, spesso alla ricerca di danaro.

A questo punto siamo in condizione di affrontare un ulteriore problema, la cui soluzione può nel contempo gettare una diversa, più precisa luce sull'intera vicenda. La questione riguarda l'interpretazione della singolare, misteriosa sigla *v. q.*, che costantemente si legge dopo il nome di *Ti. Claudius Pierus*, sia nella pag. 2 nella stesura del suo *chirographum* (dunque scritta di suo proprio pugno), sia nell'elenco dei *signatores* nella pag. 4: sempre *Ti. Claudius Pierus, v. q.* Ora è evidente dal gentilizio e dal *cognomen* grecanico *Pierus*, per lo più portato da schiavi e liberti, che questi era nato schiavo ed era un liberto (o liberto di liberto) imperiale di Claudio o dello stesso Nerone. A maggior ragione sorprende la sigla *v. q.*; ora se *v.* sta quasi certamente per *vir, q.* in questo contesto non mi pare possa significare altro che *quaestorius*; ma come si spiegherebbe questo titolo per un personaggio di condizione libertina? Io penso che nel contesto, che abbiamo ricostruito, una plausibile spiegazione sia quella di intendere *vir quaestorius* nel senso (che del resto in sé non fa meraviglia) di persona che ha ottenuto le insegne questorie, gli *ornamenta quaestoria*. Si sa che tali *ornamenta* o *insignia* erano concessi dall'imperatore o, per meglio dire, l'attribuzione degli *ornamenta* era sempre decisa dal Senato, ma per lo più su iniziativa e proposta (*auctore*) del *princeps*; e si sa anche che potevano essere concessi pure a personaggi di nascita non senatoria, talvolta addirittura liberti imperiali, come avvenne in particolare sotto Caligola, Claudio e Nerone. I *quaestoria insignia* ebbe, ad es., nel 48 il liberto di Claudio, il potente *Narcissus* per il suo ruolo nella scoperta del complotto e nell'eliminazione di Messalina (Tac. *Ann.* 11.38.4). Era insomma un modo per ricompensare speciali meriti e con gli *ornamenta* si concedevano a queste persone i simboli esteriori e di onore corrispondenti al grado senatorio di riferimento (*ornamenta quaestoria, praetoria* o addirittura *consularia*), ma ovviamente non la carica effettiva, né l'accesso al Senato. Difatti gli *ornamenta* non vanno confusi con l'*adlectio inter quaestorios, praetorios* ecc., che invece concedeva il rango relativo alla carica, pur se questa non era stata effettivamente ricoperta. Ora proprio

Nerone fu l'ultimo, a quanto pare, a concedere gli *ornamenta quaestoria*, un po' sviliti dopo che Claudio aveva profuso *ornamenta* superiori, pretorii e consolari; ad ogni modo non sono più attestati successivamente. Inoltre sappiamo da Tacito (*Ann.* 16.33.2) che nello stesso 66 li ebbe, oltre ad una cospicua somma di danaro (1.200.000 sesterzi), un oscuro cavaliere, *Ostorius Sabinus* (PIR² O 161), proprio come premio per la sua accusa durante il processo in Senato contro Barea Sorano (*Tac. Ann.* 16.23.1; 16.30). Il *praemium* degli *ornamenta* per un delatore in una *cognitio senatus* va confrontato con gli altri casi in cui allo stesso modo veniva ricompensato un importante servizio reso al principe. Ad ogni modo, come documenta la nostra *TH*, è certo che al liberto (imperiale) *Ti. Claudius Pierus* erano pervenuti *bona* del console *Sentius Saturninus*, *damnatus ex S. C.* per *maiestas* poco prima dell'ottobre 66; e pertanto, come si è visto, si può verosimilmente supporre che il senatore sia rimasto coinvolto nella repressione della *coniuratio Vinicianiana*, databile grosso modo nella tarda estate (certo fra giugno e settembre, come detto). Inoltre, si sa che gli *ornamenta quaestoria*, come anche altri *honores*, potevano essere concessi anche per servizi resi all'imperatore nell'accusare e far condannare imputati di *maiestas* (un esempio dello stesso anno 66 per *Ostorius Sabinus*) e che peraltro i delatori erano non di rado ricompensati con una quota parte dei *bona* del condannato. Sui *praemia* in *bona* accordati ai *delatores* non si hanno purtroppo precise informazioni, e comunque solo da fonti letterarie, che si limitano a ricordarli; ad es. già nel 16, *bona [Libonis] inter accusatores dividuntur et praeturae extra ordinem datae iis qui senatorii ordinis erant*. Risulta perciò prezioso per conoscerne la natura e il fondamento giuridico quanto ricorda per un processo del 24 Tacito (*Ann.* 4.20.2): *quartam accusatoribus secundum necessitudinem legis*; ciò significa difatti che nella *lex Iulia de maiestate*, verosimilmente di Augusto, era prevista la quota parte spettante agli accusatori sui beni dei condannati. Ma si tratta di un campo, quello delle ricompense per gli accusatori, in cui non si riescono a notare regole fisse; talvolta il premio in denaro era tratto non solo dal patrimonio delle vittime, ma anche dal tesoro pubblico, come esplicitamente attesta Cassio Dione (58.4.8).

Si può ormai concludere, proponendo la seguente ricostruzione della vicenda. Nella tarda estate 66 il liberto (imperiale?) *Ti. Claudius Pierus* dovette dare un non trascurabile contributo all'accusa di *maiestas* condotta in Senato contro il console *Cn. Sentius Saturninus* da *Eprius Marcellus*, come ormai sappiamo dalla sicura restituzione della *crux* di *Sentio* in Tacito,

Hist. 4.7.2; probabilmente il console era stato implicato a torto o a ragione nella repressione della *coniuratio Vinicianae*. *Pierus* potrebbe aver partecipato all'accusa ed averne avuto i relativi *praemia*, pur senza essere stato un *delator* di *Saturninus* in senso tecnico, almeno come sono definiti i *delatores* nell'accusa criminale del I secolo dell'impero (ovviamente da tenere distinti dai *delatores* fiscali). Da quanto detto, insomma, *Pierus* potrebbe essere stato anche solo un denunciatore (un *index*) del *crimen maiestatis* o un testimone nell'accusa nei confronti di *Sentius Saturninus*. Aver ottenuto alcuni beni del condannato non basta ad escluderlo; infatti Cassio Dione (57.19.2) attesta esplicitamente che anche queste persone (denunciatori, *indices* e testimoni dell'accusa) ottenevano in premio parte dei *bona* dei condannati, oltre a cariche e onori. Ne abbiamo diversi esempi di quest'epoca. E dunque *Ti. Claudius Pierus* per aver fornito questo contributo, che evidentemente, quale che sia stato, fu ritenuto essenziale per la condanna dell'anziano console *Sentius Saturninus*, venne ricompensato sia con gli *ornamenta quaestoria*, *ornamenta* che gli consentivano di attribuirsi il titolo di *vir quaestorius*, sia con una parte del patrimonio del condannato, fra cui almeno il *kalendarium* in cui era registrato il debito dell'ercolanese *L. Cominius Primus* verso *Cn. Sentius Saturninus*. In tal modo *Cominius*, che aveva un debito con *Saturninus*, diventò debitore di *Ti. Claudius Pierus* e a lui dovette versare i 10000 sesterzi tramite il suo schiavo *Festus*, inviato a Roma ad eseguire il pagamento nei primi giorni di ottobre del 66.

In conclusione una tavoletta carbonizzata di un archivio privato, recuperata negli anni Trenta in una casa di Ercolano e rimasta per tanto tempo indecifrata, ci permette in modo del tutto inatteso di conoscere dettagli su un importante processo per *maiestas* svoltosi in Senato poco prima dell'ottobre 66, che va probabilmente inquadrato nella repressione della *coniuratio Vinicianae*, su cui eravamo poco informati proprio per la mancanza della parte degli *Annales* tacitiani, in cui se ne trattava. Inoltre ci permette di sapere della triste fine di un grande personaggio come il console del 41, *Cn. Sentius Saturninus*, e finanche di risolvere definitivamente una *crux* in un passo delle *Historiae* di Tacito.

Abstract

L'a. esamina il problema della datazione, probabilmente la primavera del 62, del *SC Neronianum adversus falsarios*, che prescriveva nuovi accorgimenti per evitare la falsificazione dei documenti giuridici *inter vivos* e della sua applicazione nella prassi. Inoltre sulla base della lettura di una inedita *Tabula Herculaneensis* può ricostruire la vicenda del console Sentius Saturninus, *cos. 41, damnatus ex Senatus consulto per maiestas* nel sett. 66 durante la repressione della *coniuratio Viniciana* contro Nerone.

The author examines the problem of dating, probably the spring of 62, of *SC Neronianum adversus falsarios*, which prescribed new measures to avoid the falsification of *inter vivos* legal documents and its application in practice. Moreover, on the basis of the reading of an unpublished *Tabula Herculaneensis*, he can reconstruct the story of the consular Sentius Saturninus, *cos. 41, damnatus ex Senatus consulto per maiestas* in Sept. 66 during the repression of the *coniuratio Viniciana* against Nero.

Napoli, ottobre 2022.

FELICE MERCOGLIANO*

*Spunti e appunti brevi in tema di immigrazione nell'antica Roma***

Sommario: 1.- Premesse su alcuni itinerari bibliografici; 2.- Il caso di Demarato;
3.- Immigrati, persone, 'cives' e non 'cives'; 4.- Osservazioni conclusive.

1.- *Premesse su alcuni itinerari bibliografici*

Alcuni studi recenti hanno toccato temi dell'immigrazione nella storia di Roma antica (su cui in parte mi sono soffermato tempo fa¹) con diversità di spessore scientifico e differenti impostazioni problematiche dal punto di vista giuridico. Si tratta, fra gli altri, di un contributo di Biagio Amata, dell'Università Pontificia Salesiana², sul fenomeno sociale delle migrazioni nella cosmopolita Roma repubblicana e nell'Impero³; di un articolo di Clément Chillet sulla *lex Papia* del 65 a.C.⁴ e di un saggio di Maria Teresa Carbone⁵.

Biagio Amata comincia dal menzionare Sen. *ad Helv. de cons.* 6.2-4⁶, e 7.7, come esempio dell'affermazione di mancanza della propria patria per quanto riguarda la maggior parte degli

* Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review. Destinato agli Studi per Antonio Palma.

¹ Si v. F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, cui rinvio per i riferimenti bibliografici allora selezionati.

² Ove s'è manifestato un forte interesse scientifico antichistico per le tematiche migratorie, se si pensa alla recente collettanea *Pellegrini e migranti nel mondo antico*. Atti del Convegno 8 Aprile 2016, organizzato dalla Facoltà di Lettere Cristiane e Classiche (Pontificium Institutum Altioris Latinitatis) dell'Università Pontificia Salesiana e dal Centrum Latinitatis Europae, a cura di R. Spataro, Roma, 2017.

³ B. AMATA, *Immigrazione ed emigrazione di singoli e masse attorno all'Urbe*, in *Index*, XLIII, 2015, 513 ss.

⁴ C. CHILLET, *La lex Papia de 65 avant J.-C. sur «l'usurpation de citoyenneté»*, in *RIDA*, LXVI, 2019, 33 ss.

⁵ M.T. CARBONE, *Immigrazioni e diritto in Roma antica*, in *Emigrazioni e immigrazioni. Una sfida della storia e della contemporaneità*, a cura di L. Sinisi, Pisa, 2021, 9 ss.

⁶ Sul significativo brano senecano v., p. es., di recente A. WALLACE-HADRILL, *Imperial Rome: a city of immigrants?*, in *AAAH*, XXXIX, 2017, p. 60 ss., che vi scorge il molteplice novero di motivi d'attrazione per immigrare a

abitanti nella ‘globalizzazione’ per così dire *ante litteram* della Roma del primo principato, nella quale comunque un certo grado di integrazione impedì il formarsi di quartieri di migranti, con l’eccezione di una sorta di enclave di Ebrei in quel di Trastevere⁷, la cui speciale ‘separazione’ era peraltro già stata messa in luce dal saggio risalente di George La Piana⁸. Non si trattava, però, di una segregazione vessatoria, come pure si verificherebbe, bensì di un più elevato grado di eterogeneità e maggiore alterità – anche per la religione professata, dalle radici saldissime – rispetto a gruppi pur molto consistenti in Roma imperiale (Ispanici, Galli, Africani, Greci), come ha illustrato bene Cecilia Ricci⁹. Ma soltanto «gli Ebrei portarono con loro nell’esilio l’alta consapevolezza di essere un popolo eletto: Geova era il dio d’Israele e la scomparsa dello stato politico ebraico rafforzò la loro capacità d’adattamento in un contesto estraneo ... nonostante il quadro che emerge dalle nostre fonti, sarebbe errato farsi un’immagine di separazione assoluta degli Ebrei rispetto alla vita di Roma e alla sua popolazione»¹⁰. Neppure l’espulsione degli Ebrei cercherà di sancirne la discriminazione ad opera di Tiberio, teso invece a riaffermare il potere di sé stesso, secondo un’interpretazione suggestiva di Donato Sabina¹¹.

Roma, pur nella ‘drammatica insicurezza’ circa i dati numerici della popolazione romana; cfr. anche C. CORBO, *Migranti di oggi e migranti di ieri. Per una prima lettura di alcune costituzioni imperiali*, in *Koinonia*, XXXI, 2015, 40 ss., spec. 45 nt. 22, la quale pone nel giusto rilievo origini multiethniche di Roma e fenomeno immigratorio come suoi caratteri fondativi, alla luce pure del passo di Sall. *de coniur. Catil.* 6.1-2, in una storia romana tutta segnata suggestivamente dal paradigma della ‘alterità inclusa’ (espressione che ella riprende da Florence Dupont), però anche ‘esclusa’.

⁷ Sono le affermazioni documentate, circa i gruppi di immigrati nella Roma proto-imperiale, di L.E. TACOMA, *Migrant Quarters at Rome?*, in *Integration in Rome and in the Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Lille, June 23-25, 2011), edited by G. de Kleijn and S. Benoist, Leiden-Boston, 2014, 127 ss.; ampia panoramica di aspetti e problemi del periodo in questione in *Migration and Mobility in the Early Roman Empire*, edited by L. de Ligt and L.E. Tacoma, Leiden-Boston, 2016; si propone ancor più vaste prospettive d’analisi la monografia di L.E. TACOMA, *Moving Romans. Migration to Rome in the Principate*, Oxford, 2016.

⁸ G. LA PIANA, *Foreign Groups in Rome during the first centuries of the empire*, in *Harvard Theological Review*, XX, 4, October 1927, 183 ss., spec. 341 ss. sui ‘quartieri’ con cimiteri e sinagoghe degli Ebrei (saggio ancora utile nei dati, pur se troppo influenzato nelle analisi da moduli interpretativi scaturiti dall’immigrazione immane di quegli anni negli Stati Uniti, che si caratterizzò per la coesione anche in arrivo per gruppi di provenienza, come p. es. per italiani, ebrei, irlandesi, cinesi, etc.).

⁹ Si v. C. RICCI, *Stranieri illustri e comunità immigrate a Roma. Vox diversa populorum*, Roma, 2006; nonché, da leggere quasi in una prospettiva abbinata, EAD., *Orbis in urbe. Fenomeni immigratori nella Roma imperiale*, Roma, 2005, sulle varie forme della presenza straniera a Roma, tra Augusto e la dinastia severiana, in una visione d’insieme. Si spinge un po’ più all’indietro E. SANTAMATO, *Gruppi immigrati e loro gestione a Roma tra II e I sec. a.C.*, Napoli, 2012.

¹⁰ Così, a ragione, C. RICCI, *Stranieri illustri*, cit., 94 s.

¹¹ Si v. ultimamente D. SABINA, *Una lettura dell’espulsione di Ebrei ed altre minoranze sotto Tiberio*, in *Koinonia*, XLV, 2021, 379 ss.

L'Urbe appariva sovraffollata a causa di varie tipologie di migrazioni, da quella volontaria alla forzosa, da quella per scopi di commerci alla forma di migrazione religiosa. Quest'ultima pare tuttavia l'unica a cui rivolga la sua attenzione Amata, con conclusive considerazioni incentrate sulle concezioni cristiane di ospitalità e accoglienza in città. Da intendere questa ormai come *civitas Dei*, che, secondo Agostino, «appunto, si contrappone all'orgoglio pagano per la città, e la città per eccellenza, l'Urbe» e alle leggi e ai *mores* che l'avevano resa grande¹². L'a. conclude, quindi, con una qualche enfasi, che «si può forse evidenziare il cammino spirituale di Agostino nel tessuto urbano d'Africa, d'Italia, dell'istituzione ecclesiastica, che permisero al suo pensiero di riflettere sulla *politeia* pagana, la *oikonomia* cristiana e l'approdo *misterico* [il corsivo è dell'a.] alla *gloriosissimam civitatem Dei*, trionfo ideale della *philantropia* divina della *gratia*. L'orgoglio paolino *civis Romanus sum* si trasformò, davanti ai tribunali della *civitas* terrena, in un non meno orgoglioso *christianus sum*»¹³. Mi pare che in tal modo però le riflessioni, indirizzate altrove con una scelta sul piano scientifico discutibile, sospinte dunque verso un itinerario spirituale esclusivamente di matrice religiosa cristiana, si distanzino da osservazioni mirate all'esperienza sociale e giuridica romana, che pur il bel brano senecano, spunto di partenza aveva indotto a sperare fossero argomentate ed approfondite. Così come più impegno e analisi sulle fonti avrebbe potuto ottenere lo sguardo pretenzioso che Amata rivolge alle «grandi metropoli in fecondo scambio umano e culturale»¹⁴, ridotto in un paragrafo che non oltrepassa la soglia di enfatici brevi cenni a realtà cariche d'immensa storia, quali Roma, Cartagine, Alessandria, Gerusalemme e Costantinopoli.

2.- Il caso di Demarato

Per un ben diverso approccio agli intrecci di mobilità migratoria tra genti e culture nell'antichità, invece, occorre leggere il poderoso saggio recente di Carmine Ampolo in argomento di scambi tra Greci, Etruschi e Romani, a proposito del caso esemplare di Demarato di Corinto¹⁵. Questo ci conduce ad un altro tema centrale nei nostri studi sull'immigrazione

¹² B. AMATA, *Immigrazione ed emigrazione*, cit., 522.

¹³ B. AMATA, *Immigrazione ed emigrazione*, cit., 524.

¹⁴ B. AMATA, *Immigrazione ed emigrazione*, cit., 516 s.

¹⁵ C. AMPOLO, *Demarato di Corinto 'bacchiade' tra Grecia, Etruria e Roma: rappresentazione e realtà, fonti, funzione dei racconti, integrazione di genti e culture, mobilità sociale arcaica*, in *Aristonothos*, XIII,2 (2017), 2018, 25 ss.; per l'impostazione che a ragione l'a. segue, tesa a una critica temperata delle fonti arcaiche, cfr. ID., *Il problema delle origini di*

in Roma antica: la definizione culturale ed etnica di una città che in età più recente aveva caratteri misti, città aperta, e non rientrava facilmente nella dicotomia Greci/barbari. Da questo punto di vista, dare origini greche ad una dinastia etrusca o etrusco-romana rappresentava un possibile compromesso tra *polis hellenis* e *polis tyrrhenis* in una sintesi romana. Nello stesso tempo queste componenti esterne non intervenivano nel periodo delle prime origini (cioè di Romolo e Numa), ma in una seconda fase, salvando così il carattere autonomo dell'esperienza romana, ma dando conto degli apporti esterni più rilevanti (etrusco e greco). Questo carattere plurifunzionale dei racconti su Demarato, con Tarquinio figlio di un corinzio e di una etrusca, spiega il suo successo presso una parte della storiografia antica (e forse anche adesioni e riserve che suscita presso alcuni dei moderni). Esso coinvolge quasi inevitabilmente il tema degli elementi esterni, specialmente greci ed etruschi, penetrati all'interno dell'esperienza romana, un tema che non era e non è 'neutro', sia sul piano degli apporti volontari che sul versante dei 'vinti' inclusi in Roma all'esito di conquiste territoriali¹⁶.

Ampolo pone in rilievo che soltanto con il pieno sviluppo della città-stato vengano regolati i rapporti con le altre comunità. A riprova della distinzione sociale, proprio all'interno della comunità romana lo *ius connubii* non vige tra patrizi e plebei, fino alla *lex Canuleia* del 445 a.C. Mette altresì in evidenza che un altro veicolo per la mobilità sociale orizzontale è l'esilio, pratica molto presente nel mondo ellenico a causa della presenza quasi fisiologica del conflitto politico-sociale, attestato con certezza dalle fonti. Talvolta gli esiliati e i fuoriusciti si sono recati non in altre città greche ma presso altre popolazioni. Tale pratica può essere ragionevolmente ipotizzata anche per ulteriori casi di Elleni stabilitisi presso altre popolazioni e le relazioni di *xenia* possono averle favorite. È quello che viene raccontato proprio per

Roma rivisitato: concordismo, ipertradizionalismo acritico, contesti, in *ASNP*, ser. 5, V,1, 2013, 217 ss. Si v. per le fonti su Demarato, in sintesi, L. FASCIONE, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella 'Storia di Roma arcaica' di Dionigi d'Alicarnasso*. II parte, Napoli, 1993, 2 ss.; nonché, sulla (errata) tradizione pomponiana in D. 1.2.2.2, che considera Demarato padre di Tarquini il Superbo, anziché di Tarquinio Prisco, per tutti, G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e oligarchia*, LXXX, 2014, 23.

¹⁶ Cfr. P.-M. MARTIN, *La tradition sur l'intégration des peuples vaincus aux origines de Rome et son utilisation politique*, in *Integrazione mescolanza rifiuto - Incontri di popoli, lingue e culture in Europa dall'Antichità all'Umanesimo*, a cura di G. Urso, Roma, 2002, 65 ss., che mostra quanto il motivo della politica dell'integrazione perseguita da Roma, principalmente circa la concessione della cittadinanza ai popoli vinti e ai territori conquistati, sia ricorrente sin dalla prima annalistica di Fabio Pittore e dai moduli storiografici ben presenti in Livio fino all'età imperiale (*l.u.cit.*, spec. 72 ss.).

Demarato. Alcune delle cause delle emigrazioni – connesse con i movimenti e la pratica dell'*exilium* ha pesato sugli spostamenti tra le comunità latine.

È in questo contesto mediterraneo dinamico che greci di varia provenienza e livello sociale si spostano, emigrano o viaggiano per i motivi più diversi, spesso combinati insieme, si insediano ove possibile formando città. In altre parole, mettevano in connessione se stessi e gli altri e formavano delle reti di rapporti mediterranei. Ciò che conta ed è verificabile va ben al di là del rapporto Grecia/Etruria/Roma: mescolanza e interconnessione tra persone di etnie e culture diverse, sia all'esterno che all'interno di città e popolazioni diversamente caratterizzate, andando oltre la cd. 'identità' etnica e culturale rigidamente intesa, offrono una chiave per intendere i racconti tradizionali, a partire dalla leggenda dell'*asylum* romuleo, i documenti e i caratteri delle società arcaiche. Il problema storico della mobilità sociale orizzontale o geografica riguarda, infatti, la struttura stessa delle società. La loro permeabilità, maggiore o minore, è un punto centrale (anche se con momenti di chiusura e dure lotte) dalle leggende della fondazione alla *constitutio Antoniniana*¹⁷ ed all'affermazione del cristianesimo 'universalistico'. Può sembrare semplicistico contrapporre in generale 'apertura romana' e 'chiusura delle città greche', ma è proprio ciò che è avvenuto in alcuni momenti storici. Certo è che un sovrano ellenistico come Filippo V ha consigliato a fine III secolo i Larissei di concedere il diritto di cittadinanza agli stranieri portando a modello proprio i nemici romani. "La cosa più bella è far partecipare quante più persone possibile alla cittadinanza (μετέχειν τοῦ πολιτεῦματος), in modo che la città sia forte e il territorio non rimanga come ora vergognosamente deserto". E i Romani secondo il re fanno persino accedere alle cariche pubbliche (τῶν ἀρχείων μεταδιδόντες) i servi quando li affrancano. La questione naturalmente non riguarda solo i rapporti con i Greci ma è più generale. La cittadinanza costituisce un problema vitale quando le città-stato si sviluppano e si strutturano ed a Roma le concessioni a singoli

¹⁷ Per un approccio e una proposta interpretativa di spessore scientifico solido con una diversa integrazione della cruciale lin. 9, ultimamente in argomento cfr. l'agile ma precisa e innovativa monografia di O. LICANDRO, *Un impero di città e un papiro. Caracalla, i dediticii e il paradigma urbano (P. Giessen 40.I)*, Roma, 2021, spec. 61 ss., con bibliografia ben selezionata di riferimento, ivi, 101 ss.; ora adde, fra gli altri, G. TRAINA, *L'editto di Caracalla, in Il futuro. Storia di un'idea*, Roma-Bari, 2021, 25 ss., in chiave oltremodo ideale.

(*viritim*), a gruppi o a comunità intere sono attestate con qualche fondamento dal V secolo a.C.¹⁸.

Spostamenti di gruppi con integrazione sono menzionati già alle origini della città e in parte trovano riscontro nella documentazione sia di Roma che di centri del *Latium vetus* (ad es. necropoli dell'Osteria dell'Osa presso Gabi, Lavinium). Considerati in un arco temporale vasto, dal IX-VIII sec. a.C. al VI, inevitabilmente hanno interferito con due processi convergenti, la 'Stadtwerdung' e la 'Staatswerdung', in una società nella quale ancora nel V secolo i gruppi gentilizi contavano molto. Le affermazioni del re macedone sui Romani contengono alcune semplificazioni, ma colgono la sostanza del comportamento romano riguardo alla concessione della cittadinanza. Si noti che quanto Filippo V afferma – sia pure in modo impreciso – circa l'accesso alle magistrature dei liberti, è da tener presente anche per quanto si è detto sulle fonti letterarie su Demarato e Tarquinio. Per la concezione aperta della cittadinanza romana. Le grandi ricchezze attribuite a Demarato ed ai Tarquinii si accordano con questo tipo di società. La portata non piccola della mobilità pone anche il tema del rapporto tra mobilità e 'cultura cittadina' cioè tra ricezione di stranieri, cultura cittadina e strutture civiche in formazione o già formate. In linea di massima, la presenza di gruppi etnici distinti può corrispondere a forme di 'identità multiple', ma è proprio l'esistenza di matrimoni misti che caratterizza non solo la tradizione su Demarato ma il modo in cui vengono rappresentati gli stranieri arrivati in Roma arcaica e alto-repubblicana. Se diamo credito ai fasti consolari (almeno come documento dell'onomastica) la provenienza geografica dei magistrati ricordati è ampia, a giudicare dai gentilizi e dai *cognomina*, anche se questi ultimi sono frutto di ricostruzione. È in questo contesto generale che vanno collocate le tradizioni su Demarato ed i Tarquinii oltre che considerarle il modo in cui si spiegavano le presenze etrusche e greche (quest'ultime soprattutto culturali) a Roma.

¹⁸ Liv. 3.29.6 per *L. Mamilius* di Tusculum, nel 458 a.C.; per *Attus Clausus*, sabino, ammesso anche nel patriziato poco dopo l'inizio della Repubblica: Liv. 2.16; Suet. *Tib.* 1; Dion. Hal. 5.40.3-5.

3.- *Immigrati, persone, cittadini e non-cittadini*

Fin dalle origini, dunque, il fenomeno delle immigrazioni caratterizzò la storia di Roma, segnala a sua volta Maria Teresa Carbone¹⁹, i cui «confini temporali» stessi vanno ricollegati a fenomeni di carattere immigratorio (leggenda di Enea e invasione dei barbari), del pari nota la Carbone, la quale pure mette bene in rilievo l'importanza del vasetto ritrovato nella necropoli di Osteria dell'Osa, con la più antica attestazione in lingua greca (risalente al più tardi, infatti, al 770 a.C.), che è un motto dei Bacchanali di origine dionisiaca. Quindi, presso Gabi, profondo Lazio arcaico, era già presente cultura greca d'importazione²⁰.

Anche la *lex Papia de peregrinis* del 65 a.C. sarebbe stata diretta ad agevolare la registrazione secondo l'iscrizione censuale in base al domicilio degli immigrati a Roma, non a condurre una repressione criminale della 'usurpazione di cittadinanza', secondo Chillet²¹. In un contesto, dunque, che ai nuovi cittadini inclusi nella cittadinanza in seguito alla guerra sociale intendeva rivolgere apertura razionalizzatrice, dato che il criterio dell'iscrizione nelle tribù pareva più difficoltoso per controllare il corpo civico.

In altri termini, si volle passare a fissare praticamente e ad applicare sul piano concreto modalità e regole che sul piano giuridico amministrativo dessero attuazione all'estensione della cittadinanza romana ai soci italici, che forse era rimasta in gran parte una teorica affermazione di principio. Nella retorica tipicamente strumentale ciceroniana si accentua a dismisura l'aspetto solo negativo della accusa di usurpazione di cittadinanza, mentre in primo piano realisticamente va rimessa l'esigenza di inserire e sistemare i nuovi cittadini nelle liste magistratuali con efficiente ordine e in conformità alle leggi *de civitate*. Inclusione continuata fino alle invasioni barbariche, quasi a ipotizzare una coincidenza della politica della cittadinanza con la durata cronologica della storia antica²².

Pare appena il caso di osservare che la divisione tra cittadini romani ed esclusi dalla cittadinanza romana (*cives* e non *cives*) non è presente nelle fonti romane. La distinzione è

¹⁹ Come pone senza indugio in evidenza M.T. CARBONE, *Immigrazioni e diritto*, cit., 9 ss., spingendosi nella sua ricostruzione, riassuntiva ma precisa, sino al periodo tardoantico.

²⁰ Così M.T. CARBONE, *Immigrazioni e diritto*, cit., 10 s.

²¹ C. CHILLET, *La lex Papia*, cit., 37 e 45 ss. con rassegna delle fonti.

²² Sul punto si v., per tutti, di recente G. ZANON, *La patria «immaginata». Cives e barbari tra IV e V secolo d.C.*, in *Cittadinanza, identità, confini. Visioni di contemporaneità attraversando il diritto romano*, a cura di U. Vincenti, Napoli, 2021, 167 ss.

ricavata da noi moderni, che del pari abbiamo ormai tracciato un itinerario proprio di ricerca per gli studi sull'immigrazione e circa la mobilità nella storia romana delle persone, alle quali potevano essere attribuiti diritti, a prescindere dalla qualifica di cittadini. Quasi a precorrere il recente superamento della demarcazione tra diritti del cittadino e diritti della persona, avanzato finemente da Luigi Ferrajoli, che l'estende al mondo romano, in cui la condizione giuridica personale sarebbe stata il riflesso della posizione nel gruppo politico d'appartenenza, in una sorta di modello comunitario e non ancora individualistico degli *status* soggettivi²³. All'inverso, il cittadino romano non riceveva reciprocamente un trattamento simile presso comunità straniere non alleate, ove rimaneva al più un «prigioniero di pace»²⁴.

Alla base della condizione giuridica degli stranieri a Roma v'è, com'è noto, la partizione del diritto tra persone, cose e azioni nelle Istituzioni di Gaio²⁵, destinata in varia misura a connotare sostanzialmente la struttura in cui saranno ordinati i codici civili di tradizione romanistica nel mondo²⁶. La divisione fondamentale (*summa divisio*), nell'ambito del diritto delle persone, viene subito scolpita con chiarezza da Gaio, nel senso della differente condizione giuridica, caratterizzante la società romana imperiale, tra liberi e schiavi²⁷. Infatti, nel mondo antico in generale, non a tutte le persone, in quanto esseri umani spettava la libertà per nascita. Anzi, era lo *ius gentium* ad imporre che da una schiava nascesse uno schiavo, mentre all'inverso da una libera nasceva comunque un libero²⁸, dato che di regola i nati avrebbero dovuto seguire la condizione giuridica della madre²⁹. I liberi sono quelli nati liberi o liberati dalla schiavitù mediante manumissione³⁰, che era formalmente giusta e legittima se compiuta

²³ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, 1994, 267 s. nt. 3.

²⁴ In tal senso v. H. LÉVY-BRUHL, *La condition du Romain à l'étranger*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*. Roma, II, Pavia, 1935, 473 ss., spec. 476 e 479-481, con la menzione specifica del rilevante brano di Pomp. 37 *ad Q. Muc.* D. 49.15.5.2 e la conclusione generale in materia che l'idea fondamentale in Roma antica fosse quella della comunità giuridica e religiosa.

²⁵ Gai 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (= D. 1.5.1. *Et prius videamus de personis* = I. 1.2.12).

²⁶ Si v., come più recente caso esemplare di codice di sintesi tra la millenaria cultura cinese e la tradizione romanistica in un singolare sistema complesso di economia socialista di mercato, entrato in vigore nel 2021, il *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*. Traduzione di Meiling Huang. Edizione italiana a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi. Introduzione di Diyu Xu, Pisa, 2021.

²⁷ Gai 1.9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* (= D. 1.5.3).

²⁸ Gai 1.82: *ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur*.

²⁹ Gai 1.86: *qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur*.

³⁰ Gai 1.10-11: *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. 11. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt*.

nei tre modi riconosciuti dallo *ius civile* (*manumissio vindicta*, *manumissio censu*, *manumissio testamento*)³¹.

La scelta delle persone al primo posto appare strategica, ripresa dalle Istituzioni di Giustiniano, nelle quali si aggiunge che, difatti, ben poco si conosce del diritto se si ignorano le persone, per le quali il diritto stesso è statuito³². Motivazione analoga si ritrova nel giurista 'epiclassico' di età diocleziana, Ermogeniano, il quale afferma che tutto il diritto sia stato stabilito per gli uomini e perciò dapprima va detto dello stato delle persone e soltanto dopo di tutto il resto³³. Non deve stupirci che non ad ogni singolo essere umano nel mondo antico fossero attribuiti diritti, dato che era diffusa la schiavitù. In base ad essa gli schiavi erano anzi considerati oggetti in proprietà del padrone: quindi *res* di un *dominus*, per la precisione rientranti nella categoria tecnica giuridica romana più specifica delle *res mancipi*, che erano quelle commerciabili con formalità aggravati, perché estremamente rilevanti nell'economia domestica tradizionale classica di un *pater familias*.

Di condizione giuridica libera, al contrario, erano le persone in concreto tutelate in quanto tali dall'appartenenza alla comunità politicamente organizzata cittadina (*civitas*, da cui il connesso *status civitatis*): la cittadinanza romana, che per varie cause e con diverse modalità, si poteva pure perdere³⁴. Ciò riconosceva loro una connessa condizione giuridica di *libertas*. I non appartenenti alla comunità cittadina, per esclusione dunque stranieri, erano definiti *peregrini*. A questi, se liberi, venuti a Roma da immigrati, sul piano del diritto privato potevano essere riconosciuti, cioè concessi, il *commercium* e il *connubium*, com'è notoriamente testimoniato da brani dei *Tituli ex corpore Ulpiani*³⁵.

³¹ Gai 1.17: (*servus*)... *iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento*....

³² I. 1.2.12: *Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*.

³³ Herm. 1 *epit.* D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris ... dicemus*.

³⁴ Per esilio e connessa pronuncia di *aqua et igni interdictio*, postliminio, rinuncia volontaria, provvedimenti autoritativi: lo dimostra di recente il convincente saggio di U. LAFFI, *Perdere la cittadinanza romana*, in *Index*, 46, 2018, p. 1 ss., ora in *Nuovi studi di storia romana e di diritto*, Napoli, 2020, 237 ss.

³⁵ Tit. Ulp. 19.4: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est*; Tit. Ulp. 5.3-4: *Connubium est uxoris iure ducendae facultas. 4. Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit*.

4.- *Osservazioni conclusive*

Al di fuori della città di Roma vennero riconosciute le condizioni di *latini* e di *peregrini*, nel corso dell'espansione romana, prima nella penisola italica compiuta ormai nel 272 a.C. con la conquista di Taranto al culmine della terza e ultima guerra sannitica, poi oltremare e pure nelle province europee settentrionali fino alla Britannia, d'Africa e in oriente sino all'altra grande potenza che era l'impero dei Parti. La definizione di *latini* in principio includeva le popolazioni del Lazio arcaico (i *populi latini*, dal *nomen latinum*), dei quali faceva parte pure Roma: a questi latini antichi (*prisci*) venne estesa dalle origini la cittadinanza romana. Durante l'espansione nella penisola italica, nella fase massiccia dunque della deduzione di colonie in Italia, di conseguenza fu attribuita a coloro i quali si trasferivano in queste colonie latine, ottenendo terre da coltivare (*colere*), la condizione giuridica di *latini coloniari*. A questi ultimi vennero equiparati poi i *latini Iuniani* (schiavi manomessi non in forme pienamente valide ai sensi dello *ius civile*). Sussisteva, com'è ben noto, per le relazioni privilegiate con i Latini pur in una stratificazione di *status* nella complessa colonizzazione romana³⁶, uno *ius latinum*³⁷.

Con il termine di *peregrini* vennero indicati gli stranieri (dopo che in origine erano stati denominati *hostes*, vocabolo passato in sincronia a designare i nemici), facenti parte delle popolazioni via via conquistate dai Romani. L'espansione dapprima nella penisola italica sfociò, dopo la guerra sociale del 91-89 a.C., nella concessione della cittadinanza romana ai soci italici con le cosiddette *leges de civitate*; i territori extra-italici vennero strutturati in province e agli abitanti di queste non venne data regolarmente la cittadinanza fino all'editto di Caracalla del 212 d.C. con cui essa venne conferita in maniera generalizzata a tutti quelli che si trovassero nel territorio dell'impero. Sfumò così la storia della categoria giuridica dei *peregrini*, gli stranieri nell'orbe romano³⁸, al momento della *constitutio Antoniniana* che ultimamente è stata al centro di questioni riprese in esame dalla monografia di Arnaud Besson³⁹. Questi ha concluso nel

³⁶ Cfr. M. TARPIN, *Strangers in Paradise. Latins (and other non-Romans) in colonial context: a short story of territorial complexity*, in *Roman Republican Colonization. New Perspectives from Archaeology and Ancient History*, edited by T.D. Stek and J. Pelgrom, Roma, 2014, 160 ss.

³⁷ Su cui si v., per tutti, D. KREMER, *Ius latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, Paris, 2006.

³⁸ Per riecheggiare Ulp. 22 *ad ed. D.* 1.5.17: *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*

³⁹ A. BESSON, *Constitutio Antoniniana. L'universalisation de la citoyenneté romaine au 3^e siècle*, Basel, 2020, 25 ss.; da segnalare che viene ribadita (*l.u.cit.*, spec. 64 ss.) la data di promulgazione del 212 d.C., considerata la diffusione posteriore del *nomen* di *Aurelius* per i *novi cives*.

senso di un'applicazione non rigida di essa, quanto a persistenza di diritti locali e privilegi, nonché responsabilità di natura tributaria in un impero che, forse per essere abituato da secoli ad un simile pluralismo, non avvertì alcun mutamento epocale, com'è dimostrato dalle pur sobrie fonti coeve di tradizione manoscritta⁴⁰ ed epigrafiche⁴¹ che Besson riesamina scrupolosamente, ma con una sana consapevolezza di non poterci fornire definitivamente risposte ultimative. In fondo, gli aspetti della cittadinanza romana⁴² continuano ad essere non racchiudibili in una sola ottica interpretativa ed è probabilmente la via più proficua per un arricchimento continuo, che in altri ambiti problematici pur interessanti non si verifica, di sempre nuove proposte storiografiche ed opinioni scientifiche.

Ma, in effetti, al di là di anacronistiche e talvolta 'acrobatiche' contrapposizioni tra il principio della personalità e quello della territorialità del diritto, va forse ribadita la conclusione che più che mai dall'editto di Caracalla riemerge la differenziata e complessa varietà di situazioni giuridiche quanto a imposizione fiscale, giurisdizione e *status* individuale⁴³, che con la *constitutio Antoniniana* non si vollero cambiare. Il segreto della longeva attrazione per l'inclusione tra i cittadini di Roma venne conservato, molto probabilmente, con una estesa qualificazione generale, ma l'esperienza concreta millenaria non indusse a sconvolgere equilibri stabili e adatti a incorporare individui e comunità in maniera funzionale e collaudata...

Non mi è possibile qui ripercorrere itinerari che in bibliografia hanno angolature variegata e orientati talora verso l'immigrazione, su cui, per la sua evidente prossimità tematica, s'è incanalato un dibattito avviato dalle discussioni principalmente ispirate dal filo conduttore della storia romana della cittadinanza. Le convinzioni in materia sono di certo motivate da opinioni personali scaturite dalla modernità, se non dalla contemporaneità stessa e non può che essere così, se ripensiamo ad insegnamenti di indimenticati maestri di formazione

⁴⁰ A. BESSON, *Constitutio*, cit. 25 ss. e 49 ss., a partire, com'è ovvio, da Dio Ca. 78[77].9.4-5, interpretato in un'ottica tardo-senatoria antifiscalista; poi, Ulp. 22 *ad ed.* D.1.5.17; Aur. Vict. *de Caes.* 16.12; Io. Chrys. *in acta apost.* 48.1; Augustin. *civ. dei* 5.17; SHA. *Sept. Sev.* 1.1-2; Sid. Apoll. *ep.* 1.6.2; per finire con l'universalizzazione della 'sudditanza' romana disposta da Giustiniano nel 529 con Nov. 78.5.

⁴¹ A. BESSON, *Constitutio*, cit. 32 ss.: in principio, naturalmente, *P. Giss.* I 40; quindi, *BGU* II 655; *BGU* VII 1652; *P. Bodl.* I 42.

⁴² In materia, pare continuare, pressoché indisturbato, a costituire peraltro opera generale di principale riferimento obbligato il 'classico' di A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*², Oxford, 1973, repr. 2001.

⁴³ Così M. TARPIN, *Strangers*, cit., 186.

storica⁴⁴. Infatti, il vivace panorama della romanistica italiana, in particolare, si è di recente arricchito della monografia di Giuseppe Valditara⁴⁵, con proposte interpretative giustamente indirizzate verso visuali utilitaristiche e identitarie delle vicende complesse rotanti intorno alla concessione del diritto di cittadinanza nella storia romana⁴⁶. Un'impostazione critica pur feconda e sul piano sempre della cittadinanza a Roma lo si deve ad Antonio Palma, che vi ha rivolto uno studio⁴⁷ che invece pare propendere per una visione non essenzialistica dell'identità cittadina romana, bensì verso una esperienza contrassegnata da una sorta di 'costruionismo' della cittadinanza romana, di destino, di umana accoglienza che darebbe il vero senso di comunità e costituirebbe la struttura sottesa al diritto di cittadinanza ancor oggi. Ora, mi sembrano piuttosto enfatici altri accostamenti attualizzanti, proposti da altri, come Elisabetta Todisco anni fa, che concludeva così un suo saggio⁴⁸ imperniato peraltro soprattutto su tentativi di delimitare concetti diversi rispetto alla problematica migratoria come *origo* e *domicilium*⁴⁹: «l'idea della libera circolazione degli individui, dell'accoglienza dello straniero fondata sul riconoscimento del suo diritto a fermarsi in un qualsiasi posto della terra, non in virtù di un principio filantropico ma proprio per un suo proprio individuale diritto è alla base del pensiero occidentale, a prescindere dalle singole linee politiche che possono divergere per soluzioni e orientamenti».

I riferimenti personali per convinzioni e idee politiche, pur formatesi sulla base di fonti che tutti abbiamo presente, influenza invece in maniera decisiva le problematiche intrecciate inestricabilmente dell'immigrazione e della cittadinanza romana. La gestione e il governo

⁴⁴ Esemplare H.-I. MARROU, *La conoscenza storica*, trad. it., Bologna, 1962, rist. 1987, 51 ss., sull'inseparabilità della storia dallo storico (mi piace ricordare spec. 54: «la storia è il risultato dell'attività creatrice dello storico che – soggetto conoscente – stabilisce un rapporto tra il passato evocato e il presente che è suo»).

⁴⁵ G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, Torino, 2018, ed. ingl. ora: ID., *Civis Romanus sum: Citizenship and Empire in Ancient Rome*, Washington-London, 2020.

⁴⁶ Mi sia consentito rinviare a quanto espongo, in dettaglio, a proposito del volume di Valditara in F. MERCOGLIANO, «*Civis Romanus sum*», in *Index*, XXXXVII, 2019, 291 ss.

⁴⁷ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, su cui cfr. la vasta e pluridisciplinare riflessione corale i cui atti sono stati racchiusi ora in *Cittadinanza, identità, confini*, cit., che giunge a lambire problematiche contemporanee delle questioni affrontate, come già l'appena precedente volume nella medesima collana «Abbrivi»: M. FRARE, U. VINCENTI, G. ZANON, *Inclusione. La contemporaneità dentro il diritto romano*, Napoli, 2019.

⁴⁸ E. TODISCO, *L'immigrato e la comunità cittadina: una riflessione sulle dinamiche di integrazione*, in *Storia romana e storia moderna. Fasi in prospettiva*, a cura di M. Pani, Bari, 2005, 151.

⁴⁹ Su cui cfr. la monografia di doveroso e affidante riferimento di Y. THOMAS, «*Origine*» et «*commune patrie*». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C.-212 ap. J.-C.)*, Paris, 1996.

della questione degli stranieri e latini immigrati molto probabilmente, almeno in principio, si risolse con l'assegnazione di diritti specifici quali il commercio e il connubio; le 'espulsioni' furono più che altro ricollocazione sul territorio di forze di popolazione che dovevano essere distribuite più razionalmente⁵⁰. Ma da quando scelte politiche in materia ad opera dei governanti romani ci furono, queste si riconoscono ancor oggi e non sembrano affatto connotate da criteri odierni di soluzione. Le questioni e le fenomenologie sono attuali, non così le tecniche e i metodi decisori⁵¹. Ma bisogna distinguere le problematiche relative agli stranieri da quelle concernenti specificamente gli immigrati. Infatti, anche le conseguenze in fase di dispute dottrinarie romanistiche possono variare se non vengono impostate le 'diagnosi' con precisa osservazione del quadro dei sintomi, per così dire, a partire in primo luogo da terminologie, definizioni ed etimologie in materia di stranieri immigrati a Roma⁵².

Sovviene un rilievo contenuto con sapienza etimologica e lessicale in un contributo recente di Remo Bracchi⁵³, ove l'a. precisa⁵⁴: «Il *migrante*, in origine part. pres. di *migrāre* "trasferirsi, mutarsi", dalla stessa base di *mūtāre* (**moi-t-*) 'cambiare' <rad. ie. **mei-* / **moi-* / **mi-* "scambiarsi"⁵⁵ è colui che esce dai confini della propria terra, per raggiungerne una straniera, dove di solito chiede ospitalità». Prosegue Bracchi⁵⁶: «Solo parzialmente sinonimico risulta *straniĕro* chi ha altrove la propria cittadinanza e si inserisce in un paese non suo" ..., derivato del latino *extranĕus* "estraneo, esterno"». Ecco, quindi, il discrimine tra immigrazione e cittadinanza dal punto di vista dell'inquadramento concettuale, si potrebbe dire: per immigrare occorre varcare dei confini, quelli del proprio paese, per entrare stabilmente in altri confini; la cittadinanza si individua, invece, per opposizione allo stato di straniero, che è colui il quale sia incluso in un paese non già suo. Dunque, il limite del confine da cui si esce è necessario per definire l'immigrato e ha ragione a porre in rilievo l'importanza del confine stesso, in senso identitario, Valditarà in un suo recentissimo contributo, scaturito da una riflessione a

⁵⁰ Sulle vicende dell'espulsione dei Latini, cfr. F. MERCOGLIANO, *Hostes*², cit., 49 ss. e 89 ss.

⁵¹ Si trae ciò, tra gli altri, dal lavoro di G. VALDITARA, *L'immigrazione nell'antica Roma: una questione attuale*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2015.

⁵² Si v. già F. MERCOGLIANO, *Hostes*², cit., 13 ss., con un approfondimento pure sulla metonimia di 'hostis'.

⁵³ R. BRACCHI, *Peregrinus*, in *Pellegrini*, cit., 9 ss.

⁵⁴ R. BRACCHI, *Peregrinus*, in *Pellegrini*, cit., 17.

⁵⁵ A. NOCENTINI, *L'Etimologico. Vocabolario della lingua italiana*, con la collaborazione di A. Parenti, Firenze, 2010, 739.

⁵⁶ R. BRACCHI, *Peregrinus*, in *Pellegrini*, cit., 18.

proposito del volume di Palma⁵⁷. Quest'ultimo, a sua volta, prescinde da confini identitari, in quanto non necessari per appartenere ad una cittadinanza, che nel mondo romano era una cittadinanza di destinazione e non materialmente per nascita.

Il tema è di stimolo per studi che appena si sono concretizzati in volumi poderosi; ho or ora avuto, difatti, notizia della pubblicazione del volume in materia di Capogrossi⁵⁸ che occorrerà leggere e meditare con estrema attenzione, a riprova del fascino che sprigiona andare alle fondamenta storiche di problematiche delle realtà moderne, anche molto divisive nelle opinioni attuali, con coscienza di quel mondo di mezzo tra scelte politiche e assetti giuridici, che ha segnato l'essere 'spatriati' e vincere un'impossibile fissità territoriale, mai realizzabile nella complessa fenomenologia della mobilità umana.

Abstract

Nell'articolo viene premezza una breve rassegna di bibliografia antichistica recente sulla tematica migratoria, che tratta principalmente dei lavori in materia di B. Amata, Cl. Chillet, M.T. Carbone; poi, soprattutto, C. Ampolo; nonché, A. Besson più specificamente sulla *constitutio Antoniniana*; infine, A. Palma e G. Valditara sulle problematiche interconnesse dell'identità, della cittadinanza, dei confini e dell'immigrazione. Quindi, si espongono alcune osservazioni sulla definizione della posizione degli stranieri immigrati nel settore delle *personae* dell'esperienza giuridica romana imperiale.

Abstract

The article introduces a brief review of recent antiquarian bibliography on the issue of migration, which mainly deals with the works on the subject of B. Amata, Cl. Chillet, M.T. Coal; then, above all, C. Ampolo; as well as, A. Besson more specifically on the *constitutio Antoniniana*; finally, A. Palma and G. Valditara on the interconnected issues of identity,

⁵⁷ G. VALDITARA, *Cittadini di uno Stato. In onore di un amico*, in *Identità e memoria. Omaggio di allievi e colleghi al prof. Antonio Palma in occasione della chiusura del suo corso di lezioni per l'anno accademico 2021/2022*, a cura di F. Fasolino, Torino, 2022, 87 ss.

⁵⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Napoli, 2022.

citizenship, borders and immigration. Then, some observations are set out on the definition of the position of immigrant foreigners in the sector of persons of the imperial Roman legal experience.

Camerino, settembre 2022.

RODIN ROBAKOWSKI*

*Die „Machtergreifung“ und ihre staatsrechtlichen Folgen***

Inhalt:

A. Einführung und *Begriffsbestimmung*. – B. Historischer Überblick. – I. Übernahme des Staatsapparates. – 1) Ernennung Hitlers zum Reichskanzler. – 2) Auflösung des Reichstags. – 3) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 (sog. „Schubladenverordnung“). – 4) „Verordnung des Reichspräsidenten zur Herstellung geordneter Regierungsverhältnisse in Preußen“ vom 6.2.1933. – 5) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“, sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28.2.1933. – 6) Wahlkampf, Reichstagswahl vom 5.3.1933 und zunehmende Übernahme der Länderexekutive. – 7) Ermächtigungsgesetz. – a) Formelle Verfassungsmäßigkeit. – (aa) Abstimmung im Reichstag. – α) Mehrheitsverhältnisse. – β) Beeinflussung der Abstimmung durch Gewaltandrohungen. – (bb) Abstimmung im Reichsrat. – (cc) Erfordernis der Textänderung. – b) Materielle Verfassungsmäßigkeit. – 8) Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31.3.1933 und Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933. – II. Machtbefestigung. – C. Staatsrechtliche Bedeutung.

A. Einführung und Begriffsbestimmung

Eine staatsrechtliche Analyse der „Machtergreifung“ muss wie jede wissenschaftliche Analyse zunächst begriffliche Klarheit hinsichtlich ihres – im ersten Schritt rein tatsächlich zu erfassenden – Gegenstandes gewinnen. Begrifflich ist zwischen einem engeren und einem, seinerseits nicht ganz scharf umrissenen, weiteren Verständnis zu unterscheiden: Einerseits wird unter „Machtergreifung“ lediglich die Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler am

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Professor Dr. Wolfram Cremer am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehnle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2022 entstanden.

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

30.01.1933¹, andererseits aber in einem weiteren Sinne auch die Etablierung des nationalsozialistischen Regimes als ein sich je nach Einteilung bis zum Tod Paul von Hindenburgs am 2.8.1934 erstreckender Vorgang verstanden². Obwohl sich ein allein und objektiv richtiges Verständnis des Begriffs³ naturgemäß nicht identifizieren lässt und es offenbar auch an einem konsentierten Verständnis mangelt, ist es mit Blick auf das Ziel der vorliegenden Arbeit, die historischen Vorgänge hinsichtlich ihrer staatsrechtlichen Folgen zu untersuchen, möglich und geboten, den Untersuchungsgegenstand hypothesenartig einzugrenzen. Zu untersuchen sind danach jene Vorgänge, die zu erheblichen Machtverschiebungen führten, und darunter schwerpunktmäßig solche, die dies jedenfalls ihrer äußeren Form nach nicht rein faktisch, sondern mit den Mitteln des Staatsrechts zu Wege brachten. Von diesem Anspruch ausge-

¹ So etwa C. BICKENBACH, *Vor 75 Jahren: Die Entmündigung der Weimarer Reichsverfassung durch das Ermächtigungsgesetz*, JuS 2008, 199 (201); K. HILDEBRAND, *Das Dritte Reich*, München 2009, S. 2, vgl. aber zu dessen Begriffsverwendung noch Fn. 2.

² K.D. BRACHER, *Stufen totalitärer Gleichschaltung: Die Befestigung der nationalsozialistischen Herrschaft 1933/34*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1956, 30 (33); E. WADLE, *Das Ermächtigungsgesetz, Eine Erinnerung*, JuS 1983, 170 (174); Zeittafel bei W. FROTSCHER/B. PIEROTH, *Verfassungsgeschichte*, 19. Auflage München 2021, Rn. 596; enger, aber mit demselben Ansatz B. RÜTHERS/M. SCHMITT, *Die juristische Fachpresse nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten*, JZ 1988, 369; von einem weiteren Verständnis geht K. HILDEBRAND (Fn. 1), S. 8 („nächste Stufe der ‚Machtergreifung‘“), 17 a.E., sowie S. 1-28, passim aus; vgl. aber auch ebd. S. 2: „Tag der Machtergreifung“ (Hervorhebung nur hier).

³ Verbunden mit der Frage nach dem Begriff ist diejenige nach der richtigen Terminologie. Weil Hitler die Position des Reichskanzlers durch v. Hindenburg und auf der Grundlage des gescheiterten Zähmungskonzepts konservativer Kräfte und namentlich v. Papens verschafft worden sei, wird teilweise der Begriff einer „Machtübertragung“ verwendet (K. HILDEBRAND (Fn. 1), S. 2 im Anschluss an U. v. HEHL, *Nationalsozialistische Herrschaft*, München 2001, S. 1; vgl. auch G. MAI, *Die Weimarer Republik*, 3. Auflage München 2018, S. 105; P. LÖBE, *Erinnerungen eines Reichstagspräsidenten*, Berlin 1949, S. 146 f. spricht interessanterweise von „Machterschleichung“). Soweit es um den 30.1.1933 geht, ist die Bezeichnung „Machtübertragung“ aus den genannten Gründen zutreffend und erscheint auch durchaus präziser als „Machtergreifung“. Hinsichtlich der sich anschließenden Errichtung einer Diktatur, die unbeschadet nicht zu leugnender Sympathie und Kollaboration in Gesellschaft und Machteliten *auch* unter gewaltsamer Ausschaltung der politischen Opposition erfolgte (hier sprechen auch U. v. HEHL, a.a.O., S. 1, 18, K. HILDEBRAND, a.a.O., S. 8, 17 sowie 1-28, passim und G. MAI, a.a.O. S. 124 ff. von „Machtergreifung“) gilt das nicht (ähnlich W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn.2), Rn. 638). Schließlich wird der Terminus auch etymologisch problematisiert: Einerseits wird seine Etablierung als Erfolg nationalsozialistischer Propaganda bezeichnet (N. FREI, in: Eschenhagen (Hrsg.): *Die „Machtergreifung“; Tagebuch einer Wende in Presseberichten vom 1. Januar bis 6. März 1933*, Darmstadt 1982, S. 203; J.W. FALTER, *Die "Märzgefallenen" von 1933, Neue Forschungsergebnisse zum sozialen Wandel innerhalb der NSDAP-Mitgliedschaft während der Machtergreifungsphase*, Geschichte und Gesellschaft 1998, 595 (596)); andererseits wird konstatiert, die Nationalsozialisten hätten ihn nur auffällig zurückhaltend verwendet (so N. FREI, „Machtergreifung“, *Anmerkungen zu einem historischen Begriff*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1983, 136-145 (passim)). Die vorliegende Arbeit kann dies nicht abschließend klären. Sie begnügt sich daher mit der gebräuchlichen Praxis, den Terminus „Machtergreifung“ in Anführungszeichen zu verwenden, um nahe am allgemeinen Sprachgebrauch zu bleiben und zugleich den mannigfaltigen begrifflichen und terminologischen Zweifelsfragen Rechnung zu tragen.

hend, kann die Untersuchung sich jedenfalls nicht auf den 30.1.1933 beschränken. Andererseits muss sie angesichts der Tendenz der Diktatur, ihre Macht und ihr Machtmonopol möglichst immer weiter auszubauen und zugleich abzusichern, irgendwo eine Grenze zwischen „Machtergreifung“ einerseits und „Machterweiterung“ oder „-befestigung“ andererseits ziehen. Potentiell zu weit scheint daher ein Ansatz, der von vornherein auch die schrittweise Ausschaltung der verbliebenen politischen Gegengewichte einbezieht⁴.

B. Historischer Überblick

I. Übernahme des Staatsapparates

1) Ernennung Hitlers zum Reichskanzler

Am 30.1.1933 ernannte Reichspräsident v. Hindenburg Adolf Hitler zum Reichskanzler. Dem vorausgegangen war die wiederholte Zerreißprobe der Weimarer Staatsordnung durch wirtschaftliche Not, eine politische Polarisierung, die sich nicht nur in der parlamentarischen Stärke der extremen Parteien rechter wie linker Orientierung, sondern auch in Straßenschlachten äußerte, und ein exzessiver Gebrauch der dem Reichspräsidenten durch Art. 48 Abs. 1, 2, sowie Art. 53 WRV verliehenen Befugnisse, im Zuge dessen jener zunehmend an die Stelle des infolge seiner Polarisierung weitgehend mehrheits- und damit handlungsunfähigen Reichstags trat⁵. Nachdem v. Schleicher als Kanzler die Etablierung einer „Querfront“, also einer lagerübergreifenden, namentlich auch Teile der NSDAP einbindenden Regierungsbasis misslungen war⁶, begannen im Januar 1933 Verhandlungen des (seit 1932 parteilosen) ehemaligen Reichskanzlers Franz von Papen und Hitlers über eine gemeinsame Regierungsbildung unter Einbindung der DNVP⁷. Nach dem Rücktritt v. Schleichers am 28.1.1933 beauftragte Reichspräsident v. Hindenburg v. Papen mit Sondierungen für die Kabinettsbildung, deren Ziel zu diesem Zeitpunkt in erster Linie noch eine Kanzlerschaft v. Papens war. Nachdem sich aber abzeichnete, dass die Kooperation sowohl der DNVP als

⁴ Einen solchen vertritt etwa schon K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30 (33 sowie passim), der aber hinsichtlich späterer Stadien auch ausdrücklich von „Machtbefestigung“ spricht.

⁵ Vgl. zum Ganzen W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 553 ff.; K.D. BRACHER, *Stufen der Machtergreifung*, Bd. 1 in DERS./SCHULZ/SAUER, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Ausg. Ullstein 1974, S. 57 ff.; A. WIRSCHING, *Die Weimarer Republik*, 2. Auflage, München, 2008, S. 31 ff.

⁶ Vgl. A. WIRSCHING (Fn. 5), S. 43 f.

⁷ Vgl. M. WILL, *Die Kabinettsbildung am 30. Januar 1933 von dem Hintergrund des Verfassungswandels in der Spätphase der Weimarer Republik*, *Der Staat* 43 (2004), 121 (124 ff.).

auch potentieller Kooperationspartner als auch potentieller Kabinettsmitglieder nicht für ein Kabinett v. Papen, aber für ein Kabinett Hitler zu haben war, ernannte v. Hindenburg diesen auf der Grundlage eines Konzepts der Bändigung Hitlers durch ein Kabinett, in dem sich die Nationalsozialisten klar in der Minderheit befanden, und die Notwendigkeit, seine Politik auf Reichstagsmehrheiten stützen zu müssen, weil und soweit er nicht auf den seiner Person gegenüber skeptischen Reichspräsidenten und dessen großzügige Anwendung des Art. 48 WRV zählen könnte⁸. Mag man diesen Vorgang auch als einen politischen Wendepunkt ansehen – staatsorganisationsrechtlich bemerkenswert war er kaum⁹. Art. 53 WRV ließ dem Reichspräsidenten weitgehend freie Wahl, sah insbesondere anders als das Grundgesetz in Art. 63 GG keine Wahl des Kanzlers durch das Parlament vor¹⁰. Mochte auch aus Art. 54 WRV abgeleitet werden, dass der zu Ernennende grundsätzlich eine realistische Aussicht auf das Vertrauen des Reichstags haben müsse¹¹, so waren die Erfolgsaussichten Hitlers ex ante zwar möglicherweise nicht sonderlich groß, doch war dies im Wesentlichen auf die für *jeden* Kandidaten nachteilige Zersplitterung und Polarisierung des Reichstages zurückzuführen und Hitler immerhin Vertreter eines der politisch starken Lager. Daher dürfte ein Verfassungsverstoß unter diesem Gesichtspunkt letztlich nicht vorliegen¹². Wegen der (erkennbaren) Verfassungsfeindlichkeit¹³ Hitlers wird zwar in der Ernennung ein mit der Weimarer Reichsverfassung nicht in Einklang stehender (aber weder hinsichtlich seiner Natur noch hinsichtlich seiner Rechtsfolgen präzise kategorisierter) Akt gesehen¹⁴. Dass die Weimarer Reichsverfassung sie verboten hätte, dürfte sich aber zumindest nach der in der Weimarer Staatsrechtslehre vorherrschenden Ansicht¹⁵, dass die Verfassung inhaltlich (beinahe) schrankenlos änderbar sei, nicht begründen lassen; als verfassungsfeindlich konnte ihr eigentlich

⁸ Näher M. WILL (Fn. 7), *Der Staat* 43 (2004), 121 (134 ff.).

⁹ Vgl. aber noch unten C.

¹⁰ Näher A. VOSSKUHLÉ/J. SCHEMMEL, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Bundesregierung*, JuS 2020, 736 f.

¹¹ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Auflage 1933 (unveränderter Nachdruck Bad Homburg vor der Höhe 1965), WRV Art 53 Ziff. 1.

¹² I.E. ähnlich C. STRASSER-GACKENHEIMER, *Die staatsrechtliche Kontinuität des Deutschen Reichs von der 'Machtergreifung' bis zum Tod Hitlers*, Baden-Baden 2013, S. 89 f.; alternativ müsste man in dieser Konstellation entweder die Unmöglichkeit einer Regierungsbildung akzeptieren oder die Auflösung des Reichstags für zwingend halten.

¹³ Vgl. die Zusammenstellung zeitgenössischer Quellen bei K. REVERMANN, *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, Münster 1959, S. 81 ff.

¹⁴ Vgl. K.D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 3. Auflage Villingen 1960, S. 731 f.: „Der Geist dieses Regierungswechsels war dem Sinne der Verfassung gänzlich zuwider.“

¹⁵ M.w.N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 3.

nur gelten, wer die Beseitigung der bestehenden Verfassungsordnung unter Missachtung nicht nur ihres Inhaltes, sondern auch der dafür vorgeschriebenen Formen anstrebte, was Hitler abgestritten hatte¹⁶.

2) *Auflösung des Reichstags*

v. Hindenburg stellte seine Amtsbefugnisse bald doch in den Dienst der neuen Regierung¹⁷: Durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 1.2.1933¹⁸ löste v. Hindenburg auf Initiative Hitlers¹⁹ unmittelbar nach dessen Ernennung zum Reichskanzler den Reichstag auf. In der Sache erhielt die neue Regierung dadurch die Gelegenheit, vorläufig ungestört ihre Macht zu festigen und dadurch gleichzeitig, soweit es die aus der Wahl vom 6.11.1932 mit deutlichen Verlusten hervorgegangenen Nationalsozialisten betraf, die Voraussetzungen für eine stärkere Position im Parlament und damit (auch verfassungsändernde) parlamentarische Mehrheiten zu schaffen²⁰.

3) *„Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 (sog. „Schubladenverordnung“)*²¹

Durch auf Art. 48 Abs. 2 WRV gestützte Notverordnung des Reichspräsidenten²² wurden sodann Beschränkungen insbesondere der Versammlungsfreiheit (Abschnitt I) und der

¹⁶ So im Ulmer Reichswehrprozess, vgl. P. BUCHER, *Der Reichswehrprozeß, Der Hochverrat der Ulmer Reichswehroffiziere 1929/30*, Boppard am Rhein 1967, S. 270.

¹⁷ Bemerkenswert ist, dass v. Hindenburg eine Ernennung Hitlers offenbar bis kurz zuvor nicht ernsthaft in Betracht gezogen hatte, vgl. auch dazu M. WILL (Fn.7), *Der Staat* 43 (2004), 121 (134). Inwieweit auf den Sinneswandel des Reichspräsidenten dessen persönliches Umfeld, soziale Prägung oder organisierte Interessengruppen Einfluss hatten, ist hier nicht aufklärbar. Vgl. K.D. BRACHER (Fn. 2), *VfZ* 1956, 32 f. sowie H. BOLDT, *Januar 1933, Anmerkungen zu Hans-Ulrich Wehlers Interpretation der „Machtergreifung“ aus verfassungshistorischer Sicht*, *Der Staat* 50 (2011), 608 (616 ff.), der darlegt, dass hier wie für die Möglichkeit der „Machtergreifung“ insgesamt strukturelle Vorbedingungen gewiss bedeutend, letztlich aber Fehlleistungen Einzelner entscheidend gewesen seien.

¹⁸ RGBl. 1933/I, S. 45. Bestimmung von Neuwahlen für den 5.3. ebd.

¹⁹ Vgl. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*, München, 2000, S. 766. Hugenberg hatte sich in der Kabinettsitzung vom 30.1. zunächst noch gegen Neuwahlen ausgesprochen (R. MORSEY (Hrsg.): *Das „Ermächtigungsgesetz“ vom 24. März 1933, Quellen zur Geschichte und Interpretation des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“*, Düsseldorf, 1992, S. 23), wohl um eine regierungsinterne Machtverschiebung zugunsten der NSDAP und zulasten der NSDAP zu vermeiden (auch dazu K. STERN, a.a.O.).

²⁰ Zum Ausschluss der zweimaligen Auflösung aus demselben Anlass vgl. C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 93 ff.

²¹ RGBl. 1933/I, S. 35. Zur Terminologie vgl. W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 608.

²² „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 RGBl. 1933/I, S. 35.

Pressefreiheit (Abschnitt II) eingeführt sowie Verbote öffentlicher Spendensammlungen zu politischen Zwecken ermöglichte (Abschnitt III), die aber nach ihrem Wortlaut keine bestimmte politische Tendenz bevorzugte; durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (namentlich des noch heute gebräuchlichen Begriffs der öffentlichen Sicherheit) war eine exzessive Handhabung im Vollzug bei isolierter Betrachtung des Normtextes nicht geradezu vorgezeichnet²³. Allerdings *ermöglichte* deren Interpretationsoffenheit eine sowohl extensive als auch diskriminierende Anwendung, welche sich etwa darin äußerte, dass einerseits aufgrund des relativ weitreichenden Katalogs von Gründen für ein Verbot periodischer Druckschriften in § 8 der Verordnung umfassende Verbote gegen kommunistische und sozialdemokratische Zeitungen ausgesprochen, andererseits der Wahlkampf der Nationalsozialisten durch Weisungen an die Exekutive protegiert wurde²⁴.

4) „*Verordnung des Reichspräsidenten zur Herstellung geordneter Regierungsverhältnisse in Preußen*“ vom 6.2.1933²⁵

Eine einerseits wegen ihrer antiföderalistischen Stoßrichtung, andererseits wegen ihrer Bedeutung für die weitere Rechtssetzungstätigkeit des Reiches interessante Machtverschiebung bewirkte eine Verordnung des Reichspräsidenten vom 6.2.1933, welche die der Preußischen Regierung nach dem Urteil des Staatsgerichtshofes zum „Preußenschlag“ verbliebene Vertretung Preußens im Reichsrat auf v. Papen als Kommissar der Reichsregierung übertrug²⁶. Gerade hierauf zielte nun die neue, wiederum auf Art. 48 Abs. 1 WRV gestützte Verordnung, die geltend machte, es sei „durch das Verhalten des Landes Preußen gegenüber

²³ Vgl. J. BIESEMANN, *Das Ermächtigungsgesetz als Grundlage der Gesetzgebung im nationalsozialistischen Staat*, Münster, 1985, S. 246.

²⁴ Vgl. die Darstellung bei I. STRENGE, *30. Januar 1933 bis 2. August 1934, Juristische Aspekte der Revolutionszeit des NS-Regimes*, Berlin 2020, S. 42 f.

²⁵ RGBl. 1933/I, S. 43.

²⁶ Im Zuge des – seinerseits per präsidentialer Verordnung (RGBl. 1932/I, S. 377;) erfolgten – sogenannten „Preußenschlages“ vom 20.7.1932 hatte der Reichspräsident bereits den damaligen Reichskanzler v. Papen als Reichskommissar eingesetzt und ihm die Befugnisse der preußischen Regierung übertragen. Der Staatsgerichtshof befand am 25.10.1932, dass dies Maßnahme zwar mangels Pflichtverletzung des Landes nicht auf Art. 48 Abs. 1 WRV, wohl aber grundsätzlich auf Art. 48 Abs. 2 WRV gestützt werden könne, jedoch insoweit unzulässig sei, als sie die Vertretung Preußens gegenüber Reich und anderen Ländern, namentlich in Reichsrat und -tag betreffe (RGZ 138, Anhang 1, S. 41 f.). Die damalige Verordnung hatte die Befugnisse „[dem] Reichskanzler“ gewährt, der v. Papen nicht (mehr) war; durch VO vom 31.1.1933 wurde aber rückwirkend zum 30.1. explizit v. Papen als Reichskommissar eingesetzt (RGBl. 1933/I, S. 33).

dem Urteil des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 25.10.1933 [...] eine Verwirrung im Staatsleben eingetreten“ und nunmehr die nach dem Urteil des Staatsgerichtshofes dem preußischen Staatsministerium verbliebenen Befugnisse – namentlich also die Vertretung Preußens im Reichsrat – wiederum dem Reichskommissar zusprach²⁷.

5) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“, sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28.2.1933²⁸

Die sogenannte „Reichstagsbrandverordnung“, die v. Hindenburg in Reaktion auf den Reichstagsbrand vom 27.2.1933²⁹ erließ, brachte zunächst weitreichende Grundrechtsbeschränkungen: § 1 der VO bestimmte die „bis auf Weiteres“ geltende Außerkraftsetzung aller nach Maßgabe des Art. 48 Abs. 2 WRV suspendablen Grundrechte³⁰. Während dergleichen auch schon früher nicht immer mit Augenmaß erfolgt war³¹, schöpfte die „Reichstagsbrandverordnung“ die Möglichkeiten des Notverordnungsrechts insoweit intensiv wie extensiv bis zur Grenze aus: Der ganze Katalog wurde vollständig und auf unbestimmte Zeit außer Kraft

²⁷ Allerdings bedurfte es dazu einer Pflichtverletzung von preußischer Seite, zu deren Begründung die Verordnung nur anführt, es sei durch das Verhalten des Landes gegenüber dem Urteil des StGH „eine Verwirrung im Staatsleben eingetreten“. Der Staatsgerichtshof hatte indes ein Spannungsverhältnis zwischen preußischen Ministern und Reichskommissar explizit in Kauf genommen und den Beteiligten ein „verträgliches Zusammenarbeiten“ aufgegeben (RGZ 138, Anhang 1, S. 42). Ob aus dem Urteil ohne Weiteres die Verfassungswidrigkeit der Verordnung folgt (so wohl D. WILLOWEIT/S. SCHLINKER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8. Auflage, München, 2019, § 39 Rn. 8), ist zweifelhaft, weil der StGH die Möglichkeit „weitergehende[r] Eingriffe“ auf der Grundlage des Art. 48 Abs. 1 WRV gerade offen gelassen hatte, falls diese die ihr verbliebenen Befugnisse pflichtwidrig wahrnehme (RGZ 138, Anhang 1, S. 42; vgl. dazu W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 624). Im Übrigen traf die Verordnung durchaus auf Widerstand der übrigen Landesregierungen und führte zu einer erneuten Anrufung des StGH (K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 191 f.), dessen Tätigkeit aber kurz darauf endete, ohne dass es er formal aufgehoben worden wäre (vgl. A. VOSSKUHLE, in: Von Mangold/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Auflage, 2018, GG Art. 93 Rn. 9).

²⁸ RGBl. 1933/I, S. 83.

²⁹ Ein näheres Eingehen auf den Reichstagsbrand selbst erübrigt sich hier, insofern einerseits das Ereignis selbst allgemein bekannt ist und andererseits Hintergründe und etwaige Beteiligungen unklar blieben (vgl. die in ihrer Tendenz durchaus gegenläufigen Darstellungen bei K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30(36f.); H. MOMMSEN, *Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen*, VfZ 1964, 351 ff.). Eine durch die Nationalsozialisten sogleich behauptete Beteiligung der KPD ist nicht belegt, eine solche der NSDAP als größter Profiteurin der Ereignisse denkbar, aber ebenfalls nicht nachgewiesen.

³⁰ Freiheit der Person (Art. 114 WRV), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 115 WRV), des Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 117 WRV), der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 118 WRV), der Versammlungsfreiheit (Art. 123 WRV), der Vereinigungsfreiheit (Art. 124 WRV) und des Eigentumsgrundrechts (Art. 153 WRV).

³¹ Vgl. die Ausführungen bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 37 f. zur „Verordnung des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen“ vom 28.3.1931 (RGBl. 1931/I, S. 79), deren § 16 die Außerkraftsetzung der in Art. 48 WRV genannten Grundrechte „für die Geltungsdauer dieser Verordnung in dem zu ihrer Durchführung erforderlichen Umfang“ bestimmte.

gesetzt und Eingriffe in diese Rechte „auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen“³² für zulässig erklärt. Auch das war kein völliges Novum³³, bildete aber die Grundlage für die weitgehende Unterdrückung jedes Wahlkampfes namentlich der SPD und der KPD. Organisationsrechtlich räumte die Verordnung der Reichsregierung ein Selbsteintrittsrecht gegenüber den obersten Landesoberbehörden einräumte, falls „in einem Lande die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen nicht getroffen“³⁴ würden (§ 2), und schuf somit die Grundlage für eine Gleichschaltung der Länderexekutive. Obgleich sich die Verordnung in ihrem operativen Teil nicht explizit gegen eine bestimmte politische Gesinnung richtete, wurde sie ausweislich der Präambel erklärtermaßen „zur Abwehr *kommunistischer* staatsgefährdender Gewaltakte“³⁵ erlassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung dieser Verordnung ist zu differenzieren: Zwar vertrat die Weimarer Staatsrechtslehre durchaus Begrenzungen der „Diktaturgewalt“ des Art. 48 Abs. 2 WRV, wonach einerseits die erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, welche der Normtext verlangte, nicht die tradierten Schutzgüter des Gefahrenabwehrrechts in all ihren Ausprägungen, sondern „die Grundlagen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens“ in Bezug nahm³⁶, und näherte sich gar einem Verhältnismäßigkeitskriterium an³⁷. Andererseits bestand aber auch weitgehende Einigkeit darüber, dass dem Reichspräsidenten ein weiter Ermessensspielraum zuzugestehen sei, weshalb eine Kassation nur durch den Staatsgerichtshof und wegen materieller Rechtswidrigkeit allenfalls in Evidenzfällen in Betracht komme³⁸. Eine Beurteilung dieser Voraussetzungen fällt knapp 90 Jahre später naturgemäß schwer. Es liegt aber nahe, dass v. Hindenburg nach pflichtgemäßem Ermessens aus dem Reichstagsbrand nicht auf einen unmittelbar bevorstehenden Großangriff der KPD

³² I. STRENGE (Fn. 24), S. 54 weist zurecht auf die handwerkliche Mangelhaftigkeit der Verordnung hin, welche die Außerkraftsetzung gesetzlicher Grenzen eher zu begründen als anzuordnen scheint („*daber* [...] auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig“ (Hervorhebung nur hier). Dass damit einfachrechtliche Bestimmungen ausgehebelt werden sollten, ist dennoch recht klar.

³³ Vgl. die „Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Groß-Berlin und Provinz Brandenburg“ vom 20.7.1932, RGBl. 1932/I, S. 377.

³⁴ Wiederum operiert die Formulierung mit traditionellen und noch immer gebräuchlichen Kategorien des Gefahrenabwehrrechts, die zwar nicht dezidiert antiliberal, aber in ihrer Unbestimmtheit missbrauchsanfällig sind.

³⁵ RGBl. 1933/I, S. 83 (Hervorhebung nur hier).

³⁶ So R. GRAU, in: G. ANSCHÜTZ/R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* Bd. 2, S. 278; tendenziell weiter aber G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 48 Ziff. 6.

³⁷ R. GRAU (Fn. 36), S. 279.

³⁸ Vgl. R. GRAU (Fn. 36), S. 294; G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 48 Ziff. 18.

gegen die Verfassungsordnung schließen und erst recht nicht die vollständige Entfesselung der Exekutive für erforderlich halten durfte. Andererseits blieb dies aber nach damaliger Auffassung weitgehend folgenlos: Nichtigkeit ipso jure kam schon gar nicht in Frage, und eine judikative Kassation war weder greifbar noch veranlasst. Die Reichstagsbrandverordnung war aus dieser Perspektive ein weiteres, wenn auch besonders krasses Beispiel staatsrechtlich durchaus zweifelhafter, aber im Ergebnis wirksamer exzessiver Handhabung des Art. 48 WRV³⁹.

6) *Wahlkampf, Reichstagswahl vom 5.3.1933 und zunehmende Übernahme der Länderexekutive*

Nicht zuletzt auf der Grundlage dieser Verordnung, welche die Exekutive einerseits entfesselte und andererseits in den Dienst der Reichsregierung stellte, sah sich die politische Opposition im Wahlkampf massiven Einschränkungen ausgesetzt. Ein besonders deutliches Bild ergeben insoweit die Vorgänge in Preußen, wo infolge des „Preußenschlages“ Hermann Göring die Befugnisse des preußischen Innenministers übernommen hatte⁴⁰. Ein Runderlass vom 3.3.1933⁴¹ wies darauf hin, dass durch die „Reichstagsbrandverordnung“ auch einfachrechtliche Grenzen der polizeilichen Befugnisse aufgehoben seien, stellte klar, dass die Verordnung „in erster Linie gegen die Kommunisten gerichtet“ sei und schränkte ihre Anwendung insoweit ein, als gegen Angehörige oder Organisationen anderer Parteien nur zur Abwehr „kommunistischer Bestrebungen in weitestem Sinne“ vorzugehen sei; „andere Parteien“ meinte aber neben den Kommunisten ausdrücklich nicht Sozialdemokraten und Anarchisten. Damit war klar, dass die Anwendung der Verordnung sich namentlich gegen KPD und SPD – sozialdemokratische sollten ja explizit keine „anderen Parteien sein“ – und damit gegen die wesentlichen parlamentarischen Gegengewichte zu NSDAP und KSWR⁴² richtete. Bereits am 22.2.1933 waren in Preußen Angehörige nationalsozialistischer und nationalistischer Kampfverbände als Hilfspolizisten berufen, schon am 17.2. die Polizei zu exzessivem

³⁹ Näher C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 103 ff.; ebd. S. 105 auch zum vorläufigen Charakter der Befugnisse des Art. 48 Abs. 2 S. 2 WRV („vorübergehend“) und dessen Missachtung im Falle der Reichstagsbrandverordnung.

⁴⁰ In den übrigen Ländern war zwar, soweit keine nationalsozialistische Regierungsbeteiligung vorlag, die Exekutive bislang nicht „gleichgeschaltet“; spätestens § 2 der Reichstagsbrandverordnung ermöglichte aber auch hier ein Durchgreifen.

⁴¹ RdErl. d. MdI. (KdR.) v. 3.3.1933 - II 1121, abgedruckt bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 192 f.

⁴² „Kampffront Schwarz-Weiß-Rot“, DNVP-geführtes Wahlbündnis.

Schusswaffengebrauch ermutigt worden⁴³. Wesentliches Instrument zur Unterdrückung der Opposition wurde neben der (schon aufgrund der „Schubladenverordnung“ begonnenen) Unterdrückung oppositioneller Presse sowie deren Wahlkampfveranstaltungen die sogenannte „Schutzhaft“. Während unter dieser Bezeichnung schon zuvor sicherheitsbehördliche Inhaftierungen möglich gewesen waren, unterschied sich die nunmehr einsetzende Praxis davon einerseits durch die (faktische) Ausschaltung des Vorbehaltes gerichtlicher Überprüfung⁴⁴, infolge derer Dauer und Grundlage der Haft weitgehend willkürlich bestimmt werden konnten, und ihre massenhafte Anwendung gegen Oppositionelle⁴⁵.

Infolge der Wahl vom 5.3.1933 gewann die NSDAP zwar deutlich an Stimmen, besaß jedoch mit 43,9 % der Stimmen und 288 der 647 Reichstagsmandate noch immer nicht die absolute Mehrheit von 324 Sitzen. Zusammen mit dem Koalitionspartner, dem DNVP-geführten Wahlbündnis „Kampffront Schwarz-Weiß-Rot“, welches mit 8 % der Stimmen 52 Sitze für die DNVP erhielt⁴⁶, verfügte die Regierung zwar über eine absolute, aber noch immer über keine Zweidrittelmehrheit (432 Sitze) im Parlament, konnte also für die Zwecke des Art. 76 WRV weder aus den eigenen Reihen die erforderliche Zahl Abgeordneter für das Beschlussfähigkeitsquorum stellen noch bei hinreichender Präsenz der übrigen Parteien die qualifizierte Abstimmungsmehrheit erreichen. Gleichwohl begannen die Nationalsozialisten nunmehr mit einer Kampagne, um Politik und Gesellschaft auf einen massiven Umbau der staatlichen Strukturen einzustimmen: Ein Erlass des auch hierin die Regierung Hitler unterstützenden Reichspräsidenten vom 12.3.1933 bestimmte, dass „bis zur endgültigen Regelung der Reichsfarben“⁴⁷ die Flagge des Kaiserreiches und die Hakenkreuzflagge gemeinsam zu hissen seien⁴⁸; die Regierung wurde um ein Propagandaministerium unter Goebbels ergänzt⁴⁹, die Mittelparteien zum Zusammentritt des neuen Reichstages am 21.3.1933 mit dem

⁴³ (Fn. 5), S. 116.

⁴⁴ Ob gerichtlicher Rechtsschutz theoretisch möglich sein müsste, wurde zeitweise diskutiert; in der Praxis blieb er den Inhaftierten regelmäßig verwehrt, vgl. I. STRENGE (Fn. 24), S. 67 ff.

⁴⁵ Vgl. zum Ganzen I. STRENGE (Fn. 24), S. 66 ff.

⁴⁶ Wahlergebnisse und Sitzzuteilung jeweils Reichstags-Handbuch VIII. Wahlperiode 1933, Berlin 1933, S. 61 f./71.

⁴⁷ Wohlgermerkt enthielt Art. 3 WRV eine durchaus nicht vorläufige Regelung, der zufolge die Reichsfarben Schwarz, Rot und Gold waren.

⁴⁸ RGBl. 1933/I, S. 103.

⁴⁹ RGBl. 1933/I, S. 104.

Staatsakt von Potsdam eindringlich zur Kooperation aufgefordert und zugleich der Bevölkerung das neue Regime öffentlich in die Tradition des Kaiserreiches gestellt⁵⁰. Zugleich erfolgte eine Gleichschaltungswelle in den Ländern, deren wesentliche Merkmale oftmals ein die formale Übernahme der Regierungsbefugnisse vorwegnehmendes, gewaltsames Vorgehen nationalsozialistischer Schlägertruppen und namentlich der SA und die sich anschließende Entsendung von Reichskommissaren war, denen auf der Grundlage der Reichstagsbrandverordnung sowie gegebenenfalls unter Berufung auf die Ausschreitungen Befugnisse der Landesregierungen übertragen wurden⁵¹.

7) Ermächtigungsgesetz

Eine, wenn nicht die wesentliche staatsorganisationsrechtliche Untergrabung der durch die Weimarer Reichsverfassung konstituierten Strukturen von Gewaltenteilung und Demokratie implizierte das sogenannte „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.3.1933, welches der neue Reichstag am 23.3.1933 mit 444 gegen 94 Stimmen beschloss und welches der Reichsregierung die Befugnis zum Erlass formeller Gesetze einräumte, die keine Beschränkung der sachlichen Organzuständigkeit kannte und weder den verfahrensrechtlichen noch irgendwelchen anderen, insbesondere materiellen Vorgaben der WRV unterworfen wurde. Einige Grenzen zog das Gesetz allerdings selbst: Die zu erlassenden Gesetze durften nicht „die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben“, die Rechte des Reichspräsidenten sollten unberührt bleiben. Schließlich war die Geltung des Gesetzes auflösend bedingt und befristet: Es sollte außer Kraft treten, falls die aktuelle Reichsregierung durch eine andere abgelöst werde, und anderenfalls mit dem 1.4.1937 außer Kraft treten – eine Begrenzung, von der *Heinrich Triepel* am 2. April 1933 prophezeite, dass sie im Ergebnis nicht zum Zuge kommen werde⁵².

⁵⁰ Näher K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 209 ff.

⁵¹ Diese Vorgänge im Einzelnen darzustellen, würde hier den Rahmen sprengen; vgl. dazu K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 109 ff.

⁵² H. TRIEPEL, Deutsche Allgemeine Zeitung Nr. 157 v. 2.4.1933, umschrieb das mit den Worten, das Gesetz habe „das ganze System des in der Verfassungsurkunde vorgezeichneten konstitutionellen Lebens auf vier Jahre in Schlummer versetzt – wobei so gut wie sicher [sei], dass das Schlummernde nicht wieder geweckt werden [werde] [...]“. (zitiert nach H. SCHNEIDER, in G. Jasper (Hrsg.), *Von Weimar zu Hitler, 1930-1933*, Köln, 1968, S. 441 - insoweit nicht in der ursprünglichen Veröffentlichung VfZ 1953, 197) Hitler stellte anscheinend auf Anregung v. Papens (!) schon am 31.1.1933 im Kreise der neugebildeten Regierung klar, dass das parlamentarische System nach der kommenden Reichstagswahl enden solle, vgl. R. MORSEY (Fn. 19), S. 25.

Alle drei Lesungen sowie die namentliche Schlussabstimmung über das Gesetz fanden in einer einzigen Reichstagssitzung am 23.03.1933 statt⁵³, in der zunächst Hitler in einer Regierungserklärung den Gesetzentwurf begründete⁵⁴. Dagegen sprach einzig Otto Wels für die sozialdemokratische Fraktion.⁵⁵ Zentrumsfraktion⁵⁶, Bayerische Volkspartei⁵⁷ und deutsche Staatspartei⁵⁸ formulierten jeweils Bedenken gegen das sachliche und zeitliche Ausmaß der in dem Entwurf vorgesehenen Befugnisse, erklärten sich aber letztlich bereit, dem Gesetz zuzustimmen⁵⁹. Mit 444 Stimmen wurde es schließlich angenommen⁶⁰. Der Reichsrat beschloss, gegen den Gesetzentwurf keinen Einspruch zu erheben, und der Reichspräsident fertigte das Gesetz am 24.3.1933 aus⁶¹. Verfassungsrechtlich sind allerdings verschiedene Einwände gegen Zustandekommen und Inhalt des Gesetzes möglich, welche hier deshalb näherer Erörterung lohnen, weil mit ihnen die Frage verbunden ist, ob die weitgehenden Befugnisse, die es der Regierung einräumte, zu einer Legalisierung der Diktatur vom Standpunkt der Weimarer Reichsverfassung führen konnten.

a) *Formelle Verfassungsmäßigkeit*

(aa) Abstimmung im Reichstag

α) Mehrheitsverhältnisse

Insofern das Ermächtigungsgesetz ein von den Vorschriften der WRV abweichendes Gesetzgebungsverfahren einführte, bedurfte es der verfassungsändernden Mehrheit des Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV, also erstens der Anwesenheit von zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl des Reichstages und zweitens der Zustimmung von zwei Dritteln der Anwesenden. Daher mussten die Nationalsozialisten die Beschlussfähigkeit gewährleisten, hatten andererseits aber ein Interesse daran hatten, durch möglichst weitgehende Unterdrückung ihrer

⁵³ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 23 ff.

⁵⁴ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 25-32.

⁵⁵ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 32-34.

⁵⁶ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 37.

⁵⁷ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 37 f.

⁵⁸ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 38.

⁵⁹ Für den „Volksdienst“ teilte der Abgeordnete Simpfendörfer lediglich vorbehaltlos die Zustimmung zum Gesetzentwurf mit, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 38.

⁶⁰ Endgültiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 45.

⁶¹ H. SCHNEIDER, *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1953, 197 (209).

politischen Gegner die qualifizierte Abstimmungsmehrheit zu erreichen⁶². Als Hindernis für ein wirksames Zustandekommen des Ermächtigungsgesetzes wird insoweit namentlich der Umstand angesehen, dass alle Abgeordneten der KPD verfolgt wurden und daher entweder inhaftiert oder auf der Flucht waren⁶³. Ebenfalls fehlten 20 Abgeordnete der SPD, von denen mutmaßlich etwa die Hälfte inhaftiert war⁶⁴. Unbeachtlich war jedenfalls die am selben Tag beschlossene Änderung der Geschäftsordnung des Reichstages, der zufolge unentschuldig fehlende Abgeordnete als anwesend gelten sollten⁶⁵: Gegenüber der grundsätzlichen Kompetenz des Reichstags zur Regelung seiner Beschlussfähigkeit per Geschäftsordnung aus Artt. 26 S. 2, 32 Abs. 2 WRV war Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV *lex specialis* und daher eine abweichende Regelung durch die Geschäftsordnung unmöglich⁶⁶. Allerdings kam es auf diese

⁶² Vgl. H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (201 f.).

⁶³ I. Strenge (Fn. 24), S. 82; anders i.E. H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (217 f.). Die Angabe, dass die Mandate der KPD bereits am 23.3.1933 (in welcher Form auch immer) kassiert gewesen seien (so H.-O. MEISNER/H. WILDE, *Die Machtergreifung*, Stuttgart, 1958, S. 244; ähnlich K. STERN (Fn. 19), S. 771, vgl. aber DERS., ebd. S. 792) erscheint nach Lage der Primärquellen zumindest missverständlich: Eine rechtsförmige Annullierung war zu diesem Zeitpunkt nicht einmal der äußeren Form nach erfolgt. Richtig ist zumindest, dass sie bei dem offiziellen Ergebnis der Abstimmung über das Ermächtigungsgesetz nicht gezählt wurden (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 40/42 ff. Die Drucksache selbst datiert erst vom 13.04.1933, also *nachdem* § 10 des „vorläufigen Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“ die Mandate explizit für unwirksam erklärt hatte, Göring zählte sie aber bereits am 23.3.1933 nicht mehr mit.). Richtig ist andererseits auch, dass die kommunistischen Abgeordneten sowohl im Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 66 vom 18.3.1933, (ebd. Seite 4 u. erste Beilage) als auch in Parlamentsdrucksachen vom 28.3.1933 (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anlagen 1, 2, 3 – jeweils „berichtigt“ durch Zusätze vom 10.04.1933) noch als solche geführt werden. Und schließlich behandelte der Reichstag noch zu Beginn der Sitzung am 23.3.1933 einen Antrag auf Aufhebung der Immunität des KPD-Abgeordneten Madalena. Plausibel erscheint, dass die „Kassation“ sich zu diesem Zeitpunkt darauf beschränkte, dass die Abgeordneten der KPD nicht nur vielfach verfolgt, eingesperrt und interniert, sondern im Übrigen nicht als solche anerkannt und insbesondere nicht zur Sitzungseröffnung geladen wurden (so wohl K. Stern (Fn. 19), S. 792; vgl. auch P. LÖBE, *Der Wer war lang, Erinnerungen*, 4. Auflage, Berlin, 1990, S. 217, der beschreibt, dass „man den 81 kommunistischen Abgeordneten den Zutritt zu weiteren Reichstagssitzungen unmöglich machte“; dass die Regierung eine förmliche Kassation (noch) nicht beabsichtigte, bestätigt auch eine Äußerung Fricks vom 10.3.1933, wonach die KPD-Abgeordneten in Konzentrationslagern interniert und daher nicht in der Lage sein würden, ihre Mandate wahrzunehmen, vgl. K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 204). Gerade in dem Hinausrechnen der Mandate, das eine Legitimation nach Maßgabe der WRV nicht einmal vorgab, liegt allerdings der Beleg eines revolutionären Selbstverständnisses.

⁶⁴ Vgl. dazu noch Fn. 71.

⁶⁵ Dazu wurde § 98 der Geschäftsordnung um einen Abs. 3 ergänzt, der die Anwesenheit jener Abgeordneten fingierte, die gemäß dem ebenfalls neu eingefügten § 2a der Geschäftsordnung ausgeschlossen werden konnten, wobei es nach dem Wortlaut nicht darauf ankam, dass dies auch geschah. Der neue § 2a wiederum sah diese Möglichkeit für Abgeordnete vor, die „ohne Urlaub oder infolge einer Erkrankung, die dem Abgeordneten die Teilnahme nicht tatsächlich unmöglich macht[el], [...] nicht teil[nahmen]“ (Reichstags-Handbuch VIII. Wahlperiode 1933, Berlin 1933, S. 8/32).

⁶⁶ Vgl. bereits G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76 Ziff. 5; in diesem Sinne bewertet die Änderung der GeschO auch C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 130.

Regelung letztlich nicht an. Vielmehr waren mit 538 deutlich mehr als die erforderlichen 432 Abgeordneten anwesend⁶⁷. Mit je nach Zählung 441⁶⁸ oder 444⁶⁹ Ja-Stimmen wurde ferner auch das Minimum für die erforderliche qualifizierte Abstimmungsmehrheit (359 der anwesenden 538 Abgeordneten)⁷⁰ deutlich überschritten. Zugrunde gelegt, dass allein die Zahl der Ja-Stimmen zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl von 647 Abgeordneten überstieg, wäre die qualifizierte Abstimmungsmehrheit nicht einmal verfehlt worden, wenn alle abwesenden Abgeordneten teilgenommen und mit „Nein“ gestimmt hätten. Aus demselben Grund stellen durchaus bestehende Zweifel an der tatsächlichen Zahl anwesender Abgeordneter⁷¹ das Erreichen der doppelten Zweidrittelmehrheit des Art. 76 WRV im Ergebnis eher nicht in Frage.

⁶⁷ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (207).

⁶⁸ Vorläufiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 40. Diese Zahl nennt etwa auch noch E.R. HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Auflage, Hamburg, 1939, S. 43.

⁶⁹ Endgültiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 45.

⁷⁰ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (207). weist zutreffend darauf hin, dass die Berechnungsweise Görings nicht nur die Mandate der 81 KPD-Abgeordneten gänzlich ignoriert, sondern überdies Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV insoweit falsch anwendet, als sie für die qualifizierte Abstimmungsmehrheit entgegen dem Wortlaut nicht zwei Drittel der *tatsächlich anwesenden*, sondern zwei Drittel der für die Beschlussfähigkeit im Rahmen dieser Vorschrift *mindestens erforderlichen* Zahl Abgeordneter (also $2/3 \cdot 2/3$ resp. $4/9$ der gesetzlichen Mitgliederzahl) annimmt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass diese Berechnungsweise der Frage ausweichen sollte, ob die Anwesenheitsfiktion (Fn. 65) nun auch für die qualifizierte Abstimmungsmehrheit zugrunde zu legen sei. Der Wortlaut der neuen Geschäftsordnungsregelungen differenzierte hier nicht, und die Fiktion nur für die Frage der Beschlussfähigkeit, aber nicht für die qualifizierte Abstimmungsmehrheit gelten zu lassen, lief auf eine Art staatsrechtlicher „Rosinentheorie“ hinaus, der zufolge die Regierungsfaktionen sich im Rahmen des Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV einmal auf die fiktive, dann wieder auf die wahre Sachlage hätten berufen können. Mangels Wirksamkeit der Geschäftsordnungsänderung ist diese Überlegung allerdings hypothetischer Natur; im Übrigen hätte auch diese Berechnungsweise am (dann allerdings deutlich knapperen) Ergebnis nichts geändert (dazu sog!).

⁷¹ Hinsichtlich der Zahlenangaben bestehen allerdings Unklarheiten. So wird in der Literatur mitunter die Zahl von anwesenden 552 Abgeordneten genannt (so bei H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (217) („zu der Sitzung erschienen“) und U. MATTHÉE, *Die Legalität des Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 und die Schranken der Verfassungsrevision in der Weimarer Verfassung*, Kiel, 1971, S. 94 („in der Abstimmung [...] anwesend“)). Allerdings waren nach dem Verständnis der Weimarer Staatsrechtslehre nur solche Abgeordneten anwesend i.S.d. Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV, die sich an der Abstimmung, ggf. durch Enthaltung, auch beteiligten (m.w.N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76 Ziff. 5). Im Übrigen sind im Protokoll der namentlichen Abstimmung (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 42 ff.) 12 Abgeordnete als krank und einer als entschuldigt aufgeführt. Zusammen mit den (im Protokoll gar nicht mehr auftauchenden) 81 Abgeordneten der KPD fehlten somit wenigstens 94 der 647 Mitglieder des Reichstages, konnten also höchstens 553 anwesend sein. Die SPD hatte noch mit Antrag vom 21.3.1933 die Freilassung von 10 inhaftierten Abgeordneten erstrebt (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anhang 7), für die mit Ausnahme der Abgeordneten Agnes, die mit „Nein“ stimmte, im Protokoll kein Abstimmungsverhalten vermerkt ist. Es müssten also weitere acht Sozialdemokraten freigelassen worden und zur Sitzung erschienen sein, dann aber nicht abgestimmt oder die Sitzung wieder verlassen haben. Fünf der Inhaftierten tauchen noch in einem ähnlichen Antrag vom 17.5.1933 auf (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anhang 17 wobei eine erneute Verhaftung natürlich vorstellbar ist). Vgl. ferner H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63),

β) *Beeinflussung der Abstimmung durch Gewaltandrohungen*

Die Verfolgung von KPD- und SPD-Abgeordneten war für die Beschlussfassung des Reichstags insofern kein *unmittelbares* Hindernis, als sie sich jenseits des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens vollzog. Doch auch in der Reichstagssitzung vom 23.3.1933 war das Gewaltpotential der NSDAP präsent. Vor und in der Krolloper befanden sich SA⁷²- und SS-Angehörige⁷³, die unter Drohungen („Wir fordern das Ermächtigungsgesetz, sonst gibt's

Anm. 36 zu Kap. 13/S. 313 sowie die spätere Schilderung H. BRÜNINGS (*Brief an Rudolf Pechel*, in *Deutsche Rundschau* 70 (1947), H. 7, S. 1, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 140 (141)), wonach zum Zeitpunkt der Abstimmung neun sozialdemokratische Abgeordnete verhaftet gewesen und andere zwar vor Ort gewesen seien, aber nicht abgestimmt hätten. Laut P. LÖBE (Fn. 63), S. 217, waren es dagegen zwölf Verhaftete. Die Zahl von neun Verhafteten scheint die obige Rechnung zu stützen; anzumerken ist, dass die in dem Antrag vom 21.3. nicht genannten Abgeordneten Dr. Leber (dieser taucht im ähnlichen Antrag vom 17.5. auf), und Dr. Severing (zumindest dieser am 23.) Zeitzeugen zufolge ebenfalls noch verhaftet wurden und nur Letzterer noch am 23. wieder freikam (vgl. J. FELDER, in *DEUTSCHER BUNDESTAG, Abgeordnete des Deutschen Bundestages*, Band 1, Boppard am Rhein, 1982, S. 38 sowie C. SEVERING selbst (der mit „Nein“ stimmte), *Mein Lebensweg*, Köln, 1950, Band 2, S. 384). H. BRÜNING, a.a.O. zufolge stand auch die Möglichkeit von Verhaftungen zwischen der ersten und dritten Lesung zumindest im Raum, was nichts daran ändert, dass aller Wahrscheinlichkeit nach schon bei Sitzungsbeginn keine 552 Abgeordneten erscheinen konnten. Dass sich über zwanzig sozialdemokratische Abgeordnete in Haft befunden hätten (so J. Felder, a.a.O., S. 39) ist nur vorstellbar, wenn auch diese z.T. als „krank“ geführt wurden. Ansatzweise zweifelhaft ist zuletzt allerdings auch das Abstimmungsverhalten gerade der Abgeordneten der NSDAP insofern, als sich aus einer brieflichen Darstellung Paul Löbes ergeben soll, dass diese jedenfalls zu Beginn der Sitzung nicht vollzählig erschienen seien, worauf Göring erklärt habe, anwesende Amtsträger der NSDAP zu deren Vertretung zu ermächtigen, welche im Verlauf der Sitzung auch erfolgt sei. (K.D. BRACHER (Fn. 5), Kapitel 2 Anm. 168; der entsprechende Auszug ist zuerst abgedruckt bei H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), Anm. 35 zu Kap. 13/S. 313. Danach schreibt Löbe in einem Brief an Wilde von einer „größeren Anzahl“(!) nationalsozialistischer Abgeordneter, die wegen der kurzfristigen Einberufung „noch nicht anwesend“ gewesen seien (Hervorhebung nur hier). Nicht spezifiziert wird, bei welchen Abstimmungen und in welcher Zahl die „Vertretung“ stattfand. Selbst wenn man Authentizität und sachliche Richtigkeit des Auszuges unterstellt, könnten diese Abgeordneten also noch eingetroffen sein. Die Beratung des Ermächtigungsgesetzes begann erst gut vier Stunden später (Vgl. Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 23, 32, 41: Sitzungsbeginn um 14:05 Uhr, Unterbrechung 15:12 bis 18:16 Uhr, Schluss 19:52 Uhr.) Der Vorgang der „Vertretung“ ist insgesamt nicht im Protokoll vermerkt und, soweit ersichtlich, durch Löbe selbst öffentlich weder bestätigt noch dementiert worden; vgl. aber H. SCHNEIDER (Fn. 52), S. 438 - nicht vorhanden in VfZ 1953, 197.)

⁷² Dazu J. FELDER (Fn. 71), S. 38; C. SEVERING (Fn. 71), S. 385; H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), S. 253; F. v. PAPAN, *Der Wahrheit eine Gasse*, München, 1952, S. 309.

⁷³ Die Anwesenheit beider Gruppierungen bezeugen etwa R. MAIER, *Die Reden*, Band 1 Stuttgart, 1982, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 154; E. LEMMER, *Manches war doch anders*, Frankfurt, 1968, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 161; P. BAUSCH, *Lebenserinnerungen eines schwäbischen Abgeordneten*, Korntal, 1969, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 163 (der aber einen entscheidenden Einfluss der Drohkulisse auf das Abstimmungsergebnis verneint - hingegen berichtet F. BAADE, (Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Band 2, Boppard am Rhein, 1981, S. 427), dass mehrere Zentrumsabgeordnete nach eigener Aussage aus Todesangst zugestimmt hätten; von einer existenziellen Bedrohung geht ebenso O. BUCHWITZ, *50 Jahre Funktionär der deutschen Arbeiterbewegung*, Berlin 1950, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 165 f. aus, der die Präsenz von SS im Plenarsaal bezeugt); vgl. schließlich W. HOEGNER, *Der schwierige Außenseiter*, München, 1959, S. 93, der zudem konkrete Todesdrohungen bezeugt.

Zunder!“⁷⁴ die Verabschiedung des Gesetzes verlangten. Hitler beendete seine Rede, mit den Worten, die Abgeordneten sollten "über Frieden oder Krieg" entscheiden⁷⁵. Abgeordnete⁷⁶ bezeugen die Drohkulisse. An sich liegt es nahe, die Androhung körperlicher Gewalt auch staatsrechtlich für beachtlich zu halten, wenn sie gegenüber den Mitgliedern eines Organs erfolgt, das gerade der staatlichen Willensbildung dienen soll. Gleichwohl fehlte es nicht nur an ausdrücklichen Bestimmungen der WRV zu den Konsequenzen eines solchen Vorgangs, sondern auch die wissenschaftliche Analyse des positiven Rechts hatte hierfür keine Maßstäbe entwickelt (und hat dies in allgemeiner Form auch in der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft nicht getan)⁷⁷. Das ist mutmaßlich kein Zufall. Den Vorgang zu regulieren, dass eine politische Gruppierung das Parlament und damit das Machtzentrum der parlamentarischen Demokratie mit Nötigungsmitteln unter Kontrolle brachte, musste insofern zweifelhaft erscheinen, als mit dem Gelingen eines solchen Unterfangens zugleich die durch sie konstituierte Staatsgewalt als solche in Frage gestellt wurde. Mit anderen Worten: (Spätestens) Ein solcher Vorgang hat Revolutionscharakter⁷⁸, und de constitutione lata die Rechtsfolgen einer Revolution zu bestimmen, ist insofern unsinnig, als jene entweder fehlschlägt oder aber die bestehende Rechtsordnung anschließend nicht mehr durchsetzungsfähig ist. Einmal unterstellt, es wäre eine Rückkehr zur Weimarer verfassungsrechtlichen Normalität erfolgt, spricht aber vieles dafür, eine solch offene und massive Beeinflussung als Wirksamkeitshindernis für den Reichstagsbeschluss anzusehen⁷⁹.

⁷⁴ FELDER (Fn. 71), S. 38; C. SEVERING (Fn. 71), S. 385; bei H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), S. 253 allerdings ohne den 2. Hs.; F. v. PAPAN (Fn. 72), S. 309, spricht von „den Reichstag umgebende[r] bewaffnete[r] SA“, sieht darin allerdings auch eine Einschüchterung, meint aber, diese habe auf das Stimmverhalten der Opposition keinen bestimmenden Einfluss gehabt. Vgl. zu dieser Frage schon Fn. 73.

⁷⁵ Unter den gegebenen Umständen konnte das nicht den sechs Jahre später begonnenen Angriffskrieg, sehr wohl aber Bürgerkrieg meinen. Insofern allerdings mussten die Abgeordneten angesichts der langen Geschichte blutiger Straßenschlachten, in denen namentlich die im Saal präsenten Schlägertruppen eine tragende Rolle gespielt hatten, Hitler durchaus beim Wort nehmen.

⁷⁶ Vgl. Fn. 72-74.

⁷⁷ Allerdings hat dieser die Regelung des Art. 146 GG Anlass gegeben, sich mit dem Problem der verfassungsrechtlichen Regelung einer Revolution zu befassen; vgl. nur M. HERDEGEN, in DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Kommentar zum Grundgesetz*, 95. EL Juli 2021, Art. 146 GG Rn. 26, der konstatiert, dass „eine Verfassung einen von den herrschenden Kräften getragenen revolutionären Umbruch mit einer neuen Grundordnung faktisch nicht aus eigener Kraft zuverlässig verhindern“ könne.

⁷⁸ Auch dieser Begriff wird sehr unterschiedlich verstanden, vgl. nur U. WIDMAIER, in E. HOLTSMANN (Hrsg.), *Politik-Lexikon*, 3. Auflage, München, 2000, S. 607 ff. Hier soll er schlicht eine Umgestaltung der Gesellschaftsordnung unter Missachtung der dafür bestehenden Rechtsregeln bezeichnen.

⁷⁹ Für einen verfassungsrechtlich beachtlichen Mangel wohl auch I. STRENGE (Fn. 24), S. 85 ff.

(bb) *Abstimmung im Reichsrat*

Auch die Beschlussfassung im Reichsrat unterliegt Zweifeln. Die Vertretung Preußens⁸⁰, Sachsens, Bayerns und Badens im Reichsrat sei nach Maßgabe des Art. 63 Abs. 1 S. 1 WRV nicht wirksam erfolgt, soweit in all diesen Ländern zwischenzeitlich Beauftragte der Reichsregierung die Regierungsgeschäfte übernommen hatten⁸¹. Diese Bedenken sind namentlich insofern von Gewicht, als die Bevollmächtigten im Reichsrat (allerdings nur im Innenverhältnis) weisungsgebunden waren⁸². Wiederum sind aber Fehlerfolgen gerade wegen des völlig irregulären Szenarios kaum begründbar: Selbst wenn man den Beschluss des Reichsrats, mit dem dieser einstimmig beschloss, gegen das Gesetz keinen Einspruch (Art. 74 Abs. 1 WRV) zu erheben, für unwirksam hält, kommt dadurch noch kein Einspruch zustande. Ihn als Folge der verfassungswidrigen Besetzung zu fingieren, erscheint schwer begründbar.

(cc) *Erfordernis der Textänderung*

Schließlich ist in Betracht zu ziehen, dass eine Änderung des Systems der Weimarer Reichsverfassung, wie sie das „Ermächtigungsgesetz“ bewirkte, nur durch *Textänderung* der Verfassung möglich gewesen sein könnte. Auch hierfür enthielt Art. 76 WRV, wiederum im Kontrast zu Art. 79 GG, keine explizite Regelung, und der Standardkommentar von *Anschütz* lässt es dabei bewenden, dass ein Erfordernis der Textänderung gewiss im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert, aber nun einmal nicht normiert sei⁸³. Immerhin wurde dies aber für

⁸⁰ Vgl. oben S. 4.

⁸¹ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VEZ 1953, 197 (218 f.); U. MATTHÉE (Fn. 71), S. 104 ff. (der zusätzlich Bremen nennt); (Fn. 24), S. 88f. Bemerkenswert ist, dass dieses Vorgehen in einem viel augenfälligeren Widerspruch zur Entscheidung des Staatsgerichtshofes zum „Preußenschlag“ steht als die Verordnung vom 6.2. (vgl. SCHNEIDER, a.a.O. S. 219). War damals immerhin die Rechtsgrundlage mit Art. 48 Abs. 1 WRV eine andere, so stützte sich die Reichstagsbrandverordnung als Grundlage der begonnenen Gleichschaltung der übrigen Länder (vgl. S. 8) auf Art. 48 Abs. 2 WRV. Insofern war hier die Konstellation des „Preußenschlages“ reproduziert, allerdings zusätzlich dadurch eskaliert, dass die Einflussnahme der Reichsregierung auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit eine umso direktere war und zusätzlich nicht einmal die Verordnung selbst die Kommissare bestellte.

⁸² G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 63, Ziff. 6.

⁸³ G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 2.

den Fall der sogenannten „Verfassungsdurchbrechung“, d.h. einer begrenzten Ausnahmeregelung zu einem im Übrigen fortgeltenden Verfassungsrechtssatz⁸⁴, verschiedentlich bestritten, weil hierdurch letztlich nicht die Verfassung geändert werde, sondern eine Kollision im Verhältnis von Verfassung und Verfassungsdurchbrechung eintrete⁸⁵. Das Ermächtigungsgesetz dürfte als eine solche Verfassungsdurchbrechung anzusehen sein, insofern es gerade nur eine bestimmte Reichsregierung für einen bestimmten Zeitraum mit Legislativbefugnissen ausstattete.

b) *Materielle Verfassungsmäßigkeit*

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes stellt sich zunächst die Frage, inwieweit für sie überhaupt ein positivrechtlicher Maßstab bestand, denn die Verfassungsurkunde enthielt gerade keine „Ewigkeitsklausel“, und infolgedessen lehnte die ganz überwiegende Auffassung materielle Grenzen für Verfassungsänderungen ab⁸⁶. Allerdings wurden Ansätze verfochten, die dem modernen Verständnis eines unabänderlichen verfassungsrechtlichen Kerngehaltes zumindest nahekommen *scheinen*. So heißt es in *Schmitts* „Verfassungslehre“: „Die grundlegenden politischen Entscheidungen der Verfassung sind Angelegenheiten der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes und gehören nicht zur Zuständigkeit der für verfassungsgesetzliche Änderungen und Revisionen zuständigen Instanzen“⁸⁷. Als nicht im Wege des Art. 76 WRV zu beseitigende Elemente werden unter anderem das republikanische Prinzip, das Wahlrecht und die föderalistischen Strukturen der Weimarer Reichsverfassung genannt⁸⁸. Die Grundlage hierfür bildet die Unterscheidung zwischen „Verfassung“ und „Verfassungsgesetz“, die in ersterer einen Willens-

⁸⁴ Vgl. K. LOEWENSTEIN, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Tübingen, 1931, S. 171 f.; E. JACOBI, *Reichsverfassungsänderung*, in: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin, 1929, S. 261.

⁸⁵ M.w.N. E. JACOBI (Fn. 84), S. 270 ff.

⁸⁶ M. w. N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 3.

⁸⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 11. Auflage, Berlin, 2017, S. 105. Neben Schmitt vertrat solche materiellen Grenzen namentlich Bilfinger, vgl. DERS., *Der Reichssparkommissar*, Berlin, 1928, S. 17. Das volle Meinungsspektrum darzustellen, bleibt dieser Arbeit aus Gründen des Umfangs verwehrt; vgl. dazu näher F. SCRIBA, „*Legale Revolution*“, *Zu den Grenzen verfassungsändernder Rechtssetzung und der Haltbarkeit eines umstrittenen Begriffs*, 2. Auflage, Berlin, 2009, S. 116 ff. (128).

⁸⁸ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 104 f.

akt der verfassungsgebenden Gewalt, in letzteren dieser nur der äußeren Form nach gleichgeordnete Betätigungen der verfassten Gewalt sieht⁸⁹. Verfassung im eigentlichen Sinne sollen daher nur die politischen Grundentscheidungen des *pouvoir constituant* sein, denen durch den *pouvoir (constituant) constitué* in verfassungsgesetzlicher Form erlassene Normen nicht gleichgeordnet seien und somit auch nicht derogieren könnten. Die Anwendung dieses dezisionistischen Verfassungsbegriffs, der nicht eine Norm, sondern einen Willensakt des Verfassungsgebers als Urgrund der Rechtsordnung ansieht, auf die Weimarer Reichsverfassung ist undurchführbar. Er setzt einen Willen bereits voraus und verkennt dabei, dass weder das Volk noch die Nationalversammlung über ein Kollektivbewusstsein oder einen *einheitlichen* Willen im natürlichen Sinne verfügten. Vielmehr ist die Zuschreibung eines Willens zu einer solchen Entität notwendigerweise rechtliche Konstruktion; dass *Schmitt* dieses Problem nicht präzise⁹⁰ erfasst, ist bemerkenswert, weil sich seine „Verfassungslehre“⁹¹ explizit gegen *Hans Kelsens* normbasiertes Verständnis der Rechtsordnung und namentlich dessen „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ wendet, eben das Werk, in dem *Kelsen* die Unanwendbarkeit des Begriffs des Willens im natürlichen Sinne auf Personenmehrheiten nachgewiesen und differenziert dargelegt hatte, dass es sich letztlich um eine (durch *Kelsen* kritisierte) Fiktion eines natürlichen Willens oder aber (so *Kelsen*) um den Endpunkt einer Zurechnung handle. Ohne hier im Einzelnen Stellung beziehen zu können, ist jedenfalls als richtig festzuhalten, dass die Zuschreibung eines Willensaktes und namentlich einer Entscheidung in Bezug auf Personenmehrheiten (und erst recht auf Körperschaften) nicht dieselbe empirisch-deskriptive Tatsache meinen kann wie im Falle einer(!) natürlichen Person⁹². Vielmehr ist sie erst sinnvoll aufgrund einer *Norm*, welche bestimmt, dass eine bestimmte Entscheidung unter bestimmten Umständen als durch eine Entität getroffen anzusehen sei,⁹³ die keinen Willen im natürlichen Sinne besitzt und daher rein tatsächlich auch keine Entscheidungen in dem Sinne treffen kann, wie es natürliche Personen tun. Wenn *Schmitt* den Normativismus und

⁸⁹ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 22.

⁹⁰ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 83 nähert sich ihm allerdings, um dann im letzten Moment auszuweichen und ein unscharfes Konzept der Willensäußerung zu entwerfen.

⁹¹ S. 8.

⁹² Vgl. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 169: „Den Majoritätsbeschluss als Willen der Gesamtheit gelten zu lassen, ist ein spezifisch juristischer, psychologisch unmöglicher Vorgang“.

⁹³ Auf die Qualifizierung als Zurechnung oder Fiktion kommt es hier nicht an.

damit eine normative Basis der Rechts- und Verfassungsordnung ablehnt, fehlt weitgehend⁹⁴ die Grundlage für das dezisionistische Substitut, welches er an deren Stelle setzen möchte⁹⁵. Daher ist die dezisionistische Differenzierung von Verfassung und Verfassungsgesetz letztlich unbrauchbar.

8) *Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31.3.1933*⁹⁶ und *Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933*⁹⁷

Acht Tage nach Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes erging, gestützt auf eben dieses, das „Vorläufige Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“. Neben dessen sogleich darzustellenden antiföderalistischen Regelungen ist daran bemerkenswert, dass *jetzt* in § 10 dieses Gesetzes eine offizielle (deshalb allerdings noch nicht gültige) Kassation

⁹⁴ Man möchte Schmitt zugutehalten, dass nun gerade die Figur des Alleinherrschers (welche als Urheberin der Weimarer Reichsverfassung indes nicht in Betracht kommt) doch über einen natürlichen Willen verfüge. Wenigstens auf diese Konstellation (auf welche Schmitt sie aber gerade nicht beschränkt) ließe sich die dezisionistische Konzeption also vielleicht (vgl. aber Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 170 f.) ohne inneren Bruch anwenden. Selbst, wenn ihr dieser Anwendungsbereich i.E. verbliebe (was hier nicht abschließend zu klären ist), läge aber ihre Unterlegenheit im Verhältnis zu einem normativistischen Positivismus auf der Hand. Einer ethischen Legitimation der Rechtsordnung sind beide nicht fähig; ihr Anspruch kann nur derjenige sein, eine bestehende Zwangsordnung normativ-systematisch zu deuten, wobei keiner der Ansätze dieses Unterfangen aus sich selbst heraus legitimieren kann. Der Dezisionismus versagt aber daran, sobald und soweit eine noch so beständige und systematische Zwangsordnung sich nicht auf einen empirisch-realen Einzelwillen zurückführen lässt.

⁹⁵ Tendenziell ähnlich die Kritik bei F. SCRIBA, (Fn. 87), S. 112. Von Interesse ist dieser Verklärungsversuch hier auch, weil strukturell ähnliche gedankliche Kurzschlüsse im Nationalsozialismus die Diktatur umdeuten. So führt E.R. HUBER (Fn. 68), S. 194 ff. seine Behauptung, „daß der wahre Wille des Volkes nicht durch parlamentarische Wahlen und Abstimmungen gefunden werden [könne], sondern daß der Wille des Volkes nur durch den Führer rein und unverfälscht hervorgehoben [werde]“ dahin aus, das Volk sei „eine objektive selbständige Erscheinung“ und es müsse „der ‚Wille des Volkes‘ [...] von [...] den Meinungen, Bestrebungen und Befürchtungen der jeweils lebenden Volksangehörigen unterschieden werden“. Dabei ist Hubers Darstellung insofern noch vergleichsweise differenziert, als er die Existenz divergierender Einzelwillen anerkennt. Die Belieblichkeit eines Begriffs des Volkes, der sich von den Individuen zu lösen sucht, aus welchen dieses in der Realität nun einmal besteht, gipfelt in Ausführungen wie denjenigen bei H. FRANK, *Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*, München, 1938, S. 13 f. (Fn. 10), wonach die Form des nationalsozialistischen Staates „die demokratischste der Welt [sei], weil der Führer dieses Reiches ohne Verbindung mit leicht der Gefahr von Sonderinteressen anheimfallenden Zwischeninstanzen, wie Parlamente, Koalitionen und derartigem, unmittelbar aus dem Bedürfnis des Volkes heraus im Dienste dieses Volkes das Reich [führe]“. Den Anspruch, unter Ausschaltung von Partikularinteressen dennoch dem Bedürfnis des Volkes zu entsprechen, kann nur formulieren, wer das Volk nicht als eine Vielzahl von Einzelnen auffasst, sondern an deren Stelle eine diffuse Einheit behauptet, der dieses Bedürfnis nach eigenem Gutdünken zugeschrieben werden kann.

⁹⁶ RGBl. 1933/I S. 153.

⁹⁷ RGBl. 1933/I S. 173.

jener Reichstagsmandate der KPD erfolgte, die schon hinsichtlich des Zustandekommens des Ermächtigungsgesetzes außer Acht gelassen worden waren⁹⁸.

Auf Landesebene beseitigte zunächst § 1 des Gesetzes die Gewaltenteilung durch ein Gesetzgebungsrecht der Landesregierungen, welches namentlich auch Haushaltsangelegenheiten einschloss und gemäß § 2 des Gesetzes in organisationsrechtlichen Fragen Abweichungen von den Landesverfassungen zuließ. Antiföderalistisch wirkte diese Regelung im Wesentlichen dadurch, dass sie den Bezugspunkt für § 1 des zweiten Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933 bildete. Hiernach wurden durch den Reichspräsidenten auf Vorschlag des Reichskanzlers Reichsstatthalter in den Ländern ernannt, die insbesondere den Vorsitzenden der Landesregierung ernennen und entlassen sowie auf dessen Vorschlag ebenso mit den übrigen Mitgliedern verfahren konnten; Hitler hatte somit im Ergebnis die Personalhoheit über die soeben mit erweiterten Legislativbefugnissen ausgestatteten Landesregierungen.

II. *Machtbefestigung*⁹⁹

In einem engeren Sinne kann die „Machtergreifung“ hiermit als beendet gelten¹⁰⁰: Das Ermächtigungsgesetz sprach der Regierung die Befugnis zu, beinahe jede gewünschte Rechts- und Sachlage formell zu legalisieren. Den schon durch extensive Anwendung der Reichstagsbrandverordnung vorläufig ausgeschalteten Ländern fehlte jetzt auf Dauer die Selbstständigkeit, um sich zu ernstzunehmenden politischen Gegengewichten zur Reichsregierung zu entwickeln. Die folgende Phase kennzeichnet neben dem weiteren Ausbau der Machtbefugnisse die systematische Ausschaltung verbliebener Machtzentren, auf deren Mitwirkung die Regierung Hitler zwar nicht (mehr) unmittelbar angewiesen war, die aber möglicherweise deren Macht mittelfristig politisch hätten in Frage stellen können, namentlich

⁹⁸ Vgl. Fn. 63.

⁹⁹ Die hier gewählte Terminologie orientiert sich an K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30 (33), der allerdings eine kleinschrittigere Einteilung vornimmt.

¹⁰⁰ Ähnlich gehen (allerdings mit anderem Untersuchungsziel) B. RÜTHERS/M. SCHMITT (Fn. 2), S. 369 davon aus, dass man die „Machtübernahme“ [...] etwa mit dem Inkrafttreten des Ermächtigungsgesetzes am 24.3.1933 als *vollzogen* ansehen kann“.

Parteien, Gewerkschaften¹⁰¹ und Verbände¹⁰²¹⁰³. Unter den zahlreichen, auch bereits die Umsetzung der rassistischen Ideologie des Nationalsozialismus dienenden Maßnahmen¹⁰⁴ der Jahre 1933 und 1934 sollen hier nur die für die Machtbefestigung wesentlichsten angesprochen werden: Im Sommer 1933 wurden nach und nach die verbliebenen politischen Parteien ausgeschaltet, wobei die Regierung vielfach gar nicht auf explizite Verbote zurückgreifen musste, sondern sie durch Verfolgung, Vermögenseinziehung und im Falle des Zentrums durch Einflussnahme auf den Vatikan faktisch ausschalten oder zur Selbstauflösung nötigen konnte¹⁰⁵. Bei der Reichstagswahl am 12.11.1933 stand nur noch eine Einheitsliste der NSDAP zur Wahl. Das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14.7.1933¹⁰⁶ untersagte schließlich jede parteipolitische Betätigung außerhalb der NSDAP. Das „Gesetz über den Neuaufbau des Reichs“ vom 30.1.1934¹⁰⁷ konsolidierte und steigerte zugleich die durch Ermächtigungs- und Gleichschaltungsgesetze geschaffenen diktatorischen Verhältnisse. Die Länderparlamente wurden aufgelöst, die Landesregierungen nunmehr direkt der Reichsregierung unterstellt und dieser schlicht die Befugnis zur Setzung neuen Verfassungsrechts verliehen. Das Gesetz über das Staatsoberhaupt des deutschen Reichs vom 1.8.1934 bestimmte schließlich, dass mit dem Tode v. Hindenburgs (dieser verstarb am 2.8.1934) die Befugnisse des Reichspräsidenten auf Hitler übergingen¹⁰⁸.

¹⁰¹ K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 247 ff.

¹⁰² K.D. Bracher (Fn. 5), S. 261 ff.

¹⁰³ Lediglich zu erwähnen ist auch das nachträglich formal legalisierte (RGBl. 1934/I, S. 529) Massaker Ende Juni/Anfang Juli 1934, dem namentlich die SA-Führung als potentiell verselbstständigtes Machtzentrum zum Opfer fiel; vgl. näher W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 633 ff.

¹⁰⁴ Nicht zuletzt ist hier an das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ (RGBl. 1933/I, S. 175) zu denken, das nicht nur rassistische Ziele verfolgte, indem es die Versetzung nach nationalsozialistischer Definition „nichtarischer“ Beamter in den Ruhestand (§ 3) – häufig ohne Bezüge, vgl. § 8 f. – vorsah, sondern dessen § 4 auch die Entlassung politisch missliebiger Beamter ermöglichte und somit wesentlich zur Eingliederung der Verwaltung in den Machtapparat beitrug.

¹⁰⁵ Vgl. näher K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 269 ff.

¹⁰⁶ RGBl. 1933/I, S. 479.

¹⁰⁷ RGBl. 1934/I, S. 75. Dieses Gesetz wurde wiederum durch den Reichstag beschlossen, was in dessen jetziger Zusammensetzung bloß noch eine formale Frage war.

¹⁰⁸ Das Gesetz wird aufgrund der Ausschaltung des letzten nach Maßgabe der WRV wesentlichen Gegengewichts zu Hitler mitunter als Abschluss der Machtergreifung angesehen (so etwa W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 637).

C. Staatsrechtliche Bedeutung

Eine staatsrechtliche Beurteilung der „Machtergreifung“ und ihrer Konsequenzen sieht sich erheblichen methodischen Schwierigkeiten ausgesetzt. Weder ist ihr Gegenstand genau bestimmt, noch kann sie von einem gesicherten normativen Rahmen als Maßstab ausgehen. Insbesondere steht die rechtstheoretische Vorfrage im Raum, ob und falls ja, wann die Vorgänge im Frühjahr 1933, vielleicht aber auch erst die weiteren Entwicklungen der Jahre 1933/34 und darüber hinaus, die Verfassungsordnung der Republik zerstörten, die wiederum aus das viel diskutierte Problem der Legalität verweist. Nicht zielführend erscheint jedenfalls eine Konzentration auf die Ernennung Hitlers zum Reichskanzler. Eine gewisse Beliebigkeit kennzeichnet (auch) hier die nationalsozialistische Staatsrechtslehre. Sie konnte, weil und soweit sie bereits relativ frühzeitig die Weimarer Reichsverfassung nicht mehr als normative Grundlage des Staates ansah¹⁰⁹, die Frage der Verfassungsmäßigkeit eigentlich nur rechtshistorisch behandeln. Wo sie Stellung nahm, wird, soweit ersichtlich, im Ergebnis die Übereinstimmung der Ernennung mit der Verfassung – als „selbstverständlich ‚legal‘ im Sinne der äußeren Buchstabentreue“¹¹⁰ oder sogar als Umsetzung des in Art. 1 Abs. 2 WRV festgelegten demokratischen Ideals¹¹¹ – konstatiert. Zugleich laufen Versuche einer Legitimierung unter Berufung auf einen gegen die Verfassung gerichteten Willen des Volkes¹¹² sowie unter Berufung auf die Herrschaftsordnung des Dritten Reiches¹¹³ auf einen revolutionären Charakter (schon) dieses Vorganges hinaus. Diese Darstellung dürfte in nicht geringem Maße durch den um Hitler errichteten Personenkult beeinflusst sein. Nüchtern betrachtet, spricht wenig für eine staatsrechtliche Signifikanz der Ernennung. Hitler als Reichskanzler war in vielerlei Hinsicht eine Katastrophe; staatsrechtlich war er zunächst einmal bloß Reichskanzler. Ebenso wenig überzeugt es im Ergebnis, der Reichstagswahl den Sinn eines

¹⁰⁹ Vgl. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Heft 1 in *Das deutsche Recht der Gegenwart*, Heft 1, Hamburg 1933, abgedruckt in *Carl Schmitt, Gesammelte Schriften*, Berlin, 2021, S. 76; E.R. HUBER (Fn. 68), S. 44 f.

¹¹⁰ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹¹ K. STEINBRINK, *Die Revolution Adolf Hitlers*, Berlin, 1934, S. 16.

¹¹² K. STEINBRINK (Fn. 111), S. 16 f., der das mit Stimmengewinnen der NSDAP bei der lippischen Landtagswahl begründet (!).

¹¹³ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45: „eigentliche innere Rechtfertigung [...] vom Geiste der neuen werdenden Ordnung aus“.

Volksentscheides zugunsten der „Machtergreifung“ beizulegen¹¹⁴. Dass es sich um einen solchen nach Maßgabe der Weimarer Reichsverfassung gehandelt habe, hat die nationalsozialistische Staatsrechtslehre (die sich von dieser ja gerade abgrenzen wollte) nicht einmal behauptet; es liegt auch fern. Eine Deutung „von der neuen revolutionären Ordnung aus“¹¹⁵ würde indes voraussetzen, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die „Machtergreifung“ nicht nur die Weimarer Verfassungsordnung beseitigt¹¹⁶ sondern auch die Formen bereitgestellt hätte, um eine solche Entscheidungsfindung zu ermöglichen. Dafür spricht rein gar nichts; diese Darstellung passt allerdings in das Bild einer kontrafaktischen Deutung des Volkes als einheitlich denkende, wollende und handelnde Entität, deren Entscheidungen dann wenig überraschend immer die ihr von nationalsozialistischer Seite angesonnenen sein sollten. Dementsprechend wenig stößt sich diese Sichtweise dann auch daran, dass das Ergebnis der NSDAP mit 43,9% zwar erschreckend stark, aber keineswegs überwältigend war. Der nächste Schritt, den die nationalsozialistische Deutung als Sargnagel der Republik ins Auge fasst, ist der Flaggenerlass vom 12.3.1933¹¹⁷. Das scheint aufgrund des nur symbolischen Charakters der Beflaggung abwegig und ist es an sich auch; allerdings geht es insoweit *nicht* an der Sache vorbei, als hiermit das Oberhaupt der Republik öffentlich dokumentierte, sich nicht mehr mit ihr zu identifizieren. Was daraus folgt, wäre aber erst zu begründen. Als „vorläufige Verfassung“ galt dieser Sicht schließlich das „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.3.1933¹¹⁸. Was kann man nun aus heutiger Sicht über die staatsrechtlichen Folgen der Machtergreifung sagen? Eine erschöpfende Antwort müsste zuallererst eine rechtstheoretische Grundlegung leisten, die allein die Möglichkeiten dieser Arbeit sprengen würde. *Kein* taugliches Kriterium für das Ende eines Staates und das etwaige Entstehen eines neuen ist nach den bisherigen Erkenntnissen jedenfalls die Identität des Rechtsträgers. Man würde damit letztlich dem Grundirrtum des

¹¹⁴ In diesem Sinne C. SCHMITT, *Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts*, Deutscher Juristentag 1933, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V. Ansprachen und Fachvorträge, Berlin, 1933, S. 242-252 abgedruckt in: *Carl Schmitt, Gesammelte Schriften*, Berlin 2021, S. 57 (58); E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹⁵ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹⁶ Die Reichstagsbrandverordnung war vor nicht einmal einer Woche erlassen worden; gleich, wie man das begonnene Terrorregime deutet, konnte eine nachhaltige Beseitigung der bestehenden Verfassungsordnung daraus zu diesem Zeitpunkt kaum folgen.

¹¹⁷ Als konstitutiv für das Ende der Weimarer Reichsverfassung sieht dies explizit *Schmitt* (Fn. 109), S. 76 an; nach E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45 f. wurde hingegen die Revolution nur „symbolhaft dokumentiert“.

¹¹⁸ C. SCHMITT (Fn. 109), S. 76 (77); ihm folgend F. POETZSCH-HEFFTER/C.-H. ULE/C. DERNEDDE, *Vom Deutschen Staatsleben (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933)*, JÖR 1935, 1 (11).

Dezisionismus aufsitzen¹¹⁹. Auch das Abstellen auf die wesentlichen Grundentscheidungen und Strukturprinzipien einer Verfassung erscheint letztlich zu voraussetzungsvoll, setzt es doch deren Identifikation aus der Binnenperspektive einer Rechtsordnung voraus, welche eine solche Charakterisierung potentiell (nämlich, falls sie dem *pouvoir constituant constitué* keine Grenzen setzt) gar nicht leistet. Eine unbefangene Beurteilung ermöglicht vielmehr der zu Unrecht gescholtene¹²⁰ Positivismus, der die Rechtsordnung als die normative Deutung einer tatsächlich wirksamen Zwangsordnung auffasst¹²¹. Hiervon ausgehend, bildet das Kriterium für die Identität und Existenz einer Rechtsordnung die Identität und Existenz ihrer primordialen Rechtserkenntnisregel, ihrer „rule(s) of recognition“¹²². Für einen Staat, der wie die Weimarer Republik auf einer schriftlichen Verfassungsurkunde aufbaut, besteht dieses Validitätskriterium darin, dass eine Norm ihre Geltung direkt oder indirekt von dieser historisch ersten Verfassung ableitet. Maßgeblich für die Fortexistenz eines solchen Staates ist, ob die rechtliche Wirksamkeit einer Norm nach Maßgabe der Verfassung auch über ihre tatsächliche Wirksamkeit entscheidet. Gerade diese Form tatsächlicher Wirksamkeit ging der Weimarer Reichsverfassung im Laufe der „Machtergreifung“ leider allmählich verloren. Entscheidend sind dabei nicht die möglichen und evidenten Rechtsverstöße an sich. Bezeichnend ist vielmehr, dass gerade die Organe, die unmittelbar für die Gewährleistung der Verfassung als oberster Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungsregel verantwortlich waren, sie nicht mehr als solche behandelten: Ein Staatsgerichtshof, der über Anträge nicht mehr entschied; ein Reichspräsident, der dessen Judikatur konterkarierte, eine Regierung, die darüber noch hinausging und sich erklärtermaßen nicht um die Rechtmäßigkeit ihrer Gewaltmaßnahmen gegen die politische Opposition scherte; und schließlich ein Parlament, das dieser Regierung, die erklärte, sich seine Funktion nötigenfalls auch außerhalb der dafür vorgesehenen

¹¹⁹ Nämlich demjenigen, dass es eine vorrechtliche, handlungs- und entscheidungsfähige Entität „Verfassungsgeber“ gebe. Anders allerdings, wenn man deren Entscheidungsfindung als Anwendung naturrechtlicher Rechtserzeugungsnormen auffasst.

¹²⁰ Dazu H. DREIER, *Zerrbild Rechtspositivismus, Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden*, in JABLONER/KUCSKO-STADLMAYER/MUZAK/PERTHOLD-STOITZNER/STÖGER (Hrsg.) *Vom praktischen Wert der Methode*, Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, Wien, 2011, S. 61. Namentlich läuft ein moderner Positivismus darauf hinaus, mit dem Begriff des Rechts keinen irgendwie gearteten Gerechtigkeits- oder überpositiven Befolungsanspruch zu verbinden, und lässt ethisch motivierten Widerstand gegen ungerichtetes Recht daher gerade zu; vgl. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3. Auflage, Oxford, 2012, S. 207 ff., und bemerkenswert klar schon R. THOMA, in ANSCHÜTZ/THOMA (Fn. 36), S.141 f.

¹²¹ Vgl. nur H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien, 1960, S. 45 ff., 48 ff.

¹²² Vgl. zum Konzept H.L.A. HART (Fn. 120), S. 94 ff.

Formen zu verschaffen¹²³, mehrheitlich zu Willen war – all das sind Ausformungen eines Verlustes der Verfassung an Steuerungskraft. Woran der Verfassungsstaat von Weimar zugrunde ging, war nicht die Illegalität der Machtergreifung, sondern der Umstand, dass sie Gesellschaft und Institutionen in einem Strudel aus Angst und Opportunismus nicht mehr genügend bedeutete, um diesem Kriterium praktische Relevanz zu verschaffen.

Abstract

Zusammenfassung: Der Beitrag skizziert die Anfangsphase der Etablierung der nationalsozialistischen Diktatur, die „Machtergreifung“, anhand ihrer wesentlichen rechtlichen Eckpunkte aus verfassungsrechtlicher Perspektive und untersucht deren rechtliche Relevanz sowie die Frage ihrer Legalität. Unter Heranziehung der Auffassungen der zeitgenössischen Rechtswissenschaft identifiziert er Verfassungsverstöße, betont aber auch, dass nach dem verfassungsrechtlichen Maßstab des Jahres 1933 weitreichende Machtverschiebungen zulässig oder zumindest rechtswirksam waren. Schließlich nimmt er Stellung zu den Kriterien verfassungsrechtlicher (Dis-)Kontinuität angesichts des radikalen Systemwandels sowie zur Rolle der Rechtswissenschaft – und des Rechtspositivismus im Besonderen – gegenüber einem solchen Wandel im Spannungsfeld von Recht und Gerechtigkeit.

Abstract

The article outlines the initial phase of the establishment of the National Socialist dictatorship, the “Machtergreifung”, on the basis of its essential legal cornerstones from a constitutional law perspective, exploring their legal significance and the question of their legality under the Weimar Constitution. Drawing on the views of contemporaneous jurisprudence, it identifies violations of constitutional law but also stresses that, judging by the constitutional yardstick of 1933, extensive shifts of power were legal or at least legally effective. Finally, it takes a position on the criteria of constitutional (dis)continuity in view of the radical change

¹²³ Vgl. neben der Darstellung unter B. 7) a) (aa) β) auch die unverhohlenen Drohungen im „Völkischen Beobachter“ vom 23.3.1933, abgedruckt bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 86.

of system as well as on the role of legal science – and legal positivism in particular – facing such change in the field of tension between law and justice.

Bochum, settembre 2022.

MOSES WIEPEN*

150. Geburtstag von Martin Wolff am 26. September 2022.

*Leben und Wirken vor und nach der Emigration***

Inhaltsübersicht: I. 1872-1933: Familiäre Verhältnisse und steile Karriere Wolffs in Deutschland. – 1. Die Familie Wolff. – 2. Ausbildung und Karriereweg Wolffs. – 3. Meister des Sachenrechts. – 4. Meister des Internationalen Privatrechts. – 5. Martin Wolff als Hochschullehrer. – II. 1933-1945: Vertreibung aus Deutschland und Emigration nach Oxford. – 1. Zwangsemeritierung in Deutschland. a) Martin Wolff als Nicht-Arier. b) Hoheitliche Vertreibung aus der Universität. c) Finanzielle Auswirkungen der Vertreibung. – 2. Emigration nach Oxford. – 3. Forschung während des Nationalsozialismus. – 4. Rezeption der Werke Wolffs im Nationalsozialismus. – III. 1945-1953: Keine Rückkehr nach Deutschland. – 1. Entschädigungen für das nationalsozialistische Unrecht. – 2. Forschung in der Nachkriegszeit. – 3. Renaissance der Rezeption Wolffs. a) Rezeption in der rechtswissenschaftlichen Literatur. b) Rezeption in der Rechtsprechung. – IV. Zusammenfassende Betrachtung.

I. 1872-1933: Familiäre Verhältnisse und steile Karriere Wolffs in Deutschland

1. *Die Familie Wolff*

Martin Wolff wurde am 26.9.1872 in Berlin geboren¹. *Wolffs* Vater, *Wilhelm Wolff*, war jüdischer Konfession, arbeitete als Kaufmann und verstarb 1921². *Wolffs* Mutter, wohl *Selma*

* *Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Handels- und Wirtschaftsrecht von Frau Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Univ. Bristol) der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehnle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2022 entstanden. Der Verfasser bedankt sich bei Prof. Dr. Arndt Kiehnle für wertvolle Anregungen.*

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

¹ BArch R 4901/13281, Bl. 101.

² BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Leonie Breunung / Manfred Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933, Ein bio-bibliographisches Handbuch, Band 1, Westeuropäische Staaten, Türkei, Palästina/Israel, lateinamerikanische Staaten, Südafrikanische Union (2012) 550.

*Wolff*³, war ebenso jüdischen Glaubens und verstarb 1913⁴, *Wolff* war in der Folge auch jüdischer Konfession⁵, Am 15.3.1906 heiratete er die britische Staatsbürgerin *Marguerite Jolowicz* (geb. 10.12.1883; gest. 21.5.1964), ebenfalls Jüdin⁶, Der Ehe entsprangen zwei Söhne, *Konrad Martin Wolff* (geb. 11.3.1907; gest. 23.10.1989) und *Viktor Karl Wolff* (geb. 10.4.1911; gest. 30.5.1944), die ebenso wie ihr Vater in Berlin promovierte Juristen waren⁷.

2. *Ausbildung und Karriereweg Wolffs*

Nach seinem Studium der Rechtswissenschaft in Berlin⁸ wurde *Wolff* am 03.11.1894 ebendort mit der Dissertation „Das beneficium excussionis realis“ zum Doktor der Rechte promoviert⁹. Ebenfalls in Berlin absolvierte *Wolff* sein Referendariat und wurde dort schließlich am 21.05.1900 mit der Habilitationsschrift „Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere

³ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 1a; *Thomas Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953), Ordnung und Klarheit als Rechts- und Lebensprinzip* (2009), 6; teilweise wird angenommen, sie hätte *Lebna* geheißen, BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Gerhard Dannemann*, *Martin Wolff (1872-1953)*, in: *Jurists Uprooted, German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, hrsg. von Jack Beatson / Reinhard Zimmermann, Oxford (2004) 441-461, 444; *ders.*, *Martin Wolff (1872-1953)*, in: *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft* hrsg. von Stefan Grundmann / Michael Kloepfer / Christoph G. Paulus / Rainer, Schröder / Gerhard Werle (2010) 561-582, 562 nimmt aber später auch an, dass *Selma* der korrekte Vorname sei. Nach Inaugenscheinahme der Personalakte *Martin Wolffs* (HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 1a) durch den Verfasser hält dieser eine Missinterpretation des Schriftbildes, ggf. auch dem der Geburtsurkunde, für möglich.

⁴ BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Breunung / Walther*, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933* (Fn. 2) 550.

⁵ BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Dannemann*, *Martin Wolff (1872-1953)*, in: *FS Juristische Fakultät HU Berlin* (Fn. 3) 562; HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 1a; *Ludwig Raiser*, *Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953*, AcP 172 (1972) 489-497, 490.

⁶ BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Breunung / Walther*, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933* (Fn. 2) 567.

⁷ BArch R 4901/13281, Bl. 101; *Breunung / Walther*, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933* (Fn. 2) 567; *Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953)* (Fn. 3) 96, 101. *Konrad Wolff* war nach seiner Emigration über Trinidad in die USA – wohl zum Missmut *Martin Wolffs* – als Musiker tätig, *Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953)* (Fn. 3) 97 ff.

⁸ *Wolff* verbrachte das Sommersemester 1891 in Freiburg und das Sommersemester 1893 in München, BArch R 4901/13281, Bl. 101.

⁹ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 2; *Dieter Medicus*, *Martin Wolff (1872-1953), Ein Meister an Klarheit*, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* hrsg. von Helmut Heinrichs / Harald Franzki / Klaus Schmalz / Michael Stolleis (1993) 543-553, 543; vgl. *Wolff*, *Das beneficium excussionis realis*, Berlin (1894). Dass *Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953)* (Fn. 3) 12 (dort Fn. 57), 14 (Fn. 68), 15 (Fn. 79) den akademischen Lebenslauf *Wolffs* mit HUB-A UK-Per. Nr. W 146, Bl. 3 belegt, leuchtet dem Verfasser nicht ein, da es sich bei der zitierten Quelle um die Personalakte des Privatdozenten und Pastoren *Werdermann* handelt und keine dahingehenden Informationen über *Wolff* beinhaltet (bezeichnete Quelle wird auch andernorts zitiert). Auch die von *Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953)* (Fn. 3) 6 (dort Fn. 3 und 4), 7 (dort Fn. 9 und 12) zitierte Personalakte *Ludwig Wolffs* weist an den zitierten Stellen keinen Bezug zu *Martin Wolff* auf.

der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich auf geschichtlicher Grundlage“ habilitiert¹⁰. Nach Professuren in Marburg und Bonn kehrte er zum Wintersemester 1921/1922 nach Berlin als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Internationales Privatrecht zurück¹¹.

Ein Blick in die Schriftenverzeichnisse *Wolffs* genügt, um seine wissenschaftliche Vielseitigkeit zu erkennen¹². Neben zahlreichen Aufsätzen, Rezensionen und monographischen Abhandlungen, auch zum Handelsrecht¹³, hat *Wolff* ebenso das Sachenrecht¹⁴ und das Familienrecht¹⁵ im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts ab dessen Begründung bearbeitet sowie Lehrbücher zum deutschen¹⁶ und englischen¹⁷ Internationalen Privatrecht verfasst.

¹⁰ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 2; *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 543; vgl. *Martin Wolff*, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich auf geschichtlicher Grundlage, Jena (1900)

¹¹ BAArch R 4901/13281, Bl. 101; HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 1, W 266-II, Bl. 6; *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 552; ausführlich zu den Lehrstühlen in Marburg und Bonn *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 42 ff.; *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 544. Einen Ruf an die juristische Fakultät der Universität Freiburg hat er schon 1902 nicht erhalten, da er „Israelit“ gewesen sei, UA Freiburg, B1 V 1., Bl. 87a, zit. nach: *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 555.

¹² Festschrift für Martin Wolff, Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, hrsg. von Ernst v. Caemmerer / Walter Hallstein / F. A. Mann / Ludwig Raiser (1952) 401 ff.; *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 317 ff.; Ergänzungen bei *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 571 ff.

¹³ *Martin Wolff*, Commercial Law, in: Manual of German Law, Band 1: General Introduction, Civil and Commercial Law, hrsg. von Foreign Office, His Majesty's Stationery Office, London (1950); *ders.*, Bankdepotrecht. Die Pflichten der Banken bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere in ausländischen Rechten, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht (RabelsZ) 4 (1930), 445-470; *ders.*, Nichtigkeitsbeschlüsse von Aktiengesellschaften, Zentralblatt für Handelsrecht (ZBlHR) 1930, 325-330; *ders.*, Die Gegenstände des Handelsrechts: Grundzüge; 1. Abschnitt. Die Ware; 3. Abschnitt. Das Geld, in: Handbuch des Gesamten Handelsrechts, 4. Band, hrsg. von Victor Ehrenberg (1917) 1-124, 563-648; *ders.*, Das Privatversicherungsrecht, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung², 2. Band, hrsg. von Franz von Holtzendorff / Josef Kohler (1914) 413-452; *ders.*, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910, Zweiter Band, Privatrecht. Zivilprozeßrecht, Breslau (1910) 115-160; *ders.*, § 344 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts, ZHR 47 (1898), 247-266; *Julius Flechtheim / Martin Wolff / Maximilian Schmulewitz*, Die Satzungen der deutscher Aktiengesellschaften (1929).

¹⁴ *Ludwig Enneccerus / Theodor Kipp / Martin Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band, Sachenrecht¹⁻⁹ (1910-1932).

¹⁵ *Ludwig Enneccerus / Theodor Kipp / Martin Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Vierter Band, Familienrecht¹⁻⁷ (1912-1931).

¹⁶ *Martin Wolff*, Internationales Privatrecht¹ (1933), Das internationale Privatrecht Deutschlands² (1949), Das internationale Privatrecht Deutschlands³ (1954), spanische Übersetzung Derecho internacional privado (traducción de José Rovira y Ermengol), Barcelona/Madrid/Buenos Aires/Rio de Janeiro (1936).

¹⁷ *Martin Wolff*, Private International Law¹, Oxford (1945) und Private International Law², Oxford (1950); Rezeption als „Meisterwerk“, *Hans Dölle*, Martin Wolff zum 80. Geburtstag, RabelsZ 17 (1952), 323-324, 323.

3. *Meister des Sachenrechts*

Mit Abschluss *Wolffs* akademischer Ausbildung trat das Bürgerliche Gesetzbuch am 01.01.1900 in Kraft¹⁸. Er widmete sich fortan – häufig unter Berücksichtigung der rechtsgeschichtlichen Bezüge¹⁹ – überwiegend dem Sachenrecht²⁰. Die Beiträge *Wolffs* zum Sachenrecht im jahrzehntelangen Standardwerk²¹ *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Dritter Band, werden in der Rechtswissenschaft als sein „wissenschaftliches Hauptwerk“²² angesehen und *Martin Wolff* wurde zum „Meister des Sachenrechts“ ernannt²³. Da es sich bei *Wolffs* Sachenrecht um ein Standardwerk handelte, wurden seine Beiträge in diesem Lehrbuch auch in der Rechtspraxis vom RG zitiert²⁴ und sogar ins Spanische übersetzt (1936)²⁵.

4. *Meister des Internationalen Privatrechts*

Neben dem Sachenrecht bildete das Internationale Privatrecht, einschließlich rechtsvergleichender und auslandsrechtlicher Aspekte, einen wesentlichen Forschungsschwerpunkt *Wolffs*.

„Das Internationale Privatrecht ist weder international noch ein Privatrecht“²⁶.

Dieser zutreffende Satz bildete den Auftakt zu *Wolffs* Vorlesung zum Internationalen Privatrecht²⁷. Ebenso wie zu Sachenrecht schrieb *Wolff* ein Lehrbuch zum Internationalen

¹⁸ RGBl. 1896, S. 195 ff.

¹⁹ *Ulrich Stutz*, Martin Wolff, Privatdozent an der Universität Berlin, Der Bau auf fremdem Boden insbesondere der Grenzübergang nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich auf geschichtlicher Grundlage dargestellt. Jena, Gustav Fischer, 1900, XII u. 207 S. (Rezension), ZRG 1901, 449-450.

²⁰ Vgl. *Wolff*, Der Bau auf fremdem Boden (Fn. 10); *ders.*, Der Mitbesitz nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Ferdinand Regelsberger / Victor Ehrenberg, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JJ), Band 44 (1902) 143-206; *ders.*, Das Recht zum Besitze (1903).

²¹ *E. J. Cohn*, German Legal Science Today, The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 2 (1953) 169-192, 186; *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 83; *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 543.

²² *Wolffs* Schüler *Ludwig Raiser*, Ludwig Enneccerus / Theodor Kipp / Martin Wolff (Begr.), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band, Sachenrecht¹⁰ (1957) V.

²³ *Ludwig Raiser*, Zum 80. Geburtstag Martin Wolffs, JZ 1952, 573; ähnlich *Walter Hallstein*, Martin Wolff, JZ 1953, 580-581, 580 f.

²⁴ Bspw. RG Ur. v. 03.07.1918 – I 423/17, RGZ 93, 230 (233); Ur. v. 06.10.1930 – IV 583/29, RGZ 130, 69 (72); RG Ur. v. 11.11.1932 – VII 235/32, RGZ 138, 265 (267).

²⁵ *Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin*, Tratado de Derecho Civil, tercer tomo: Derecho de Cosas por Martin Wolff, octava revisión, traducción de la 32.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona (1936).

²⁶ *Martin Wolff*, zit. nach *Else Koffka*, Zum Gedächtnis von Martin Wolff, JR 1953, 419, 419.

²⁷ *Koffka*, Zum Gedächtnis von Martin Wolff (Fn. 26) 419.

Privatrecht, welches 1936 ins Spanische übersetzt wurde²⁸. Auch außerhalb der Universität engagierte sich *Wolff* im Internationalen Privatrecht. Aufgrund seiner Kompetenz war er lange Zeit als Berater und Mitarbeiter des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, dem Vorgänger des heutigen Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, beschäftigt²⁹. Von 1924 an war *Wolff* dort Mitherausgeber der Zeitschrift „Auslandsrecht, Blätter für Industrie und Handel“, ab 1927 ihrer Nachfolgerin, der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, ihrerseits Vorgängerin der heutigen *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*³⁰. Dies führte dazu, dass er nicht nur als Meister des Sachenrechts, sondern auch als „Meister des internationalen Privatrechts, der Auslandsrechte und der Rechtsvergleichung“³¹ geehrt wurde.

5. *Martin Wolff als Hochschullehrer*

Wolff wird als ungewöhnlicher, rhetorisch fesselnder und anspruchsvoller Hochschullehrer beschrieben³², der nicht eine Lehrstunde ausfallen ließ³³. Zugute kam ihm dabei die Fähigkeit, juristische Fragestellungen praktisch und anschaulich darzustellen³⁴. Betrachtet man die Publikationen *Wolffs*, wird klar, dass er nicht nur an der rechtswissenschaftlichen Forschung, sondern auch an der Lehre und den Studierenden besonders interessiert war³⁵.

²⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 16.

²⁹ *Dölle*, Martin Wolff zum 80. Geburtstag (Fn. 17) 323; *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 64 ff.

³⁰ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 562; *Dölle*, Martin Wolff zum 80. Geburtstag (Fn. 17) 324; Schriftenverzeichnis, in: Festschrift für Martin Wolff (Fn. 12) 413. Zur Entwicklung der Zeitschrift *Dölle*, *Rabels Zeitschrift*, *RabelsZ* 26 (1961) 1-3; *Ernst Rabel*, Zur Einführung, *RabelsZ* 1 (1927), 1-4, 1.

³¹ *Dölle*, Martin Wolff zum 80. Geburtstag (Fn. 17) 323; vgl. auch Widmung, in: Festschrift für Martin Wolff (Fn. 12) III.

³² *Koffka*, Zum Gedächtnis von Martin Wolff (Fn. 26) 419; *Hans Lewald*, Martin Wolff zum Gedächtnis, *NJW* 1953, 1253-1254, 1253 f.; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490 f.; Widmung, in: Festschrift für Martin Wolff (Fn. 12) III.

³³ *Hallstein*, Martin Wolff (Fn. 23) 580; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490.

³⁴ *Dölle*, Martin Wolff gestorben, *RabelsZ* 18 (1953) 690-691, 690; *Lewald*, Martin Wolff zum Gedächtnis (Fn. 32) 1253 f.; eine Art Praxisevaluation des damals jungen BGB findet sich in *Wolff*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die deutschen Lebensgewohnheiten, Eine Umfrage bei Praktikern, zumal Notaren und Richtern der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *JW* 1906, 697-700.

³⁵ *Raiser*, Zum 80. Geburtstag Martin Wolffs (Fn. 23) 573.

Neben die Lehrbücher zum Sachenrecht, Familienrecht und Internationalen Privatrecht treten die Publikationen „Zivilrechtsfälle“ gemeinsam mit *Theodor Kipp*³⁶ und „Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prüfung in den Deutschen Bundesstaaten“ gemeinsam mit *Paul Daude*³⁷.

II. 1933-1945: Vertreibung aus Deutschland und Emigration nach Oxford

Mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten 1933 endeten die beruflichen Perspektiven *Wolffs* in Deutschland und die Gefahr antisemitischer Verfolgung nahm zu³⁸. Zunächst wird untersucht, weshalb *Wolff* von den Nationalsozialisten verfolgt und inoffiziell schikaniert wurde (II.1.a.), sodann welche hoheitlichen Maßnahmen sie gegen *Wolff* angestrengt haben (II.1.b.) und welche finanziellen Einschränkungen damit einher gingen (II.1.c.).

1. Zwangsemeritierung in Deutschland

a. Martin Wolff als Nicht-Arier

Nach Nr. 2 der 1. DVO zum Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums³⁹ galt nicht als arisch, wer von nicht-arischen, insbesondere jüdischen Eltern oder Großeltern abstammte. Aufgrund der jüdischen Konfession seiner Eltern und seiner eigenen Konfession wurde *Wolff* also als Nicht-Arier zur Zielscheibe der Nationalsozialisten. Trotz teilweiser Anerkennung seiner wissenschaftlichen Qualitäten sollte er als „Vollblutjude[...] [...] durch

³⁶ *Theodor Kipp / Martin Wolff*, *Zivilrechtsfälle*^{1/2} (1924/1928).

³⁷ *Paul Daude / Martin Wolff*, *Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prüfung in den Deutschen Bundesstaaten* (1903).

³⁸ Das nationalsozialistische Regime dauerte vom 30.01.1933 bis zum 08.05.1945 an, vgl. *Adolf Laufs*, *Rechtentwicklungen in Deutschland* (2006) 379.

³⁹ Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 11.04.1933, RGBl. 1933 I, S. 195.

rein-arische und national zuverlässige Persönlichkeiten ersetzt werden⁴⁰. Mitglied einer Partei oder anderweitig politisch engagiert war *Wolff* nicht⁴¹, sodass sich dessen Verfolgung durch die Nationalsozialisten nur mit *Wolffs* jüdischer Konfession erklären lässt. Auf *Wolffs* jüdische Konfession sind ebenso die mit der Machtübernahme beginnenden Störungen der Vorlesungen *Wolffs* zurückzuführen. Ab Anfang April 1933 kam es zu antisemitischen Boykotten und Störungen der Vorlesungen *Wolffs*⁴². Es kam zu Rufen wie „Juden raus“ und auch zur Belästigung derjenigen Studenten, die *Wolff* weiterhin Gehör schenkten⁴³. Noch zu Beginn konnte er seine Autorität, mit Unterstützung des Universitätsrektors *Eduard Koblrausch*⁴⁴, gegen die Störer durchsetzen und einzelne Anhänger des Hörsaals verweisen⁴⁵. Bei Übergriffen auf Studenten jüdischen Glaubens, die seine Vorlesung hörten, blieb *Wolff* jedoch untätig, da er nicht an der Universität gewesen sei, „um Politik zu machen“⁴⁶.

⁴⁰ Brief eines Unbekannten (Unterschrift nicht zu entziffern) an das Preußische Ministerium für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung (eingegangen am 13.07.1933), Schreiben *Koblrausch* an den Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung, GStA 1. HA Rep. 76 Va Sekt. 2 Tit. IV Nr. 45 Bd. 14, Bl. 46.

⁴¹ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 563; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 494; *Wolff* selbst in einem Antrag bei dem Kultusminister für die Verlegung seines Wohnsitzes nach England im Juni 1938 (HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 53). *Wolff* sah sich selbst als „politisch einwandfrei“ im Sinne des Führers an, a.a.O.

⁴² *Dannemann*, Martin Wolff (1872-1953), in: FS Juristische Fakultät HU Berlin (Fn. 3) 564; Schreiben *Gorlitt* an *Koblrausch* vom 15.12.1946, HUB-A Professoren B-W-Lehrkörper (ohne Seite); *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 105 ff.; Schreiben *Wolff* an *Peters* vom 25.02.1947, HUB-A Professoren B-W-Lehrkörper (ohne Seite).

⁴³ Schreiben *Koblrausch* an den Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung, GStA 1. HA Rep. 76 Va Sekt. 2 Tit. IV Nr. 45 Bd. 14, Bl. 26a, 27; Schreiben *Wolff* an *Koblrausch*, GStA 1. HA Rep. 76 Va Sekt. 2 Tit. IV Nr. 45 Bd. 14, Bl. 28.

⁴⁴ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 560; *Koffka*, Zum Gedächtnis von Martin Wolff (Fn. 26) 419; *Anna-Maria Gräfin v. Lösch*, Der nackte Geist, Die juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933 (1999) 40; *Wolff* verband „mit Prof. Kohlrausch seit 25 Jahren eine nahe Freundschaft, die nie getrübt worden ist“, Schreiben *Wolff* an *Peters* vom 25.02.1947, HUB-A Professoren B-W-Lehrkörper (ohne Seite), u.a. wegen gemeinsamen politischen Ansichten, Schreiben *Wolff* an *Peters* vom 25.02.1947 a.a.O. Auch nach eigenen Aussagen *Koblrauschs* hat sich dieser von Beginn des Nationalsozialismus gegen dessen Ideologie gewendet, Schreiben *Koblrausch* an *Dersch* vom 06.01.1948, S. 6, HUB-A Professoren B-W-Lehrkörper (ohne Seite).

⁴⁵ *Hallstein*, Martin Wolff (Fn. 23) 580; *F. A. Mann*, Life and Cases, S. 42, zit. nach ZEUP 2022, 81.

⁴⁶ Student *Hans Philipp* gegenüber *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 114.

b. *Hoheitliche Vertreibung aus der Universität*

Die nationalsozialistische Gesetzeslage ermöglichte 1933 noch kein hoheitliches Vorgehen gegen *Wolff*. Gem. § 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums⁴⁷ waren zwar grundsätzlich alle nicht-arischen Beamten in den Ruhestand zu versetzen. *Wolff* war, wie bereits festgestellt, kein Arier. Ihm kam jedoch zugute, dass er bereits zum 01.04.1903 als außerplanmäßiger Professor, also vor dem 01.08.1914, in das Beamtenverhältnis eingetreten war⁴⁸, § 3 Abs. 2 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums. Ein Vorgehen aufgrund dieses Gesetzes schied also aus. Trotz aller Schikanen leistete *Wolff* am 22.10.1934 in Berlin seinen Diensteid auf Adolf Hitler⁴⁹.

Da *Wolff* nicht mithilfe des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums entfernt werden konnte, mussten die Nationalsozialisten andere Wege finden, wie sie *Wolff* aus der Universität verdrängen konnten. Universitätsinterne Versuche, *Wolff* dazu zu bewegen, auf eigenen Antrag aus dem Beamtenverhältnis auszuschcheiden, blieben erfolglos⁵⁰. Der im April 1935 ernannte Dekan *Wenzeslaus Graf von Gleispach* ergriff jedoch unter Berufung auf die neue Gesetzeslage erneut die Initiative und beantragte am 28.05.1935 beim Reichswissenschaftsministerium eine entpflichtende Verfügung gegenüber *Wolff*⁵¹. Dieser wurde mit Schreiben vom 03.07.1935, rückwirkend zum 30.06.1935, gem. § 4 des Gesetzes über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlaß des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens⁵² von seinen amtlichen Verpflichtungen als Hochschullehrer entbunden⁵³. Die Rechtsgrundlage verlangte, dass der Lehrstuhl, dessen Inhaber von seinen Verpflichtungen zu entbinden war, fortfiel oder einem anderen Fachbereich zugeschlagen war. Damit diese Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen, wurde *Wolffs* Lehrstuhl durch einen

⁴⁷ Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 07.04.1933, RGBl. 1933 I, S. 175 ff.

⁴⁸ BArch R 4901/13281, Bl. 102 jedoch als „[p]lanmäßiger Professor“ aufgeführt. Bei der Verbeamtung außerordentlicher Professoren handelte es sich um eine Berliner Besonderheit, v. *Lösch*, *Der nackte Geist* (Fn. 44) 58.

⁴⁹ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 7.

⁵⁰ *Breunung / Walther*, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933* (Fn. 2) 564; v. *Lösch*, *Der nackte Geist* (Fn. 44) 362.

⁵¹ *Breunung / Walther*, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933* (Fn. 2) 564; *Hansen*, *Martin Wolff (1872–1953)* (Fn. 3) 124 m.w.N.

⁵² Gesetz über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlaß des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens vom 21.01.1935, RGBl. 1935 I, S. 23 f.

⁵³ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 26; W 266-II, Bl. 8.

rechtshistorischen Lehrstuhl ersetzt⁵⁴. Der neue Lehrstuhl für Römisches Recht und vergleichende Rechtswissenschaft wurde 1936 von *Paul Koschaker* besetzt⁵⁵. Somit wurde *Wolff* zum 30.06.1935 zwangsemeritiert.

Wolff wurde im Anschluss zunächst am 16.12.1935 zum 31.12.1935 gem. § 3 des Reichsbürgergesetzes⁵⁶ i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 der 1. DVO⁵⁷ zwangsweise in den Ruhestand versetzt⁵⁸. Anders als die DVO zum Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums enthielt dieser § 4 DVO keine Ausnahme für Beamte, die vor dem 01.08.1914 in das Beamtenverhältnis eingetreten waren. Da *Wolff* nicht im Ersten Weltkrieg gedient hatte⁵⁹, war er in den Ruhestand zu versetzen. Die vorbezeichnete Entscheidung wurde mit Schreiben vom 23.12.1935 wieder aufgehoben, da emeritierte Hochschullehrer nicht als Beamte im Sinne des § 4 DVO galten⁶⁰. Mit Inkrafttreten der 2. DVO⁶¹ trat jedoch an die Stelle des Ruhestands die Entziehung der Lehrbefugnis *Wolffs*, § 1 Abs. 3 2. DVO. Diese wurde *Wolff* am 22.02.1936, mit rückwirkender Wirkung zum 31.12.1935, durch den Rektor verkündet⁶².

c. *Finanzielle Auswirkungen der Vertreibung*

Für *Wolff*, dem die Lehre und die Arbeit mit den Studierenden besonders am Herzen lag, dürfte das Ende seiner Lehrtätigkeit nicht nur persönlich belastend gewesen sein. Mit den Einschränkungen in der Lehre gingen auch finanzielle Einschnitte einher. So wurde schon mit Schreiben vom 09.02.1934 das Gehalt *Wolffs* gem. § 44 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts⁶³ gekürzt⁶⁴. Neben das damalige Grundgehalt von 14.400 RM

⁵⁴ *Dannemann*, Martin Wolff (1872-1953), in: FS Juristische Fakultät HU Berlin (Fn. 3) 565.

⁵⁵ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 564; *Ries*, in: Neue deutsche Biographie, Bd. 12, hrsg. von Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (1980), 608.

⁵⁶ Reichsbürgergesetz vom 15.09.1935, RGBl. 1935 I, S. 1146.

⁵⁷ Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935, RGBl. 1935 I, S. 1333 f.

⁵⁸ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 28 (mit vorläufiger Entscheidung über das ruhegehaltsfähige Dienstinkommen i.H.v. 6.104 RM jährlich), W 266-II, Bl. 9.

⁵⁹ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 4.

⁶⁰ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 31, W 266-II, Bl. 10.

⁶¹ Zweite Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 21.12.1935, RGBl. 1935 I, S. 1524 f.

⁶² HUB-A UK-Per. Nr. W 226-I, Bl. 41, W 266-II, Bl. 11.

⁶³ Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts vom 30.06.1933, RGBl. 1933 I, S. 433 ff.

⁶⁴ GStA 1. HA Rep. 76 Va Sekt. 2 Tit. IV Nr. 45 Bd. 14, Bl. 146 f.; HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 25.

traten eine Honorargarantie in Höhe von 10.000 RM und eine besondere Vergütung für gutachterliche Tätigkeit im Ministerium in nicht eindeutiger Höhe; *Wolff* erhielt Bezüge in Höhe von 26.300 RM (jährlich)⁶⁵. Im November 1936 betrug *Wolffs* Emeritiertenbezüge jährlich noch 17.466 RM⁶⁶. Nach einer weiteren Kürzung der Emeritiertenbezüge *Wolffs* beliefen sich diese fortan nur noch auf 1.147,53 RM monatlich⁶⁷. Als *Wolff* im Oktober 1940 nur noch Monatsbezüge in Höhe von 727 RM erhielt, wurden die Zahlungen zum Monatsende auf Anordnung der Gestapo eingestellt⁶⁸. Im selben Zuge wurde das Vermögen *Wolffs* in Deutschland beschlagnahmt⁶⁹. Rechtsgrundlage dafür war § 2 S. 3 des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit⁷⁰, da gegen die Familie *Wolff* ein Ausbürgerungsverfahren angestrebt wurde. Ihre Staatsangehörigkeit verloren alle Familienmitglieder am 25.11.1941, als sie schon jahrelang im Ausland lebten, durch Inkrafttreten der 11. DVO zum Reichsbürgergesetz⁷¹. § 2 lit. a der 11. DVO sah nämlich vor, dass ein Jude seine deutsche Staatsangehörigkeit verliert, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei Inkrafttreten der Verordnung im Ausland hat⁷². Auch die bereits von der Gestapo angeordnete Einstellung der Bezugszahlungen konnte – jedenfalls ab Dezember 1941 – auf § 10 der 11. DVO, der auf den Verlust der Staatsangehörigkeit nach § 2 11. DVO verweist, gestützt werden.

Ähnliche Einschnitte, wenn auch in geringerem Ausmaße, musste *Wolffs* Ehefrau *Marguerite Wolff* verzeichnen, die bei *Viktor Bruns*, dem Leiter des Instituts für Ausländisches Öff-

⁶⁵ GStA 1. HA Rep. 76 Va Sekt. 2 Tit. IV Nr. 45 Bd. 14, Bl. 147.

⁶⁶ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 13; zwischenzeitlich (vor der späteren Aufhebung der Zwangsemeritierung) stand ein Ruhegehalt von lediglich 6.104 RM, HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 28, bzw. 13.952 RM, HUB-A a.a.O., Bl. 39, im Raum.

⁶⁷ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 66; v. *Lösch*, *Der nackte Geist* (Fn. 44) 364. Die Bezüge wurden nach *Wolffs* Emigration auf ein Sonderkonto bei einer Berliner Bank, *Wolff*, wählte die „Firma Mendelssohn & Co“, weitergezahlt mit der Maßgabe, dass sie nur für Zahlungen an Inländer verwendet werden dürfen, HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 56, 60.

⁶⁸ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 13.

⁶⁹ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 66.

⁷⁰ Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit vom 14.07.1933, RGBl. 1933 I, 480.

⁷¹ Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1942, RGBl. 1941 I, 722 ff.

⁷² Schreiben vom 19.01.1942, HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 68.

fentliches Recht und Völkerrecht, als Referentin für die englischen und amerikanischen Völkerrechtsauffassungen angestellt war⁷³. Sie einigte sich in Anbetracht der ihr drohenden hohheitlichen Verfolgungen mit *Bruns*, der mit der Familie *Wolff* befreundet war, über eine einvernehmliche Beendigung des Anstellungsverhältnisses⁷⁴.

2. *Emigration nach Oxford*

Um beruflich weiter tätig sein zu können⁷⁵ und auch um keine Deportation in ein Konzentrations- bzw. Vernichtungslager fürchten zu müssen⁷⁶, blieb *Wolff* keine andere Option als die Emigration. Aufgrund seines damaligen Alters von 65 Jahren⁷⁷, führte *Wolff* gegenüber dem Reichs- und preußischen Minister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung an, er möchte seine letzten Lebensjahre mit seiner Ehefrau und seinen Kindern verbringen⁷⁸.

Da bereits seine Frau *Marguerite Wolff* (1935) und sein Sohn *Viktor Wolff* (1933) nach England emigrierten⁷⁹, suchte auch *Wolff* in England nach einer Anstellung als Hochschulprofessor. Neben der familiären Verbundenheit sprach für eine Emigration nach England auch die britische Staatsangehörigkeit und damit die englischen Sprachkenntnisse seiner Frau, welche *Wolff* das Ankommen, insbesondere in dessen fortgeschrittenem Alter, erleichtern sollten⁸⁰. Zudem wurde die Familie *Wolff* von *Marguerite Wolffs* Angehörigen unterstützt⁸¹. Die Suche nach einem Arbeitsplatz in England gestaltete sich mühsam für *Wolff*. Nach jah-

⁷³ *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 93 f.

⁷⁴ *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 93 f.

⁷⁵ In Bezug auf die Rechtsvergleichung erklärte sich *Wolff* so auch gegenüber dem Reichs- und preußischen Minister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung, HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 53.

⁷⁶ Anders als *Wolff* erging es seiner Schwester *Pauline Meyer*, geb. *Wolff*, die mit ihrer Tochter 1942 in das Konzentrationslager Theresienstadt deportiert und dort am 19. Oktober 1942 getötet wurde, *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 550.

⁷⁷ Genaues Datum der Emigration nicht bekannt, vgl. Fn. 84.

⁷⁸ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 53.

⁷⁹ *Martin Wolffs* Sohn *Konrad Martin Wolff* ist nach Frankreich emigriert, *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 566 f.; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872–20.7.1953 (Fn. 5) 490.

⁸⁰ *Wolff* beschied sich selbst nur geringe Englischkenntnisse, vgl. *Dannemann*, Martin Wolff (1872–1953), in: *Jurists Uprooted* (Fn. 3) 446.

⁸¹ v. *Läsch*, *Der nackte Geist* (Fn. 44) 364.

relangen Schwierigkeiten hielt *Wolff* im Jahre 1938 beim All Souls College Oxford einen Vortrag zur Natur juristischer Personen⁸². Dort bekam er in der Folge ein Forschungsstipendium angeboten, welches er annahm und aufgrund dessen er schließlich – spätestens im September 1938 und mit Genehmigung des Reichs- und preußischen Ministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 17.09.1938⁸³ – nach England emigrierte⁸⁴. Dies bedeutete das Ende der Lehre *Wolffs*, da das Oxforder College eine reine Forschungseinrichtung ohne Ausbildung von Studierenden darstellte⁸⁵.

3. *Forschung während des Nationalsozialismus*

Mit der Machtübernahme des nationalsozialistischen Regimes nahmen die Publikationen *Wolffs* in Deutschland ab, bis sie schließlich fast vollständig eingestellt waren⁸⁶. In reduziertem Umfang veröffentlichte er seine Forschung jedoch im Ausland, beispielsweise in Griechenland⁸⁷, Großbritannien oder der Schweiz⁸⁸. Während des Nationalsozialismus und wohl auch wegen der Entfernung zu Deutschland änderte sich der inhaltliche Fokus *Wolffs*. Ab 1933 wandte er sich nicht mehr dem deutschen BGB, sondern fortan im Wesentlichen

⁸² *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 493; *Wolff* publizierte seinen Vortrag „On The Nature of Legal Persons“, in: *The Law Quarterly Review* 1938, 494-521.

⁸³ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 56.

⁸⁴ Genaues Datum der Emigration nicht bekannt *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 565 f.; *Hansen*, Martin Wolff (1872-1953) (Fn. 3) 132 m.w.N; *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 545 geht von der Emigration bereits im August 1938 aus; die Emigration wurde jedoch erst am 17.09.1938 genehmigt, Fn. 83; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490 geht von Emigration vor dem 26.09.1938 aus, vgl. „er war 65, als er Deutschland verließ“.

⁸⁵ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 554; die Emigrationsgenehmigung enthielt ebenfalls ein Lehrverbot, HUB-A UK-Per. Nr. W 266-I, Bl. 56.

⁸⁶ Vgl. nur *Wolffs* Aufsatz „Englische Reformarbeiten auf dem Gebiete des Zivilrechts“, der in *RabelsZ* 9 (1935), 291-293, also in Deutschland erschien; siehe auch die Übersicht in *Breunung/Walter*, S. 571; *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 545.

⁸⁷ *Martin Wolff*, Genehmigung und Zwischenverfügung, *Archeion idiotikou dikaiou* (Archiv des Privatrechts – AID) 1 (1934) 14-22.

⁸⁸ *Martin Wolff*, Über den Verkehrsschutz im neuen Wechselrecht, in: *Beiträge zum Handelsrecht*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Basel (1934) 438-460.

verstärkt dem deutschen⁸⁹ und englischen⁹⁰ Internationalen Privatrecht sowie der Rechtsvergleichung⁹¹ zu. Gemeinsam mit anderen, darunter dem ebenfalls vertriebenen *Ernst Rabel*, etablierte *Wolff* damit die Rechtsvergleichung in Deutschland⁹². 1935 endete auch *Wolffs* Mitherausgeberschaft der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht.

4. *Rezeption der Werke Wolffs im Nationalsozialismus*

Mit der Machtübernahme des nationalsozialistischen Regimes nahm die Zitation *Wolffs* durch das RG ab. In Fragen, die das RG zu beantworten und die *Wolff* zuvor ausführlich behandelt hatte, wie beispielsweise die Abwägung von Eigen- und Fremdnutz des Eigentums⁹³, wurde er nicht zitiert. Dies ist mit dem Verschluss und der Entfernung *Wolffs* Sachenrecht aus dem zentralen Barsortimentskatalog der Buchhandlungen sowie dessen anschließendem Verbot zu erklären⁹⁴. Jedenfalls liegt der Grund nicht in einer vorübergegangenen Aktualität oder Relevanz, wie die nach dem Nationalsozialismus wieder ansteigende Rezeption (siehe III.3.a. und b.) belegt.

⁸⁹ *Wolff*, Das internationale Privatrecht Deutschlands^{2/3} (Fn. 16).

⁹⁰ *Wolff*, Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in the Conflict of Laws, Transactions of the Grotius Society 1949, 143-155; *ders.*, Private International Law^{1/2} (Fn. 17); *ders.*, The Choice of Law by the Parties in International Contracts, Juridical Review 1937, 110-132.

⁹¹ *Martin Wolff*, Studien zum italienischen Vorentwurf eines Handelsgesetzbuchs von 1925, *RabelsZ* 1 (1927) 509-531; *ders.*, Kommentierung der Artt. 516-717 Code civil, in: *Zivilgesetze der Gegenwart*, Band 1, Frankreich, Code civil (1928); *ders./Rheinstein*, Das neue italienische Eherecht, *RabelsZ* 4 (1930), 915-929; *ders.*, *RabelsZ* 9 (1935) 291-293; *ders.*, Artikel „Internationales Sachenrecht“ und „Internationales Eherecht“, in: *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, hrsg. von Franz Schlegelberger, Band 4, (1927-1933) 390-419; *Pierre Arminjon / Baron Boris Nolde / Martin Wolff*, *Traité de droit comparé*, Bände 1-3 (1950/1951) (rezensiert von *Konrad Zweigert*, *Neue Systeme und Lehrmittel der Rechtsvergleichung: Zu den Büchern von Arminjon-Nolde-Martin Wolff, René David und Rudolf B. Schlesinger*, *RabelsZ* 17 (1952) 397-406, 398 ff.).

⁹² *Raiser*, Zum 80. Geburtstag Martin Wolffs (Fn. 23) 573.

⁹³ RG Urt. v. 10.03.1934 – I 154/33, RGZ 144, 106; vgl. *Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum (aus der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923) (Sonderdruck 1923); dazu *Fritz Rittner*, Unternehmensverfassung und Eigentum, in: *Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht*, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973, hrsg. von Robert Fischer / Wolfgang Hefermehl (1973) 363-384; besprochen von *Max Friedrich Gustav v. Rümelin*, *Besprechung zu Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum* AcP 123 (1925) 107-110.

⁹⁴ *Hansen*, Martin Wolff (1872-1953) (Fn. 3) 118.

III. 1945-1953: Keine Rückkehr nach Deutschland

Nachdem das nationalsozialistische Regime sein Ende gefunden hatte, ist *Wolff* nicht nach Deutschland zurückgekehrt⁹⁵. Angesichts der Gräueltaten, insbesondere der Vernichtung seiner Angehörigen, mochte *Wolff* deutschen Boden nicht mehr betreten⁹⁶. Vielmehr nahm er 1947 die britische Staatsbürgerschaft an⁹⁷.

1. Entschädigungen für das nationalsozialistische Unrecht

Ebenso wie seine Frau⁹⁸ strebte *Wolff* 1951 – im Alter von 79 Jahren – ein Verfahren zur Entschädigung an. Nach langer Zeit der Untätigkeit wurde *Wolff* der Wiedergutmachungsbescheid (es wurden eine Entschädigung sowie monatliche Emeritiertenbezüge i.H.v. 2.666,67 DM gewährt) vom 15.03.1953 am 29.04.1953, nicht einmal drei Monate vor seinem Tod, zugestellt⁹⁹. Dennoch finden sich Schreiben der von *Wolff* bevollmächtigten Rechtsanwälte an die Humboldt-Universität aus dem Sommer 1956, in denen weiterhin Auskunft über Zahlungen von Emeritiertenbezügen in der Zeit ab Oktober 1938 verlangt wird¹⁰⁰. Nach eigenen Aussagen der zuständigen Kaderabteilung waren die „gewünschten Angaben nur unvollkommen enthalten“¹⁰¹. Parallel zum staatlichen, finanziellen Entschädigungsverfahren konnte sich *Wolff* auch in akademischer Sicht rehabilitieren. Auf Initiative *Wilhelm Wenglers* wurde *Wolff* 1952 erst zum Honorar-, sodann zum ordentlichen Professor der 1948 nach dem Zweiten Weltkrieg gegründeten¹⁰² Freien Universität Berlin berufen¹⁰³. Warum nicht auch *Kohlrausch*, seit 1946 wieder Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität Berlin¹⁰⁴, an *Wolff* herantrat, ist ungewiss.

⁹⁵ *Breunung / Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933 (Fn. 2) 567; *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht¹⁰ (Fn. 22) V; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490.

⁹⁶ *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490.

⁹⁷ *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 142.

⁹⁸ *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 95 f.

⁹⁹ *Hansen*, Martin Wolff (1872–1953) (Fn. 3) 156 m.w.N.

¹⁰⁰ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 12.

¹⁰¹ HUB-A UK-Per. Nr. W 266-II, Bl. 13.

¹⁰² <https://www.fu-berlin.de/universitaet/leitbegriffe/index.html> (zuletzt abgerufen: 27.04.2022).

¹⁰³ *Hansen*, Martin Wolff (1872-1953) (Fn. 3) 158 f. m.w.N.

¹⁰⁴ v. *Lösch*, Der nackte Geist (Fn. 44) 39.

2. *Forschung in der Nachkriegszeit*

Für das Forschungsstipendium dankend widmete *Wolff* sein *Private International Law* 1944 dem All Souls College in Oxford¹⁰⁵. Bei dessen Erstellung war *Wolff* dessen Sohn *Viktor Wolff* behilflich, der als Barrister-at-law (Inner Temple) tätig war, jedoch vor der Publikation des *Private International Law* am 30.05.1944 verstarb¹⁰⁶. Die systematische und dogmatische Herangehensweise *Wolffs* war für den Case Law gewohnten Briten zwar ungewöhnlich¹⁰⁷, *Wolff* konnte im Jahr 1950 indessen schon die zweite Auflage des *Private International Law* veröffentlichen¹⁰⁸.

Auch wenn *Wolff* nicht physisch nach Deutschland zurückgekehrt ist, wandte er sich – zumindest rechtswissenschaftlich – mit der Ausarbeitung der zehnten Auflage des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band: Sachenrecht und der zweiten und dritten Auflage des Internationalen Privatrechts Deutschlands ab 1947 wieder dem deutschen Recht zu¹⁰⁹.

3. *Renaissance der Rezeption Wolffs*

Vom All Souls College Oxford erhielt *Wolff* zu seinem 80. Geburtstag im Jahr 1952 neben Ehrungen in der Literatur, inklusive einer Festschrift¹¹⁰, die Ehrendoktorwürde¹¹¹. Ebenfalls zu diesem Geburtstag wurde *Wolff* das Große Verdienstkreuz mit Stern des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen¹¹². Fernab dieser Auszeichnungen nahm auch die Rezeption der Werke *Wolffs* in der Nachkriegszeit wieder zu.

¹⁰⁵ *Wolff*, *Private International Law*¹ (Fn. 17) III.

¹⁰⁶ *Wolff*, *Private International Law*¹ (Fn. 17) III.

¹⁰⁷ *Dannemann*, Martin Wolff (1872-1953), in: *Jurists Uprooted* (Fn. 3) 450 ff.

¹⁰⁸ *Wolff*, *Private International Law*² (Fn. 17).

¹⁰⁹ Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band, 10. Auflage, S. V; *Wolff*, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*^{2/3} (Fn. 16).

¹¹⁰ *Dölle*, Martin Wolff zum 80. Geburtstag (Fn. 17) 323 f. widmete *Wolff* das gesamte Heft der Zeitschrift; *Raiser*, JZ 1952, 573; Festschrift für Martin Wolff (Fn. 12) 401 ff.

¹¹¹ *Medicus*, Martin Wolff (Fn. 9) 545; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 490.

¹¹² *Hansen*, Martin Wolff (1872-1953) (Fn. 3) 159.

a. *Rezeption in der rechtswissenschaftlichen Literatur*

Ein Blick in die aktuelle Literatur zum Sachenrecht genügt, um festzustellen, dass *Wolff* auch Jahrzehnte nach seinem Ableben noch wahrgenommen und rezipiert wird¹¹³. Er hat damit entscheidenden Einfluss auf das heutige Sachenrecht genommen¹¹⁴. Dennoch werden in der heutigen Literatur nicht alle Ansichten *Wolffs* geteilt: Der mittelbare Nebenbesitz, wie *Wolff* ihn beschrieb¹¹⁵, wird heute überwiegend abgelehnt¹¹⁶. Zwar hat auch *Wolff* erkannt, dass ein bereits einem anderen den Besitz mittelnder Besitzer durch bestimmtes Verhalten, auch durch die Begründung eines neuen Besitzkonstituts, das bestehende Besitzmittlungsverhältnis zerstören und sich damit zum Eigenbesitzer aufschwingen kann, allerdings sei diese Konsequenz insbesondere bei Kommissionären nicht zwingend¹¹⁷. Auch im Internationalen Privatrecht werden die Lehren *Martin Wolffs* bis heute in der Literatur, auch in Studienliteratur, dargestellt¹¹⁸. Jedoch hat sich seine internationalprivatrechtliche Forderung, die Qualifikation nach der *lex causae* zu vollziehen¹¹⁹, nicht durchsetzen können; die herrschende Meinung qualifiziert heutzutage *lege fori* beziehungsweise funktional-teleologisch¹²⁰.

¹¹³ *Wolfgang Lücke*, Sachenrecht⁴ (2020) 18, 319; *Hanns Prütting*, Sachenrecht³⁶ (2020), bspw. 135 (zum Bau auf fremdem Boden), 160, 184; *Frank L. Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁸, Band 8 (2020), hrsg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, § 866 BGB Rn. 1, 5, 9 (zum Mitbesitz); *Christoph Thole*, in: §§ 985-1011 BGB (2019), begr. von Julius v. Staudinger, § 986 BGB Rn. 2, Stand: 30.06.2021; *Klaus Vieweg / Sigrid Lorz*, Sachenrecht⁹ (2022), bspw. 19, 22, 25 jeweils zu *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht¹⁰ (Fn. 22). Die zehnte Auflage erschien zwar nach *Wolffs* Ableben, wurde jedoch in weiten Teilen noch mit von ihm bearbeitet, vgl. *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht¹⁰ (Fn. 22) VI.

¹¹⁴ *Medicus*, *Martin Wolff* (Fn. 9) 549.

¹¹⁵ *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht⁹ (Fn. 14) 27, 41 f.

¹¹⁶ Schon damals RG Urt. v. 11.11.1932 – VII 235/32, RGZ 138, 265; BGH Urt. v. 27.02.1968 – VIII ZR 11/66 (KG), NJW 1968, 1382 (1983), der jedoch nicht *Wolff*, sondern *Wulf Müller*, Heimlicher Gutgläubenserwerb?, AcP 137 (1933) 86-94, der sich *Wolff* anschloss, zitiert; *Fabian Klinck*, in: *Eckpfeiler des Zivilrechts*⁷, begr. von Julius v. Staudinger (2020) Rn. U 77; MüKoBGB/*Schäfer* (Fn. 113) § 868 BGB Rn. 20; *Oscar Szerkus*, Die Lehre vom Nebenbesitz und gutgläubiger Erwerb nach § 934 Alt. 1 BGB, ZJS 2016, 592-596, 595.

¹¹⁷ *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht⁹ (Fn. 14) 41 f.

¹¹⁸ *Christian v. Bar / Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht², Bd. 1, (2003) 640 ff.; *Jan v. Hein*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁸, Band 12 (2020), hrsg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, Einl. IPR Rn. 119; *Abbo Junker*, Internationales Privatrecht³ (2021) 107 ff.; *Jan Kroppholler*, Internationales Privatrecht⁶ (2006) 123; *Dirk Looschelders*, in: *Staudinger*, Einl. IPR (2019), begr. von Julius v. Staudinger, Rn. 1089, Stand: 08.12.2021.

¹¹⁹ *Wolff*, Das internationale Privatrecht Deutschlands³ (Fn. 16) 53 ff. zum deutschen IPR; *ders.*, Private International Law² (Fn. 17) 154 ff. zum englischen IPR.

¹²⁰ *v. Bar / Mankowski*, Internationales Privatrecht² (Fn. 118) 658 ff.; MüKoBGB/*v. Hein* (Fn. 118), Einl. IPR Rn. 118, 121 m.w.N.; *Junker*, Internationales Privatrecht (Fn. 118) 109 ff.; *Kroppholler*, Internationales Privatrecht (Fn. 118) 121 ff.; *Looschelders*, in: *Staudinger* (Fn. 118) Rn. 1091 ff.; *Wolff* aber verteidigend *Walter Selb*, *Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im internationalen Privatrecht*, AcP 157 (1958/1959) 341-349.

b. *Rezeption in der Rechtsprechung*

Auch die Rechtsprechung zitiert *Wolff* seit dem Ende des Nationalsozialismus wieder häufig. Schon der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone zitierte *Wolff*¹²¹. Seit 1951 wird *Wolff* von dessen Nachfolger, dem neu errichteten Bundesgerichtshof, der seit dem 01.10.1950 besteht¹²², zitiert. Dabei betrifft die Zitation vor allem *Wolffs* Schriften zum Internationalen Privatrecht¹²³ und zum Sachenrecht¹²⁴. Aber auch andere Publikationen werden zitiert¹²⁵. Betrachtet man die zitierten Entscheidungen, wird deutlich, dass *Wolff* über die Jahrzehnte hinweg präsent geblieben ist. Zwar nimmt die Zitationshäufigkeit ab, was aber weniger Rückschlüsse auf die Bedeutsamkeit von *Wolffs* Lehren zulässt, als es der zunehmenden Publikationsfülle – insbesondere an aktuelleren Werken – zuzuschreiben ist.

IV. *Zusammenfassende Betrachtung*

Das Leben *Wolffs* war von Höhen und Tiefen geprägt. In beeindruckender Weise absolvierte *Wolff* seine Ausbildung und er wurde zum wohl bedeutendsten Sachenrechtswissenschaftler seiner Zeit. Zwar widerfuhr *Wolff* schon im Auswahlverfahren für die Professorenberufung an der Universität in Freiburg der Antisemitismus¹²⁶. Der Antisemitismus im

¹²¹ Zu *Wolff*, Private International Law¹ (Fn. 17) und *Wolff*, Das internationale Privatrecht Deutschlands² (Fn. 16) OGHBrZ Urt. v. 31.03.1949 – I ZS 169/48, NJW 1949, 502 (502 f.).

¹²² https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/dasGericht_node.html (zuletzt abgerufen: 9.5.2022).

¹²³ Zum Internationalen Privatrecht Deutschlands bspw. BGH Urt. v. 25.01.1951 – V ZR 43/50, Rn. 15; Urt. v. 04.10.1951 – IV ZR 108/50, Rn. 17 (juris); Urt. v. 01.02.1952 – I ZR 123/50, Rn. 7, 11 (juris); Urt. v. 14.02.1952 – III ZR 126/51, Rn. 7 (juris); Urt. v. 30.09.1952 – I ZR 31/52, Rn. 11 (juris) alle zur 2. Auflage; ab Urt. v. 13.07.1954 – I ZR 60/53, Rn. 35 (juris); Urt. v. 13.07.1954 – I ZR 14/53, Rn. 12 (juris), Urt. v. 24.11.1960 – II ZR 9/60, Rn. 10 (juris), Urt. v. 12.02.1964 – IV AR (VZ) 39/63, Rn. 21 (juris); Urt. v. 04.06.1971 – IV ZR 97/70, Rn. 7 (juris); Urt. v. 30.10.1974 – IV ZR 18/73, Rn. 10 (juris); Urt. v. 27.09.1984 – X ZB 6/84, Rn. 12 (juris); Urt. v. 28.09.1994 – IV ZR 95/93, Rn. 19 (juris) zur 3. Auflage; zu *Wolff*, Private International Law² (Fn. 17) Urt. v. 30.09.1964 – VIII ZR 195/61, Rn. 15, 21, 31.

¹²⁴ Zum Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band: Sachenrecht BGH Urt. v. 15.11.1951 – III ZR 21/51, Rn. 62 (juris) zur 9. Auflage; Urt. v. 05.06.1957 – IV ZR 16/57; Urt. v. 05.07.1967 – VIII ZR 169/65, Rn. 14 (juris); Urt. v. 02.05.1979 – VIII ZR 207/78, Rn. 15 (juris); Urt. v. 12.01.1981 – VIII ZR 184/79, Rn. 17 f. (juris); Urt. v. 29.09.1995 – V ZR 130/94 Rn. 8 (juris); Urt. v. 29.06.2007 – V ZR 5/07, Rn. 19 (juris); Urt. v. 27.03.2015 – V ZR 216/13, Rn. 28 (juris); Urt. v. 19.03.2021 – V ZR 44/19, Rn. 10 (juris) zur 10. Auflage; zum Bau auf fremdem Boden Urt. v. 30.04.1958 – V ZR 215/56, Rn. 25 (juris); Urt. v. 09.01.1963 – V ZR 125/61, Rn. 9 (juris); Urt. v. 20.06.1975 – V ZR 206/74 Rn. 28 (juris); Urt. v. 22.05.1981 – V ZR 102/80, Rn. 9 (juris); Urt. v. 02.12.2005 – V ZR 25/05, Rn. 14 (juris).

¹²⁵ BGH Urt. v. 11.04.1988 – II ZR 272/87, Rn. 8 (juris) zum Wechselrecht, *Wolff*, Über den Verkehrsschutz im neuen Wechselrecht (Fn. 88).

¹²⁶ Vgl. Fn. 11.

Nationalsozialismus, dessen Regime ihn zur Emigration zwang und ihn in weiten Teilen enteignete, übertraf das bisherige Ausmaß jedoch um Längen. Nicht nur bedeutete dies für *Wolff* persönlich, sondern auch für die juristische Fakultät der Humboldt-Universität Berlin, die dortige Ausbildung nachwachsender Juristen und die deutsche Zivilrechtswissenschaft insgesamt einen Schicksalsschlag. In wissenschaftlicher Hinsicht vermochte diese Schikane den Tatendrang des damals bereits 65-jährigen¹²⁷ aber nicht zu brechen. Mit neuem Fokus, fortan auf dem Internationalen Privatrecht und der Rechtsvergleichung, forschte und publizierte er weiter, wenngleich er auf die Lehre und die Arbeit mit Studierenden verzichten musste. Sich jedweden Zynismus verbietend, ist zu konstatieren, dass *Wolff* ohne Emigration das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung nicht so entscheidend geprägt hätte. Dass er in der Folge nicht wieder nach Deutschland zurückgekehrt ist, immerhin wurde er 1945 schon 73 Jahre alt und hatte sich in den Jahren dank seiner (britischen) Frau und deren Angehörigen in England sicher eingelebt, ist nur verständlich. Die Rezeption *Wolffs* in der Nachkriegszeit belegt ein weiteres Mal, wie bedeutend seine Forschung für die deutsche Zivilrechtswissenschaft ist. Bis zu seinem Tode am 20.07.1953¹²⁸ blieb er der rechtswissenschaftlichen Forschung verbunden¹²⁹.

Abstract

Am 26. September dieses Jahres jährt sich der Geburtstag des verstorbenen Rechtswissenschaftlers *Martin Wolff* zum 150. Mal. Dies bietet Anlass, sich noch einmal mit dessen Leben und Wirken auseinanderzusetzen. Insbesondere werden die Hintergründe der Emigration *Wolffs* während des Nationalsozialismus und ihre Auswirkungen auf den Rechtslehrer und -gelehrten beleuchtet. Der Beitrag ist entsprechend der Biografie *Wolffs* gegliedert: nach

¹²⁷ Vgl. Fn. 84.

¹²⁸ Vgl. die Nachrufe von *Dölle*, Martin Wolff gestorben (Fn. 34) 690-691; *Hallstein*, Martin Wolff (Fn. 23) 580-581; *Koffka*, Zum Gedächtnis von Martin Wolff (Fn. 26) 419; *Levald*, Martin Wolff zum Gedächtnis (Fn. 32) 1253-1254; sowie weitere Beiträge von *Gerhard Dannemann*, Rechtsvergleichung im Exil, Martin Wolff und das englische Recht, Antrittsvorlesung, 1. Juli 2003, in: Öffentliche Vorlesungen der Humboldt-Universität zu Berlin, Heft 135, hrsg. von Der Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin (2004); *ders.*, Martin Wolff (1872-1953), in: Jurists Uprooted (Fn. 3) 441-461; *ders.*, Martin Wolff (1872-1953), in: FS Juristische Fakultät HU Berlin (Fn. 3) 561-582.; *Raiser*, Martin Wolff, 26.9.1872-20.7.1953 (Fn. 5) 489-497.

¹²⁹ Vgl. das Schriftenverzeichnis in: Festschrift für Martin Wolff (Fn. 12) 401 ff.; *Enneccerus / Kipp / Wolff*, Sachenrecht¹⁰ (Fn. 22) V f.

Darstellung der Karriere und dem Wirken *Wolffs* in Deutschland, werden Hintergründe und rechtliche Grundlagen für Emigration desselben nach Oxford untersucht. Schließlich zeigt der Beitrag auf, ob und wie *Wolff* für das geschehene NS-Unrecht entschädigt wurde.

Abstract

26th September this year marks the 150th anniversary of the birth of late legal scholar *Martin Wolff*. This offers reason enough to take another look at his life and work. In particular, the background to *Wolff's* emigration forced by the Nazi-regime and its effects on the law teacher and legal scholar are examined. The article is structured according to *Wolff's* biography: after presenting *Wolff's* career and work in Germany, the article examines the background and legal basis of *Wolff's* emigration to Oxford. Finally, this paper shows whether and how *Wolff* was compensated for the Nazi injustice.

Bochum, settembre 2022.

YARU LI*

*The evolution of the allocation system of burden of proof for medical malpractice
in China***

Summary: 1. Introduction. – 2. Three stages of development of the burden of proof allocation system for medical malpractice in China. – 3 The stage of inversion of the burden of proof. – 4 The stage of diversified burden of proof allocation. – 5. Conclusions.

1. Introduction

With the improvement of medical technology, people's legal awareness, rights protection awareness and health awareness have been enhanced, and they have paid more attention to the protection of their own rights and interests. When medical disputes occur, the proportion of patients resorting to legal remedies through legal channels is increasing, resulting in a continuous increase in the number of medical damage disputes in recent years. There were even "medical dispute profiteers"¹. The settlement of medical disputes is related to the construction of a harmonious society, and although medical damage liability is only one of the ways to resolve medical disputes, it is related to the response and evaluation of the civil

* *Ph.D. Student in Civil Law, School for Advanced Studies, UNICAM.*

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

¹ Z. LI, Y. LIU, X. NI, *On the improvement of litigation settlement mechanism of medical disputes in China*, in *Journal of Chongqing University of Science and Technology: Social Sciences Edition*, 2013, pp. 43-45.

legal system to the social reality, and its importance is no less than that of other dispute resolution mechanisms. The *Lancet*, a world-renowned medical journal, even thinks that Chinese medical institutions has become a “dangerous place”, “battlefield” or “fortress”, and the doctor would become a “high-risk profession”². In the framework of the system of Medical Liability, particular emphasis is placed on the criteria of burden of proof and their articulation, which play a fundamental role in judgements of medical liability.

In a civil lawsuit, the burden of proof includes two parts: the responsibility for behavior and the responsibility for results. The distribution of the burden of proof is the core of the burden of proof, that is, according to the established procedural norms, the legal elements that appear in the litigation process are pre-allocated to the patient and the doctor who are the plaintiff and the defendant, so that they can respectively prove their own responsibilities. Then the distribution of the burden of proof for medical tort can be interpreted as the division of the burden of proof borne by the patient and the doctor as the plaintiff and the defendant.

As an important part of civil tort litigation in China, the determination of medical tort litigation is more complicated and difficult than general tort liability litigation. Due to the high degree of professionalism and complexity of medical behavior, the biased evidence, the individual differences of patients’ conditions, and the uncontrollability of the living body often leads to the uncertainty and uncontrollability of medical behavior, so the patient often faces more difficulties when proving evidence³. Therefore, the allocation of the burden of proof for medical damage has always been a difficult problem in legislation, and it is also the most controversial focus issue, which directly affects the relevant rights and obligations of both doctors and patients in medical damage cases. Whether the parties can provide evidence

² T. YIN, Z. LIU, Y. XU, *Analysis of Crisis Management of Medical Disputes in China and Australia: A Narrative Review Article*, in *Iran J Public Health*, 2019, p. 2116 ss.

³ S. JIANG, *Reduction of the burden of proof in physicians’ civil liability procedures*, in W. WANG (editor), *Reform of Civil Procedure Law*, Beijing, 2005, p. 3.

to prove their claims or defend the claims of the other party has become the key to affecting the judgment result and whether the parties can win the case.

2. Three stages of development of the burden of proof allocation system for medical malpractice in China

There is a proverb in ancient Rome: The proof, the losing. How to balance the proving capabilities of both doctors and patients, protect the interests of vulnerable parties, and distribute the burden of proof in a fair and reasonable manner are issues that China has been exploring in recent years. Throughout the historical process of the development and evolution of China's medical malpractice burden of proof allocation system, it can be roughly divided into three stages. At different stages, both doctors and patients need to bear different burdens of proof.

Before and at the beginning of the reform and opening up in 1978, medical damage disputes were not common, and the only cases of medical damage disputes were adjusted by criminal law and administrative law through criminal and administrative means, and very few disputes were resolved through civil litigation procedures⁴. With the development of the market economy and the improvement of people's living standards, there have been many types of illegal and tortious acts that are not specifically stipulated by the law. Therefore, it is necessary to formulate a more complete legal system to adapt to the development of the country. However, medical torts in this period were only regarded as a category of common torts and were not classified as special tort cases, which were mainly adjusted by the General Principles of Civil Law (hereinafter also referred to as the GPCL) and Civil Procedure Law⁵. According to Art. 106, para. 2 of the GPCL⁶, the resolution of medical damage liability

⁴ L. YANG, *On the System of Imputation Principle of medical Damage Liability*, in *Journal of CUPL*, 2009, p. 63.

⁵ D.GAO, *Research on the burden of proof mitigation system for medical injury in China*, in *Inner Mongolia University of Science & Technology*, p. 9.

⁶ Art. 106, par. 2 of the GPCL: Citizens and legal persons who infringe upon the property of the state or the collective, or the property of person of others due to their fault, shall bear civil liability.

disputes shall be based on the principle of fault liability as a method of accountability, and the principle of “who claims, who proves” shall be applied accordingly to the allocation of the burden of proof. The patient shall bear the full burden of proof for the four elements of medical tort (i.e., illegal act, the fact of damage, causation and medical negligence)⁷. However, due to the influence of the Soviet trial model in China’s judicial trial system at this stage, it was in a super-authoritarian model, with judges in a dominant position and more involvement in cases. Whether it is the collection of evidence or the investigation, the court is in charge of it, and the parties’ proof becomes an empty talk.

On January 1, 1987, the State Council promulgated and implemented the Measures for Handling Medical Accidents (hereinafter referred to as the Measures), which implements the principle of strictly limited fault liability. Even if the damaged patient can prove that the medical institution has medical errors, the medical institution shall not be liable for compensation. Only when a medical liability accident or medical technical accident has been identified, the patient can apply for compensation, and the compensation must be limited according to the accident level, circumstances and patient’s conditions⁸. Due to the implementation of the welfare policy of public funded medical care in China during this period, the medical behavior of medical institutions is of a welfare nature⁹, so the legislation focuses more on the protection of the interests of medical institutions and medical staffs. And with the transformation of China’s litigation model to a party-based litigation model, the status of the

⁷ There are mainly two theories of “three elements theory” and “four elements theory” for the constitutive elements of medical tort liability. The “Three Elements Theory” is represented by Liming Wang, who believes that the constituent elements should include the fact of damage, causation and medical negligence, while the “Four Elements Theory” is represented by Lixin Yang, compared with the “Three Elements”, there is one more “illegal act” element.

⁸ Art. 3 of the *Measures*: During the diagnosis and treatment, any of the following circumstances is not a medical accident: (1) Although there are errors in diagnosis and treatment, it does not cause the death, disability or functional impairment of the patient; (2) Unforeseeable and preventable adverse consequences occur due to the illness or the special constitution of the patient; (3) The occurrence of unavoidable complications; (4) The patients and their family members do not cooperate with the diagnosis and treatment as the main reason to cause adverse consequences.

⁹ L. YANG, *China's Medical Damage Liability System Reform*, in *Legal Research*, 2009, p. 81.

parties' litigation subject has been strengthened, and the burden of proof has been confirmed. The patient should bear all the burden of proof, which leads to an excessive burden of proof on the patient, and the doctor only needs to prove that he or she has a disclaimer and provide counter-evidence based on the patient's proof. Many medical dispute cases cannot be well resolved due to the inability of the parties to provide evidence, which seriously damages the civil rights and interests of the patients. Therefore, the effect brought about by the implementation of the Measures is not satisfactory.

In view of the highly specialized issues involved in medical disputes, and the unequal access of information and medical knowledge between doctors and patients, in the practice of medical tort litigation, the application of the "who claims, who proves" rule is not very ideal. This is because, on the one hand, patients have no way to know whether the diagnosis and treatment of medical institutions are in compliance with regulations and professional procedures. Compared with medical institutions and medical staff, patients have obvious disadvantages. On the other hand, medical institutions and medical staffs have more control over the information in the process of diagnosis and treatment than patients and their families, and patients are unable to record the behavior of doctors when receiving treatment. For example, under anesthesia, it is impossible to know the specific situation of the operation, and it is difficult to know the meaning or harm of certain medical behaviors. Compared with patients, medical institutions and medical staffs can directly grasp the comprehensive and specific information in the process of diagnosis and treatment activities. Evidence such as medical records, diagnosis and treatment records, laboratory test sheets, etc. to prove whether the medical behavior of medical institutions is at fault is kept by the hospital, which is generally difficult for patients to access. Therefore, if the two parties cause a conflict and then sue to the court, it often happens that the patient is unable to provide evidence or the evidence provided is insufficient to prove his claim and gets an unfavorable judgment. The allocation standard of the burden of proof lacks the inclined protection for patients, which

makes the burden of proof on patients too heavy. When the legitimate rights and interests of patients cannot be relieved through legal channels, they will choose other ways to protect their own rights and interests. Therefore, at this stage, the phenomenon of “Yinao” (医闹)¹⁰ occurred frequently, and the contradiction between doctors and patients continued to intensify, which led to a tense situation in the relationship between doctors and patients.

3. *The stage of inversion of the burden of proof*

Art. 4, par. 8 of the Several Provisions of the Supreme People’s Court on Evidence in Civil Procedures (hereinafter referred to as PECP)¹¹, which came into effect on April 1, 2002, inverted the burden of proof of the elements of fault and causation in medical tort disputes to medical institutions, and implemented the principle of presumed responsibility for fault. But this does not mean that the patient does not need to bear any burden of proof, according to the regulations, it still requires the patient to bear the burden of proof for the diagnosis and treatment of medical institutions or medical staffs and the fact of physical damage. After the patient has fulfilled the obligation of proof, the remaining two elements of the burden of proof is that there is no causal relationship between the diagnosis and treatment and the fact of the damage suffered by the patient, and the diagnosis and treatment is not at fault by the doctor to bear. The Supreme People’s Court explained why the inversion of the burden of proof should be applied in medical tort litigation: Given that the patients being treated lack the appropriate medical expertise, and has insufficient ability to obtain evidence relevant to the determination of the facts of the case, and are at a disadvantage compared with medical institutions and medical staffs. Due to insufficient evidence, patients often have no way

¹⁰ B. L. LIEBMAN, *Law in the Shadow of Violence: Can Law Help to Improve Doctor-Patient Trust in China?*, in *Columbia Journal of Asian Law*, 2016, pp. 113-115 (explaining “Yinao” literally means “medical chaos,” and is “the term most commonly used to describe patient protest”).

¹¹ Art. 4, para. 8 of the *PECP*: In a tort lawsuit caused by medical behavior, the medical institution shall bear the burden of proof that there is no causal relationship between the medical behavior and the result of the damage and that there is no medical fault.

to receive compensation commensurate with the losses they have suffered. In order to balance the interests of both doctors and patients who have a direct interest in the case, the PECP clearly stipulates that the inversion of the burden of proof should be applied to the litigation of medical disputes¹². This is similar to the “dangerous field theory” advocated by some scholars. The “field” of the diagnosis and treatment process is under the control of the doctor, and the patient is subject to information asymmetry. For balance considerations, the field controller should assume greater responsibility¹³.

In 2002, the State Council revised the Measures and promulgated the Regulations on the Handling of Medical Accidents (hereinafter referred to as the Regulations) on September 1, implementing the principle of fault liability. If a medical institution has medical damage caused by medical negligence, it should bear the responsibility for medical damage. Although there are many improvements in the Regulations compared with the Measures, for example, the definition of medical accident is relaxed¹⁴, and the fourth-level medical accident is added¹⁵, that is, other consequences that cause obvious physical damage to the patient (but only limited to physical damage, not including mental damage, property damage, etc.); abolished one-time financial compensation and formulated specific compensation standards and calculation methods, etc. However, these measures did not fundamentally change the principle of restricting compensation for medical accident damages, and the balance of the law is obviously tilted towards medical institutions¹⁶.

¹² Y. SHI, *Medical Tort Law*, Beijing, 2011, p. 188.

¹³ X. LIU, J. XIAO, *Research on the typification of causality and the balance of burden of proof in medical disputes - taking 224 civil judgments as analysis samples*, in *Medicine and Law*, 2022, p. 30.

¹⁴ Art. 2 of the Regulations provides, The term “medical malpractice” as mentioned in these Regulations refers to an accident in which a medical institution and its medical staff violate the laws, administrative regulations, departmental rules, diagnosis and treatment and nursing norms and routines in the course of medical activities, and cause personal injury to the patient through negligence.

¹⁵ Medical accident is classified into four grades based on the level of physical harm caused to the patient, with grade 1 being the most severe and grade 4 being the least severe, however, to be classified as grade 4, the medical accident must have caused the claimant “substantial” damage. C. XI and L. YANG, *Medical liability laws in China: The tale of two regimes*, in *Tort Law Review*, 2011, p. 66. Thus, a “non-substantial” injury, even it meets all definitional requirements, will not constitute a medical accident. Y. YI, *Disputes over Medical Injury Compensation*, Beijing, 2010, p. 106.

¹⁶ At this time, the contradiction between administrative regulations and judicial interpretations began to

Subsequently, on January 6, 2003, the Supreme People's Court promulgated the Notice on Trial of Civil Cases of Medical Disputes with Reference to the Regulations on the Handling of Medical Accidents, clarified its attitude towards handling medical damage liability disputes. It is stipulated that "Disputes over medical compensation due to medical accident shall be handled with reference to the relevant provisions of the Regulations; other medical compensation disputes arising from reasons other than medical accident shall be governed by the provisions of the GPCL". Different laws are applied according to whether it constitutes a medical accident, forming a duality of legal application¹⁷.

However, in the Interpretation of the Supreme People's Court of Some Issues concerning the Application of Law for the Trial of Cases on Compensation for Personal Injury (hereinafter referred to as the Judicial Interpretation on Compensation for Personal Injury), which was published on December 26, 2003 and implemented on May 1, 2004, the items and standards of personal damage compensation determined by the Supreme People's Court are far higher than the compensation standards stipulated in the Regulations, and put forward the opinion that medical malpractice liability and state compensation liability do not apply to the compensation standards stipulated in the Judicial Interpretation on Compensation for Personal Injury¹⁸, and the Regulations does not provide for death compensation. According

emerge. One stipulated that the principle of fault liability was implemented to reduce the responsibility of medical institutions, while the other stipulated that the principle of presumed fault liability was implemented to strengthen the protection of the rights of victimized patients. However, in the face of challenges and requests for instructions on the application of the law, the Supreme People's Court adopted an attitude of not conflicting with administrative regulations. For details, can refer to the Notice on Trial of Civil Cases of Medical Disputes with Reference to the Regulations on the Handling of Medical Malpractice promulgated by the Supreme People's Court below. L. YANG, *China's Medical Damage Liability System Reform*, cit, pp. 81- 85.

¹⁷ C. MA and G. ZHANG, *Regulations logic and application path of medical damage liability--From the perspective of the coordination between the civil code and the "medical law"*, in *Hebei Law Science*, 2022, p. 46. Objectively speaking, the system design of "medical malpractice" leads to a structural dislocation of "dual system" in the handling of doctor-patient disputes, which in turn leads to disordered consequences in the judicial practice of medical damage compensation. As mentioned below, patients often choose to sue medical institutions in court on the grounds of medical negligence rather than medical accident, in order to avoid the application of the Regulations.

¹⁸ On the surface, this opinion seems to maintain the authority of administrative regulations and protect the rights of medical institutions, but in the field of tort law, medical institutions are positioned as a special subject of tort liability and a special institution, and they do not accept unified legal adjustments. , resulting in a chaotic situation in the application of the law. L. YANG, *Research on the Concept of Medical Damage Liability*, in *Politics and Law*, 2009, p. 76.

to the definition of medical accident in the Regulations and Measures, medical accident is constituted only when the consequences of medical damage are more serious. At this time, the loss suffered by the patient is bound to be greater, but the compensation received is less, which is obviously unreasonable. Therefore, patients often prefer to choose to sue medical institutions in court on the grounds of medical negligence (i.e., non-medical accident) rather than medical accident, in order to avoid the application of the Regulations. In practice, the judiciary often adopts an attitude of acquiescence or even encouragement to support the patient in filing a lawsuit on the grounds of medical negligence. However, due to the application of the rule of inversion of the burden of proof, the medical institution needs to bear the burden of proof for the elements of fault and causation, and is in a disadvantageous position in the litigation, and if in the unfortunate event of losing the case, the medical institution will also have to bear high compensation costs. But at the same time, we should also see that the high compensation behind the right to claim compensation for medical fault damages to some of the damaged patients is a substantial increase in the cost of medical treatment. The different provisions of the Judicial Interpretation on Compensation for Personal Injury and the Regulations on damage compensation have formed a duality of compensation standards.

The implementation of the inversion of the burden of proof, by distributing the burden of proof between the doctor and the patient, reduces the difficulty and the burden of the patient's proof, and the status of the doctor and the patient tends to be equal. While helping the patient to sue and claim easily, it also gradually revealed its drawbacks and defects. The main problems are the number of tort cases caused by medical disputes increases rapidly due to the random litigation of patients. The inversion of the burden of proof has greatly lowered the threshold for the patient to file tort lawsuits, and people's awareness of rights protection has been continuously improved, as long as the patient or his close relatives are dissatisfied with the doctor's diagnosis and treatment, it is possible to push the hospital into

court. It even causes some patients to arbitrarily exercise their right to sue in order to obtain illegitimate benefits, because even if the patient loses the lawsuit, they only need to bear a small part of the litigation costs, and will not pay other costs and legal liabilities for this. This will lead to a considerable number of medical disputes becoming indiscriminate cases, which is not conducive to the optimal allocation of China's judicial resources, and destroys and disrupts the normal judicial, medical and social order.

The increase of “defensive medical treatment” and over-medical treatment. “Defensive medical treatment” refers to preventive medical measures taken by doctors in the process of diagnosis and treatment in order to reduce medical risks and reduce the probability of medical litigation¹⁹. It can take two forms: “positive” and “negative” defensive medicine²⁰. On the one hand, doctors must treat diseases and save people, on the other hand, they must preserve and collect no-fault evidence. As a result, some diseases that can be judged based on years of experience and detailed consultation, the doctor also requires patients to do some unnecessary instrumental examinations to obtain objective results to determine the type and cause of the disease. In order to avoid the uncertainty and high risk of the disease, doctors often choose the program or conservative treatment with a relatively low risk factor rather than the most suitable treatment for the patient. For the same reason, many hospitals refuse to accept even high-risk patients. On the one hand, it leads to an increase in the cost of medical treatment for patients, waste of medical resources, and leads to various social problems. On the other hand, the contradiction between doctors and patients has been intensified, making it more difficult to trust each other.

¹⁹ L. WANG, *On Several Issues on Inversion of the Burden of Proof*, in *Guangdong Social Sciences*, 2003, p. 154.

²⁰ A. ANTOCI, A. FIORI MACCIONI, P. RUSSU and PL. SACCO, *Curing is caring? Liability reforms, defensive medicine and malpractice litigation in a post-pandemic world*, in *Socio-Economic Planning Sciences*, Volume 80, 2022, 101164. “Positive” defensive medicine entails performing unnecessary tests or procedures so that physicians attempt to legally protect themselves by being over-cautious, while “negative” defensive medicine entails avoidance of risky treatments, or denial of appropriate care to patients deemed too risky, to reduce the exposure to malpractice litigation.

The research of medical science is stagnant and its development is hindered. Medicine is a discipline closely related to theoretical knowledge and practical experience. When a new treatment method is proposed, it needs not only to pass theoretical and medical experiments, but also to undergo clinical tests. If a new treatment is used in the course of diagnosis and it does not work, the doctor is likely to face the risk of being sued by the patient and most likely to lose the case. This will make doctors too conservative and dare not conduct breakthrough research and treatment, restrict the innovation of medical technology, and hinder the progress and development of medical technology. Legislation should not disregard the legitimate rights and interests of the other party in order to protect the interests of the weaker party. This is not fairness in the substantive sense, but a violation of the principle of fairness and justice.

4. The stage of diversified burden of proof allocation

On July 1, 2010, the implementation of the Tort Liability Law (hereinafter referred to as the TLL) marked the entry of a new process in the allocation system of the burden of proof in China. On the basis of drawing lessons from the French classification method on medical science negligence and medical ethics negligence²¹, it is groundbreaking based on the causes and characteristics of medical damage, and determines the principles of attribution and the distribution of the burden of proof for medical technical damage, medical ethics damage and medical product damage²². The provisions of Art. 54 are the principle of fault liability²³, which implements the distribution method of the burden of proof of “who claims, who proves”. The patient shall bear the burden of proof that the medical institution is at fault in the diagnosis and treatment, and there is a causal relationship between the fault and

²¹ Z. CHEN, *The burden of proof of medical malpractice in French law*, Taipei, 2008, p. 139.

²² L. YANG, *Research on Medical Damage Liability*, Beijing, 2009, p. 120.

²³ Art. 54 of the *Tort Liability Law*: If a patient suffers damage in the course of diagnosis and treatment, and the medical institution and medical staff are at fault, the medical institution shall be liable for compensation.

the damage suffered by the patient. Considering that it is difficult for the patient to bear all the burden of proof, in order to balance the interests of both parties, Art. 58 stipulates three situations in which the principle of fault presumption applies²⁴. When the situation stipulated by law occurs, it is presumed that the medical institution is at fault. According to the inversion of the burden of proof, the medical institution shall bear the burden of proof that there is no fault in its medical behavior, but the patient should also first prove the premise facts, if it cannot be proved, it is considered that the patient has not fulfilled the obligation of proof, failed to meet the standard of proof, and the appeal cannot be supported by the judge, thus the medical institution does not need to bear the tort liability. The provisions of Art. 59²⁵ determine the application of the principle of no-fault liability in medical product damage, as long as the patient suffers damage due to the medical product and the medical product is defective, the doctor needs to bear the corresponding tort liability²⁶. Due to the emergence of the presumption of fault, the law stipulates the corresponding exemptions in Art. 60²⁷, which provides a remedy for the medical party under certain circumstances.

In response to the confusion caused by the duality of legal application and compensation standards before the promulgation of the TLL, the TLL has devoted a special chapter on medical malpractice liability. And abandoned the relevant legal concepts such as medical

²⁴ Art. 58 of the *Tort Liability Law*: If a patient suffers damage due to any of the following circumstances, it is presumed that the medical institution is at fault: (1) Violating the provisions of laws, administrative regulations, rules and other relevant regulations on diagnosis and treatment; (2) Concealing or refusing to provide medical records related to disputes; (3) Forging, tampering or destroying medical records.

²⁵ Art. 59 of the *Tort Liability Law*: If a patient suffers damage due to defects in medicines, disinfectants, or medical devices, or transfusion of unqualified blood, the patient can claim compensation from the producer or blood provider, or from the medical institution. Where a patient requests compensation from a medical institution, the medical institution shall have the right to seek compensation from the responsible producer or blood supply institution after making compensation.

²⁶ X. YU, *Preventing Medical Malpractice and Compensating Victimized Patients in China: A Law and Economics Perspective*, London, 2017, p. 133. «Art. 59... provides a basis for medical products liability, which is based on strict liability».

²⁷ Art. 60 of the *Tort Liability Law*: If the patient suffers damage due to any of the following circumstances, the medical institution shall not be liable for compensation: (1) The patient or his close relatives do not cooperate with the medical institution to conduct diagnosis and treatment that conforms to the diagnosis and treatment standards; (2) Medical staff have fulfilled their reasonable duty of diagnosis and treatment in emergency situations such as rescuing critically ill patients; (3) It is difficult to diagnose and treat due to the medical level at that time. In the case of item 1 of the preceding paragraph, if the medical institution and its medical staff are also at fault, they shall bear the corresponding liability for compensation.

accidents, and unified the medical malpractice liability to summarize. The composition of tort liability is no longer necessary for medical accidents, which has cut off the relationship between TLL and regulations, and ended the situation of duality²⁸. The death compensation that is not stipulated in the Regulations has been increased, and the scope and standard of compensation are also fairer and more reasonable. It also stipulates the obligation of medical institutions to inform, and prohibits excessive medical behavior, which not only regulates the behavior of medical institutions, but also protects their legitimate rights and interests.

Although the TLL, which was passed after four deliberations, and the provisions on medical torts that have been negotiated and revised for many times, have had a positive impact on balancing the interests of both doctors and patients and alleviating the conflicts. However, there are still some problems and deficiencies, and even failures²⁹. It can be said that China's regulations on the allocation of the burden of proof are not the most ideal model, but the result of legislative compromise. For example, there are only three cases for the application of the principle of presumption of fault, and lacks miscellaneous provisions; the fault in the liability for medical technology damage is defined as "failure to fulfill the duty of diagnosis and treatment corresponding to the medical level at that time". However, there is no specific explanation for the standard of reasonable duty of care³⁰; the patient's right to

²⁸ L. YANG, *Research on Medical Damage Liability*, cit, p. 10.

²⁹ V. L. RAPOSO, *How can Asian countries deal with medical liability and patient compensation*, in *PEOPLE: International Journal of Social Sciences*, Vol.1, Issue 1, pp. 942-956. She argues that the failure of tort liability law can be explained, on the one hand, by inadequacy of tort law to deal with the specificities of medicine; on the other hand, by the absence of an expert evaluation, since court judges are not suited to evaluate complex medical cases.

³⁰ The third review draft of the Tort Liability Law stipulated that "when judging the duty of care of medical personnel, factors such as the region, the qualifications of medical institutions, and the qualifications of medical personnel should be properly considered", but it was later deleted when it was passed. H. LIAO, *On the Determination of Medical Negligence: From the Perspective of Understanding and Application of Medical Damage Tort Liability*, in *Politics and Law*, 2010, p. 21. The reason is that in the process of soliciting opinions, some scholars pointed out that this clause is suspected of discriminating the right to life and health of individuals, and it is impossible to specifically measure whether factors such as regions and qualifications can be considered in the application of these regulations, and should be analyzed based on individual circumstances. Laws, administrative regulations, rules, and diagnosis and treatment regulations stipulate specific requirements for diagnosis and treatment behaviors, medical institutions and medical personnel should generally abide by them, and should not vary according to regions and qualifications. S. WANG, *Interpretation of the Tort Liability Law of the People's Republic of*

informed consent is stipulated, but there is a lack of specific regulations and standards for operations such as who to inform, who is to be informed, what to inform, when to inform, what information should be informed, and under what circumstances; and Art. 58 only expressly stipulates the inversion of the burden of proof for medical negligence, and does not involve the distribution of the burden of proof for causation³¹. Since the PECP was not repealed at that time, it is still valid, therefore, whether to continue to apply the inversion of the burden of proof or let the patient bear the burden of proof has caused great controversy in judicial practice and academia. Which legal norm a judge applies when making a judgment depends entirely on the judge's value orientation. It can be said that judges play a decisive role in allocating the burden of proof at this time, which will have a direct impact on the judgment results of the case, and the phenomenon of "different judgments in the same type of case" occurs, which not only affects the authority of the judiciary, but also weakens the credibility of the judiciary.

The TLL has only 11 provisions on medical damage liability, which focuses on regulating it in a general way, so it cannot provide detailed provisions in every aspect. Some details still need to be clarified by relevant laws, regulations and medical norms. Otherwise, it will

China, Beijing, 2010, p. 283. Xinbao Zhang advocates that "reasonable expert standards" or "reasonable physician standards" should be used as the standard for the reasonable duty of care that medical institutions and medical personnel should perform in diagnosis and treatment activities. X. ZHANG, *Negligence Determination in Medical Damage Compensation Cases in China*, Taipei, 2008, p. 93. Lixin Yang advocates that different factors such as regions, medical institution qualifications, and medical personnel qualifications should be properly considered, and national standards and the principle of differentiation should be adhered to. L. YANG, *The Reform Of Liability For Damages Caused By Medical Treatment In The Tort Liability Law: its success and shortages*, in *Journal of Renmin University of China*, 2010, p. 15.

³¹ In fact, in the draft Tort Liability Law, the rules for the burden of proof for causation have been stipulated, that is, Art. 59 of the Second Review Draft: The patient's injury may be caused by the medical staff's diagnosis and treatment behavior, unless the medical staff provides contrary evidence, it is presumed that there is a causal relationship between the diagnosis and treatment behavior and the patient's personal injury. However, it was deleted during the deliberation of the National People's Congress Standing Committee. S. WANG, *Interpretation of the Tort Liability Law of China*, Beijing, 2010, pp. 483-484. L. YANG, *The Reform Of Liability For Damages Caused By Medical Treatment In The Tort Liability Law: its success and shortages*, cit, p. 13. When the Tort Liability Law was officially promulgated, it adopted an evasive attitude towards issues related to causality. Not only did it not set up an independent clause on causality, but it also avoided talking about the rules for proof of causation. The Civil Code promulgated in 2020 also follows the provisions of the Tort Liability Law. H. FENG, *Research on the identification of causal relationship and responsibility distribution for medical damage*, in *Jiangsu Social Sciences*, 2021, p. 131.

lead to the lack of corresponding specific standards in the process of medical damage liability determination, and then there will be some difficulties in judicial practice. Some scholars have proposed to formulate a special departmental law to deal with medical damage compensation cases. However, it will take a lot of time and energy for a legal provision to be promulgated and implemented. Even if the departmental law is formulated and promulgated, there may be a lag problem, which still cannot fundamentally solve the problem. Therefore, the Supreme People's Court can issue relevant judicial interpretations, make corresponding supplements and explanations for the unclear legal provisions, and provide a more specific, effective and operable basis for judges to try cases. Specifically, the basic functions of judicial interpretation mainly include: Explain the problems that the legal provisions are not specific enough to make understanding and implementation difficult, and give specific content to the general and principled provisions; Adapting to the changed new social situation through legal interpretation; When the understanding of specific legal provisions is inconsistent in the process of applying the law, through interpretation, unified understanding, or for a certain type of case, problem or a specific case, unified standards on how to understand and implement legal provisions; Explain how courts at all levels should cooperate with each other to hear cases, determine jurisdiction and related operational norms in accordance with legal provisions; Make up for the deficiencies of legislation through interpretation activities. The functions of the judicial interpretations mentioned below are nothing more than these.

Until February 4, 2015, the implementation of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, Art. 91 stipulates the burden of proof³², the court should determine the burden of proof in

³² Art. 91 of the *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China*: The people's court shall determine the burden of proof in accordance with the following principles, unless otherwise provided by law: (1) The party claiming the existence of a legal relationship shall bear the burden of proof for the basic facts that gave rise to the legal relationship; (2) The party who claims that the legal relationship is changed or eliminated or the rights are hindered shall bear the burden of proof to prove the basic facts that the legal relationship is changed or eliminated or the rights are hindered.

accordance with the principle of “who claims, who proves”, unless otherwise provided by law. That is, in medical malpractice liability disputes, if a patient claims that there is a legal relationship of medical tort, he should bear the burden of proof for the fault of the medical institution, the damage result, and the causal relationship between the diagnosis and treatment and the damage result. However, there is still a legal conflict with Art. 4, para. 8 of the Provisions on Evidence in Civil Procedures on the allocation of the burden of proof.

Art. 4 of the Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Medical Damage Liability Disputes (hereinafter referred to as the Judicial Interpretation of Medical Damage), which came into effect on December 14, 2017, assigns the burden of proof of medical negligence and causality in medical malpractice cases to the patient, and the patient can apply for medical injury appraisal according to law when the proof cannot be provided³³. Accordingly, the inversion of the burden of proof in Art. 4, para. 8 of the PECP is no longer applicable to cases of medical malpractice liability disputes, and the application of the law is thus unified.

The Civil Code of the People’s Republic of China passed on May 28, 2020 stipulates the liability for medical malpractice in Chapter 6 of the book seven on tort liability. On the basis of revising individual words of the TLL, and inheriting most of its provisions and spirit. In addition, it is stipulated in the Supplementary Provisions that the GPCL and the TLL shall be abolished at the same time from the date of implementation of the Civil Code³⁴. Its provisions on the burden of proof and the principles of attribution for medical torts are mainly

³³ Art. 4 of the *Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Medical Damage Liability Disputes*: If a patient claims that a medical institution bears compensation liability in accordance with Art. 54 of the Tort Liability Law, he shall submit evidence of damage to the medical institution for treatment. If a patient is unable to submit evidence that the medical institution and its medical staff are at fault, and that there is a causal relationship between the diagnosis and treatment behavior and the damage, the people’s court shall approve the application for medical damage appraisal in accordance with the law.

³⁴ Art. 1260 of the *Civil Code*: This Code shall come into force on January 1, 2021. The Marriage Law, the Succession Law, the General Principles of the Civil Law, the Adoption Law, the Security Law, the Contract Law, the Property Law, the Tort Liability Law, and the General Provisions of the Civil Law of the People’s Republic of China shall be repealed at the same time.

reflected in: For general medical tort disputes, also known as medical technology damage, the principle of fault liability applies according to the provisions of Art.1218³⁵, the patient shall bear the burden of proving the elements of medical infringement; for medical ethical damage, Art.1221 stipulates the principle of presumption of fault³⁶ and stipulates three presumption situations in Art.1222³⁷ to balance the probative capacity of both parties³⁸; for medical product damages the principle of no-fault liability applies in accordance with the provisions of Art. 1223³⁹. The Civil Code further improves the medical malpractice liability dispute system on the basis of the TLL, for example, for the expression of the subject of the fault, Art. 54 of the TLL is revised to “the fault of a medical institution and its medical staff” as “the fault of a medical institution or its medical staff”, the coexistence relationship is modified to an alternative relationship, and the expression is more accurate. Second, the substantive notification requirement of informed consent in Art. 55 of the TLL is that medical personnel should obtain the written consent of the patient or his close relatives. However, this will lead to the provision of the obligation to explain in a mere formality and deviate

³⁵ Art. 1218 of the *Civil Code*: Where a patient suffers damage during diagnosis and treatment, and the medical institution or its medical staff is at fault, the medical institution shall assume the liability for compensation.

³⁶ Art. 1221 of the *Civil Code*: Where the medical staff fail to fulfill the duty of diagnosing and treating the patient up to the then current appropriate medical level, and thus causes harm to the patient, the medical institution shall assume the liability for compensation.

³⁷ Art. 1222 of the *Civil Code*: A medical institution shall be presumed to be at fault where damages is caused to a patient during diagnosis and treatment under any of the following circumstances: (1) there is a violation of the provisions of laws, administrative regulations, rules, or other relevant guidelines for diagnosis and treatment; (2) the medical records are concealed or the request for provision thereof is refused; or (3) the medical records are lost, forged, tempered with or illegally destroyed.

³⁸ However, some scholars believe that the three situations listed in Art. 1222 are often used as the standard for proving medical fault in judicial decisions. This kind of domination in the judicial field will not only lead to inconsistencies in the results of judicial decisions, but will also seriously damage the majesty and stability of the judicial system. G. Ji, *Proof of Fault in Medical Tort Cases*, in *Journal of National Prosecutors College*, 2019, pp. 159-176.

³⁹ Art. 1223 of the *Civil Code*: When damage is caused to a patient due to a defect in a drug, disinfection product, or medical instrument, or due to the transfusion of substandard blood, the patient may claim compensation against the drug marketing license holder or the manufacturer of the drug, or the blood supply institution, or against the medical institution. Where the patient claims compensation against a medical institution, the medical institution, after paying compensation, has the right to indemnification against the responsible drug marketing license holder or manufacturer of the drug, or the blood supplier.

from the original legislative purpose⁴⁰. Therefore, Art. 1219⁴¹ of the Civil Code revised “written consent” to “explicit consent”, paying more attention to substance rather than form. Third, compared with Art. 58 of the TLL, Art. 1222 revised “patients suffered damages” to “patients suffered damages in the course of diagnosis and treatment activities”, and added the case of “lost” medical records. The “destruction” of medical records was revised to “illegal destruction”, so the act of legal destruction was excluded⁴². By limiting the damage to the patient in the diagnosis and treatment activities, the scope of application of the presumption of fault of the medical institution is better limited. Fourth, for medical product liability, in order to avoid the absence of relevant responsible subjects when damage caused by drugs occurs, the Civil Code added “drug marketing authorization holders” as the subject of responsibility, not just medical institutions and producers (blood supply institutions), and changed “disinfectant” to “disinfectant product”, etc.

However, the Civil Code still has certain defects in some aspects, which needs further discussion and improvement. For example, the above-mentioned clauses on causation are not set up, but are only implicitly reflected in some articles, such as Art. 1165⁴³ and Art. 1175⁴⁴. Due to the lack of legislative provisions on causality, the criteria for identifying cau-

⁴⁰ ERKEN ABDULLAH, *On the Modification and Improvement of China's Medical Damage Liability System: From the Perspective of the Provisions of the Civil Code - Tort Liability (Third Review Draft)*, in *Hebei Law Science*, 2020.

⁴¹ Art. 1219 of the *Civil Code*: Medical personnel shall explain the condition and medical measures to patients during diagnosis and treatment activities. If surgery, special examination, or special treatment is required, medical personnel shall promptly explain the medical risks, alternative medical plans, etc. to the patient, and obtain their explicit consent; If it is impossible or inappropriate to explain to the patient, it should be explained to the patient's close relatives and their explicit consent should be obtained.

⁴² C. MA and G. ZHANG, *Regulations logic and application path of medical damage liability--From the perspective of the coordination between the civil code and the "medical law"*, cit. p. 46.

⁴³ Art. 1165 of the *Civil Code*: Where an actor infringes upon the civil rights and interests of others by fault and causes damage, he shall bear tort liability.

⁴⁴ Art. 1175 of the *Civil Code*: If the damage is caused by a third party, the third party shall bear the tort liability.

sality and the principle of distribution of responsibilities related to causation cannot be discussed, and it is even more unfavorable for the settlement of doctor-patient disputes⁴⁵. Second, although Art.1227⁴⁶ provides for excessive medical treatment, it lacks specific provisions on the responsibility. Third, Art. 1222 stipulates three situations in which the medical party is presumed to be at fault, but whether a medical institution can overturn the presumption of fault by “proving that it is not at fault” in accordance with the provisions of para. 2 of Art. 1165, there is theoretical disagreement⁴⁷. Fourth, according to Art.1221, the standard of medical staff’s duty of diagnosing and treating is that they should meet the current appropriate medical level. If the duty of diagnosing and treating is not fulfilled, there is medical negligence. However, there is no unified measurement standard for medical level⁴⁸, and the regulations are too abstract. As scholars put it, in tort law, this phenomenon is due to the systematic reason that «the factual circumstances leading to potential liability for accidental

⁴⁵ H. FENG, *Research on the identification of causal relationship and responsibility distribution for medical damage*, cit., p. 131.

⁴⁶ Art. 1227 of the *Civil Code*: Medical institutions and their medical staff shall not conduct unnecessary inspections in violation of the diagnosis and treatment norms.

⁴⁷ The representative viewpoints in the academic circles mainly include the “irrebuttable fault determination theory” proposed by Prof. Huixing Liang and Lixin Yang and the “rebuttable fault presumption theory” proposed by Prof. Liming Wang. The former asserts that the presumption of this clause is equivalent to a legal determination, which does not allow medical institutions to present evidence to overturn it. H. LIANG, *Medical Damage Liability in Tort Liability Law*, in *Law and Business Research*, 2010, p. 38; L. YANG, *Tort Liability Law*, Shanghai, 2010, p. 411; X. Cheng, *Tort Liability Law*, Beijing, 2015, p. 565. The latter claims that the presumption of this article can be overturned, that is, even if a medical institution has relevant acts, it can still prove that there is no medical fault. L. WANG, *Tort Liability Law*, Beijing, 2016, pp. 334-336; C. CHEN, *The Formation and Development of Medical Responsibility*, Taipei, 2019, p. 263; S. CHEN, *Research on Legal Issues of Medical Injury*, Beijing, 2019, p. 213; J. XIONG, *The Central Theory of Diagnosis and Treatment and the Determination of Medical Negligence*, in *Zhejiang Social Sciences*, 2019, p. 41.

⁴⁸ Dongdong Sun advocated that the standards for diagnosis and treatment formulated by the Chinese Medical Association were to judge whether medical personnel fulfilled the technical standards of medical care duty equivalent to the medical level at that time. D. SUN, *Study and application of legislative changes on liability for medical damage in the Civil Code*, in *National Medical Journal of China*, 2021, p.1397. Hongjie Man advocated that this standard is similar to the “a reasonable physician standard”, which makes a comparison between the healthcare provided by the defendant, with that which could have been provided by a reasonable, hypothetical healthcare practitioner, under the same circumstances. V. L. RAPOSO and R. G. BERAN, *Medical Liability in Asia and Australasia*, Singapore, 2022, p. 17. Tao Xue, Huicong Lv and others believe that due to economic development level, medical development level, medical institution level, medical personnel qualifications, geographical environment and education level, there will be some differences in medical level. Therefore, it is necessary to add discrimination clauses in the Civil Code, and consider various factors to define the medical level objectively. T. XUE, H. LV, *Discussion on Medical Damage Liability from the Perspective of Civil Code*, in *China’s Health Legal System*, 2022, p. 33.

damage are too complex and diverse to be regulated by detailed ex ante rules»⁴⁹. However, abstract standards cannot meet the needs of judicial practice, and judges still need to interpret and apply them concretely when trialing cases.

5. Conclusions

Medical tort disputes have always been regarded as a complex social issue related to people's livelihood⁵⁰, which is not only related to the rights and interests of both doctors and patients, but also related to fairness and justice and the harmonious development of society and long-term stability. For this reason, China has been constantly adjusting and reforming the distribution system of the burden of proof for medical damage to make it more suitable for the country's rule of law construction. However, there is no perfect law, only constantly revised and more perfect laws. In order to make China's medical damage burden of proof distribution system more perfect, it is necessary to learn from the world's advanced excellent theories, such as the principle of "self-evidence of facts" in the common law system⁵¹, the principle of "evidence by appearance" in Germany⁵², and the principle of "rough presumption" in Japan, etc.⁵³, strive to balance the legitimate rights and interests of both doctors and patients to the greatest extent, promote the development of medical care, and ensure the fair

⁴⁹ M. STAUCH, *The Law of Medical Negligence in England and Germany: A Comparative Analysis*, translated by C. TANG, Beijing, 2012, p. 13.

⁵⁰ «Medical malpractice is both a legal issue and a health system issue, since it involves governments, health providers, insurance companies, legal systems and patients». Z. WANG, N. LI, M. JIANG, K. DEAR and CR. HSIEH, *Records of Medical Malpractice Litigation: A Potential Indicator of Healthcare Quality in China*, in *Bull World Health Organ*, 2017, p. 434.

⁵¹ C. CHEN, *Research on the burden of proof for medical negligence in the United States*, in B. ZHU et al. *Comparison of the burden of proof for medical negligence*, Wuhan, 2010, pp. 136-140; H. ZHANG, *Research on Medical Tort Litigation from the Perspective of Substantive Equality of Parties*, in *Journal of Theory*, 2013; S.GONG, *Research on the Legislation of Medical Damage Compensation*, Beijing, 2001, p. 280.

⁵² S.JIANG, *The New Civil Evidence Law*, Xiamen, 2017, p. 141; Q. WEI, *Application of Appearance Proof in Medical Tort Disputes*, in *Journal of Chifeng University*, 2013, pp. 63-65; S. ZHAN, *Research on the burden of proof for medical negligence in Germany*, in B. ZHU et al., *Comparison of the burden of proof for medical negligence*, Wuhan, 2010, pp. 43-60.

⁵³ X. ZHANG, *Research on the Legislation of Tort Liability Law*, Beijing, 2009, pp. 286-295; L. YANG, *On the System of Imputation Principle of medical Damage Liability*, cit, pp. 64-69; B. ZHU, *On the Burden of Proof of Medical Negligence in Japan*, in B. ZHU et al. *Comparison of the burden of proof for medical negligence*, Wuhan, 2010, pp. 1-31; D. HONG, *On the burden of proof in medical tort litigation*, in *Politics and Law*, 2012, p. 101.

realization of substantive law by realizing procedural fairness.

Abstract

The distribution of the burden of proof for medical damage, as a key factor in deciding whether a case will win or lose, has a great impact on the liability of both doctors and patients, and directly affects the outcome of the lawsuit. Throughout the historical process of the development and evolution of China's medical malpractice burden of proof allocation system, it can be roughly divided into three stages. From the stage of "who claims, who proves", the patient bears the complete burden of proof, to the stage of inversion of the burden of proof, where the burden of proof and the causal relationship elements are inverted to the medical institution, and the responsibility for presuming fault is implemented, and then to today's diversified burden of proof allocation stage, according to the causes and characteristics of medical damage, the attribution principles and burden of proof distribution of medical technology damage, medical ethics damage and medical product damage are determined. The provisions on the distribution of the burden of proof for medical damages at each stage have both reasonableness and space for improvement. The advanced theoretical designs of other countries can provide valuable experience for this, which is worth thinking and learning in the following research.

Abstract

La ripartizione dell'onere della prova per i danni medici, in quanto fattore chiave per decidere se una causa sarà vinta o persa, ha un grande impatto sulla responsabilità sia dei medici che dei pazienti, ed influisce direttamente sull'esito della causa. Il processo storico di sviluppo ed evoluzione del sistema di attribuzione dell'onere della prova per i danni medici in Cina può essere suddiviso in tre fasi. Dalla fase dell'*onus probandi ei qui dicit*, in cui il paziente

ha l'onere della prova completo, alla fase dell'inversione dell'onere della prova, in cui questo e gli elementi del rapporto di causalità sono invertiti a favore dell'istituzione medica e viene attuata la responsabilità per presunzione di colpa, fino all'odierna fase di ripartizione diversificata dell'onere della prova, in cui, in base alle cause e alle caratteristiche del danno medico, vengono determinati i principi d'attribuzione e la ripartizione dell'onere della prova del danno da tecnologia medica, del danno da etica medica e del danno da prodotto medico. Le disposizioni sulla ripartizione dell'onere della prova per il danno medico in ciascuna fase sono ragionevoli, ma migliorabili. I progetti teorici avanzati di altri Paesi possono fornire una preziosa esperienza in tal senso, su cui vale la pena di riflettere ed approfondire in ricerche successive.

Camerino, dicembre 2022.

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES*

*La responsabilità civile del minore maturo nell'ordinamento giuridico spagnolo:
una responsabilità incongruente? ***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Contesto storico-giuridico. - 2.1. La famiglia che ha ispirato il codice civile spagnolo. - 2.2. Il fondamento alla base dell'art. 1903 CC. - 3. Scenario attuale. - 3.1 Norme rilevanti. - 3.1.1. Il minore con sufficiente maturità e autonomia. - 3.1.2. Mutamenti nella relazione genitore-figlio: principali implicazioni - 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Ricade esclusivamente sui genitori la responsabilità civile derivante dal danno cagionato dai figli minori¹, salvo che non sia stata adoperata tutta la diligenza del buon padre di famiglia, a norma dell'art. 1903 del codice civile² (di seguito «CC»).

La responsabilità genitoriale trova la sua origine nella relazione genitore-figlio. Nello specifico, il fondamento dell'obbligo risarcitorio risiede nei doveri che i genitori assumono con la potestà genitoriale (art. 154 CC)³. Per questo motivo è necessario rivedere i criteri indicati dall'art. 1903 CC, alla luce dei cambiamenti storici e giuridici che si sono verificati con riferimento alla relazione genitore-figlio e al modo di considerare il minore. Si può quindi

* Professore Dottore e ricercatore di Diritto civile. Facoltà di Giurisprudenza. Università di Cadice (Spagna) juancarlos.velasco@uca.es.

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

¹ Nel corso di questo studio: minore non emancipato.

² L'art. 1903 CC è tratto dalla formulazione dell'art. 1383 del *Code civil* napoleonico (1804). «[...] *Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux; [...] La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, [...] ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.*

³ E. ROCA TRÍAS e M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 162.

addivenire a una migliore esegesi del precetto legislativo considerando alcune differenze tra la società del codificatore del 1889 e quella attuale.

La nostra ricerca vuole chiarire se si debba continuare ad attenersi ai criteri di questa responsabilità con riguardo ai danni prodotti dai figli minori che abbiano raggiunto un certo livello di maturità (conviventi con i genitori). Così, si devono considerare le ragioni che ispirarono l'art. 1903 CC, l'analisi della relazione genitore-figlio e la situazione dei figli minori in due momenti precisi: l'epoca di genesi del precetto, il secolo XIX, e quella attuale.

Come metodo, ci avvarremo dell'esegesi (*ex art. 3.1 CC*) storica e teleologica delle disposizioni più rilevanti (passate e vigenti), alla luce delle opinioni dottrinali e delle esigenze della odierna giurisprudenza.

La prima parte della nostra ricerca riguarda il contesto storico e giuridico nel quale si colloca la responsabilità civile dei genitori (sub 2). Si struttura nello studio della società e della famiglia che hanno ispirato il CC (sub 2.1) e del principio⁴ alla base dell'art. 1903 CC (sub 2.2). La seconda parte si occupa del quadro normativo vigente, che si contrappone al precetto codicistico e ai suoi effetti (sub 3). Si divide nell'analisi delle norme più importanti che hanno propiziato un nuovo concetto di minore (sub 3.1.1); dei mutamenti della relazione genitore-figlio e delle limitazioni nel suo esercizio (sub 3.1.2). L'ultima parte (sub 3.2) concerne le implicazioni principali della materia oggetto dello studio, mostrando i problemi e le incongruenze legati alla nuova concezione del minore e alle ripercussioni per la responsabilità genitoriale.

Il nostro lavoro si limita a presentare brevemente il problema, tralasciando ogni proposta di soluzione, e a mostrare l'itinerario su cui orientare le future ricerche.

⁴ Si possono evidenziare altri fondamenti del precetto, come il risarcimento integrale della vittima o l'insolvenza del minore, ma si deve considerare che i genitori non possono essere considerati assicuratori universali dei danni cagionati dai loro figli ed essi possano rispondere con tutti i loro beni, presenti e futuri (*ex art. 1911 CC*). La *ratio* va colta nella relazione genitore-figlio.

2. *Contesto storico-giuridico*

2.1. *La famiglia che ha ispirato il codice civile spagnolo*

Nella società alla base del CC l'agricoltura è la principale attività, definisce lo stile di vita e rappresenta la principale fonte di sostegno della famiglia⁵: oltre i tre quarti del reddito provengono dall'attività primaria, il che spiega l'importante grado di ruralizzazione⁶ (per la necessità di essere prossimi al luogo di lavoro, la campagna). L'82% della popolazione abitava nelle zone rurali⁷, e il 72,75% degli spagnoli si dedicava all'attività agricola⁸, essendoci un'alta percentuale all'interno della comunità che non esercitava una professione né era occupata, con il 57,48%⁹.

Gli alfabetizzati erano rari. All'inizio del secolo (1803) soltanto il 5,96% della popolazione aveva un livello adeguato di istruzione¹⁰ e la maggior parte dei figli veniva educata in casa¹¹. Intorno al 1887 la percentuale di alfabetizzazione era ancora al 28,49%¹² perché l'accesso alle istituzioni scolastiche era riservato ai più abbienti.

Queste circostanze costringevano tutta la famiglia ad essere coinvolta nel soddisfacimento dei bisogni più basilari. I genitori trovavano nei loro figli l'aiuto necessario per i lavori agricoli o domestici. I genitori, a loro volta, contribuivano all'istruzione, alla crescita e all'amministrazione dei beni del minore.

Il padre (in posizione di prevalenza rispetto alla madre) era investito di autorità, gerarchia e sovranità, in conseguenze delle facoltà attribuitegli dall'ordinamento. Lo *ius corrigendi*

⁵ G. TORTELLA CASARES, *La economía española, 1830-1900*, in AA.VV., *Historia de España. Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834-1923)*, Volume VIII, 2ª ed., Labor, Barcellona, 1989, p. 29.

⁶ Dato relativo al 1860. V. PALACIO ATARD, *La España del Siglo XIX (1808-1898)*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 599.

⁷ V. PALACIO ATARD, *La España del Siglo XIX (1808-1898)*, cit., p. 599.

⁸ J. SÁNCHEZ DE TOCA, *El régimen parlamentario y sufragio universal*, Madrid, 1859, pp. 278-279. J.A. LACOMBA, *Estructura demográfica y social en la España del Siglo XIX*, in AA.VV., in *Historia social de la España del Siglo XIX*, Guadiana, Madrid, 1972, p. 58, fa notare che intorno al 1803 le classi inferiori erano costituite da servi, artigiani e braccianti; la maggior parte dei contadini. Ciò rappresentava il 71,5% della società. F. MONTERO, *La sociedad española de la restauración*, in AA.VV., in *Manual de Historia de España. Siglo XIX*, Historia 16, Madrid, 1990, p. 391, rileva che negli anni Ottanta le classi popolari (lavoratori a giornata, servitori e assimilati) iscritti all'erario rappresentavano quasi il 70% dei contribuenti e il 40% della popolazione totale.

⁹ F. MURILLO FERROL, *Estudios de sociología política*, Madrid, 1964, p.76.

¹⁰ L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 443.

¹¹ F. MONTERO, *La sociedad española de la restauración*, cit., p. 412. Il grado di scolarizzazione infantile (dai tre ai dodici anni) era molto basso. Nel 1885 circa il 50% dei bambini non andava a scuola. Lo stanziamento di bilancio per l'istruzione era dedicato principalmente dagli studi universitari con lo 0,55% del budget (1875-76).

¹² F. MONTERO, *La sociedad española de la restauración*, cit., p. 412.

(mediante punizioni moderate), la limitazione della libertà personale e l'imposizione di obblighi per il bene della famiglia¹³ offrivano, in certi momenti, una risposta alle vicissitudini che doveva affrontare la famiglia ottocentesca.

2.2. Il fondamento alla base dell'art. 1903 CC

La potestà genitoriale viene considerata dagli autori dell'epoca come quell'autorità e quei diritti che spettano esclusivamente al padre sui suoi figli¹⁴. Il *pater familias* si pone come il massimo esponente della gerarchia familiare e l'unico detentore dell'esercizio delle potestà che gli sono attribuite nei confronti di coloro che dipendevano da lui.

La gerarchia e l'autorità paterna si manifestavano in buona parte dell'ordinamento giuridico spagnolo. Un chiaro esempio è rappresentato dalla Legge del 20 luglio 1862, relativa al matrimonio. Per contrarre matrimonio era prescritto che il figlio minore di ventitré anni o la figlia che non avesse compiuto i venti richiedessero l'autorizzazione del padre¹⁵, con una manifesta preferenza per il genitore paterno rispetto agli altri familiari. La dottrina riteneva che lo spirito di questa legge fosse soprattutto quello di «esaltare l'autorità del padre»¹⁶.

Alcuni autori iniziarono a sostenere l'opinione che la potestà genitoriale rappresentasse l'insieme di facoltà provenienti dalla natura, che la legge attribuiva tanto al padre quanto alla madre¹⁷. Con la promulgazione del CC questo dibattito ebbe fine: il ruolo della madre assunse un ruolo di secondo piano, «in assenza del padre»¹⁸. Il genitore paterno era chi suppliva in

¹³ Ad es., usufruire del lavoro del figlio senza retribuzione.

¹⁴ F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE e J. MONTALBÁN, *Febrero ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación vigente*, Volume I, Madrid, 1844, p. 25, interpreta la concezione prendendo spunto da quanto stabilito nella Legge 1, Titolo 17 della *Partida* 4^a.

¹⁵ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, 5^a ed., Madrid, 1881, p. 660, chiarisce che «la famiglia rimase unita, non in virtù del matrimonio, ma per vincolo di potere», definendo il genitore paterno come «sovrano nella famiglia, padre e signore dei figli e dei loro beni».

¹⁶ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 278.

¹⁷ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 661.

¹⁸ V. art. 154 CC. La norma non precisa se la potestà genitoriale che doveva esercitare la madre dovesse essere fatta valere in caso di assenza del padre, di suo decesso, di incapacità o per mancato esercizio da parte sua.

primo luogo all'incapacità dei figli e chi provvedeva alle necessità per la loro crescita ed educazione; li difendeva, li rappresentava, aveva cura di loro e disponeva dei loro beni e dei loro diritti¹⁹. Aveva inoltre la facoltà di utilizzare i loro servizi senza alcuna controprestazione²⁰.

Alle facoltà indicate (direzione, crescita, educazione, utilizzazione di servizi, cura e sfruttamento dei beni) si affiancavano l'esercizio della facoltà di correzione mediante punizioni moderate²¹ e la possibilità di richiedere l'assistenza dell'autorità amministrativa e l'intervento giudiziale per circoscrivere la libertà personale dei figli²². Gli autori dell'epoca motivavano la necessità di questo regime restrittivo con la finalità di tenere testa a qualsiasi «figlio ingrato, discolo e disubbidiente»²³. Così ai genitori veniva data di una sorta di «protezione che [...] poneva dei limiti agli [...] attentati» da parte loro figli²⁴. L'obbligo di ubbidienza e rispetto da parte della prole²⁵, così come le facoltà di educazione, direzione, vigilanza e imposizione del lavoro a beneficio della famiglia, erano difficilmente comprensibili senza un minimo regime coercitivo²⁶.

L'art. 1903 CC dichiara responsabile diretto il padre e, in sua assenza (per decesso o incapacità) la madre²⁷, per i danni causati dai figli minori conviventi. Alcuni autori ottocenteschi sostenevano che il fondamento del precetto risiedesse nel fatto che per i genitori era rilevante uno speciale dovere di vigilanza²⁸ ed educazione dei loro figli minori; poiché l'ordinamento metteva a loro disposizione dei meccanismi coercitivi, una volta prodotto il danno,

¹⁹ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 661.

²⁰ V. Legge 3, Titolo 21 della *Partida 2ª* (B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 697, y F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE e J. MONTALBÁN, *Febrero ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Volume I, cit., p. 27). Il diritto a usufruire delle prestazioni dei figli senza retribuzione non è stato conservato nel testo del 1889.

²¹ Già la Legge 18, Titolo 18, della *Partida 4ª* e la Legge 9ª, Titolo 8, della *Partida 7ª*, consentivano la punizione dei fanciulli, ma sempre con misura e misericordia. Nel secolo XIX gli autori ritenevano che questa facoltà dovesse svilupparsi in una relazione tra padre e figlio di «dolce e affettuosa subordinazione»; M. NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, Madrid, 1880, p. 147.

²² L'antecedente si trova nella Legge 10, Titolo XVII, della *Partida 4ª*, laddove al padre era attribuito il potere di domandare al giudice che suo figlio tornasse a casa, nel caso del minore che andasse in giro senza ubbidire al padre. *Cfr.* art. 156 CC (versione originaria).

²³ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del código civil reformado*, Madrid, 1889, p. 252.

²⁴ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil Reformado*, cit., p. 252.

²⁵ V. art. 155 CC. Il rispetto e l'ubbidienza restano previsti, naturalmente, anche al giorno d'oggi.

²⁶ Infatti, M. PEDREGAL Y CAÑEDO, *Texto y comentarios al código civil español*, Volume I, Madrid, 1889, p. 313, ritiene che tutto ciò che implichi una qualche autorità debba integrarsi con una qualche previsione coercitiva.

²⁷ In linea con il ruolo secondario che riveste la madre in altri ambiti, ad es., quello della potestà genitoriale.

²⁸ M. PEDREGAL Y CAÑEDO, *Texto y comentarios al código civil español*, Volume II, cit., p. 831, ritiene che i genitori debbano rispondere perché l'ordinamento gli impone un particolare dovere di vigilanza, evitando che per «ignoranza, imprevidenza o mancanza di capacità» venga cagionato un danno a terzi. (L'ordinamento impone questo

si presumeva che non avessero saputo guidare, educare e controllare il minore²⁹, specialmente se convivente con loro³⁰. Gli autori stabiliscono una relazione tra l'attitudine dei genitori e il comportamento dei loro figli. Ciò vuol dire che si parte da una presunzione di colpevolezza per non aver saputo vigilare ed educare, nonostante vi fosse un dovere e l'ordinamento mettesse a disposizione diversi mezzi per adempierlo³¹.

Oltre alla posizione dei genitori, con riferimento alle loro facoltà, erano rilevanti anche le particolari condizioni specifiche della prole. Il minore veniva considerato un soggetto senza autonomia, senza diritti certi³², immaturo e dipendente da altri per affrontare le contingenti complessità della vita, per cui era perfettamente comprensibile la sua mancanza di imputabilità per il danno cagionato. Il raggiungimento della maggiore età³³ era la linea di demarcazione, giacché implicava la «piena maturità di giudizio [...] per compiere i loro atti e amministrare i propri beni»³⁴.

Attraverso il pensiero della dottrina e la formazione storica del CC, sembra che l'idea ispiratrice dell'art. 1903 CC sia che le conseguenze del danno derivino dal comportamento del minore e si considera la colpevolezza dei genitori come difetto di vigilanza, educazione ed errato utilizzo degli strumenti concessi dall'ordinamento per prevenire il danno³⁵.

dovere perché viene integrato con il riconoscimento dell'autorità e disciplina paterna, altrimenti a nulla servirebbe vigilare senza un metodo coercitivo che reprima o prevenga le ingiuste condotte che possano arrecare danno a terzi). V. J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al código civil español*, Volume XII, 2ª ed., Imprenta de Legislación, Madrid, 1911, pp. 621-622, evidenzia che «[...] non può esserci alcun dubbio [...] sul fondamento razionale dell'obbligo imposto [...], poiché, avendo sotto la sua cura [...] determinate persone che mancano della capacità di autodeterminarsi, ciò impone il dovere di [...] una sorveglianza speciale e particolare, per evitare che [...] causino danni a terzi [...]». Se questo dovere di vigilanza non viene adempiuto e si verifica un danno, i genitori dovranno «[...] subire le conseguenze dell'oro abbandono e della loro negligenza [...]».

²⁹ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 661.

³⁰ Si ricordi che l'art. 1903 CC si riferisce alla responsabilità derivante dai figli che abitano insieme ai loro genitori e sono sotto la loro autorità.

³¹ Si è dinanzi a una presunzione *iuris tantum*. V. art. 1903, ultimo comma, CC. I genitori potrebbero aver educato e vigilato diligentemente i loro figli, ma dovranno provarlo per andare esenti alla responsabilità.

³² Sul piano internazionale nella Dichiarazione di Ginevra del 24 settembre 1924 (Società delle Nazioni) si comincia a postulare l'esistenza di alcuni diritti minimi del fanciullo. Tuttavia è solo con la Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1959 che vede la luce un'ampia disciplina dei diritti e delle libertà fondamentali.

³³ V. art. 320 CC (versione originaria).

³⁴ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del código civil*, cit., pp. 417-418.

³⁵ La vigilanza, la correzione e la conseguente responsabilità civile del padre in quest'epoca sono strettamente legate. Così, B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Volume I, cit., p. 661, ritiene che «il padre non debba soltanto vigilare, ma sia anche obbligato a guidare, anche attraverso la punizione, le inclinazioni del figlio». Ciò vuol dire che non solo deve vigilare sul figlio, ma anche guidarlo, rappresentando la punizione lo strumento *ad hoc*. Pertanto, se si produce un danno è perché non si è saputo né

3. *Scenario attuale*

3.1. *Norme rilevanti*

3.1.1. *Il minore con sufficiente maturità e autonomia*

Il minore maturo è stato oggetto di un particolare trattamento nella legislazione. Diverse norme internazionali³⁶ e nazionali³⁷ riconoscono il diritto del minore ad essere ascoltato sia nell'ambito familiare, come in qualsiasi altro procedimento, e che le sue opinioni siano tenute in considerazione, in funzione della sua età e maturità, ogniqualvolta che si debbano prendere decisioni che riguardano la sua sfera personale, familiare o sociale.

Uno degli scopi enunciati nella Convenzione sui diritti dell'infanzia (1989) è che il minore debba prepararsi per una vita indipendente nella società³⁸. Ciò si riflette nella concessione graduale di una maggiore capacità di esercizio dei propri diritti, nell'essere ascoltato e di tenere in conto le sue opinioni, affinché il minore possa sviluppare la sua personalità e adeguarsi alle sfide poste dalla vita nella società.

La Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, di Protezione Giuridica del Minorenne (di seguito LOPJM)³⁹, riconosce che vadano tenute in considerazione le condizioni di maturità ed età nelle decisioni che li riguardano⁴⁰. Inoltre, tali circostanze devono servire a renderlo partecipe dell'adempimento dei suoi doveri, obblighi e responsabilità, in ogni ambito della sua vita, tanto in famiglia come nella società e nella scuola⁴¹.

vigilare né guidare il figlio, data l'esistenza nell'ordinamento di strumenti di coercizione per correggerne le inclinazioni.

³⁶ Art. 12 Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 (Ratifica: BOE n. 313, del 31 dicembre 1990); art. 4 e 21 della Convenzione relativa alla Protezione del Fanciullo e alla Cooperazione in Materia di Adozione Internazionale del 29 maggio 1993 (Convenzione de La Haya sull'Adozione) (Ratifica: BOE n. 182, del 1° agosto 1995); art. 2 del Protocollo facoltativo de la Convenzione sui Diritti del Fanciullo relativo al procedimento di comunicazioni del 19 dicembre 2011 (Ratifica: BOE n. 27, del 31 gennaio 2014).

³⁷ Art. 9 LOPJM; art. 92, 154, 172 *ter* par. 3°, 173.4 b), 173.3. 3° y 178.4 CC; art. 770 4°, 778 *bis*, art. 780 LEC. . Tali norme prevedono, in un certo qual modo, il diritto del minore di essere ascoltato, purché sia sufficientemente maturo, e, in ogni caso, abbia compiuto i 12 anni. Per la maggior parte dei dodicenni la norma presume una certa maturità, soprattutto per quei minori che abbiano superato tale limite.

³⁸ Preambolo della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

³⁹ Riformata recentemente dalla Legge Organica 8/2015, del 22 luglio, e la Legge 26/2015, del 28 luglio. Riguardano la modifica del sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza. Nel preambolo si legge che «si sono prodotti cambiamenti sociali importanti che incidono sulla situazione dei minorenni e che richiedono un miglioramento degli strumenti di tutela giuridica». Perciò tale evoluzione e le trasformazioni sociali e culturali determinano su un vero e proprio «cambiamento nello status sociale del fanciullo».

⁴⁰ Art. 9 LOPJM

⁴¹ Art. 9 *bis* LOPJM.

Queste prese di posizione sulla condizione del minore di età e il riconoscimento di una maturità qualificata fanno sì che il legislatore prenda atto della realtà sociale imperante. Tuttavia il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico è già avvenuto da qualche decennio. Diverse sono state le norme che hanno preso spunto implicitamente dallo stato di maturità del minore, per attribuirgli autonomia e una certa capacità decisionale; alcune prevedono l'entrata in vigore della LOPJM o la ratifica della Convenzione sui diritti dell'infanzia⁴².

L'art. 2.1 LOPJM dispone che le limitazioni alla capacità di agire dei minorenni vadano interpretate restrittivamente «e, in ogni caso, sempre nell'interesse superiore del minore»⁴³. Questo precetto ha una speciale relazione con l'art. 1263.1 CC⁴⁴, per il quale i minori possono esprimere il loro consenso per obbligarsi contrattualmente su tutto ciò che riguarda i beni e i servizi della vita quotidiana, propri della loro età, in conformità con gli usi sociali (sempre che la legge lo consenta).

Altre disposizioni consentono al minore ad ottenere la licenza per l'uso di determinate armi⁴⁵ o la patente per certi veicoli a motore⁴⁶. Esse costituiscono aree rilevanti dell'ambito decisionale del minore, del quale si presume la condizione di maturità per queste particolari ipotesi. Allo stesso modo anche i minori possono svolgere un rapporto di lavoro subordinato⁴⁷; acconsentire all'ingerenza nel loro diritto all'onore, alla privacy e/o alla propria immagine «se le loro condizioni di maturità lo consentono»⁴⁸; hanno la facoltà di consentire il

⁴² Legge Organica 1/1982, del 5 maggio, di protezione civile del diritto all'onore, all'intimità personale e familiare e alla propria immagine, in relazione all'art. 161.1 CC (redazione conforme alla Legge 11/1981, del 13 maggio, di modifica del Codice Civile in materia di filiazione, potestà genitoriale e regime economico del matrimonio); il Regio Decreto 137/1993, del 29 gennaio, per cui si approva il Regolamento sulle armi (di rilevante tradizione; si prevedevano già autorizzazioni ai minorenni nei Regolamenti dell'anno 1944 e 1981).

⁴³ Con la riforma del 2015 sono stati aggiunti dei criteri di interpretazione, che mirano sempre all'interesse del minore (art. 2 LOPJM).

⁴⁴ Riforma operata dalla Legge 26/2015, del 28 luglio.

⁴⁵ L'art. 109.1 e 2 del Regio Decreto 137/1993, del 29 gennaio, con cui si approva il Regolamento sulle armi, concede al maggiorenne di quattordici e al minorenni di diciotto la potestà dell'utilizzo di determinate armi «[...] per la caccia o per le gare sportive [...]».

⁴⁶ L'art. 4 e 6 del Regio Decreto 818/2009, dell'8 maggio, per cui si approva il Regolamento generale per i conducenti stabilisce un'età tra i 14 e 16 anni per conseguire alcuni permessi di guida (ad es., ciclomotori a due o tre ruote, quadricicli leggeri, motociclette, veicoli per persone di mobilità ridotta, veicoli speciali agricoli autopropulsi, ecc.).

⁴⁷ Gli art. 6 e 7 del Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 26 ottobre, con cui si approva il testo rivisto della Legge dello Statuto dei Lavoratori, configurano la capacità del minore ad obbligarsi a prestazioni di lavoro a partire dai sedici anni di età.

⁴⁸ Art. 3 della Legge Organica 1/1982, del 5 maggio.

trattamento dei loro dati personali⁴⁹ e possono richiedere trattamenti sanitari senza il consenso dei loro genitori (se possiedono capacità intellettive sufficienti per capirne la portata⁵⁰). La norma più eloquente è la LORPM⁵¹, che attribuisce al minore sufficiente maturità per poter sopportare una condanna che incide sui suoi diritti fondamentali⁵². Queste disposizioni dimostrano che nell'ordinamento giuridico vengono riconosciuti ambiti importanti di auto-governo al minore, che viene così considerato sufficientemente maturo per esercitarli (ma non per risponderne civilmente).

3.1.2. *Mutamenti nella relazione genitore-figlio: principali implicazioni*

Il progresso sociale e politico, l'attuale configurazione della famiglia e la nuova concezione del minore hanno determinato un cambiamento dell'esercizio di alcune potestà nella relazione genitore-figlio. I genitori sperimentano una riduzione dei poteri che gli avevano conferito una posizione di autorità e gerarchia.

La disciplina concessa dall'ordinamento ottocentesco va progressivamente scomparendo. Fino al 1981⁵³ era prevista la facoltà dei genitori di chiedere l'assistenza dell'autorità amministrativa e giudiziale per limitare la libertà personale dei figli non emancipati (art. 156 CC)⁵⁴. Tuttavia, con analogo contenuto e in maniera poco chiara, è ancora vigente la facoltà dei genitori, nell'esercizio delle loro funzioni, di poter chiedere l'assistenza dell'autorità⁵⁵. Il precetto non indica cosa s'intenda con «nell'esercizio delle loro funzioni» e per quale scopo l'assistenza debba essere richiesta, ma va vista con riferimento all'elenco delle funzioni che l'ordinamento attribuisce ai genitori nei confronti dei loro figli minori (ad es. vigilare su di loro, averli con sé nel proprio domicilio, educarli, preservare la loro integrità fisica e mentale, ecc.).

⁴⁹ L'art. 7 della Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, di Protezione di Dati Personali e garanzia dei diritti digitali, dispone che «il trattamento dei dati personali di un minore non potrà fondarsi unicamente sul suo consenso quando sia maggiore di quattordici anni».

⁵⁰ Art. 9.3 della Legge 41/2002, del 14 novembre, disciplina di base dell'autonomia del paziente e dei diritti e obblighi in materia di informazione e documentazione clinica.

⁵¹ Art. 1 e 7 della Legge Organica 5/2000, del 12 gennaio, disciplina della responsabilità penale dei minorenni.

⁵² Secondo l'art. 1 LORPM si intende implicitamente che il minore (a partire dai 14 anni) abbia la sufficiente ed adeguata maturità per subire il carico afflittivo disposto dalle norme penali.

⁵³ Legge 11/1981, del 13 maggio.

⁵⁴ Cfr. art. 10, 15, 17 e 25 Cost.

⁵⁵ Art. 154 *in fine* CC.

Nel 2007⁵⁶ è stata invece abrogata la facoltà di ragionevole e moderata correzione dei figli, una delle facoltà di maggior rilievo nella posizione dei genitori, di grande spirito e tradizione giuridica⁵⁷. Dal punto IV della esposizione delle motivazioni della Legge 54/2007, del 28 dicembre, si ricava che il legislatore equipara e confonde la correzione moderata e ragionevole con il pregiudizio, l'abuso fisico o mentale, i maltrattamenti o lo sfruttamento dei figli⁵⁸, aberrazioni che nelle *Partidas*⁵⁹ non trovavano spazio né giustificazione.

L'aumento dell'autonomia del minorenne, a seconda della sua età e del grado di maturità, il riconoscimento di uno speciale quadro normativo e il declino delle potestà genitoriale, fa sì che il mantenimento del criterio colpevolizzante della responsabilità genitoriale non trovi un fondato sostegno⁶⁰ (almeno come si intendeva nel secolo XIX).

L'art. 1903 CC presume la colpevolezza (sempre più oggettivata⁶¹) dei genitori per i danni cagionati dai minori che sono sotto la loro tutela per non aver assolto correttamente

⁵⁶ L'eliminazione (nel CC) di tale facoltà si basa sulle prescrizioni formulate dal Comitato per i diritti dell'infanzia, per la possibilità che tali facoltà potessero contravvenire all'art. 19 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, poiché tale precetto ha lo scopo di «[...] proteggere il fanciullo contro ogni forma di danno o abuso fisico o mentale, negligenza o trattamento negligente, maltrattamento o sfruttamento, compreso l'abuso sessuale [...]». Cfr. il punto IV dell'esposizione delle motivazioni della Legge 54/2007, del 28 dicembre, sull'adozione internazionale.

⁵⁷ Nemmeno nelle *Partidas* veniva autorizzato né giustificato il maltrattamento, le punizioni dure o crudeli sui figli. In ogni caso «la punizione» doveva essere «misurata e con pietà». V. Legge 18, Titolo XVIII, *Partida* 4^a e la 9^a, Titolo VIII, *Partida* 7^a.

⁵⁸ C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?*, in *Rev. der. civ.*, Vol. VII, num. 1 (enero-marzo), 2020, p. 136.

⁵⁹ V. *retro* nota 57.

⁶⁰ Per M. NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Bosch, Barcellona, 1998, pp. 37-39, ciò si ricollega al mantenimento di un potere genitoriale e con l'indebolimento della patria potestà deve diminuire «il controllo e la reale possibilità dei genitori di impedire ai propri figli di commettere atti dannosi». Analogamente C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 252, ritiene che per i cosiddetti «grandi minori» conservino una potestà indebolita, dal momento che si è andato progressivamente perdendo il controllo sui figli.

⁶¹ A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 67. Per la maggior parte della dottrina si è ritenuto che dall'articolo 1903 CC sorga una presunzione di colpa oggettivata, con cui i tribunali ritengono i genitori responsabili in modo oggettivo o quasi-oggettivo (v. A. PAÑOS PÉREZ, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapaces*, Atelier, Barcellona, 2010, p. 43); e la posizione dei genitori è stata persino equiparata a quella dell'imprenditore, in relazione agli illeciti causati dai suoi dipendenti. Allo stesso modo, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Por fin menores civilmente responsables. Reflexiones a propósito de las reformas del 2015*, in *Foro*, Nueva época, Vol.19, n° 2, 2016, pp. 37-38, sostiene che mettere un figlio nella società fa ritenere che in essa si introduca un elemento di rischio; presupponendo la responsabilità dei genitori per essere stati negligenti, disattenti, leggeri o imprudenti nell'educazione o vigilanza dei propri figli, in definitiva, per il solo fatto di essere genitori.

l'obbligo di vigilare sulle attività del minore⁶². Da questa presunzione di colpevolezza si deduce che, pur essendo il comportamento del minore la conseguenza del danno, i genitori debbano aver contribuito in qualche modo, direttamente o indirettamente. Pertanto si attribuisce ai genitori un carente esercizio dei doveri di vigilanza e controllo, presunzione *iuris tantum* (cfr. art. 1903, ultima parte, CC).

Resta inteso che i doveri di vigilanza e controllo si devono integrare con il corretto uso della disciplina, poiché quando il minore arreca un danno, si presume che i genitori non abbiano saputo svolgere un corretto compito educativo (*culpa in educando*) o di controllo (*culpa in vigilando*), essendo (forse) necessario l'esercizio di un minimo potere correzionale.

Se i genitori non hanno potere disciplinare, può venir meno il fondamento della colpevolezza. Per rispondere per i propri figli, i genitori devono essere investiti di autorità sufficiente per mantenerli entro i limiti dei propri doveri e fargli rispettare gli interessi altrui⁶³. La disciplina è considerata come un meccanismo di aiuto per i genitori al corretto esercizio delle loro facoltà, oltre a essere intesa come strumento preventivo del danno.

Gli ambiti di competenza concessi dall'ordinamento al minore maturo si fondano sulla considerazione che un soggetto sta progressivamente acquisendo sufficiente capacità di intendere e di volere⁶⁴. Pertanto, se le norme gli consentono di compiere determinati atti di rilevante significato giuridico, avendo sufficienti capacità intellettive, il minore deve comprendere che la sua condotta può arrecare danni a terzi⁶⁵. Ciò consentirebbe di poter ritenere il minore (con certo grado di maturità) civilmente responsabile⁶⁶ e di renderlo, in qualche

⁶² Nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* v., tra le altre, SSTS (1^a) del 18 maggio 1999, 30 giugno 1998, 13 aprile 1998.

⁶³ C. ROGEL VIDE, *Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos. En torno al artículo 1903 del código civil*, Reus, Madrid, 2018, p.13.

⁶⁴ E. GOMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, in *Derecho Privado y Constitución*, n° 7, settembre-dicembre, 1995, p. 91.

⁶⁵ Così, L. Díez-PICAZO, *Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, in *Anuario de derecho civil*, 1982, p. 5, muove dallo spirito del precetto, prima della riforma del principio di autorità (art. 154 CC), rilevando che l'art. 1903 CC fa parte delle competenze di un padre che controlla «tutto ciò che accade all'interno della famiglia e che ha nelle sue mani le risorse necessarie affinché le cose accadano o non accadano».

⁶⁶ J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 70. Ugualmente, P. GRIMALT SERVERA, *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 43, ritiene che se l'ordinamento giuridico consente ai minorenni di agire quando «le loro condizioni di maturità sono sufficienti, sarà perché vengono considerati dotati di capacità intellettuali e volitive sufficienti, e ciò giustifica l'essere civilmente [...]». M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson,

modo, partecipe delle conseguenze del danno prodotto⁶⁷, poiché possiede «sufficiente capacità cognitiva per comprendere l'azione e prevederne le possibili ripercussioni e la capacità volitiva per agire di conseguenza»⁶⁸.

L'attuale giurisprudenza ritiene che la responsabilità civile dei genitori nasca da un semi-rischio, fondato sull'obbligo dei genitori di rispondere della colpa che deriva dalla violazione dei doveri inerenti alla titolarità della potestà genitoriale e non dell'autore del danno⁶⁹. Il rischio, che ha innescato il danno, si produce a causa del carente dovere di vigilanza che i genitori hanno sui figli soggetti alla loro potestà⁷⁰. I giudici danno un'interpretazione estensiva dell'art. 1903 CC⁷¹ al fine di attribuire la responsabilità ai genitori, essendo di tutta evidenza la mancanza di pronunce giurisdizionali che accolgano la causa di esonero prevista dall'ultimo comma dell'art. 1903 CC⁷².

Il contenuto di questi doveri – di vigilanza e controllo – può diventare complesso e, in alcuni casi, quasi impossibile⁷³, quando si è dinanzi a un minore che è prossimo alla maggiore

Madrid, 2001, p. 229, sottolinea che perché una determinata condotta possa essere considerata colposa o negligente, è necessario che l'agente sia soggettivamente imputabile, cioè che abbia una libera volontà e capacità di intendere e volere ciò che sta facendo, e pertanto il minore maturo dovrà esserne responsabile. Cfr. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil*, cit., p. 223; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Responsabilidad Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 18.

⁶⁷ Ciò è stato rilevato da STS del 8 marzo 2002. In questo caso il minore (17 anni) è solidalmente responsabile in quanto civilmente imputabile.

⁶⁸ M. NAVARRO MICHEL, *La responsabilidad civil de los padres*, cit., pp. 111-112.

⁶⁹ STS del 11 marzo 2000.

⁷⁰ L'attuale orientamento della giurisprudenza ritiene che la responsabilità dei genitori derivi da un carente esercizio della potestà genitoriale, e che la creazione del rischio sia dovuta alla violazione del dovere di vigilanza imposto ai genitori. Secondo la ricostruzione giurisprudenziale, la loro responsabilità deriva dalla loro colpa o negligenza nella vigilanza (omissione del dovere di vigilanza) o nelle mancanze nella loro educazione. Vedi SSTS (1^a) del 10 novembre 2006; 8 marzo 2006; 11 marzo 2000; del 17 giugno 1980; 24 marzo 1979; SAP Valenza del 23 gennaio 2012; SAP Barcellona del 3 marzo 2005.

⁷¹ Nell'art. 1903 CC non è contemplato l'esplicito dovere di particolare vigilanza, controllo e educazione da parte dei genitori. I tribunali ammettono l'esenzione di responsabilità dell'ultimo comma della norma non per escludere la responsabilità, ma per argomentare che se il danno si è verificato è perché i genitori non hanno adoperato tutta la diligenza nella vigilanza e nell'educazione del minore per la sua prevenzione (v. i riferimenti giurisprudenziali nella nota precedente).

⁷² Da un lato, perché è complicato attribuire ai genitori una condotta diligente nella prevenzione del danno; dall'altro, per l'applicazione del principio *in dubio pro damnato*, volendosi assicurare l'indennizzo integrale del danno causato (come se i genitori fossero assicuratori universali dei figli).

⁷³ C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 15, fa notare che al giorno d'oggi i genitori non possono controllare o vigilare su tutto ciò che concerne i figli minori (tanto meno se gli vengono riconosciuti dall'ordinamento giuridico alcuni diritti e libertà, che gli conferiscono un certo potere decisionale e autonomia).

età⁷⁴. Nel caso di minori che non hanno raggiunto un sufficiente grado di maturità, i genitori hanno una maggiore facilità di controllo e coazione rispetto a quando si è dinanzi a minori prossimi all'età adulta. Diversa è la situazione del minore maturo, che può prendere decisioni sulla sua persona⁷⁵, utilizzare macchine e strumenti pericolosi⁷⁶, poiché sfugge al controllo dei genitori o ci si trova dinanzi ad altri diritti del minore (ad es. privacy personale, non intervento nelle comunicazioni, dignità, ecc.).

In sostanza, se la società, attraverso le sue regole, ha concesso maggiore autonomia e potere decisionale al minore (soprattutto a quello maturo), riconoscendo certi diritti e libertà fino a limiti inaspettati, e ha indebolito la potestà genitoriale con l'abrogazione di poteri che agevolavano la sorveglianza e l'educazione, la conseguenza non può essere che la responsabilità civile ricada esclusivamente sui genitori⁷⁷.

4. Conclusioni

Il fondamento della responsabilità civile dei genitori risiede nei doveri inerenti alla titolarità della potestà genitoriale. Il loro inadempimento fa presumere la responsabilità dei genitori per i danni dei figli.

I genitori del XIX secolo avevano sia doveri, sia facoltà, per dirigere ed educare la prole. L'art. 1903 si colloca nell'epoca ottocentesca, quindi risponde a una specifica società: agricola, analfabeta, una famiglia gerarchizzata, patriarcale e autoritaria, un minore con autonomia e diritti limitati e genitori con ampi poteri sui figli. Tuttavia, il quadro attuale è molto diverso. La nuova concezione del minore maturo, il riconoscimento di diritti e libertà, così come l'abrogazione di certe facoltà genitoriali hanno reso molto complesso il corretto esercizio dei doveri inerenti alla potestà genitoriale.

⁷⁴ S. DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos*, in *An. der. civil*, Vol. 40, n° 3, 1987, pp. 803-805, ritiene che attualmente sia totalmente impensabile il dovere di una «ferrea vigilanza e stretto controllo per i minori prossimi alla maggiore età».

⁷⁵ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Por fin menores civilmente responsables. Reflexiones a propósito de las reformas de 2015*, cit., p. 50, afferma che se i minori sono legalmente autorizzati a compiere determinati atti giuridicamente rilevanti, siamo dinanzi a un soggetto che ha un importante sviluppo della propria personalità e, quindi, possiede una capacità sufficiente per capire ciò che sta facendo e comprendere che la sua condotta può danneggiare un terzo.

⁷⁶ J. RUIZ JIMÉNEZ, *Responsabilidad civil de los menores: una cuestión para el debate*, in *Rev. crit. der. inmob.*, n. 725, 2011, p. 1728.

⁷⁷ S. DÍAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos*, cit., pp. 856-857.

L'impiego da parte della giurisprudenza del dovere inderogabile dei genitori di controllare e vigilare sui propri figli si è affievolito nel caso dei minori maturi. La giurisprudenza esige un controllo eccessivamente gravoso sui figli, ritenendolo difficile e complesso per il minore maturo, tanto più quando i genitori non dispongono di un minimo potere di correzione. La disciplina parentale è stata tradizionalmente intesa come un mezzo che agevola i doveri imposti ai genitori e previene il danno dei figli nei confronti di terzi.

L'evoluzione del concetto di minore, il suo quadro normativo, la riduzione delle facoltà dei genitori – che incidono sulla loro capacità di vigilanza – fanno sì che nel caso dei minori maturi i genitori non debbano essere postulati come esclusivi responsabili. È giunto il momento di esigere la partecipazione dei minori maturi all'obbligo risarcitorio e che adempiano ai loro doveri, obblighi e responsabilità in tutti gli ambiti della loro vita, così come dettato dal vigente art. 9 *bis* LOPJM.

Abstract

Il presente lavoro vuole far riflettere sulle implicazioni della nuova concezione di minore rispetto alla responsabilità civile dei genitori nel caso di minore maturo. La legislazione spagnola ha conosciuto un'importante evoluzione in tema di autonomia e competenze decisionali dei soggetti che, a seconda la loro età, manchino della piena capacità di agire. Tuttavia i modelli di responsabilità genitoriale, conosciuti nell'Ottocento, si sono mantenuti inalterati; a ciò si è aggiunta la progressiva riduzione dei poteri attribuiti ai titolari della potestà genitoriale. La nostra ricerca si focalizza su due periodi: la situazione familiare e giuridica al momento della promulgazione del codice civile spagnolo (1889) e il panorama attuale. Si analizza, da un lato, la posizione giuridica dell'istituzione genitoriale, responsabile dei danni causati dai figli minori con limitata capacità decisionale e, dall'altro, quella dei minorenni maturi. Si sottolineano le incongruenze più marcate del sistema: una maggiore autonomia e potere decisionale del minore; la limitazione delle competenze dei titolari della potestà genitoriale e la loro conseguente responsabilità quasi-oggettiva, salvaguardata da una rigorosa esegesi di questa disciplina da parte della giurisprudenza.

Abstract

This work is intended as a reflection on the implications involved, with regard to parents' liability, in the new concept of individuals under legal age: the 'mature minor'. Spanish legislation has undergone a significant development in relation to the autonomy and decision-making powers of subjects whose capacity to act is limited by their age. However, the tenets of parents' liability have remained intact since this was introduced in the nineteenth century, thus contributing to the progressive limitation of the functions inherent to parents' authority. This research focuses on two periods: the family and legal status at the time of promulgating the Spanish Civil Code (1889) and the present-day outlook. An analysis is conducted, on the one hand, of the legal position of the paternal-filial tradition that holds parents responsible for damages produced by under-age issue with certain decision-making powers, and on the other hand, that of 'mature minors'. The most prominent incongruences within this system are highlighted: minors' enhanced autonomy and decision-making powers; restrictions to parents' and parental guardians' powers; and the ensuing quasi-objective responsibility of the latter, supported by case law in which a strict interpretation of the rules is applied.

Cadiz, febbraio 2022.

FRANCESCO RIZZO *

*I contratti di appalto per la ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma 2016,
la concessione del contributo pubblico per il pagamento del corrispettivo
e le criticità dell'eventuale revisione del corrispettivo in caso di c.dd. sopravvenienze***

Sommario: 1. – Quadro di riferimento: la fattispecie dell'appalto per la ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma 2016 e le norme (primarie e secondarie) di riferimento. 2. – Le modalità di determinazione sia del corrispettivo spettante all'appaltatore della ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma sia del contributo pubblico erogato dallo Stato a favore del committente; l'applicazione del Prezziario pubblico anche alla quota parte del corrispettivo di cui è finanziariamente onerato il committente privato. 3. – Esame della possibile applicazione dell'art. 1664, comma 1, c.c. all'appalto per la ricostruzione di edifici privati danneggiati dal sisma. 4. – Analisi della possibile operatività dell'art. 1664, comma 1, c.c., in relazione ai contratti di appalto già conclusi secondo lo schema del contratto tipo predisposto dal Commissario straordinario con l'ordinanza n. 19 del 7 aprile 2017. 5. – I requisiti di operatività dell'art. 1664, comma 1, c.c. e il suo rapporto con il rimedio generale di cui all'art. 1467 c.c.

1. Quadro di riferimento: la fattispecie dell'appalto per la ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma 2016 e le norme (primarie e secondarie) di riferimento

Il quadro di riferimento della presente indagine è formato dai contratti che regolano la ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma del 2016 al fine di verificare se sia possibile operare sul corrispettivo in termini di aumento o riduzione a fronte delle c.dd. sopravvenienze che, in questo momento storico, tanto hanno inciso e incidono a causa di vari fattori contingenti e talvolta imprevedibili, come, ad esempio, il conflitto in Ucraina, la pandemia da Covid-19 (con conseguente riduzione della produzione di materie prime impiegate nel settore dell'edilizia) e la bolla speculativa successiva all'avvio di un grande numero di cantieri per effetto delle recenti misure di incentivazione fiscale previste dagli articoli 119 e 121 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 che hanno aumentato in modo rilevante la domanda dei materiali di costruzione.

* *Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

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

La normativa primaria di riferimento a governo della ricostruzione è contenuta nel d.l. 17 ottobre 2016 n. 189 (nel seguito Decreto sisma) convertito con l. 15 dicembre 2016 n. 229. Il Decreto sisma non detta in modo organico la disciplina a governo dei contratti per la ricostruzione privata, anzi le norme dirette a regolare questo profilo sono collocate in varie parti del Decreto sisma senza prevedere in modo sistematico regole e principi dei contratti per la ricostruzione privata.

Nell'ottica di richiamare le varie disposizioni del Decreto sisma relative alla ricostruzione privata possiamo, in primo luogo, rilevare che in merito alla disciplina applicabile ai contratti per l'esecuzione dei lavori per la ricostruzione di edifici appartenenti a soggetti privati, l'art. 6, comma 12, Decreto sisma prevede: «Ferma restando l'esigenza di assicurare il controllo, l'economicità nell'utilizzo delle risorse pubbliche, i contratti stipulati dai privati beneficiari di contributi per l'esecuzione dei lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi agli interventi di cui al presente articolo, non sono ricompresi tra quelli previsti dall'art. 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50».

Per quanto riguarda ciò che può essere definito come contenuto minimo/necessario del contratto d'appalto per lavori da eseguirsi su immobili privati possiamo richiamare le seguenti norme: (i) l'art. 30, comma 13, Decreto sisma prevede: «Ai contratti, subappalti e subcontratti relativi agli interventi di ricostruzione pubblica e privata, si applicano le disposizioni in materia di tracciamento dei pagamenti di cui agli articoli 3 e 6 della legge 13 agosto 2010 n. 136 e successive modificazioni»; (ii) l'art. 31, comma 1, Decreto sisma prevede: «nei contratti per le opere di ricostruzione stipulati tra privati è sempre obbligatorio l'inserimento della clausola di tracciabilità finanziaria, che deve essere debitamente accettata ai sensi dell'art. 1341 secondo comma del codice civile. Con detta clausola l'appaltatore assume gli obblighi di cui alla legge 13 agosto 2010 n. 136 e successive modificazioni, nonché quello di dare immediata comunicazione alla Struttura di cui all'articolo 30 dell'eventuale inottemperanza dei propri subappaltatori o subaffidatari agli obblighi di tracciamento»; (iii) l'art. 31, comma 5, Decreto sisma prevede che «Nei contratti tra privati di cui al comma 1, si applicano, in caso di cancellazione dall'Anagrafe di cui all'articolo 30, comma 6, dell'operatore economico interessato a qualunque titolo ai lavori di ricostruzione, le disposizioni di cui all'articolo 94,

comma 2, del citato decreto legislativo n. 159 del 2011. Conseguentemente, in tutti i contratti, e subcontratti della filiera, di cui al presente articolo, è apposta una clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 del codice civile. Il mancato inserimento di tale clausola determina la nullità del contratto, ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile»; (iv) l'art. 31, comma 6, Decreto sisma prevede che «Nei contratti fra privati è possibile subappaltare lavorazioni previa autorizzazione del committente e nei limiti consentiti dalla vigente normativa. In tale ipotesi, il contratto deve contenere, a pena di nullità, la dichiarazione di voler procedere al subappalto, con l'indicazione delle opere e delle quantità da subappaltare. Prima dell'inizio delle lavorazioni deve essere in ogni caso trasmesso l'addendum al contratto di appalto contenente l'indicazione delle imprese subappaltatrici, le quali devono essere iscritte nell'Anagrafe di cui all'articolo 30, comma 6. Sono nulle tutte le clausole che dispongono il subappalto al di fuori dei casi e dei limiti sopra indicati».

In merito alla scelta del contraente va rilevato che: (i) l'art. 6, comma 13 Decreto sisma prevede che «La selezione dell'impresa esecutrice da parte del beneficiario dei contributi è compiuta esclusivamente tra le imprese che risultano iscritte nell'Anagrafe di cui all'articolo 30»; (ii) l'art. 8, comma 8, lett. c), Decreto sisma prevede che i lavori di importo superiore a 258.000 euro debbano essere assegnati a operatori «in possesso della qualificazione ai sensi dell'articolo 84 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»; (iii) l'art. 30, comma 14, seconda parte, Decreto sisma stabilisce speciali regole per evitare che i lavori possano essere trasferiti a soggetti diversi dall'affidatario in quanto stabilisce che che: « [...] in caso di cessione di azienda o di un suo ramo, ovvero di altra operazione atta a conseguire il trasferimento del contratto a soggetto diverso dall'affidatario originario [...] i contratti e accordi diretti a realizzare il trasferimento sono nulli relativamente al contratto di appalto per affidamento di lavori, servizi o forniture di cui sopra».

Esistono anche delle speciali cause di scioglimento del contratto: l'art. 30, comma 14, Decreto sisma prevede che «In caso di fallimento o di liquidazione coatta dell'affidatario di lavori, servizi o forniture di cui al comma 1, nonché in tutti gli altri casi previsti dall'articolo 80, comma 5, lettera b), del citato decreto legislativo n. 50 del 2016, il contratto di appalto si intende risolto di diritto e la Struttura dispone l'esclusione dell'impresa dall'Anagrafe.

La stessa disposizione si applica anche in caso di cessione di azienda o di un suo ramo, ovvero di altra operazione atta a conseguire il trasferimento del contratto a soggetto diverso dall'affidatario originario; in tali ipotesi, i contratti e accordi diretti a realizzare il trasferimento sono nulli relativamente al contratto di appalto per affidamento di lavori, servizi o forniture di cui sopra».

Dopo aver rapidamente ricostruito la cornice della normativa primaria, va subito specificato che il Decreto sisma riconosce e delinea il ruolo e i poteri del Commissario straordinario già in carica al momento dell'emanazione del Decreto sisma stesso (di *conio* successivo al sisma dell'ottobre 2016); infatti con precedente d.p.r. del 9 settembre 2016 era stata già nominato il Commissario straordinario del Governo per la ricostruzione nei territori interessati dall'evento sismico del 24 agosto 2016. Il Decreto sisma ha quindi esplicitato i poteri del Commissario straordinario; a tal fine giova ricordare quanto previsto dagli articoli 1 e 2 di tale decreto. L'art. 1, comma 7, Decreto sisma stabilisce invero che «Il Commissario straordinario assicura una ricostruzione unitaria e omogenea nel territorio colpito dal sisma, e a tal fine programma l'uso delle risorse finanziarie e approva le ordinanze e le direttive necessarie per la progettazione ed esecuzione degli interventi, nonché per la determinazione dei contributi spettanti ai beneficiari sulla base di indicatori del danno, della vulnerabilità e di costi parametrici». In base all'art. 2, comma 2, è poi previsto che il Commissario straordinario «Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, provvede anche a mezzo di ordinanze, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'ordinamento europeo».

Le ordinanze emanate dal Commissario straordinario sono state molto numerose e caratterizzate da contenuti complessi e analitici. Molte di queste ordinanze hanno riguardato le regole della ricostruzione privata e i contratti tra i committenti titolari di edifici privati danneggiati e le imprese affidatarie dei lavori di ricostruzione.

A tal riguardo l'ordinanza n. 19 del 7 aprile 2017 del Commissario straordinario ha addirittura elaborato lo schema del contratto tipo di appalto per la ricostruzione privata (sostituito poi con il testo allegato come n. 2 alla successiva ordinanza n. 28 del 9 giugno 2017). In particolare l'art. 23 dell'ordinanza n. 19 prima indicata dispone: «1. Ai fini della predisposizione del contratto di appalto da stipulare con l'impresa affidataria dei lavori, selezionata

con le modalità di cui al precedente articolo 8, comma 2, lettera b), i soggetti ammessi ai contributi si avvalgono del contratto tipo di cui allo schema in Allegato 2 alla presente ordinanza. 2. Il contratto di appalto contiene obbligatoriamente le clausole relative alla tracciabilità dei flussi finanziari come stabilito agli articoli 30, comma 13, e 31, comma 1, del decreto legge. In caso di inosservanza si applicano i commi 2, 3 e 4 del predetto articolo 31 del decreto legge. 3. Nel caso di cui all'articolo 31, comma 6, del decreto legge, la volontà dell'impresa affidataria di subappaltare alcune lavorazioni speciali nel limite del 50 per cento e comunque nei termini stabiliti dalla legislazione vigente in materia di appalti pubblici del 40% del costo ammissibile a contributo e l'autorizzazione del committente devono risultare espressamente dal contratto d'appalto. Quest'ultimo deve contenere l'indicazione delle imprese subappaltatrici, le quali devono essere iscritte all'Anagrafe antimafia di cui all'articolo 30 del decreto legge e in possesso di idonea qualificazione per le lavorazioni specialistiche, nonché l'importo dei lavori affidati. 4. Nell'ipotesi di cui al precedente comma 3, il subappalto non può essere affidato sulla base di ribassi maggiori del 20% sui prezzi del contratto di appalto, e il contratto di subappalto deve prevedere l'obbligo dell'impresa affidataria di provvedere, per ogni stato di avanzamento e per lo stato finale, al pagamento del subappaltatore entro 30 giorni dalla riscossione della relativa quota di corrispettivo. Il direttore dei lavori vigila sull'osservanza delle prescrizioni di cui al presente comma e ne attesta il rispetto con esplicita dichiarazione sullo stato di avanzamento lavori e sullo stato finale».

Come si vede ai commi 2, 3 e 4 è stato richiamato l'obbligo già previsto dal Decreto sisma di inserire nel contratto tra privati il c.d. contenuto minimo/necessario: il comma 2 dell'articolo 23 è molto chiaro quando fa riferimento al fatto che il contratto «contiene obbligatoriamente le clausole relative alla tracciabilità».

In relazione al contenuto del contratto per la ricostruzione privata, le previsioni dell'ordinanza n. 19 non hanno pertanto introdotto regole giuridiche diverse e ulteriori rispetto a quanto già previsto dal Decreto sisma, ciò anche perché – come già rilevato - le ordinanze devono essere coerenti con le regole e i principi generali del sistema, e dunque con la regola e il principio fondamentale dell'autonomia contrattuale. Le limitazioni dell'autonomia contrattuale sono dunque soltanto quelle specificamente prescritte dalla normativa primaria del Decreto sisma prima analizzate.

Quanto appena detto si pone in linea con le conclusioni cui si perviene: (i) nel parere del Consigliere giuridico del Commissario straordinario del 16 ottobre 2022 nel quale è stato chiarito che la disciplina del contratto d'appalto nella ricostruzione privata «ha un impianto essenzialmente civilistico, con le eccezioni previste dalla legge»¹; (ii) in linea generale, nel precedente parere dell'Ufficio giuridico del Commissario straordinario del 29 marzo 2021, ove era stato già chiarito che gli interventi del Commissario straordinario sono sempre armonici con i principi generali dell'ordinamento e che il contratto d'appalto per la ricostruzione privata è soggetto alle norme del codice civile e, solo per peculiari aspetti, alle regole speciali dettate per la ricostruzione. In questa prospettiva, nel richiamato parere è altresì chiarito che il contratto d'appalto per la ricostruzione privata non va considerato come un *tertium genus* di contratto², tra l'appalto pubblico e quello privato, ma si tratta di un comune contratto

¹ A sostegno di tale conclusione nel parere si motiva: «È utile chiarire che nella ricostruzione privata non sono applicabili gli istituti del codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, ma occorre invece applicare le norme del codice civile (capo VII, Titolo IV), del Testo unico dell'edilizia e della legislazione ordinaria di riferimento, fatte salve le norme speciali in tema di concessione del contributo, obblighi soggettivi, requisiti SOA e, in qualche misura, per i subappalti. Come noto, l'art. 6, comma 12, del decreto Sisma stabilisce che: "Ferma restando l'esigenza di assicurare il controllo, l'economicità e la trasparenza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, i contratti stipulati dai privati beneficiari di contributi per l'esecuzione di lavori e per l'acquisizione di beni e servizi connessi agli interventi di cui al presente articolo, non sono ricompresi tra quelli previsti dall'articolo 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 50/2016". Su tali basi la Cassazione (v. Cass. civ. Sez. Unite, ord. 31.10.2019, n. 28213) ha conseguentemente escluso che di tali appalti debba conoscere il Giudice amministrativo ("...da questo, discende che i lavori in discussione non sono pubblici, condizione quest'ultima che il D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, richiede invece come indispensabile per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; 6. che la mancanza del carattere pubblicistico dei lavori esclude, quindi, radicalmente, la giurisdizione amministrativa"). Tuttavia ragioni di prudenza, in considerazione del rilevante impiego di denaro pubblico, hanno indotto il legislatore speciale a prevedere che, oltre al possesso dei requisiti di iscrizione all'anagrafe di cui all'art. 30 della legge speciale Sisma, per i lavori di importo superiore a 258.000 euro, le imprese affidatarie debbano essere in possesso dei requisiti di qualificazione SOA, anche per i lavori privati»

² Nel parere si legge: «Queste forme di confusione, o di ibridazione dei diversi ambiti normativi, determinano un disorientamento e una complicazione nelle attività degli uffici e degli operatori economici, dando vita ad una sorta di *tertium genus* non necessario e dai contorni incerti o occasionalmente definiti. Occorre subito premettere che l'intera ispirazione che muove l'azione del Commissario straordinario, lungo la via della semplificazione e della certezza giuridica, è dettata dal convincimento della salvezza dei principi generali dell'ordinamento e delle partizioni consolidate del diritto positivo, ricorrendo alle fattispecie di "diritto speciale" solo nei casi strettamente necessari per la miglior cura degli interessi generali alla speditezza e all'efficienza della ricostruzione. Questa premessa di principio ci consente di poter affermare, con la dovuta chiarezza, che nella ricostruzione privata non sono applicabili gli istituti del codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, ma occorre invece applicare le norme del codice civile (capo VII, Titolo IV), del Testo unico dell'edilizia e della legislazione ordinaria di riferimento, fatte salve le norme speciali in tema di concessione del contributo e di disciplina degli interventi (art.12 decreto legge 189/2016, come novellato dal decreto 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n.120)».

di diritto privato al quale si applicano alcune specifiche regole speciali giustificate dal contesto.

A conferma delle precedenti conclusioni va anche richiamato (*a mo' di prova controfattuale*) in particolare quanto previsto dall'art. 5, comma 4, primo periodo, Decreto sisma secondo cui «Per l'erogazione dei finanziamenti agevolati di cui al comma 3, i soggetti autorizzati all'esercizio del credito operanti nei territori di cui all'articolo 1, possono contrarre finanziamenti, secondo contratti tipo definiti con apposita convenzione stipulata con l'Associazione bancaria italiana, assistiti dalla garanzia dello Stato, ai sensi dell'articolo 5, comma 7, lettera a), secondo periodo, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, al fine di concedere finanziamenti agevolati assistiti dalla garanzia dello Stato ai soggetti danneggiati dall'evento sismico». Il contenuto dei contratti di finanziamento non può essere determinato dai privati ma deve essere quello del contratto tipo regolato e previsto dalla specifica norma ordinaria appena richiamata. Nella stessa ottica va richiamato anche l'art. 6, comma 11, Decreto sisma secondo cui «In deroga agli articoli 1120, 1121 e 1136, quinto comma, del codice civile, gli interventi di recupero relativi ad un unico immobile composto da più unità immobiliari possono essere disposti dalla maggioranza dei condomini che comunque rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio. In deroga all'articolo 1136, quarto comma, del codice civile, gli interventi ivi previsti devono essere approvati con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno un terzo del valore dell'edificio»; anche in questo caso le deroghe alle norme primarie del codice civile richiamate dalla citata norma del Decreto sisma sono state espressamente disposte dal medesimo decreto.

A questo punto è necessario ben sottolineare che il corrispettivo che spetta all'appaltatore viene erogato, in tutto o in parte, dallo Stato attraverso lo stanziamento di un contributo pubblico a favore del privato danneggiato dal sisma che viene versato direttamente all'appaltatore. Esistono invero specifiche regole (la prima in ordine cronologico è stata dettata con l'ordinanza n. 8 del 14 dicembre 2016) sui criteri di quantificazione del contributo, il quale viene riconosciuto nella somma pari all'importo inferiore tra: (i) il “costo convenzionale” determinato dai parametri stabiliti dalla legge tenuto conto della consistenza dell'opera; (ii) il “costo effettivo” dell'intervento calcolato tenuto conto dell'elenco prezzo

offerto in sede di offerta con un certo ribasso rispetto al Prezziario crateri e delle prestazioni indicate come necessarie per la ricostruzione. In sostanza, il costo convenzionale segna il limite insuperabile della misura del contributo pubblico e, qualora per la realizzazione dell'opera sia previsto un costo effettivo maggiore, il contributo che verrà concesso sarà inferiore e si fermerà al limite stabilito dai c.dd. costi parametrici. In questo caso, la somma eccedente il limite del costo convenzionale verrà pagata direttamente dal committente privato con la forma che nella prassi viene tecnicamente chiamata di "accollo" per significare che dei costi ulteriori rispetto al contributo se ne farà carico direttamente il committente privato.

2. Le modalità di determinazione sia del corrispettivo spettante all'appaltatore della ricostruzione degli edifici privati danneggiati dal sisma sia del contributo pubblico erogato dallo Stato a favore del committente; l'applicazione del Prezziario pubblico anche alla quota parte del corrispettivo di cui è finanziariamente onerato il committente privato

Delineato il quadro in cui i contratti per la ricostruzione privata si vengono ad inserire si può ora prendere di petto il tema della presente indagine indicato in apertura e poi messo in disparte per porre le premesse indispensabili alla presente indagine. Si può dunque ora passare ad esaminare il profilo della revisione del corrispettivo spettante all'impresa che deve realizzare i lavori di ricostruzione. Questa analisi va svolta alla luce: (i) di quanto previsto sia dalle norme ordinarie del Decreto sisma e del codice civile sia dalle norme secondarie contenute nelle varie ordinanze del commissario; (ii) delle clausole del contratto tipo predisposto dal Commissario straordinario.

Il primo aspetto da indagare in questa direzione è la modalità di determinazione del corrispettivo. Il Decreto sisma non stabilisce se il corrispettivo dell'appaltatore debba essere "a misura" oppure "globale/forfetario". L'art. 3 del contratto-tipo prevede che l'appalto è a misura e che esso è parametrato sulla base dei prezzi elencanti in sede di selezione ribassati di una certa percentuale rispetto al Prezziario-crateri.

Stando all'art. 3 del contratto-tipo la revisione del corrispettivo sarebbe possibile perché il corrispettivo a misura è di per sé variabile in quanto esso potrà essere stabilito con precisione soltanto dopo il completamento dell'opera tenendo conto: (i) delle caratteristiche dell'opera ultimata e dunque e delle effettive lavorazioni eseguite in termini di quantità e

qualità; (ii) dei costi effettivamente sostenuti per la realizzazione di quella specifica opera. Se i costi sono maggiori rispetto a quelli valorizzati e indicati nel computo metrico iniziale, è certamente possibile applicare i maggiori costi a condizione che l'appaltatore ne dimostri l'esistenza.

A questo punto, si deve verificare se le peculiarità della ricostruzione degli edifici danneggiati dal sisma escludono l'operare della regola generale prima indicata secondo la quale nell'appalto a misura il corrispettivo viene determinato dopo il completamento dell'opera in quanto ha natura variabile.

Il quesito consiste dunque in ciò, se esistono, oppure no, elementi peculiari che impediscono la revisione dei prezzi in caso di contratto d'appalto per la ricostruzione di edifici privati danneggiati dal sisma 2016, nei quali il corrispettivo viene pagato anche attraverso l'erogazione del contributo pubblico nel rispetto delle regole specificamente previste.

Come ricordato prima, il corrispettivo è erogato, in tutto o in parte, dallo Stato e il c.d. costo convenzionale segna il limite insuperabile della misura del contributo pubblico con la conseguenza che se per la realizzazione dell'opera è previsto un costo effettivo maggiore, il contributo sarà inferiore e si fermerà al limite stabilito dai c.dd. costi parametrici; la somma eccedente il limite del costo convenzionale sarà pagata direttamente dal committente privato.

Il sistema conosce dunque (perché la prevede espressamente) la fattispecie di ricostruzione con costi superiori a quelli coperti dal contributo pubblico perché, come dianzi rilevato, il contributo (per specifica previsione) può essere inferiore rispetto ai costi effettivi della prestazione funzionale alla ricostruzione. E – lo ribadiamo - in questo caso questi costi ulteriori sono a carico il privato.

A questo punto l'aspetto da esaminare diventa quello relativo al se i costi ulteriori rispetto alla somma rinveniente dal contributo devono necessariamente essere quantificati con il Prezziario-cratere.

Quest'ultimo serve a determinare il costo che lo Stato sostiene con il contributo. La determinazione del contributo risponde all'interesse pubblico di evitare costi ingiustificati per lo Stato mediante richieste di contribuzione non rispondenti alla realtà delle cose. Si potrebbe sostenere che la parte del prezzo che rimane a carico del committente privato sfugge a questa regola perché il pagamento in questo caso non grava sulla finanza pubblica ma sul

privato. La determinazione dei prezzi per la ricostruzione privata ha però, a ben vedere, una finalità pubblicistica e dunque non derogabile anche in riferimento alla parte di corrispettivo che dovrà pagare il committente privato perché la finalità della ricostruzione delle abitazioni e degli edifici in genere (anche quelli produttivi in senso lato) risponde alla spiccata esigenza sociale e pubblica di rivitalizzare il tessuto socio-economico del territorio colpito dal sisma, esigenza che sarebbe compromessa, o comunque esposta a pericolo, se gli operatori economici fossero lasciati completamente liberi di stabilire il corrispettivo, in modo anche sproporzionato rispetto alle condizioni di mercato. In condizioni di normalità ciò sarebbe sempre possibile e giustificato dall'autonomia negoziale che lascia le parti libere, specie in punto di determinazione dei corrispettivi. Nell'ambito della ricostruzione degli edifici danneggiati dal sisma l'ordinaria libertà di determinazione dei prezzi potrebbe, invece, rendere impossibile, o difficoltoso, per alcuni privati ricostruire gli edifici danneggiati; le caratteristiche della domanda di contratti d'appalto edilizi sia in termini quantitativi (visto il grandissimo numero di cantieri necessari per ricostruire il territorio), sia in termini qualitativi (considerato che in molte situazioni l'importo complessivo dei lavori sarà significativo), potrebbero infatti rendere difficoltosa la contrattazione per i privati nelle zone del cratere.

Anche per la parte di corrispettivo che dovrà essere pagato dal privato dovrebbe dunque applicarsi il Prezziario-cratero per stabilire la somma spettante all'appaltatore.

In tal senso depone il contratto-tipo predisposto dal commissario straordinario il cui art. 3 prevede, infatti, che il corrispettivo per l'appaltatore è «*a misura sulla base dell'elenco dei prezzi unitari offerto in sede di selezione, con il ribasso dell'x % rispetto al Prezziario Unico Cratere Centro Italia 2016*».

Si può pertanto sostenere che tale prezziario opera sempre e comunque anche per la parte di prestazione che dovrà essere pagata dal committente privato in quanto eccedente il contributo pubblico.

3. Esame della possibile applicazione dell'art. 1664, comma 1, c.c. all'appalto per la ricostruzione di edifici privati danneggiati dal sisma

Alla luce dell'emersione dell'esigenza di applicare un Prezziario pubblico stabilito dal Commissario straordinario anche alla parte di lavori che vengono pagati direttamente dal

committente al di fuori dell'erogazione del contributo pubblico resta in ogni caso da vedere se l'art. 1664 c.c. può operare nell'appalto³ nel caso di aumenti⁴ superiori al 10% del prezzo complessivo⁵ del costo dei materiali e della manodopera derivanti da fattori imprevedibili⁶ e se dunque le voci del Prezziario possono essere aumentate in ragione degli eventi previsti⁷ dall'art. 1664 c.c. A questo riguardo vanno evidenziate due spinte valoristiche contrapposte:

³ La presente indagine non si può occupare della ricostruzione del contratto di appalto, sul quale in ogni caso si segnalano senza intento di esaustività: D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto, (art. 1655-1677), Delle obbligazioni*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1992; D. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di dir. civ.*, Vassalli, Torino, 1980; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1977; S. POLIDORI, *Appalto*, in *Trattato di dir. civ. del Cons. naz. not.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015; M. DE TILLA, *L'appalto privato e pubblico*, Milano, 1996; L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Trattato di dir. priv.* Rescigno, Torino, 1984; G. MUSOLINO, *Il contratto di appalto: rassegna di giurisprudenza commentata sull'appalto pubblico e privato*, Rimini, 1993; ID., *L'appalto pubblico e privato*, Torino, 2002; O. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di G. Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, Padova, 1991.

⁴ La norma contenuta nell'art. 1664 c.c. viene intesa dalla dottrina come eccezione al principio generale della invariabilità del corrispettivo concordato in via consensuale dalla parti: cfr. D. RUBINO e G. IUDICA, *op. cit.*, p. 664.

⁵ La soglia del c.d. decimo da prendere in considerazione per la revisione deve essere parametrata sull'intero corrispettivo e non solo sul costo relativo alla specifica voce (di materiale o di prestazione) interessata dall'aumento: cfr. sul punto D. RUBINO e G. IUDICA, *op. cit.*, p. 360, e M. RUBINO SAMMARTANO, *Appalto di opere e contratti di servizi*, Padova, 2006, p. 360.

⁶ In relazione alle condizioni dell'art. 1664 c.c. si rinvia a G. MUSOLINO, *Appalto*, in *Comm. al cod. civ. – Singoli contratti* a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 111, il quale osserva: «Quanto al primo presupposto, con esso si comprendono gli aumenti del costo dei materiali non solo per il prezzo in sé delle materie prime, ma pure a seguito dell'aumento della spesa per il trasporto e a motivo dell'imposizione di tasse e tributi in genere nuovi o anche solo incrementati. La locuzione “manodopera” si intende in senso ampio, suscettibile di fare rientrare nell'ambito dei relativi aggravii di costo gli oneri di retribuzione degli operai e degli impiegati, quali quelli tecnici e quelli amministrativi. Il costo relativo può incrementarsi oltre che per aumenti salariali, anche per incremento delle assicurazioni sociali e, in genere, dei vari contributi, posti dalla legge a carico del datore di lavoro. Per ciò che riguarda il secondo presupposto, se l'aumento dei prezzi deriva da motivi prevedibili, può ritenersi che le parti ne abbiano tenuto conto in sede di valutazione del corrispettivo dell'appalto o, quanto meno, ne avrebbero potuto tenere conto, usando l'ordinaria diligenza e prudenza. La nozione di imprevedibilità ex art. 1664, 1° co., c.c. richiede, poi, che la causa di aumento dei prezzi sia estranea sia all'appaltatore (se così non fosse, egli non potrebbe invocare la norma stessa), sia al committente (se così non fosse, all'appaltatore spetterebbe il pieno ristoro). Il momento rispetto al quale deve valutarsi la prevedibilità della causa di aumento dei prezzi è quello della stipulazione del negozio»

⁷ Nonostante operi l'art. 1664 c.c., l'appalto rimane un contratto di natura commutativa e non aleatoria: sul punto v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 213. Invero (come è stato osservato da G. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, p. 107) «Può dirsi, ormai, dato acquisito che l'alea normale – che la Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, n. 245, definisce come il “rischio che il contratto comporta a causa delle sue peculiarità, rischio al quale ciascuna parte implicitamente si sottopone concludendo quel contratto” –, connaturale al contratto di appalto, non incide sulle prestazioni delle parti in modo da renderle quantitativamente e qualitativamente incerte, ma investe solo la sfera economica dei contraenti, restando estranea al contenuto giuridico del rapporto. Essa in nulla differisce, se non per la maggior intensità e latitudine, dall'alea economica presente in ogni contratto a prestazioni corrispettive, e, in particolare, in quelli a esecuzione differita, periodica o continuativa, nei quali le vicende economiche sopravvenute possono alterare la situazione di equilibrio fra le prestazioni considerate dalle parti al momento della stipulazione».

da un lato va ricordato che il Prezziario opera anche a tutela di un interesse pubblico, quello della ricostruzione degli edifici e della ripresa economico-sociale, e che dunque va applicato anche per la determinazione del corrispettivo che rimarrà a carico del privato; da altro lato non va però dimenticato che se il privato sceglie di eseguire una ricostruzione che comporta un costo maggiore rispetto a quello convenzionale stabilito dallo Stato, quantunque tutelato dalla determinazione calmierata del Prezziario, egli ha comunque assunto un'obbligazione di pagamento direttamente a suo carico. In tal caso e in riferimento alla sola parte di prestazione il cui pagamento rimarrà a carico del privato, è possibile sostenere che il rischio economico dovrà essere sopportato anche dal privato e non addossato solo all'appaltatore.

Sembra, dunque, che non esista alcun principio di ordine pubblico o che risponda ad interessi superiori che impedisca all'appaltatore di chiedere al committente privato un pagamento maggiore rispetto a quello in origine preventivato per la parte di prestazione che rimane comunque a carico del privato, con possibilità, pertanto, di applicare la revisione dei prezzi prevista dall'art. 1664, comma 1, c.c. in caso di aumenti imprevedibili che superano del 10% il costo complessivo dell'opera.

4. Analisi della possibile operatività dell'art. 1664, comma 1, c.c., in relazione ai contratti di appalto già conclusi secondo lo schema del contratto tipo predisposto dal Commissario straordinario con l'ordinanza n. 19 del 7 aprile 2017

Quanto appena detto non è però ancora esaustivo perché al momento sono in essere molti contratti aventi il contenuto dello schema-tipo predisposto dal Commissario. In questi contratti è previsto, ai sensi dell'art. 3, che l'affidamento è a misura sulla base del Prezziario. Questa previsione, come già visto, non esclude ma anzi legittima la revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 1664 c.c. perché il corrispettivo a misura è, per sua natura, variabile e soggetto alla regola di cui all'art. 1664 c.c.

Va anche esaminata altra clausola del contratto tipo e cioè quella contenuta nell'art. 8 che, sotto la rubrica «corrispettivo», al comma 1, ha lo scopo di indicare «l'importo complessivo dell'appalto» come risultante dall'applicazione delle voci del prezziari, del computo estimativo e del ribasso. Va invero tenuto presente che, anche se si tratta di appalto a misura,

questo viene concluso dopo che il committente privato ha acquistato il progetto esecutivo dell'intervento e il computo metrico estimativo, che sarà molto dettagliato e analitico, perché, in base alle regole a governo della determinazione dell'*an* e del *quantum* del contributo pubblico, questi documenti tecnici (che presentano un elevato grado di attendibilità prospettica sull'opera da realizzare sono) richiesti prima della firma dell'appalto e consentono di poter indicare, anche prima dell'ultimazione dell'opera, la misura, non solo del contributo, ma anche quella del corrispettivo da riconoscere all'appaltare, che potrebbe essere coperto per intero dal contributo o potrebbe invece ricadere, in parte, a carico del privato.

Il comma 2 dell'art. 8 contiene altre previsioni di grande rilievo ai nostri fini; con esso viene specificato che «l'importo dei lavori desunto dal computo metrico-estimativo» può essere modificato esclusivamente nei seguenti casi: (a) [in caso di varianti]; (b) a seguito di verifica della contabilità dei lavori effettuati, eseguita in contraddittorio con la direzione dei lavori».

In primo luogo la norma ribadisce che l'importo dei lavori non è a corpo perché l'ammontare dei costi dell'opera (in armonia con la previsione del corrispettivo a misura) discende dalla voci del computo metrico-estimativo.

In secondo luogo la previsione parrebbe, tuttavia, entrare in contraddizione con la regola dell'appalto a misura con prezzo variabile nel momento in cui stabilisce che l'importo dei lavori può essere modificato esclusivamente nelle due ipotesi ivi divise.

A ben vedere, però, la clausola non rende il prezzo fisso e invariabile in senso assoluto per vari motivi.

La previsione di cui alla lettera (a) ha la funzione di tutelare una corretta ed efficace ricostruzione, perché eventuali varianti al progetto, che il privato ha già presentato ed è stato già autorizzato dall'ufficio speciale competente a valutarne anche la sicurezza dal punto di vista sismico, potranno esser pagate solo previa *nuova* autorizzazione dell'ufficio speciale competente in riferimento alla variante che avrà, necessariamente, un impatto modificativo sul precedente progetto.

Anche la previsione della lettera (b) conferma la possibilità che il prezzo può essere aumentato *ex art. 1664 c.c.* per la parte di prestazione a carico del privato in quanto stabilisce

un semplice presupposto operativo-procedimentale; il maggior eventuale importo da riconoscere all'appaltatore non è, difatti, escluso *a priori*, ma potrà essere riconosciuto, così modificandosi l'importo previsto in origine, solo a seguito di verifica in contraddittorio tra l'appaltatore e la direzione dei lavori.

Questo, intanto, significa che il maggior onere economico è in astratto prospettabile a carico del committente privato e, secondariamente, che il diritto a tale maggior importo è subordinato, oltre alle condizioni di cui all'art. 1664 c.c., al rispetto del presupposto procedimentale che le parti hanno stabilito nel loro specifico rapporto con la previsione di cui all'art., 8, comma 2, lett. b), e dunque a seguito della verifica congiunta della contabilità dei lavori che dovrà essere condotta tenendo conto della prestazione effettivamente eseguita, dei costi effettivamente sostenuti dall'appaltatore e dell'eventuale scostamento tra i costi indicati nel computo metrico-estimativo iniziale predisposto sulla base del prezziario e i maggiori costi effettivamente sostenuti per effetto dell'aumento dei materiali che ha determinato una maggiore spesa superiore al 10% del costo complessivo inizialmente preventivabile.

Si può dunque ritenere che il contratto-tipo non deroga all'applicazione dell'art. 1664 c.c. Questa norma è infatti derogabile⁸ e le parti sono libere⁹ sia di escluderne l'applicazione, sia di stabilire regole operative diverse, come, ad esempio, diversi presupposti e limiti di applicazione.

⁸ La norma si riferisce a interessi patrimoniali, di natura disponibile, onde si configura come derogabile. In tal senso si veda Cass. 6 marzo 2018 n. 5267 secondo cui «La disposizione di cui all'art. 1664 c.c. (relativa alla revisione del prezzo del contratto di appalto), senz'altro applicabile anche agli appalti pubblici, non ha carattere vincolante per le parti, le quali, pertanto, possono legittimamente derogarvi, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra esse circa la reale portata delle clausole contrattuali sul punto della applicabilità o meno della norma "de qua", è demandato al giudice di merito, al fine di accertare la reale volontà dei contraenti (se abbiano, cioè, voluto o meno escludere la revisione del prezzo del contratto di appalto), il compito di ricostruirne il comune intento negoziale avvalendosi dei comuni criteri di ermeneutica contrattuale, a partire da quello collegato all'elemento letterale delle clausole negoziali, considerando, all'uopo, che l'intento di derogare alla norma contenuta nell'art. 1664 c.c. non richiede l'uso di particolari espressioni formali, potendo per converso risultare, oltre che da una clausola espressa, anche dall'intero assetto negoziale nel suo complesso. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse accertato la deroga convenzionale in esame, con riferimento ad un contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di una strada, per aver l'appaltatore assunto il c.d. "rischio geologico", inerente la possibilità che fosse necessario estrarre un quantitativo di roccia da mina eccedente quello previsto nel progetto, e ciò in ragione della previsione contrattuale per la quale i prezzi sarebbero rimasti "fissi ed invariabili per qualsiasi eventualità")».

⁹ In relazione alla deroga G. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, pp. 112 e 114, precisa che essa può riguardare l'intero meccanismo della norma oppure i suoi requisiti operativi e che essa non è vessatoria

Nel caso in esame il contratto tipo non contiene una deroga esplicita perché nessuna clausola prevede che l'art. 1664 c.c. non si debba applicare o si debba applicare in modo diverso rispetto allo schema legale. Ciò tuttavia non basta per affermare che non ricorre la deroga alla revisione dei prezzi di cui all'art. 1664 c.c.; la giurisprudenza ritiene che questa deroga può essere determinata (oltre che - chiaramente - da una specifica clausola espressamente¹⁰ derogatoria) dalla previsione dell'invariabilità del prezzo nonché dalla lettura complessiva del contratto quando da questa deriva la volontà delle parti¹¹ di non consentire che il corrispettivo possa esser modificato da fattori successivi e imprevedibili.

L'art. 8, comma 2, del contratto tipo consente di modificare l'importo dell'appalto «esclusivamente» nei casi indicati alle lettere a) e b) del medesimo comma. Apparentemente, come già prima rilevato, sembrerebbe emergere la volontà di bloccare il corrispettivo dell'appalto, fatte slave quelle due specifiche ipotesi menzionate dalle norma; in realtà, specie analizzando la fattispecie regolata alla lettera (b) emerge che l'importo è modificabile se viene rispettata la condizione procedimentale dell'accertamento in contraddittorio tra le parti avente a oggetto la verifica dell'aspetto tecnico della contabilità dei lavori e dunque l'esame delle quantità dei materiali, della consistenza delle manodopera e dei relativi costi di questi ultimi; pertanto, se il costo finale complessivo eccederà del 10% quello complessivo, l'appaltatore

¹⁰ E. GUERINONI, *L'esecuzione dell'appalto*, in *L'appalto pubblico e privato* a cura di V. Di Gregorio, Torino, 2013, p. 275, mette in guardia rispetto a clausole eccessivamente generiche, volte ad escludere ulteriori compensi le quali «potrebbe essere considerate una mera conferma del prezzo pattuito, senza alcuna rinuncia al disposto dell'art. 1664 c.c., trattandosi sovente di mere clausole di stile».

¹¹ La giurisprudenza ha avuto modo di intervenire sulla modalità di deroga alla regola di cui all'art. 1664 c.c. Un orientamento (che sembra ormai abbandonato) reputava che la previsione della prezzo a corpo o globale comportasse una deroga implicita dell'art. 1664 c.c. Una delle ultime pronunce in tal senso pare essere Cass. 15 luglio 1996, n. 6393 secondo cui «La deroga alla disciplina dell'art 1664 c.c. (onerosità o difficoltà dell'esecuzione) nel cosiddetto appalto a forfait non comporta alcuna alterazione della struttura o della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio, ma solo un ulteriore allargamento del rischio, senza che questo, pur così ulteriormente allargato, esorbiti dall'alea normale di questo tipo contrattuale. Pertanto, il mancato adeguamento del prezzo convenuto per l'appalto al maggior costo non può integrare arricchimento senza causa a favore del committente, non concretandosi l'arricchimento in un accadimento estraneo alla volontà contrattuale ed al consenso prestato alla parte "impoverita"».

L'orientamento oggi prevalente reputa, invece, che anche nel caso di appalto con prezzo globale l'art. 1664 c.c. trova spazio per operare in caso aumenti per cause imprevedibili. Secondo Cass. 21 gennaio 2011 n. 1494, infatti, «Nel contratto di appalto stipulato tra privati, quando il corrispettivo sia stato determinato a corpo e non a misura, l'appaltatore non può invocare la revisione dei prezzi, di cui all'art. 1664 c.c., per le variazioni di costo intervenute in corso di esecuzione e dipendenti da fattori che al momento della stipula del contratto potevano essere preveduti; quando, invece, gli aumenti siano dipesi da fattori del tutto imprevedibili al momento della stipula del contratto, la revisione dei prezzi è dovuta anche nell'appalto con corrispettivo a corpo, a meno che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, non vi abbiano inequivocabilmente rinunciato».

potrà ottenere il pagamento di un maggior corrispettivo dal committente privato secondo le regole di cui all'art. 1664 c.c.

In conclusione se ricorressero tutti i presupposti dell'art. 1664 c.c. e se venisse accertato che i lavori hanno generato un costo superiore al 10% di quello preventivato per cause imprevedibili è diritto¹² dell'appaltatore ottenere il pagamento del maggior prezzo nei sensi previsti dall'art. 1664 c.c. con relativo onere economico esclusivamente a carico del committente privato.

5. I requisiti di operatività dell'art. 1664, comma 1, c.c. e il suo rapporto con il rimedio generale di cui all'art. 1467 c.c.

Fissata la conclusione di cui sopra vanno ora visti quali sono le condizioni per l'applicazione dell'art. 1664 c.c. Presupposto primo per il diritto alla maggiorazione del corrispettivo è l'aumento del costo dei materiali e della manodopera derivante da cause imprevedibili.

Si ha imprevedibilità¹³ quando l'evento che genera l'aumento non era conoscibile al momento della conclusione del contratto neppure usando la diligenza di un appaltatore mediamente qualificato.

Dal punto di vista operativo, l'aumento viene calcolato soltanto per la parte che supera l'importo globale dell'appalto maggiorato del 10%. A fronte, ad esempio, dell'importo globale di 100.000 euro previsto in un contratto d'appalto si possono prospettare diverse situazioni: (i) se l'aumento determina maggior costi per 9.000 euro, nulla spetta all'appaltatore perché l'aumento è inferiore al 10% rispetto al costo complessivo di 100.000 euro; (ii) se

¹² La conclusione trova, sotto diversa luce, conferma a fronte del principio elaborato dalla giurisprudenza secondo cui la deroga, pur non necessitando di formule espresse e potendo essere ricavata dall'intero contratto, richiede sempre e in ogni caso l'emersione di una volontà contrattuale netta in questo senso; nella massima di Cass. 12 marzo 1992 n. 3013 si legge che la deroga all'art. 1664 c.c. non «deve estrinsecarsi in particolari espressioni formali» purché sia «chiaramente manifestata»; dalla lettura della motivazione si ricava che: (i) nel caso esaminato il contratto non conteneva una deroga esplicita all'applicazione dell'art. 1664 c.c.; (ii) la deroga è stata tuttavia netta (pur se non esplicita) in quanto era stato convenuto un prezzo «fisso e invariabile [...] anche in caso di aumento dei costi dei materiali, mano d'opera e altro, compreso anche maggiori opere, rispetto a quelle previste, necessarie per la funzionalità del complesso e per il rispetto delle leggi in vigore». In senso conforme si vedano anche Cass. 13 febbraio 2012 n. 2146 e Cass., 12 dicembre 1989, n. 5619.

¹³ E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 267, osserva che il giudizio sull'imprevedibilità delle sopravvenienze, deve «fondarsi su di un criterio di normalità: occorre, dunque, fare riferimento alla perizia ed alla diligenza mediamente richiedibili. Tuttavia, per ciò che concerne l'appaltatore e le sopravvenienze che vanno a danno di questi, metro di valutazione non può essere la sola diligenza media del padre di famiglia, trattandosi di soggetto considerato perito della materia. Sarà dunque necessario fare riferimento alla diligenza dell'appaltatore medio».

l'aumento determina un maggior costo di 50.000 euro, l'appaltatore ha diritto alla revisione del prezzo, ma la revisione non determina l'intera copertura interale del maggior onere economico, perché il 10% in più rispetto al prezzo iniziale rimane a carico dell'appaltatore che, in caso di aumento dei costi di 50.000 euro, avrà diritto ai costi eccedenti il 10% e dunque alla somma di 40.000 euro.

La prova dei maggiori costi è a carico dell'appaltatore che potrà ricorrere anche a presunzioni o a fatti notori e quindi, nel caso che ci occupa, potrebbe a tali fini essere risolutivo il decreto con cui il Ministero delle infrastrutture procede alla «rilevazione dei prezzi medi [...] e delle variazioni percentuali annuali, in aumento o in diminuzione, superiori al dieci per cento».

In presenza di tale prova, l'appaltatore avrà diritto a un corrispettivo superiore rispetto a quello preventivato in origine.

Il diritto alla revisione ha fonte legale perché discende dall'art. 1664 c.c. per cui, se ne ricorrono i presupposti e se questi vengono provati, l'appaltatore potrà avere il pagamento di una somma maggiore rispetto al corrispettivo in origine preventivato.

Questo diritto di credito sorge in presenza del duplice presupposto dell'aumento superiore al 10% e della prova¹⁴ che questo si è verificato per fatti imprevedibili.

In relazione all'esigibilità di questo diritto di credito al compenso ulteriore è stato chiarito che esso spetta solo dopo che l'opera ultimata perché soltanto in questo momento è possibile determinare il sè e l'*incidenza* in termini percentuali della variazione¹⁵.

Va anche detto che il diritto di credito dell'appaltatore si prescrive in 10 anni. Sennonché a fronte di ciò va segnalato un possibile onere a carico dell'appaltatore di comunicare

¹⁴ G. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, p. 114, rileva che la prova della sopravvenienza può essere fornita con ogni mezzo e quindi si può far ricorso anche a presunzioni emergenti da nozioni di fatto riferibili alla comune esperienza.

¹⁵ Sul punto si rinvia a M. RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, pp. 361 e s., il quale rileva che «Il momento, in cui il compenso derivante dalla revisione diviene esigibile, varia. Anche se il prezzo originario debba essere corrisposto prima dell'ultimazione dei lavori, il compenso dovuto per revisione diviene esigibile solo quando siano stati ultimati i lavori, non potendosi, prima di allora, avere una esatta quantificazione. In tal senso sono Polisenio c. Ist. case pop. Taranto (Coll. arb 27 settembre 1980, in *Arch. giur. oo. pp.* 1980, III, 309): «Il giudizio sull'equo compenso può essere emesso solo quando, a seguito dell'integrale esecuzione della prestazione, sia possibile confrontare l'esito economico complessivo con gli oneri imprevisi; non può essere emesso, pertanto, in corso d'opera» [...] Qualora il prezzo sia esigibile solo in seguito, la liquidazione del compenso derivante dalla revisione del prezzo sembra poter essere richiesta solo appena l'opera è ultimata e non prima. Se il compenso originario è dovuto al momento dell'accettazione, anche la revisione diviene esigibile in quel momento. Così pure se il compenso è dovuto solo dopo un determinato periodo di tempo dall'accettazione».

tempestivamente che il corrispettivo sta aumentando a causa di fattori imprevedibili. In questo modo il committente potrà eventualmente valutare se recedere dal contratto ed evitare di portare a compimento l'opera perché lo scenario economico è cambiato ed egli potrebbe non esser più in grado di sostenere le maggiori spese. Questa comunicazione può essere fornita in qualsiasi forma, anche in modo orale. In assenza di questa comunicazione e con il concorso della consapevolezza degli aumenti in capo all'appaltatore, si potrebbe configurare un abuso del diritto da parte dell'appaltatore perché in questo modo egli continua l'esecuzione dell'appalto e matura comunque un maggior corrispettivo (per effetto dell'aumento dei costi) senza dare la possibilità al committente di scegliere se proseguire o no nell'esecuzione dell'opera. L'abuso del diritto da parte dell'appaltatore potrebbe determinare il venir meno del suo diritto di credito che formalmente esiste ma che poi, in linea pratica, non sarà efficace perché l'appaltatore ne ha abusato.

Da ultimo, per completare il quadro va rilevato che non è possibile invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1467 c.c.* in quanto l'art. 1664 c.c. è una regola speciale¹⁶ rispetto a quella generale di cui all'art. 1467 c.c.; per il contratto d'appalto vige infatti la regola particolare¹⁷ per la quale, quando nei casi previsti nei due

¹⁶ Cfr. Cass. 31 dicembre 2013 n. 28812 secondo cui «In tema di appalto, la norma di cui all'art. 1664 cod. civ., per le fattispecie da essa contemplate, presenta carattere speciale rispetto alla disposizione di cui all'art. 1467 cod. civ., della quale impedisce l'applicabilità, in quanto non prevede la risoluzione del contratto, ma solo la revisione dei prezzi o, nel caso di cui al secondo comma, il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso». In modo ancora più chiaro, Cass. 5 febbraio 1987 n. 1123 ha rilevato che «In tema di appalto, l'istituto della revisione dei prezzi è una particolare applicazione del più ampio istituto della "eccessiva onerosità" disciplinato dall'art. 1467 cod. civ., ai quali è comune il fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale; la revisione ha, poi, la finalità particolare di avviare alla risoluzione di un contratto come quello d'appalto, che, per la sua particolare natura, merita di essere mantenuto in vita, tanto nell'interesse particolare dei contraenti quanto in quello economico generale».

¹⁷ G. MUSOLINO, *op. ult. cit.*, p. 108, giustifica l'operare dell'art. 1664 c.c. in luogo dell'art. 1457 c.c. alla luce del principio *lex specialis derogat generali* e precisa che la disciplina generale può operare soltanto qualora l'impossibilità sopravvenuta dipenda da cause diverse da quelle previste dall'art. 1664 c.c. e comunque anche quando la norma di cui all'art. 1664 c.c. è stata derogata in modo pattizio. E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, p. 154, rileva che «entro l'ambito di applicazione della previsione speciale (art. 1664 c.c.) non residuano margini di applicazione della disciplina generale (art. 1467 c.c.). Al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 1664 c.c. invece, giusta il divieto di applicazione analogica di norme che fanno eccezione a regole generali (art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale), il ricorso a tale disposizione sarebbe da escludere e si dovrebbe fare capo al solo rimedio generale»; stessa opinione è espressa da F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuale* a cura di G. Iudica, Padova, 1997, p. 172, e P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4.

commi, i costi aumentano per cause imprevedibili, il rimedio non è la risoluzione ma la revisione dei prezzi. La risoluzione non è dunque possibile nel caso di aumento del costo dei materiali. La risoluzione sarebbe possibile solo nelle ipotesi in cui non opera l'art. 1664 c.c. quando cioè la variazione non dipende da aumento dei costi e/o dalla c.d. sorpresa geologica regolata dal comma 2.

Abstract

Il lavoro cerca di ricostruire il quadro normativo (primario e secondario) del contratto di appalto per la ricostruzione di edifici privati danneggiati dal sisma del 2016 nel centro Italia. In particolare, poi, il lavoro esamina la modalità di regolazione del corrispettivo alla luce delle esigenze di legge e se è possibile applicare ai contratti in esame la regola della revisione del prezzo ex art. 1664 c.c.

Abstract

The work tries to reconstruct the regulatory framework (primary and secondary) of the contract for the reconstruction of private buildings damaged by the 2016 earthquake in central Italy. In particular, then, the work examines the method of regulating the fee in the light of the legal requirements and whether it is possible to apply the price review rule pursuant to art. 1664 of the civil code.

Camerino, dicembre 2022.

FELICE MERCOGLIANO*

Tu chiamale, se vuoi, riflessioni.

*Appartenenza e alterità, cittadinanza e immigrazione a Roma***

A proposito di un contributo recente¹, che individua cittadinanza e immigrazione come temi di una riscrittura della storia, vorrei qui metterne in rilievo alcuni punti emblematici sul piano metodologico.

Nell'ambito di annotazioni circa invise strumentalizzazioni storiografiche², infatti, Monica De Simone intende ricondurre a due vie l'appartenenza alla comunità arcaica romana: una interna (discendenza genetica dal proprio *pater familias*) e l'altra esterna (inclusione volontaria nella comunità stessa). Questa sorta di doppio binario sarebbe stata una costante nell'arco dell'espansione imperiale romana, ma la critica principale rotante su una presunta eccessiva visuale contemporaneista del diritto romano, tesa ad astrarre e appiattire storicamente la visione della cittadinanza romana, che sarebbe secondo lei, in particolare, imputabile ad Antonio Palma³, parte da un riduttivo prospetto storico della cittadinanza, basato sul concetto di multiculturalismo⁴. In altri termini, le odierne società multiculturali

* Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano all'Università degli Studi di Camerino e incaricato di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara.

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

¹ M. DE SIMONE, *Appartenenza e alterità: sull'idea di cittadinanza nell'esperienza giuridica romana*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 11, 2021, 135 ss., che prende spunto da un seminario su *Migrazioni e diritti degli stranieri. Risposte antiche a un problema attuale*, tenuto nell'aprile del 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

² M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 136 ss.

³ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 136 nt. 4 nel mirino pone A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, su cui, per una vasta e poliedrica discussione, cfr. *Cittadinanza, identità, confini. Visioni di contemporaneità attraverso il diritto romano*, a cura di U. Vincenti, Napoli, 2021.

⁴ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 135 s.

non reggerebbero più la concettualizzazione della cittadinanza come appartenenza. Quindi, si dovrebbe ricercare la giusta prospettiva storica di esse mediante un'altra impostazione metodologica, alla quale la De Simone si sentirebbe in grado di indirizzare. Ora, il multiculturalismo sul quale fonda il suo tentativo di analisi l'a. è stato, al contrario, superato da tempo e, senza pretese di intromissioni nella sociologia, basti rinviare a pagine competenti di Pierpaolo Donati sul fallimento del multiculturalismo e l'alternativa di un'ipotetica globale laicità della sfera pubblica, in uno Stato moderno che consenta convivenza civile tra culture differenti, guidata dalla ragione come complessa semantica relazionale⁵. Appare sintomatico, peraltro, che in un paio di corposi tomi antichistici recenti, che richiamano nel titolo stesso il multiculturalismo, di quest'ultimo tema, congiunto con quello della cittadinanza romana, non vi sia trattazione⁶.

Appartenenza, sin dalle origini, significava essere inclusi nella comunità mediante molteplici relazioni di appartenenza, affiancate ai diversi statuti giuridici del *populus*, secondo la De Simone⁷, che non prende in esame, oltre il solo concetto di comunità, altri riferimenti come ad es. la 'nazione latina'⁸. L'abbinamento polivalente di appartenenze e *status* avrebbe continuato a persistere anche durante la fase dell'espansione che Roma intraprese, prima nell'Italia peninsulare, poi nelle province⁹.

Si giunge così da parte sua ad accostare il descritto fenomeno della «costituzione di un multiforme piano di relazioni di appartenenza [...] che si affiancarono ai differenti statuti giuridici dei singoli *cives Romani*»¹⁰ a quanto scriveva Tullio Spagnuolo Vigorita, circa la formazione del pluralismo¹¹. Invece, posso ricordare che le convinzioni del mio compianto Maestro sul punto si riferivano al pluralismo sul piano normativo. In altri termini, ai modi di regolare pragmaticamente i rapporti tra Roma e le realtà locali quanto ad assetti organizzativi,

⁵ V. sui limiti del multiculturalismo e le prospettive di un incontro tra culture nell'orbita di una laicità di Stato, per tutti, P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo. La ragione relazionale per un mondo comune*, Roma-Bari, 2008, spec. v ss., 3 ss., 27 ss., 123 ss.

⁶ Cfr. *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, G.D. Merola, I-II, Napoli, 2013.

⁷ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 137 ss., spec. 140.

⁸ Cfr. L. GAGLIARDI, *La nazione latina al tempo della Roma dei re*, in *Cittadinanza e nazione nella storia europea*, a cura di L. Gagliardi e D. Kremer, Milano, 2020, 21 ss.

⁹ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 140 s.

¹⁰ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 140.

¹¹ In tal senso v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero romano*, Napoli, 1996, 39 ss., su cui M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 140 nt. 21.

nient'affatto allo *status* personale degli abitanti. Credo che con la sua interpretazione, la De Simone travisi i termini della questione: infatti, non può creare storiograficamente (dato che è un altro problema quello della complessità territoriale nell'impero romano) una sorta di terra di mezzo «between personal and territorial status»¹². Mentre altri studiosi di recente hanno, invece, inquadrato il pluralismo delineato da Spagnuolo Vigorita nella giusta cornice istituzionale e quasi 'di sistema'¹³, nient'affatto coincidente con la diversa sfera dei rapporti del diritto delle persone e di famiglia.

De Simone perviene poi al problema della concessione della cittadinanza romana a gruppi o singoli individui in base alla *virtus*¹⁴, fenomeno su cui si sofferma in maniera tale che le sia ora possibile, annuncia, «compiere una prima riflessione». «Riflessione» appare il termine che le servirà nel prosieguo in qualche modo da cliché per introdurre capovolgimenti presunti di opinioni in realtà non riusciti: una seconda volta circa il valore dell'espressione «*civis Romanus sum*»¹⁵, nonché una terza volta riguardo l'integrazione tramite assimilazione degli stranieri¹⁶, infine una quarta volta sulle espulsioni di immigrati¹⁷.

L'a.¹⁸ si pronuncia, in particolare, contro opinioni espresse di recente, in materia di cittadinanza e immigrazione, da Giuseppe Valditara¹⁹, oggetto già di recensioni²⁰, con una sua linea interpretativa in dialettica con altri romanisti²¹, in un dibattito in atto che si presenta comunque vivace, senza certo risparmio di considerazioni critiche, e in cui vi si trovano

¹² Distacco che tratta con acume critico, fra gli altri, M. TARPIN, *Strangers in Paradise. Latins (and other non-Romans) in colonial context: a short story of territorial complexity*, in *Roman Republican Colonization. New Perspectives from Archaeology and Ancient History*, edited by T.D. Stek and J. Pelgrom, Roma, 2014, spec. 183 ss.

¹³ Si v., p. es., C. ANDO, *L'Empire et le Droit. Invention juridique et réalité politiques à Rome*, Paris, 2013, 17 ss.; nonché ID., *Pluralisme juridique et intégration de l'Empire*, in *Integration in Rome and in the Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Lille, June 23-25, 2011)*, edited by G. de Kleijn and St. Benoist, Leiden-Boston, 2014, 5 ss.; cfr., riassuntivamente, ID., *Legal Pluralism in Practice*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford, 2016, 283 ss.

¹⁴ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 141 ss.

¹⁵ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 148 ss.

¹⁶ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 155 ss.

¹⁷ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 160 ss.

¹⁸ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 144 ss.

¹⁹ *Contra* G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, Torino, 2018, 41 ss.

²⁰ Cfr. le rec. a G. VALDITARA, *Civis Romanus sum* di P. Cerami, in *Iura*, 66, 2019, 303 ss. e mia, in *Index*, 47, 2019, 291 ss.

²¹ Per offrire un'idea del diverso approccio critico tenuto da Valditara stessp nei riguardi delle opinioni di Palma, segnalo in maniera emblematica: G. VALDITARA, *Cittadini di uno Stato. In onore di un amico*, in *Identità e memoria. Omaggio di allievi e colleghi al prof. Antonio Palma in occasione della chiusura del suo corso di lezioni per l'anno accademico 2021/2022*, a cura di F. Fasolino, Torino, 2022, 87 ss.

motivi di confronto seppur pacato²². Insomma, probabilmente all'incontrario di quanto prefissatosi, De Simone sembra elencare apodittiche affermazioni, sotto le vesti di sue «riflessioni», laddove molto più argomentate in base alle fonti e persuasive sul piano storiografico restano le idee che lei voleva piuttosto confutare. Per l'esattezza, eccependo che *virtus* non si possa tradurre sempre con 'merito', specificamente in linea di principio nega²³ che i Romani abbiano mai concesso la cittadinanza 'in base al merito'. '*Ob virtutem*' rappresenta l'espressione latina che l'a. contesta possa contenere l'idea del 'merito'²⁴, ma lei stessa deve riconoscere che nelle fonti '*virtus*' compaia più volte nella casistica di concessioni della cittadinanza romana *viritem* o *singillatim*, dall'episodio archetipico del 216 a.C. in Liv. 23.20.20, a proposito dei Prenestini che avevano opposto una valorosa resistenza ad Annibale²⁵, sino alle guerre civili e alle vicende della crisi della *res publica*²⁶. Inoltre, sembra appena il caso di ricordare il riconoscimento della *honesta missio*²⁷ (l'istituto della *honesta missio* permetteva ai militi di ottenere per merito il diritto di cittadinanza e la legittimazione dei figli avuti durante la durata del servizio di leva) per considerare che l'adempimento era da ricompensare con una completa equiparazione ai cittadini romani se si era stranieri. La politica imperiale romana di riconoscimento in tal senso è stata esplorata a fondo sin dagli studi di Edoardo Volterra in materia²⁸. Com'è noto, è costantemente attestata nelle fonti d'età imperiale, come dimostra da ultimo il caso esemplare del 131 d.C.²⁹, su cui s'è molto recentemente soffermato Giuseppe Camodeca³⁰. Si tratta della *testatio* di un *miles* di truppe ausiliarie (cioè di soldati che non avevano la *civitas Romana*, per l'esattezza di un *miles* della II *coorte Thebaeorum* di stanza in Egitto), che dichiarava la nascita di una sua figlia illegittima. Infatti, tali attestazioni pubbliche di nascita di figli naturali producevano effetti giuridici, dopo

²² Cfr. F. MERCOGLIANO, *Spunti e appunti brevi in tema di immigrazione nell'antica Roma*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, Università degli Studi di Camerino, nuova serie, 11, 2022, 61 ss.

²³ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 144 s.

²⁴ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 144 s.

²⁵ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 141 ss.

²⁶ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 145 ss.

²⁷ Si noti che, pur proclamando che la *honesta missio* sia un «fenomeno che assunse una particolare importanza», la liquiderà con nemmeno un paio di righe e una sola nota: M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 153.

²⁸ Si v., in maniera esemplare, E. VOLTERRA, *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, 257 ss.

²⁹ In FIRA, III, 5.

³⁰ G. CAMODECA, *Senatus consulta e documenti della prassi giuridica campana*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, Università degli Studi di Camerino, nuova serie, 11, 2022, 37 ss.

la *honesta missio* del padre (cioè dopo il congedo), per il congedato che con la *honesta missio* acquisiva meritatamente la cittadinanza romana non solo per sé, ma anche per i suoi figli naturali *illo tempore* dichiarati pubblicamente³¹.

De Simone³² cerca altresì di disconoscere il suo tipico valore distintivo all'espressione '*Civis Romanus sum*'³³, contestando anche³⁴, quasi a mo' di corollario, che vi sia stata a Roma integrazione attraverso l'assimilazione degli immigrati³⁵ con uno scopo identitario³⁶. Ma ella pare liquidare tale enorme questione senza un approfondimento del processo a Paolo di Tarso³⁷, né espone una sua proposta interpretativa, mentre avrebbe dovuto apportare un'adeguata confutazione, a partire dalla storia della delimitazione con confini del territorio romano. Non si intraprende l'esegesi di fonti che non siano state già discusse da Valditara. A mio parere, resta in piedi che la frase-simbolo ben rievoca l'itinerario imperialistico identitario romano. Non mi persuade affatto che una personalità qual era Paolo di Tarso si sottomettesse ad un atto di *imploratio* per rivendicare un suo diritto, nella vaga speranza che venisse rispettato. *Spes* viene dalla De Simone³⁸ così a costituire la base di una parafrasi, con la quale vorrebbe forzare alle sue motivazioni interpretative il brano ciceroniano delle Verrine³⁹ sul caso della fustigazione e crocifissione di Gavio a Messina. Secondo lei rivelerebbe che il significato del sintagma *civis Romanus sum* starebbe nel riporre affidamento sulla propria comunità d'appartenenza, manifestarsi «evocativo dell'orgoglio romano», inserito, virgolettato, a contrassegnare l'opinione di Valditara, due volte nel testo del suo articolo⁴⁰. Una certa vaghezza del prescelto approccio, mirato verso 'appartenenza' ed

³¹ In tema di concessione della cittadinanza ai militari, con particolare riferimento ai diplomi militari attestanti la *honesta missio*, ultimamente cfr. D.A.N. COSTA, *Integrazione degli stranieri e politica militare nell'Impero romano*, Milano, 2019, 133 ss.

³² M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 149 ss.

³³ *Contra* G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit., 215 ss.

³⁴ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 156 ss.

³⁵ *Contra* G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit., 155 ss.

³⁶ *Contra* G. VALDITARA, *L'immigrazione nell'antica Roma: una questione attuale*, Soveria Mannelli, 2015, 37; contro cui si schiera anche di recente G. TRAINA, *La storia speciale. Perché non possiamo fare a meno degli antichi romani*, Roma-Bari, 2020, 46 s., 78 s., 184, 189 e cfr. ID., *Di chi è la storia romana?*, in *Quaderni di storia*, 95, 2022, 301.

³⁷ Anzi, i processi, su cui v. di recente L. GAROFALO, *Ancora sulle vicende giudiziarie di Paolo di Tarso*, in *Liber amicorum et amicorum. Festschrift für / Scritti in onore di Leo Peppe*, herausgegeben von / a cura di E. Hobenreich, M. Rainer, G. Rizzelli, Lecce, 2021, 215 ss.

³⁸ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 149 ss.

³⁹ Cic., in *Verr.*, 2.5.162 ss.

⁴⁰ Da M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 149 e 150.

‘alterità’, non la ha certo aiutata a precisare riflessioni mirate. Per esempio, si ritrova di recente per le origini di Roma e il perimetro posteriore dei confini in uno studioso attento qual è Gianluca De Sanctis⁴¹, una riflessione (stavolta nel vero senso del termine), che, al confronto, appare esemplare: «... si può ben immaginare che i lotti assegnati da Romolo potessero fare a meno di confini, che la simmetria rendesse superflua l’esigenza di una loro delimitazione materiale ... La necessità del confine nasceva, nella memoria culturale dei Romani, in un secondo momento, quando questa condizione paritaria, ancestrale e ideale, avrà cominciato a incrinarsi sotto il peso delle conquiste, in conseguenza dell’inclusione nella cittadinanza di altri gruppi etnici e l’emergere delle prime tensioni sociali»⁴².

La studiosa palermitana espone alcune considerazioni (stavolta non le qualifica «riflessioni») su inclusione, migrazioni e lessico dell’alterità (*hostis/perduellis, advena, peregrinus, hospes, barbarus*), come una sorta di intermezzo, effettuando un ripasso parziale delle fonti in materia, con (non discussa) bibliografia⁴³ e *per incidens*⁴⁴ assegna valore simbolico (e una valenza di contemporaneità, del pari *aliunde* osteggiata, *contra* Palma a proposito della *civitas Romana*⁴⁵) alla *constitutio Antoniniana*, che cadde al contrario sostanzialmente tra il disinteresse coevo⁴⁶, come pose in evidenza il mio maestro, Tullio Spagnuolo Vigorita, pur citato talvolta dalla De Simone⁴⁷. Quest’ultima⁴⁸, a proposito di espressioni usate da altri con intenzioni secondo lei attualizzanti, qual è il caso di «provvedimenti di espulsione degli immigrati»⁴⁹, conclude che bisognerebbe applicare una visione interpretativa in prospettiva storica ‘emica’ e non ‘etica’ ad ogni fenomeno giuridico, dimenticando che tale espressione viene impiegata da più di un secolo, come scrivevano Husband⁵⁰ e Laffi⁵¹ e pure Coşkun ha parlato, anche se

⁴¹ G. DE SANCTIS, *Terre e confini*, in *Numa. I culti, i confini, l’omicidio*, a cura di L. Garofalo, Bologna, 2022, 55 ss.

⁴² G. DE SANCTIS, *Terre e confini*, cit., 77.

⁴³ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 152 ss.

⁴⁴ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 154 s.

⁴⁵ Cfr. *supra* su nt. 3 ss.

⁴⁶ Ribadisce il «silenzio dei contemporanei di Caracalla» ultimamente anche O. LICANDRO, *Un impero di città e un papiro. Caracalla, i dediticii e il paradigma urbano (P. Giessen 40.I)*, Roma, 2021, 90.

⁴⁷ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in *Storia di Roma*, III.1, Torino, 1993, 6 s.

⁴⁸ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 164.

⁴⁹ Espressione usata da G. VALDITARA, *Civis Romanus sum*, cit., 93 ss.

⁵⁰ R.W. HUSBAND, *On the Expulsion of Foreigners from Rome*, in *Classical Philology*, 11, 1916, 315 ss.

⁵¹ U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine ed italiche in età repubblicana* (2017), in ID., *Nuovi studi di storia romana e di diritto*, Napoli, 2020, 189 ss.

in maniera nel complesso non condivisibile, di «Fremdenausweisung»⁵². Di certo sarebbe possibile limitarne l'uso, ma ci sarebbe poi da ricollegare la problematica alla questione complessa dello *ius migrandi*⁵³, ai comportamenti fraudolenti dei Latini, con esegesi delle fonti e rassegne di letteratura di tutt'altro spessore, di cui difatti recentemente offre un saggio Capogrossi⁵⁴. Per di più, secondo un'innovativa proposta interpretativa di Chillet⁵⁵ non sempre le cosiddette espulsioni sarebbero tali, dato che, come nel caso della *lex Papia de peregrinis*, si sarebbe voluto spingere per una regolarizzazione dell'immigrazione a Roma su larga scala, dunque una tappa nell'apertura alla cittadinanza romana. Testimonianza questa della miriade di benvenute proposte interpretative innovative, che pur costellano anche recentemente l'orizzonte di studi storico-giuridici in materia di cittadinanza e immigrazione a Roma, ma con un altro metodo.

Abstract

Discussione incentrata su un recente articolo di M. De Simone, teso a delineare sviluppi della storia di cittadinanza nell'antica Roma non condivisibili, con particolare riferimento al lessico circa appartenenza e alterità rispetto alla comunità romana, come nel caso delle dell'affermazione '*civis Romanus sum*', del significato del termine '*virtus*', del valore dei confini territoriali e dell'uso dell'espressione «espulsione degli immigrati».

Abstract

Discussion focused on a recent article by M. De Simone, aimed at outlining developments in the history of citizenship in ancient Rome that cannot be shared, with particular reference to the lexicon about belonging and otherness with respect to the Roman community, as in the case of the affirmation '*civis Romanus sum*', the meaning of the term

⁵² A. COŞKUN, *Bürgerrechtsentzug oder Fremdenausweisung? Studien zu den Rechten von Latinen und weiteren Fremden sowie zum Bürgerrechtswechsel in der Römische Republik (5. bis 1. Jh. v. Chr.)*, Stuttgart, 2009.

⁵³ M. DE SIMONE, *Appartenenza*, cit., 160 ss.

⁵⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Napoli, 2022, 151 ss.

⁵⁵ CL. CHILLET, *La lex Papia de 65 avant J.-C. sur «l'usurpation de citoyenneté»*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 66, 2013, 33 ss.

'*virtus*', the value of territorial boundaries and the use of the expression «expulsion of immigrants».

Camerino, dicembre 2022.

ROCCO FAVALE*

*La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio***

Sommario: 1. Le turbative della prestazione nel BGB: la riforma del diritto delle obbligazioni. – 2. Il nuovo sistema regolato dalla *Schuldrechtsreform* del 2002. Tracce generali. – 3. La figura centrale della violazione dell'obbligo (§ 280). – 4. Violazione dell'obbligo e responsabilità. – 5. L'impossibilità della prestazione (§ 275). – 6. Adempimento inesatto e violazione degli obblighi accessori non legati alla prestazione.

1. *Le turbative della prestazione nel BGB: la riforma del diritto delle obbligazioni*

Il sistema delle turbative della prestazione in seno al BGB¹ ha subito una profonda revisione con la celeberrima riforma del diritto delle obbligazioni del 2002². Il nuovo disegno perseguito dal legislatore non è stato altro che quello di trasporre nella legge gli orientamenti giurisprudenziali consolidati nel tempo³. In fin dei conti le nuove regole hanno cambiato solamente la veste: da quella giurisprudenziale a quella legislativa.

Il nuovo sistema delle turbative della prestazione in seno al BGB rappresenta quindi

* Professore ordinario di Diritto privato comparato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del blind peer-review. Traccia del seminario di Didattica multidisciplinare su «La violazione del rapporto obbligatorio» tenuto presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 3 febbraio 2022.

¹ Di recente, sul processo di nascita del BGB, cfr. le belle pagine di F. KLINCK, *La formazione del BGB e il valore dei materiali preparatori per la sua interpretazione odierna*, in *AFG-Unicam*, 2021, p. 37 ss.

² Il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, pubblicata il 26 novembre 2001 (in *BGBI*, 29 novembre 2001, I, p. 3138 ss.), è entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Per un quadro esaustivo dell'evento legislativo, molto utile è il contributo di G. CIAN, *Relazione introduttiva*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 9 ss. H. HONSELL, *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, in *JZ*, 2001, p. 473, parla di «größte Veränderung» del BGB.

³ Per la verità la riforma mette a frutto tutta l'elaborazione che la dottrina aveva posto in essere negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Fra i tanti contributi si segnalano: A. WOLF, *Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts*, in *ZRP*, 1978, p. 252 ss.; M. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, in *AcP*, 1983, p. 327 ss.; D. MEDICUS, *Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts*, in *AcP*, 1988, p. 168 ss. Vanno ricordati, altresì, i famosi *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, voll. 3, Bonn, 1981-1983.

l'esito finale dell'intento del legislatore di eliminare le criticità del quadro originario, così come delineato dalla Pandettistica durante l'edificazione del codice civile tedesco del 1900⁴.

2. Il nuovo sistema regolato dalla Schuldrechtsreform del 2002. Tracce generali

Se la prestazione dovuta non è eseguita o non è eseguita in tempo o non è eseguita correttamente e non subentra nessuna surrogazione dell'adempimento, si parla di (per)turbativa della prestazione (*Leistungsstörung*).

La disciplina dell'inadempimento non è soltanto centrale entro il reparto del diritto delle obbligazioni, ma si interseca anche con la peculiare disciplina delle singole figure del rapporto obbligatorio (per es. con i rimedi previsti nella vendita, nel contratto d'opera ecc.). Infine la disciplina generale trova applicazione in seno ai contratti tipici che non hanno una peculiare disciplina, come accade per il contratto di servizio (§ 611 ss.).

Le norme generali delle *Leistungsstörungen* trovano poi applicazione anche nei rapporti obbligatori legali, in mancanza di disciplina speciale.

Per quanto riguarda la disciplina dell'inadempimento in senso lato, essa si colloca nei §§ 275-304, 320-326, 311, 311a, 313-314 BGB. I §§ 275-304 valgono per ogni tipo di obbligo di prestazione, derivante da negozio o dalla legge. I §§ 320 ss. concernono i contratti a prestazioni corrispettive e integrano le norme generali del § 275 ss. Il § 311a concerne la regola speciale dell'impossibilità originaria della prestazione. Il § 313 regola la *Geschäftsgrundlage*, il § 314 la disdetta dai rapporti obbligatori di durata.

Le fattispecie che integrano il fenomeno dell'inadempimento sono molteplici. a) Innanzitutto il mancato adempimento (*Ausbleiben der Leistung*), che si ha quando il debitore non adempie in tutto o in parte la prestazione, e ciò perché la prestazione è impossibile; oppure la prestazione è possibile per il debitore, ma egli non la adempie. I rimedi conseguenti a questa fattispecie si specificano nel recesso (*Rücktritt*) o nel risarcimento in luogo della prestazione in caso di ritardo dell'adempimento e il debitore ha fatto altresì scadere il termine di grazia (§ 281, 323). b) In secondo luogo, il ritardo nell'adempimento (*Verspätung der Leistung*), ove l'obbligo primario di prestazione è violato quando il debitore adempie, ma in ritardo, e

⁴ In occasione del centenario del BGB, cfr. R. STÜRNER, *Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?*, in *JZ*, 1996, p. 742.

in tal modo cagiona un danno al creditore. c) In terzo luogo, l'adempimento inesatto (*Schlechtleistung*), che sussiste quando l'obbligo primario di prestazione è eseguito tempestivamente dal debitore, ma non nella qualità dovuta, ossia non è conforme a quanto determinato nel programma dell'obbligazione. d) In quarto luogo, la violazione degli obblighi accessori di protezione e di cura, autonomi rispetto all'obbligo di prestazione (*weitere Verhaltenspflichten*)⁵, il che si ha anche quando il debitore adempie esattamente la prestazione principale, ma viola determinati obblighi di protezione in relazione ai beni giuridici e ai diritti del creditore. e) In quinto luogo, la mora del creditore (*Gläubigerverzug, Annahmeverzug*), ove il debitore esegue esattamente la prestazione, ma il creditore non l'accetta. f) Infine, l'inesigibilità e la difficoltà sopravvenuta della prestazione (*Leistungserschwerung, Unzumutbarkeit*), che integrano fattispecie di confine con la figura dell'impossibilità. Si parla di turbativa dello scopo (*Zweckstörung*) quando la prestazione dovuta può essere eseguita correttamente, ma ha perso valore entro la dinamica del regolamento contrattuale (ad es.: innaffiare un giardino già allagato dopo una tempesta). Oggi, all'indomani della riforma, la legge ha recepito l'istituto della *Geschäftsgrundlage* (§ 313). Lo stesso vale per l'inesigibilità a tenersi vincolato ad un rapporto di durata, dove interviene la figura della disdetta straordinaria di cui al § 314.

3. La figura centrale della violazione dell'obbligo (§ 280)

Concetto centrale della disciplina dell'inadempimento è la *Pflichtverletzung*⁶. Secondo il § 280, comma 1, periodo 1, il creditore può chiedere il risarcimento dei danni se il debitore viola un obbligo del rapporto obbligatorio. Secondo il § 280, comma 1, periodo 2, il risarcimento è escluso se il debitore non risponde della violazione dell'obbligo.

Dal tenore della legge risulta che la responsabilità è presunta dalla legge, ma è ammessa la prova contraria del debitore, secondo cui la violazione dell'obbligo non è a lui imputabile.

La figura della violazione dell'obbligo è frutto innovativo della riforma del 2002 che ha

⁵ Gli ulteriori obblighi di comportamento (*weitere Verhaltenspflichten*) fanno riferimento alla ricostruzione classica di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 6 ss.

⁶ C.-W. CANARIS, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 46 ss.; S. LORENZ, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Ein Beispiel für die Überbastung der Kritik an der Schuldrechtsreform*, in *JZ*, 2001, p. 742; Hans STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 589 ss.; D. ZIMMER, *Das neue Recht der Leistungsstörungen*, in *NJW*, 2002, p. 1 ss.; D. MEDICUS, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, in *JuS*, 2003, p. 521 ss.;

seguito l'idea di porre una fattispecie unitaria di turbativa della prestazione e di un sistema unitario degli effetti (risarcimento del danno e recesso).

Secondo la lettera della disposizione del § 280, il primo presupposto per il diritto al risarcimento del danno è l'esistenza di un rapporto obbligatorio, che può derivare da atto negoziale o dalla legge. In proposito, il § 241 distingue gli obblighi del rapporto obbligatorio in obblighi di prestazione e in ulteriori obblighi, a seconda che riguardano la prestazione principale oppure la tutela dei beni giuridici e degli interessi del creditore⁷.

Una violazione dell'obbligo si ha, secondo il dettato del legislatore, quando il comportamento del debitore devia obiettivamente dal programma del rapporto obbligatorio. Se il debitore è obbligato a raggiungere un determinato risultato, allora per l'accertamento della violazione dell'obbligo è sufficiente la mancanza del risultato dovuto.

Ciò vale anche nell'ipotesi di impossibilità della prestazione: nonostante la formula del § 275, comma 1, secondo il quale il debitore è liberato dall'obbligo di prestazione, rimane il non adempimento come oggettiva violazione dell'obbligo. Il venir meno dalla prestazione riguarda soltanto l'obbligo primario di prestazione, mentre in presenza dei presupposti si pone al suo posto l'obbligo secondario di prestazione (ad es. il risarcimento del danno). Mentre per le altre questioni, come quella che riguarda il perché sia accaduta l'impossibilità, viene in rilievo il problema della responsabilità (*Vertretenmüssen*).

Nelle ipotesi in cui il debitore è obbligato non ad un risultato ma ad una attività (contratto di lavoro subordinato, di servizio), non c'è alcuna distinzione nel trattamento giuridico. Il comportamento dovuto si determina secondo il criterio della diligenza necessaria del traffico, così come stabilito nel § 276, comma 2. In questa situazione l'obiettiva antigiuridicità (*objektive Pflichtwidrigkeit*) e il rimprovero di colpa (*Verschuldensvorwurf*) si sovrappongono. Se è provata la violazione dell'obbligo (ad es. un errore del medico) di regola vi è anche la prova della responsabilità (*Vertretenmüssen*), cosicché un esonero del debitore secondo il § 280, comma 1, periodo 2, risulta abbastanza difficile. Lo stesso accade per la violazione degli obblighi accessori (§ 241, comma 2). Anche qui, in assenza del dovuto risultato, violazione del dovere e responsabilità coincidono, perché il debitore non deve il risultato, ma solo assumere

⁷ Va opportunamente precisato che la norma del § 241 è stata dalla riforma arricchita di un secondo comma, col quale vengono codificati gli obblighi di protezione e gli ulteriori obblighi.

un comportamento prudente.

Sussistendo la violazione oggettiva dell'obbligo, non consegue una soggettiva responsabilità del debitore, intesa nel senso di una rimproverabilità (*Vertretenmüssen*). Con questa figura si descrive l'imputabilità (*Zurechenbarkeit*) della violazione oggettiva dell'obbligo in capo al debitore, nel senso della responsabilità per la violazione dell'obbligo. Questi due elementi congiuntamente fondano l'obbligo del risarcimento del danno del debitore ai sensi del § 280, comma 1.

La distinzione fra violazione dell'obbligo e responsabilità è rilevante soprattutto sotto il profilo della ripartizione dell'onere di prova. Il *Vertretenmüssen* si presume in capo al debitore. Un'eccezione sussiste nella violazione degli obblighi del lavoratore, dove la legge (§ 619a BGB) pone la relativa prova a carico del datore di lavoro.

Gli obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio si distinguono in obblighi legati alla prestazione e obblighi non legati alla prestazione. I primi sono disciplinati nel § 241, comma 1, dove si definisce il diritto del creditore ad esigere la prestazione. Si tratta di obblighi il cui contenuto va inteso nel senso più ampio come teso a migliorare la posizione del creditore (*Leistungsinteresse* o *Äquivalenzinteresse*)⁸.

Gli obblighi non legati alla prestazione sono regolati nel § 241, comma 2, e non sono diretti a migliorare la posizione del creditore ma piuttosto fondano obblighi in capo al debitore diretti a non peggiorare la posizione del creditore (*Integritätsinteresse*).

Un obbligo legato alla prestazione può essere lesa dal fatto che il debitore non adempia puntualmente la prestazione o non esattamente. Ciò può essere la conseguenza di due fattori: a) il debitore non può più adempiere la prestazione (es. la macchina venduta è andata distrutta); b) il debitore non vuole adempiere o è soltanto impedito temporaneamente (es. il venditore non può consegnare la macchina perché l'ha affittata).

Se al debitore risulti impossibile la prestazione o sussiste un fatto equiparato all'impossibilità, allora egli è liberato dall'obbligo primario di prestazione. L'impossibilità può assumere la figura dell'impossibilità originaria (*anfängliche Unmöglichkeit*) e dell'impossibilità sopravvenuta (*nachträgliche Unmöglichkeit*), a seconda che l'impossibilità della prestazione sussista

⁸ In generale, cfr. S. MADDAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, in *JURA*, 2004, p. 290 s.

già al momento della conclusione del contratto o successivamente ad essa. Come sostiene il BGH, prima della conclusione del contratto il debitore deve essere consapevole sulla sua capacità di eseguire la prestazione, mentre dopo la conclusione deve curare la realizzazione della prestazione promessa⁹.

Si ha ritardo nella prestazione quando il debitore non adempie tempestivamente e questa fattispecie rientra nella violazione dell'obbligo di cui al § 280, comma 1. Si ha parimenti violazione dell'obbligo quando il debitore adempie la prestazione ma non correttamente. Se questa ipotesi è disciplinata in seno ad un contratto tipico, prevale la disciplina speciale.

Come disposto dal § 241, comma 2, un rapporto obbligatorio può obbligare altresì ciascuna parte, secondo il contenuto, a proteggere i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte. Oggetto di questi obblighi non è l'interesse alla prestazione, bensì l'interesse all'integrità. La legge (§§ 282 e 324 BGB) consente al creditore, in presenza di determinati presupposti, in caso di violazione di questi obblighi di far valere il risarcimento in luogo della prestazione o di recedere dal contratto.

La disposizione richiamata in collegamento con il § 311, comma 2, dà sì che gli obblighi di protezione nascano non soltanto con il rapporto obbligatorio, ma anche prima, attraverso l'assunzione di contatti negoziali, con l'avviamento al contratto. Il legislatore riconosce l'istituto della colpa entro la fase delle trattative (*culpa in contrahendo*)¹⁰. La relativa violazione porta al risarcimento del danno, ma non per ritardo della prestazione o in luogo della prestazione, in quanto non c'è ancora l'obbligo primario di prestazione.

4. *Violazione dell'obbligo e responsabilità*

La violazione dell'obbligo è ogni deviazione del comportamento del debitore dal programma obbligatorio mentre il requisito della responsabilità (*Vertretenmüssen*) descrive l'imputabilità della violazione dell'obbligo in capo al debitore, cioè la sua responsabilità. Questi due elementi insieme fondano l'obbligo di risarcimento del danno del debitore.

La disposizione del § 276 prescrive che il debitore risponda del dolo e della colpa, se

⁹ BGH, 19 ottobre 2007, in *NJW*, 2007, p. 3777 ss., spec. Rn. 37.

¹⁰ Ancora oggi si consiglia la lettura della classica monografia di R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. di F. Procchi, Napoli, 2005.

non è prevista una responsabilità più grave o più lieve o determinata dal contenuto del rapporto obbligatorio, in particolare dall'assunzione di una garanzia o di un rischio di approvvigionamento.

In argomento si parla di principio della colpa (*Verschuldensprinzip*). Esistono poi norme di responsabilità, come il § 823, in cui si richiamano direttamente il dolo e la colpa, rendendo irrilevante il § 276, comma 2.

Il principio della colpa riposa sull'idea della garanzia della libertà di agire, per cui chi agisce con la diligenza necessaria del traffico non deve temere di risarcire il danno cagionato ad altri. Il nuovo § 276, comma 1, prevede accanto alla colpa anche altri criteri di imputazione di responsabilità, dove il dover rispondere (*Vertretenmüssen*) del debitore va oltre la colpa. Se la fattispecie non richiama alcuna forma di colpevolezza del debitore, la responsabilità diventa oggettiva (*objektive Haftung*).

Similmente al diritto penale, ove il reato si fonda su tre stadi, la conformità alla fattispecie (*Tatbestandsmäßigkeit*), la contrarietà al diritto (*Rechtswidrigkeit*) nonché la colpevolezza (*Schuld*), nel diritto civile quest'ultima, come elemento soggettivo, presuppone l'esistenza dell'elemento oggettivo. Il problema della colpa sussiste soltanto quando c'è qualcosa di cui si debba essere responsabili. Ciò è decisivo per l'esistenza della fattispecie oggettiva di una violazione dell'obbligo.

Questa costruzione a gradi trova nel diritto civile il parallelo più evidente nella responsabilità da fatto illecito, nella norma fondamentale del § 823, comma 1. Prima di tutto deve essere accertata una violazione di un diritto (ad esempio della proprietà), poi viene in rilievo l'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*), ossia il fatto che la violazione del diritto sia vietata. Infine dopo aver individuato questa fattispecie illecita ci si deve interrogare se l'autore che ha violato il divieto debba essere anche responsabile personalmente.

Nei rapporti obbligatori (*Sonderverbindungen*) non vi è un autonomo livello di esame dell'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*). La violazione di particolari obblighi in quanto tali non è legata alla violazione di una norma generale che causa l'antigiuridicità. Invece nei rapporti particolari la violazione degli obblighi da questi scaturenti è presupposto della questione se il debitore sia anche responsabile. Si pensi, per esempio, all'ipotesi del proprietario che chieda il risarcimento dei danni al locatario per il danneggiamento della cosa locata. Innanzitutto

deve essere accertato se il deterioramento non sia conseguenza dell'uso ordinario della cosa (§ 548). Soltanto se è intervenuta un'altra causa, allora può sorgere la questione di una colpa del locatario.

5. L'impossibilità della prestazione (§ 275)

Il § 275 prevede l'ipotesi in cui il debitore è liberato dall'obbligo primario di prestazione, in quanto la prestazione non può essere adempiuta, inclusi i casi in cui la prestazione potrebbe essere eseguita, ma per determinati motivi il creditore non può esigere la prestazione dal debitore.

Innanzitutto sussiste impossibilità (di fatto) quando la prestazione dovuta non può essere adempiuta secondo le leggi della natura, come accade nell'ipotesi di distruzione del bene dovuto. Rientra in questa figura anche il c.d. «raggiungimento dello scopo» (*Zweckerreichung*) o la «mancanza dello scopo» (*Zweckverfehlung*), laddove la prestazione può essere ancora eseguita, ma non ha alcun senso, perché il risultato è stato già raggiunto o non può più essere raggiunto. Ad esempio, vi è impossibilità se la macchina, ferma per un guasto, riparte senza che il carro attrezzi entri in azione, oppure l'intervento, che il primario deve effettuare personalmente, è già stato eseguito con successo da un altro medico.

Si ha impossibilità giuridica se l'assunzione della prestazione è assolutamente vietata (ad es. commettendo un reato) o viene meno per altri ostacoli legali (ad es. l'obbligo di costituire un usufrutto ereditario ai sensi del § 1061 BGB). In molti casi, il contratto è già nullo ai sensi del § 134 BGB.

Il § 275 non distingue fra impedimento alla prestazione al momento della conclusione del contratto e impedimento dopo la sua conclusione. Nel testo originario del BGB la disposizione del § 306 prevedeva la nullità del contratto la cui prestazione fosse impossibile già *ab origine*. La norma contenuta nel § 311a, inserita dalla riforma, prescrive in maniera innovativa che l'impossibilità originaria della prestazione non preclude che il contratto espliciti i suoi effetti. La prestazione, ai sensi del § 275, è esclusa, ma il debitore può risarcire il danno causato al creditore nell'ipotesi che non conosceva l'impedimento alla prestazione o che la sua mancata conoscenza era a lui imputabile per dolo o colpa.

La norma del § 275 equipara impossibilità oggettiva, che riguarda chiunque (es.: vendita

di cosa inesistente), e impossibilità soggettiva, nella quale la prestazione è impossibile soltanto per il debitore (vendita di cosa altrui).

L'impossibilità può riguardare la prestazione intera o essere parziale, purché la prestazione sia divisibile, per volontà delle parti innanzitutto o nella prospettiva del traffico giuridico¹¹. L'impossibilità parziale può essere quantitativa oppure qualitativa, come accade nella vendita o nel contratto d'opera in riferimento al bene non riparabile o ai vizi giuridici.

Il § 275 presuppone una impossibilità duratura. La norma non prende in considerazione l'ipotesi dell'impossibilità provvisoria, intesa come situazione in cui il debitore per un certo tempo non può eseguire la prestazione.

Le parti potrebbero considerare essenziale il tempo della prestazione, così che l'esecuzione non puntuale della prestazione rende la stessa impossibile. In proposito si parla di contratti con termine essenziale (*absolutes Fixgeschäft*). In questa figura, se il debitore non adempie puntualmente, rende la prestazione per il creditore assolutamente priva di interesse¹². Si pensi alla vendita dell'albero di Natale che può essere consegnato soltanto fino alla notte di Natale.

Di solito nel contratto il tempo della prestazione è relativo (*relatives Fixgeschäft*), nel senso che se la prestazione non è eseguita nel termine stabilito dalle parti il creditore potrebbe avere ancora un interesse alla prestazione.

Già prima dei nuovi commi 2 e 3 del § 275, la giurisprudenza riconosceva che potevano esserci impedimenti alla prestazione anche quando la stessa non fosse impossibile, ma risultava alquanto difficile nella misura in cui dal debitore non si poteva più esigere la prestazione. In proposito si parlava di sforzi che superavano i limiti del sacrificio (*Opfergrenze*). Con ciò non si richiamavano casi estremi in cui nessun debitore ragionevole poteva avere l'idea di tentare l'esecuzione della prestazione come nessun creditore ragionevole poteva avere l'idea di esigere la prestazione in natura (per es. la ricerca di un anello perso nel mare). In realtà si richiamavano casi in cui impedimenti imprevedibili alla prestazione rendevano la stessa inesigibile.

Queste norme tentano di determinare i confini, superati i quali il debitore non può

¹¹ BGH, 7 marzo 1990, in *NJW*, 1990, p. 3011.

¹² Chiaramente, BGH, 28 maggio 2009, in *NJW*, 2009, p. 2743 s., ove mette in evidenza che nei negozi con termine assoluto l'adempimento tardivo non costituisce adempimento.

essere più obbligato alla prestazione. Si può parlare di impossibilità normativa, perché è la legge a porre la disciplina. In proposito sono da distinguere i motivi economici (comma 2) e i motivi personali (comma 3).

Secondo il § 275, comma 2, il debitore può rifiutare la prestazione, qualora questa richieda uno sforzo che sta in un rapporto di grave sproporzione rispetto all'interesse del creditore alla prestazione, avuto riguardo al contenuto del rapporto obbligatorio e al principio di buona fede. La chiave per comprendere la norma sta nella sproporzione fra lo sforzo del debitore per eseguire la prestazione e l'interesse del creditore alla prestazione. Insomma la prestazione deve costare al debitore più di quanto sia utile al creditore. Certamente non si tratta di vedere se per il debitore valga la pena eseguire la prestazione.

Se l'esecuzione della prestazione pone in capo al debitore un peso enorme dal punto di vista economico, la norma *ad hoc* è quella del § 313 che disciplina la *Geschäftsgrundlage*, la quale non stabilisce l'esonerazione dalla prestazione del debitore, ma, in primo luogo, l'adeguamento della prestazione¹³.

I limiti dei sacrifici dovuti dal debitore, così come stabiliti nel § 275, comma 2, entrano in una norma eccezionale da interpretare in maniera restrittiva. Nell'accertamento della grave sproporzione fra sforzo del debitore e interesse del creditore risultano utili per il giudice soprattutto il contenuto del rapporto obbligatorio e il principio di buona fede. Nella determinazione degli sforzi pretesi dal debitore va considerata anche la circostanza che l'impedimento alla prestazione sia imputabile al debitore.

Il comma 3 del § 275 contiene una norma speciale che riguarda le prestazioni che il debitore deve eseguire personalmente. Egli può rifiutare la prestazione se nel bilanciamento degli impedimenti contrastanti la sua prestazione e l'interesse del creditore alla prestazione, la stessa non può essere pretesa dal debitore. Anche questa previsione rispecchia la dottrina e la giurisprudenza sulla figura dell'impossibilità psichica o personale. Rispetto alla fattispecie regolata nel comma 2, questo caso non descrive lo sforzo dovuto dal debitore e la grave

¹³ Sulla norma del § 313, quale novità della legge di ammodernamento, utili le letture di P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 101 ss.; nonché, sullo sviluppo della figura giuridica, l'interessante itinerario proposto da G. VARANESE, *Windscheid e il legislatore nella dottrina della presupposizione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 573 ss. Sull'evoluzione della figura rimediabile, cfr. C. JANDA, *Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrages*, in *NJ*, 2013, p. 1 ss.

sproporzione. Per illustrare il fondamento nei lavori preparatori è richiamato il caso della cantante che non può esibirsi perché vuole rimanere accanto al figlio gravemente malato. Qui l'abbandono del figlio ha un peso maggiore dello sforzo della cantante nell'esibizione.

Per quanto riguarda gli effetti dell'impossibilità in relazione all'obbligo primario di prestazione, il § 275 distingue l'ipotesi disciplinata nel comma 1, in cui quando l'impossibilità è sopravvenuta, la pretesa alla prestazione viene meno *ipso iure*. Mentre nel caso di impossibilità originaria interviene la norma del § 311a, secondo la quale l'impossibilità non incide sull'efficacia del contratto.

Nelle ipotesi disciplinate nei commi 2 e 3 il debitore deve sollevare la relativa eccezione. Nelle ipotesi in cui il debitore possa superare le difficoltà, ma che secondo il § 275, comma 2, non deve superare, egli può scegliere fra rifiutare legittimamente l'esecuzione della prestazione o adempiere superando gli ostacoli al fine di sperare di guadagnarci qualcosa.

Lo stesso accade nel comma successivo del § 275, dove il lavoratore nel caso di malattia non grave può scegliere tra andare a lavorare o prendere il congedo per malattia.

Va sottolineato che il § 275 concerne soltanto gli effetti in relazione all'obbligo primario di prestazione. Per quanto riguarda gli obblighi secondari di prestazione, come in particolare l'obbligo di risarcimento del danno, il puro inadempimento integra una obiettiva violazione dell'obbligo di cui al § 280, nonostante l'esonero dalla prestazione.

Per quanto concerne la ripartizione dell'onere della prova, vale la regola fondamentale per la quale chi vuole far valere effetti a sé favorevoli deve provare l'esistenza dei presupposti legali della fattispecie. Nel caso del § 275, il debitore che di fronte alla prestazione primaria si appella alla liberazione dalla prestazione, deve dimostrare che la prestazione è impossibile oppure che sussistono i presupposti per poter esercitare il diritto a rifiutare la prestazione.

6. Adempimento inesatto e violazione degli obblighi accessori non legati alla prestazione

Sappiamo che dal rapporto obbligatorio scaturiscono non solo l'obbligo alla prestazione ma anche obblighi di protezione e di cura in relazione a beni giuridici preesistenti del creditore, la cui violazione obbliga il debitore al risarcimento del danno. Questa responsabilità trova oggi collocazione in seno al BGB nei §§ 241 II e 280 I.

In proposito la dottrina richiama la figura dell'adempimento inesatto (*Schlechtleistung*),

richiamando la prestazione viziata che porta a danni ad ulteriori beni giuridici del creditore. Si pensi alle violazioni contrattuali positive e al *leading case* del *Pferdefutter-Fall*¹⁴, in cui il venditore consegnava al compratore fieno avariato, perché mal conservato, che portava alla morte dei cavalli del compratore. In questo caso il compratore oltre all'interesse alla prestazione, in quanto il bene era viziato, aveva diritto agli ulteriori danni conseguenti alla morte dei cavalli.

È ormai a tutti noto – almeno spero – come i deficit strutturali del BGB in seno alle turbative dell'adempimento abbiano reso necessario integrare dall'esterno il sistema dell'inaadempimento attraverso le figure delle violazioni positive del credito e della successiva nozione degli obblighi di protezione, conati da Heinrich Stoll negli anni Trenta. La consolidazione degli obblighi di protezione nel diritto vivente ha poi giustificato il loro richiamo esplicito nel comma 2 del § 241, secondo il quale «il rapporto obbligatorio può obbligare, secondo il suo contenuto, ciascuna parte al rispetto dei diritti, dei beni giuridici e degli interessi dell'altra parte».

Un rapporto obbligatorio costituito da soli obblighi di protezione di cui al comma 2 del § 241 nasce nella fase precontrattuale disciplinata nel § 311, commi 2 e 3.

Il comma 2 prevede tre fattispecie di obbligazione senza prestazione: 1) l'avviamento (*Aufnahme*) di trattative contrattuali; 2) l'avvio (*Anbahnung*) di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di produrre effetti sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi (entrata in un supermercato); 3) simili contatti negoziali (contatti di cortesia).

Il comma 3 aggiunge che un rapporto obbligatorio, costituito da obblighi di cui al comma 2 del § 241, «può sorgere anche verso soggetti che non devono diventare esse stesse parti contrattuali. Un tale rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto».

Il creditore può chiedere il risarcimento del danno al debitore in conseguenza della violazione colposa di un obbligo di protezione ai sensi del § 280, comma 1.

¹⁴ RG, 9 luglio 1907, in RGZ, 66, p. 289 ss. Alcuni anni prima la dottrina individua le criticità del sistema delle turbative dell'adempimento proponendo la teoria delle violazioni contrattuali positive: il riferimento è al contributo di H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto* (1903), trad. it. e cura di G. Varanese, Napoli, 2001.

I presupposti per il risarcimento del danno riguardano: a) l'esistenza di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione (§ 241²), b) la violazione da parte del debitore dell'obbligo di protezione; c) la violazione dell'obbligo deve essere imputato al debitore. In presenza di patti presupposti il debitore deve risarcire i danni conseguenti alla violazione dell'obbligo concernenti i beni giuridici del creditore. Con ciò si richiama il danno all'integrità (*Integritätsinteresse*).

Il danno non può essere richiesto in luogo dell'adempimento, ma accanto all'adempimento. Assume rilevanza in proposito il concorso di colpa del creditore di cui al § 254 (corrispondente al nostro art. 1227 c.c.).

Nell'ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive il creditore può recedere dallo stesso a seguito di violazione dell'obbligo di protezione da parte del debitore e non si può pretendere che il creditore rimanga fedele al contratto (§ 324).

Per quanto riguarda la violazione degli obblighi di protezione in seno al rapporto obbligatorio precontrattuale, i presupposti e gli effetti giuridici sono simili a quelli previsti dalla legge per la violazione degli obblighi di protezione in un rapporto obbligatorio negoziale.

Innanzitutto nell'ambito del rapporto obbligatorio precontrattuale il debitore deve aver commesso una violazione dell'obbligo di protezione a lui imputabile.

Quali obblighi di protezione esistano nell'ambito del rapporto precontrattuale e quale sia l'ampiezza di questi obblighi non è regolato dalla legge, ma viene individuato secondo le circostanze del caso concreto. In proposito la giurisprudenza nel corso del tempo ha elaborato dei gruppi di casi (*Fallgruppen*) non chiusi, ma abbastanza consolidati.

a) Nel corso del rapporto precontrattuale gli interessati hanno l'obbligo di comportarsi in maniera tale che i beni giuridici (vita, corpo, salute, libertà) e i diritti (ad es. proprietà) non siano lesi.

b) Le parti hanno inoltre da tener conto anche di ulteriori interessi dell'altra parte (come, per esempio, il patrimonio, o anche la libertà di decisione).

Abstract

Il contributo illustra le linee essenziali del sistema dell'inadempimento dell'obbligazione nell'ambito del diritto civile tedesco nella veste successiva alla *Schuldrechtsreform* emanata vent'anni fa (2002). L'indagine concentra la sua attenzione sulle novità costituite dalla figura della violazione dell'obbligo (§ 280 BGB), dalla rielaborazione dell'impossibilità della prestazione (§ 275 BGB) nonché infine del rapporto obbligatorio senza prestazione di cui al § 241, comma 2, BGB.

Abstract

The contribution illustrates the essential lines of the system of non-performance of the obligation under German civil law in the form following the *Schuldrechtsreform* issued twenty years ago (2002). The investigation focuses its attention on the novelties constituted by the figure of the breach of obligation (§ 280 BGB), the reworking of the impossibility of performance (§ 275 BGB) as well as the obligation referred to in § 241, part 2, BGB.

Camerino, marzo 2022.

MARIA D'ARIENZO*

*Coscienza, valori e identità religiosa***

Le problematiche emergenti dal confronto con culture di matrice religiosa diverse dalla tradizione occidentale rappresentano le nuove sfide rispetto alle quali si parametra il rapporto tra libertà e laicità, o meglio il contemperamento tra la tutela delle diversità culturali e religiose e la salvaguardia dei valori comuni sui quali gli ordinamenti giuridici occidentali sono strutturati¹. Per molti versi, infatti, la nostra società è multiculturale proprio perché multireligiosa, in quanto è proprio la religione, intesa come elemento strutturale delle pratiche di vita e degli abiti mentali che connotano l'appartenenza di ciascuno ad una comunità sociale², a costituire il fattore principale di identità culturale.

Dal punto di vista storico-giuridico, l'affermazione del diritto di libertà in materia religiosa costituisce il parametro di riferimento per l'analisi delle dinamiche tra eguaglianza nei diritti e tutela della diversità, ovvero per la verifica di una reale e concreta garanzia di pluralismo culturale, fondato sul diritto alla differenza di ognuno, contro qualsiasi imposizione di modelli assiologici cui omologarsi³. Difatti è la scelta dei valori a cui uniformarsi a costituire

* Professoressa Ordinaria di Diritto Ecclesiastico, Diritto canonico e Diritti confessionali presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review. La versione inglese del presente contributo è stata pubblicata con il titolo *Conscience, values and religious identity*, nella Rivista *Jurnalul libertății de conștiință - Journal for freedom of conscience*, 1, 2022, p. 441-449. Il testo, senza l'apparato di note bibliografiche, è stato pubblicato con il titolo *Identità religiosa e diritti di libertà* nella Rivista *Calabria Rotary*, 2, 2022, p. 52-56.

¹ Cf. M. D'ARIENZO, *Dialogo interculturale, mediazione giuridica e integrazione sociale*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2015, p. 422.

² *Ivi*, p. 422-423.

³ *Ivi*, p. 421.

la radice dell'affermazione della coscienza identitaria rivendicata quale diritto di libertà rispetto alle dinamiche di protezionismo del sistema sociale, sia esso religioso o politico⁴. D'altro canto, l'approfondimento delle dinamiche storiche che hanno contrassegnato l'affermazione della laicità quale tutela della specifica identità e autodeterminazione di ciascun individuo⁵ evidenziano la giustapposizione dei due profili del diritto di libertà in materia religiosa, distinti anche se contemporanei, che hanno connotato le dinamiche tra autorità e libertà nel processo di costruzione dello Stato moderno: quello della libertà di pensiero in materia di fede, rivendicata dagli individui nei confronti soprattutto delle confessioni religiose di appartenenza; e quello della libertà confessionale, rivendicata dalle Chiese e comunità religiose nei confronti del potere politico. Sotto questo profilo, il concetto gius-politico di laicità riflette e conserva le due istanze sottese alla concettualizzazione storico-giuridica del diritto di libertà in materia religiosa: da un lato, il riconoscimento e la valorizzazione della diversità di fede, costituendo la laicità uno strumento di metodo contro l'intolleranza – *in primis* del potere religioso, o delle ortodossie delle confessioni istituzionalizzate – in quanto tutela della libertà dei dissidenti anche rispetto alle comunità religiose di appartenenza; dall'altro, la garanzia della libertà delle diverse professioni di fede, in quanto promozione della dimensione collettiva – oltre che individuale – del diritto, ossia della libertà confessionale intesa come diritto collettivo, la cui titolarità è in primo luogo attribuita alla confessione di appartenenza.

Se la dimensione individuale della specifica identità appare essere garantita dalla tutela del pluralismo e dal principio di non discriminazione, determinata dalla neutralità della sfera pubblica rispetto alle molteplici opzioni di valori, sono invece le istanze di libertà - o meglio il diritto alla diversità - rivendicate dai gruppi o comunità di appartenenza, a costituire le nuove sfide poste dalla multiculturalità al diritto e alla società occidentale. Sono le identità

⁴ Sulle radici storiche della libertà di coscienza quale limite alla giurisdizione dell'autorità politica e religiosa, cfr. M. D'ARIENZO, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sebastien Castellion*, Torino, 2008; EAD., *Rădăcinile dreptului libertății de conștiință. Politică și religie în controversile teologice ale secolului al XV-lea în contextual reformei protestant*, in *Jurnalul libertății de conștiință*, 3, 2021, p. 340-354; EAD., *Contro la violenza sacra. Potere, libertà e diritto nel pensiero di Sebastiano Castellione*, in L. FELICI (a cura di), *Violenza sacra, 1. Forme e manifestazioni nella prima età moderna*, Roma, 2022, p. 195-205.

⁵ M. D'ARIENZO, *Il contributo del pensiero riformato del XVI secolo all'ermeneutica della laicità*, in *Archivio giuridico*, 4, 2018, p. 697-720.

collettive, quali portatrici di valori culturali allogeni rispetto a quelli occidentali che evidenziano che non è il principio di eguaglianza *dei* diritti, ma anzi il diritto alla differenza, ossia l'eguaglianza *nei* diritti, ad essere l'istanza principale di riconoscimento pubblico. Del resto, la tutela dell'identità religiosa non si concretizza esclusivamente nella garanzia di libertà delle diverse opzioni fideistiche, quale tutela della libertà di credere ad una specifica dimensione del sacro, come pure di non credere, ma anche a tutte le relazioni intersoggettive che per il credente si strutturano in conformità al sistema di valori derivanti dai precetti e divieti dei diritti religiosi ai quali uniforma la propria coscienza⁶ e che pertanto contraddistinguono le pratiche sociali nei diversi ambiti: dalle scelte delle tipologie matrimoniali a quelle dell'istruzione; dalla determinazione di trattamenti sanitari conformi ai propri valori etico-religiosi alla rivendicazione di nuove ipotesi di obiezione di coscienza, come ha dimostrato anche la recente crisi pandemica⁷; dalle scelte alimentari – si pensi ai cibi *kosher* e *halal* – agli strumenti contrattuali conformi ai precetti religiosi, come evidenziano la finanza etica o la cosiddetta economia islamica⁸.

In altri termini, l'identità religiosa tutelata dal diritto di libertà non è limitata alla libertà di credere o di non credere, ovvero alla mera libertà di pensiero in ambito religioso, proprio perché l'appartenenza religiosa consiste nell'adesione ai valori espressi nei precetti propri dei sistemi giuridici religiosi - che per il credente sono ancora più cogenti di quelli derivanti dalle norme dei sistemi giuridici secolari - i quali connotano l'abito mentale, ossia la cultura specifica che deriva dalle implicazioni normative che l' "esperienza religiosa" comporta⁹.

Emblematico del rapporto tra religione e cultura è il tema della regolamentazione giuridica dell'uso dei simboli quali strumenti di immediata affermazione della identità religiosa dell'individuo. Si pensi, ad esempio, alle numerose pronunce emanate in tema di porto del

⁶ Cfr. M. D'ARIENZO, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, p. 270-290.

⁷ Cfr. M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid 19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoeChiese.it), 22, 2020, p. 12-28; EAD., *Vaccini anti-Covid e fattore religioso*, in R. PRODOMO, A. MACCARO (a cura di), *Le sfide del Covid-19 alla bioetica*, Milano-Udine, 2022, p. 183-201.

⁸ Cfr. M. D'ARIENZO, *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2017, p. 523- 552; EAD., *La contrattualistica islamica in un'economia globalizzata*, nel vol. A. MANTINEO, S. MONTESANO (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti. Atti del Campus di Studio IUS/11 (Stilo, 18-21 maggio 2016)*, Cosenza, 2017, p. 123-152.

⁹ Cfr. J. A. MARTIN, *Religious Experience*, in M. ELIADE, *Encyclopedia of Religion*, New York, 1987, 12, p. 323-330; M. DELAHOUTRE, *Expérience religieuse*, in P. POUPARD (dir.), *Dictionnaire des religions*, Paris, 1993, p. 663-666 (Italian edition Milano, 2007, p. 724-727); J. RIES, *Symbole, Mythe et Rite. Constantes du sacré*, Paris, 2012, p. 10 ss.; ID., *Symbolisme et expérience religieuse de la lumière dans les grandes religions*, Turnhour, 2002.

velo islamico¹⁰ o del *kirpan* per i Sikh¹¹ e anche alla recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di affissione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica italiana¹². L'importanza del simbolo religioso discende dalla sua preminenza assiologica quale forma di comunicazione intersoggettiva e di appartenenza ad una specifica tradizione confessionale in virtù della quale la funzione «spirituale» del simbolo, quale strumento di mediazione con la dimensione del sacro¹³, si traduce in una funzione di identità culturale e sociale. La natura «religiosa» del simbolo, e dunque la sua peculiare funzione rispetto ad altre forme di rappresentazione simbolica, è essenzialmente quella di costituire per l'*homo religiosus* un legame tra il sensibile e il trascendente, ascrivibile ad un sistema di relazioni non solo intersoggettivo, ma di comunicazione con una realtà sovraordinata e spirituale¹⁴. Il porto del simbolo diviene così uno strumento «attivo» di collegamento, e dunque di comunicazione, tra il mondo spirituale e i valori di cui il credente è portatore nella sua concreta dimensione sociale. D'altro canto, il simbolo religioso può assumere anche la connotazione di trascendenza immanente o pragmatica e dunque la valenza di prodotto culturale¹⁵. In quest'ultimo caso, è da

¹⁰ Sull'uso del velo islamico nella giurisprudenza europea cfr. CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 11 luglio 2017 (*Belcacemi and Oussar v. Belgio*) in <https://curia.europa.eu>; CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 26 novembre 2015 (*Ebrahimian v. France*), in <https://curia.europa.eu>; CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 18 settembre 2018 (*Lachiri v. Belgium*), in <https://curia.europa.eu>; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 14 Marzo 2015 (C-157/15), in <https://curia.europa.eu>; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 14 marzo 2015 (C-188/15), in <https://www.echr.coe.int>; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, *Grand Chamber*, 15 luglio 2021 (C-804/18, C-341/19), in <https://www.echr.coe.int>.

¹¹ CORTE DI CASSAZIONE, 15 maggio 2017, n. 24084, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2017, p. 981 ss., con nota di A. LICASTRO, *La «sfida» del kirpan ai «valori occidentali» nelle reazioni della dottrina alla pronunzia della Cassazione penale, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084, ivi*, p. 983-1007. Cfr., inoltre, A. NICO, *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale. (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2017, p. 201-208.

¹² CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 9 settembre 2021, n. 24414, reperibile all'indirizzo web: https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bc0be14b4-e883-4917-acaf-1d7fa1df2bb9%7D_cassazione-sezioni-unite-civili-sentenza-24414-2021.pdf.

¹³ Con riguardo ai differenti profili concernenti l'interpretazione dei simboli, e specificamente il simbolismo religioso cfr. B. MORRIS, *Anthropological studies of religion. An introductory text*, Cambridge-New York, 1987.

¹⁴ Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2014, p. 580 ss.

¹⁵ Cfr. G. AZZONI, *La duplice trascendenza del simbolo*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO, *Symbolon/diabolon. Simboli, Religioni, Diritto nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, p. 27-36, ma specialmente p. 34 ss.; M. RICCA, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010, p. 5-39; S. TESTA BAPPENHEIM, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, Napoli, 2019; E. HOWARD, *Law and the Wearing of Religious Symbols in Europe*, Abingdon-New York, 2020; S. BACQUET, *Religious Symbols and the Intervention of the Law Symbolic Functionality in Pluralist States*, Abingdon-New York, 2020; A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Torino, 2022. Vedasi inoltre C. SINI, *Il simbolo e l'uomo*, Milano, 1991, p. 171.

considerarsi la sua funzione di identificazione di un'appartenenza, ma anche di differenziazione, e dunque quale espressione di un sistema di relazioni sociali, o di comunicazione tra soggetti, il cui significante è individuato nell'insieme di valori specifici e distintivi di una tradizione culturale rispetto alle altre. In tale prospettiva, pertanto, l'ostentazione del simbolo religioso diviene l'espressione di una specifica identità religiosa e culturale che sul piano giuridico, tuttavia, si declina quale diritto di libertà di «espressione»¹⁶, o meglio, di «professione» della propria fede religiosa, all'interno dunque della tutela costituzionale, per restare nell'ambito dell'ordinamento italiano, dell'art. 19 Cost. e non dell'art. 21 Cost., ossia del diritto di libertà religiosa e non di libertà di manifestazione del pensiero¹⁷.

Nell'azione di *governance* del pluralismo culturale la valorizzazione dell'identità religiosa dell'individuo può costituire un importante fattore di integrazione sociale, come si è potuto registrare rispetto alle dinamiche migratorie che hanno interessato, negli ultimi anni, anche il nostro Paese. Le comunità religiose, strutturate in reti sociali e in collaborazione con le autorità civili, hanno infatti offerto un rilevante contributo, in una dimensione di sussidiarietà orizzontale, per favorire una migliore inclusione sociale ed economica dei migranti all'interno degli ordinamenti giuridici di destinazione¹⁸.

La stessa rivendicazione della propria specifica identità religiosa rispetto ad altre opzioni valoriali non è scevra, tuttavia, di una potenziale portata divisiva, e non solo per i fenomeni di discriminazione su base religiosa ancora perpetrati in danno di specifici gruppi religiosi nel mondo, ma soprattutto per l'uso politico che talvolta è fatto della religione. Basti

¹⁶ In merito alla relazione tra libertà religiosa e libertà di espressione cfr. E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti tra teorie e «prassi»*, Torino, 2008; C. SALAZAR, *Le «relazioni pericolose» tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2008. Con riguardo alla giurisprudenza britannica e statunitense cfr. C. CIANITTO, *La gestione dei conflitti tra libertà di religione e libertà di espressione: il caso britannico*; G. D'ANGELO, *I simboli c.d. passivi nello spazio pubblico tra tutela delle libertà (di coscienza, di espressione religiosa) e principi di non identificazione e separazione degli ordini: spunti di comparazione (ed in una prospettiva de iure) dalla più recente giurisprudenza statunitense*, pubblicati in N. FIORITA, D. LOPRIENO, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, 2009, rispettivamente alle p. 141-149 e 151-173; M. PARISI, *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione. Metodi e contenuti*, Inzago (MI), 2014; M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Freedom of Expression*, Cheltenham, 2018; E. HOWARD, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*, Abingdon-New York, 2019.

¹⁷ Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritti culturali e libertà religiosa*, cit., p. 577-594.

¹⁸ Cfr. M. D'ARIENZO, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Cosenza, 2018; EAD., *Religious communities and migration phenomenon*, in *Štitičtjif Buletin-Scientific Bulletin, serie A, Fascicula Filologie-Philology Fascicle*, XXX, 2021, p. 223-232.

solo fare riferimento al ruolo delle religioni nella recente crisi russo-ucraina, rispetto alla quale non è stata considerata estranea la rivendicazione di una specifica identità da parte della neo-costituita Chiesa autocefala ortodossa d'Ucraina, la cui autonomia è stata riconosciuta dal Patriarcato ecumenico di Costantinopoli, in aperta contrapposizione con il Patriarcato di Mosca¹⁹. A riprova di come il fattore religioso, lungi dall'essere una mera scelta di coscienza individuale, svolga un ruolo determinante anche sugli assetti geopolitici.

Abstract

Il diritto alla differenza costituisce nei sistemi giuridici occidentali il principale strumento per sostenere l'uguaglianza nell'esercizio dei diritti, come si evince dall'uso dei simboli religiosi. Il saggio esamina la rilevanza dell'identità religiosa nelle società multiculturali contemporanee, dove l'appartenenza religiosa del credente attraversa i molteplici ambiti della vita sociale. Alla luce di ciò, il saggio intende anche analizzare il rapporto tra identità religiosa e culturale nelle società pluralistiche.

Abstract

The right to difference constitutes in Western legal systems the main instrument for supporting equality in the exercise of rights, as can be seen about the wearing of religious symbols. The paper examines the relevance of religious identity in contemporary multicultural societies, where the believer's religious belonging comes across the multifarious spheres of social life. Considering this, the essay also intends to analyze the relationship between religious and cultural identity in pluralistic societies.

Napoli, ottobre 2022.

¹⁹ Cfr. G. CIMBALO, *L'evoluzione dei rapporti tra Stato e Chiese nella Nuova Ucraina. Alla ricerca dell'Autocefalia*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2020, p. 262 ss.; ID., *Il ruolo sottaciuto delle Chiese nel conflitto russo-ucraino*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2021, p. 485 ss.; V. PARLATO, *L'autocefalia della chiesa ortodossa ucraina, interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7, 2019, p. 1-16; A. MAINARDI, *Le chiese in Ucraina e la sfida della pace*, in *Il Mulino. La guerra in Ucraina*, 12 marzo 2022.

FELICE MERCOGLIANO*

*Note da un seminario sul ‘senatus consultum de Cn. Pisone patre’***

Sommario: 1. Premessa per la lettura di un’epigrafe. I segni diacritici. – 2. Cenno introduttivo sul documento ritrovato. – 3. Ripartizione del testo. – 4. Breve nota preliminare di commento. – 5. Il dibattimento nel merito. – 6. I contenuti della sentenza. – 7. Conclusione.

1. *Premessa per la lettura di un’epigrafe. I segni diacritici*

La trascrizione di un’epigrafe, che venga edita per la prima volta, necessariamente è riprodotta con assoluta fedeltà nella sua scrittura originaria. Questa si definisce copia ‘diplo-matica’ e non contiene modifiche grafiche, né interventi correttivi; conserva, insomma, la disposizione esatta delle lettere incise nell’epigrafe, nel loro aspetto attuale visibile esteriore tramandato materialmente. Ma poi, quando si deve stabilire il testo, per renderne la lettura più agevole, si usano dei segni diacritici convenzionali, per le edizioni critiche comuni ad epigrafi e papiri, che sono i seguenti.

() Parentesi tonde, che si usano per lo scioglimento delle abbreviazioni.

[] Parentesi quadre, adoperate per riempire lacune in senso proprio, cioè per le lettere singole mancanti, che erano state scritte logicamente da chi ha inciso l’epigrafe e vi si inseriscono all’interno ora come integrazioni testuali negli spazi adesso vuoti o illeggibili.

{ } Parentesi graffe, le quali racchiudono una o più lettere superflue, incluse per errore dunque, ma vanno espunte, giacché scritte per mero sbaglio dall’incisore.

*Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l’Università di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l’Università “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review. Traccia del seminario svolto all’Università di Macerata il 30 novembre 2021 su «Senato e società a Roma fra repubblica e principato».

< > Parentesi angolari, contengono integrazioni con parole o singole lettere necessarie, ma omesse nell'epigrafe e che vanno aggiunte invece.

° ° Parentesi ad apici mezz quadre sporgenti solo in alto, per indicare lettere sostituite, perché al posto di altre repute scritte per errore.

2. *Cenno introduttivo sul documento ritrovato*

Accenniamo molto brevemente al testo epigrafico in sé.

Si tratta di un testo pressoché integro di un senatoconsulto, che è scaturito da un fortunoso ritrovamento di straordinaria importanza per la storia giuridica e politica imperiale romana: il senatoconsulto su Gneo Pisone padre, la cui copia più completa, detta copia A, è conservata presso il Museo archeologico provinciale di Siviglia. Proviene verosimilmente da una località nell'allora provincia senatoria ispanica ulteriore della *Baetica*, nei pressi di Siviglia nell'odierna Andalusia, identificata con il territorio dell'antico municipio di *Irni*, ove è stata scoperta anche la *lex Irnitana*. Consiste in una tavola di bronzo, di altezza massima di cm. 46, lunghezza di cm. 118, spessore di cm.0,50 circa, rinvenuta spezzata in 23 frammenti: mancano due pezzetti, ma di dimensioni molto ridotte.

Il testo vero e proprio risulta formato da un totale di 176 linee, distribuite in quattro colonne. Il documento presenta al di sopra del testo un titolo con lettere più grandi (un *index* in alto dell'epigrafe, inciso a caratteri più alti degli altri, infatti di 4,5 cm. d'altezza, premesso probabilmente proprio in occasione della esposizione al pubblico nella provincia della *Baetica*): *S.C. de Cn. Pisone patre propositum N. Vibio Sereno procos.* Da tale intitolazione sovrascritta sulla copia A, che grazie allo scioglimento delle abbreviazioni risulta essere *S(enatus) c(onsultum) de Cn(aeo) Pisone patre propositum N(umerio) Vibio Sereno proco(n)s(ule)*, si trae la sua denominazione oramai unanimemente accolta, benché copra soltanto una parte del contenuto del documento epigrafico che il 10 dicembre dell'anno 20 d.C. suggellò il processo per la morte di Germanico avvenuta l'anno prima ad Antiochia in Siria. Denominazione diffusa per lo più dell'*editio princeps*, pubblicata a Siviglia a cura di Caballos, Eck e Fernández, che ebbe per un soffio la precedenza nel 1996 rispetto all'altra diversa fatta uscire dagli stessi curatori a Monaco di Baviera.

3. *Ripartizione del testo*

Il testo dell'epigrafe rispecchia una tripartizione tipica.

I senatoconsulti, infatti, sono composti dalle seguenti tre parti: *praescriptio* con la data e il luogo in cui s'è riunito il senato ed i nomi dei magistrati che abbiano redatto il senatoconsulto stesso; *relatio* che è il vero contenuto della questione sottoposta al senato;

sententia cioè la deliberazione.

La *praescriptio* è nelle linee 1-4.

La *relatio* si trova nelle linee 4-70. Inizia con la *relatio* di Tiberio e le questioni sottoposte al giudizio del senato. Poi, vi sono ringraziamenti agli dei e, in particolare, a Tiberio per aver reso possibile lo svolgimento del processo (lin. 12-22). Segue una relazione in senso stretto circa la condotta di Gneo Pisone, governatore in Siria, e su come essa sia stata giudicata, nel dibattito in senato, quale base per la sua accusa e condanna (lin. 23-70). Insomma, una motivazione della sentenza si direbbe oggi.

La *sententia* (lin. 71-123) si pronuncia sui quattro punti della *relatio*, così: a) condanna postuma di Gneo Pisone padre (lin. 71-89); b) restituzione ai figli di Gneo Pisone stesso dei beni confiscati al loro padre (lin. 90-105); c) perdono giudiziale della moglie di Gneo Pisone padre, Plancina, e sua motivazione (lin. 109-120); pene irrogate ai collaboratori-complici Vissellio Caro e Sempronio Basso (lin. 120-123). Chiudono le manifestazioni di elogi al senato (lin. 123-165), alla *domus Augusta*, all'ordine equestre, alla plebe e ai soldati dell'esercito romano. Infine, vi sono riferimenti all'ordine di pubblicazione, nonché alla votazione favorevole a stretta maggioranza (301 senatori favorevoli su 600 ed avvenuta *per relationem*, vale a dire senza discussione ulteriore nell'aula né dichiarazioni di voto). Vi è contenuta, a testimonianza della risonanza della decisione, una clausola di esposizione insolita, cioè: incisione nel bronzo e affissione nel luogo più frequentato della città più popolata di ogni provincia e negli accampamenti invernali di ciascuna legione romana (lin. 165-173). Sotto al testo, la *subscriptio* da parte dell'imperatore Tiberio (lin. 174-176).

4. *Breve nota preliminare di commento*

Ci troviamo al cospetto di una fonte diretta di grande rilevanza.

Una fonte epigrafica questa che è innanzi tutto uno squarcio di diritto pubblico romano e non è giusto che sia scivolata verso una disamina che le attribuisca significato esclusivamente come documento politico. Tale è, infatti, la linea interpretativa che ne ha proposto in una serie copiosa di scritti principalmente il primo editore con altri, Werner Eck, il quale reputa quello avverso Pisone l'archetipo romano del processo politico, quasi un mezzo di comunicazione propagandistica, insomma, di una vendetta in forma giudiziaria.

Va qui posto in rilievo, in primo luogo, che il senatoconsulto offre una preziosa occasione di raffronto con la narrazione 'sinottica' contenuta relativamente alle stesse vicende negli Annali di Tacito (per l'esattezza, si v. Tac. *ann.* 3.12-19 e cfr. 1.13.3, 1.74.5, 1.79.4, 2.35, 2.43, 2.55, 2.57-58, 2.68-82, 3.1-11, per i riferimenti anche all'antefatto e alla personalità dell'imputato in rapporto a Tiberio e a Germanico). I brani tacitiani, al contrario, non dovrebbero essere usati per 'correggere' la versione ufficiale del senatoconsulto, bensì per una critica temperata da esercitare con prudenza filologica su entrambi i tipi di fonti, sia quelle di tradizione manoscritta, sia le altre di natura epigrafica.

Sul piano della critica testuale va dunque ribadito che si è in presenza del riscontro combaciante della fonte tacitiana di tradizione manoscritta con un'evidente attestazione reale epigrafica costituita dalla tavola di bronzo contenente il senatoconsulto pisoniano. Non è peraltro un caso isolato tale raffronto, se solo si pensi, per esempio, al diverso episodio del favore mostrato dall'imperatore Claudio nell'*oratio* da lui tenuta in senato nel 48 d.C. e riferita ai maggiorenti della Gallia Comata, che rivendicavano la pienezza dei diritti e degli onori politici. Ebbene, pure in tal caso abbiamo i brani di Tac. *ann.* 11.23-25 che confermano l'attestazione epigrafica, costituita dalla tavola in bronzo scoperta a Lione nel 1528 (in *CIL.* XIII.1668 = *ILS.* 212, in *FIRA.* I², 43).

Il senato nel processo a Pisone svolge il ruolo di organo di giustizia penale per le classi elevate, quale tribunale senatorio (*cognitio senatus*) per le accuse tipiche verso gli appartenenti ai ceti elevati del crimine di lesa maestà (*crimen laesae maiestatis*). La descrizione di Tacito si dimostra verosimile fin dall'inizio del giudizio, promosso verso Pisone innanzi ai consoli (i quali si recano poi dal principe Tiberio) da un delatore di professione, Fulcinio Trione, insieme con ex-luogotenenti amici di Germanico. La causa venne però integralmente rimessa da Tiberio al senato, dice Tacito (*ann.* 3.10.1-2), la cui attendibilità continua fino al momento

estremo dei premi per i delatori, di natura emblematicamente non pecuniaria. Ciò per volontà personale di Tiberio, che non arrestò il processo dopo il suicidio di Pisone. Quest'ultimo così intendeva forse smorzare l'eco di intrigo che incombeva sul suo governatorato in Siria, rivendicando, in una lettera indirizzata a Tiberio stesso, quasi mezzo secolo di onorato e fedele servizio alla casata imperiale giulio-claudia.

5. *Il dibattito nel merito*

In esordio, vengono elencati nel *praescriptum* i nomi dei senatori incaricati della stesura del testo del *senatusconsultum*, tecnicamente definiti quelli che *scribendo adfuerunt*, tra i quali significativamente compare Ateio Capitone, giurista organico al regime nuovo del principato e caposcuola dei sabiniani e sin dai tempi augustei in antagonismo a Labeone a sua volta fondatore dei proculiani.

In via preliminare, va notato che il ringraziamento rivolto al principe (lin. 15-22) appare di certo una singolarità della decisione dei senatori, i quali si dichiararono grati a Tiberio per aver rimesso loro integralmente la causa, nonché per l'equità e la pazienza dimostrate nel corso della *cognitio senatus*. Venne anche ascritta a lode di Tiberio (lin. 19-20) l'aver preteso la prosecuzione del processo dopo il suicidio di Pisone padre, considerato inadeguato a punire adeguatamente la sua colpa, quando in effetti c'era un unico precedente giudiziale: un processo per lesa maestà nel 16 d.C., avverso Libone Druso, proseguito dopo il suicidio dell'imputato (v. Tac. *ann.* 2.27-32). Si noti pure particolarmente che fu definito un beneficio del principe (lin. 13-14) l'*optimus status rei publicae*. Il che ricorda quanto riferisce Svetonio (*Aug.* 28.3) diceva di sé Augusto, vale a dire di essere stato quasi l'artefice di un'ottima costituzione (*optimi status auctor*).

Ma la parte di gran lunga più interessante del documento per gli studiosi dell'esperienza giuridica romana si protrae a partire dalla lin. 23 fino alla lin. 123, nella relazione sul merito delle decisioni prese dal senato insieme con l'illustrazione della motivazione della sentenza. Da queste cento righe riemerge uno squarcio di innumerevoli spunti per lo studio del diritto pubblico romano, soprattutto alla luce delle pene inflitte e quelle, invece, non inflitte.

Il dibattito in senato appare, secondo quanto attestato in maniera ben articolata dall'epigrafe, come un modello esemplare di libertà di esibizione delle prove e di produzione

di documenti. Si legge infatti (lin. 23-25) che il processo è stato regolarmente condotto dagli accusatori per diversi giorni, sono stati letti lettere e codicilli che Germanico aveva indirizzato a Pisone, escussi i testimoni di ogni ordine. In fin dei conti, tutti i capi d'accusa, illustrati nelle lin. 23-70 incentrate su Pisone padre, ricaddero nell'ambito delle imputazioni configurate dalla legge Giulia sulla lesa maestà (*lex Iulia maiestatis*).

Il suo primo giudizio (lin. 26 ss.) il senato l'esprime per riconoscere la legittimità della revoca dell'amicizia dichiarata in punto di morte da Germanico verso Pisone, additato come la causa della sua fine. La *renuntiatio amicitiae* di qui in poi sempre più spesso preluderà ad accuse di lesa maestà della famiglia imperiale. Quindi emergono, quasi in una sinistra progressione, le fattispecie di violazione della *maiestas* della casata imperiale (*domus Augusta*) e del diritto pubblico (lin. 32-33).

Secondo la *relatio* (lin. 29 ss.), Pisone ha infranto i suoi doveri di assistenza, dato che era stato assegnato a Germanico quale *adiutor* e considerato che a Germanico stesso era stato conferito da Tiberio, rafforzato dall'autorità senatoria, l'incarico per risolvere gli affari d'oltremare che richiedevano la presenza sul posto di almeno uno dei figli del principe. Pisone pertanto doveva essere aggregato (*adlectus*) a Germanico. Quest'ultimo aveva ricevuto un potere di comando (un *imperium* straordinario, ma legale dunque) da una legge popolare approvata appositamente (lin. 33-34) con la previsione che in qualsiasi provincia egli fosse giunto risultasse superiore al governatore di quella provincia. Ora sono menzionati gli 'strappi' alla legalità con risvolti bellicosi imputati a Pisone. Questi, interpretando arbitrariamente il suo ruolo, sarebbe stato la causa della guerra contro Armeni e i temutissimi Parti. Poiché corrotto dai munifici doni, avrebbe favorito Vonone di contro il re, Zenone, che Germanico, per volontà del principe e del senato, aveva insediato in Armenia (lin. 45). Pisone così avrebbe dimostrato di non rispettare non solo le epistole di Germanico, ma neanche i mandati del principe (lin. 38).

Pisone, avrebbe (lin. 45 ss.) inoltre tentato di scatenare una guerra civile, che ai Romani evocava mali da tempo sepolti grazie alla volontà del divino Augusto e alle virtù di Tiberio (lin. 46-47). In seguito alla morte di Germanico, egli poi avrebbe rivendicato la provincia della Siria, che dapprima aveva abbandonato di malanimo, dando un pessimo esempio, e i soldati romani sarebbero stati costretti a combattere tra di loro (lin. 47-49), nonché a subire

l'inaudita crudeltà di Pisone. Quest'ultimo non soltanto ne avrebbe condannato molti alla pena di morte, non solo stranieri e senza consultarsi prima della sentenza (lin. 50), ma avrebbe addirittura dato ordine di crocifiggere un centurione romano (lin. 51-52). Per converso, Pisone avrebbe rovinato la disciplina militare faticosamente ripristinata da Augusto, mostrandosi indulgente verso i soldati che non avessero prestato obbedienza secondo gli antichissimi costumi ai loro superiori gerarchici (lin. 52-54).

Un'attestazione espressa di significativa rilevanza giunge a questo punto: le lin. 54-55, infatti, come prova dei guasti causati da Pisone alla disciplina dell'esercito, affermano che egli si sarebbe mostrato accondiscendente con i militi elargendo anche loro donativi a suo nome, tratti dal fisco del principe. Siamo, dunque, in presenza della testimonianza più risalente nel tempo, pervenuta in via epigrafica con data certa, del *fiscus* del *princeps*.

Peraltro, Pisone si sarebbe compiaciuto che alcuni tra i soldati si definissero 'Pisoniani', in palese contrasto con i 'Cesariani', premiandoli perfino per l'usurpazione del nome (lin. 55-57). Pure dopo la fine di Germanico, egli avrebbe osato inviare a Tiberio un libello con accuse postume e odi rancorosi (lin. 57-60). Ma anche altri atti avrebbero dimostrato la gioia di Pisone per l'evento luttuoso (lin. 60-68): sacrifici empî, navi adornate dopo la sciagura, templi riaperti, un donativo al nunzio che gli aveva trasmesso la notizia della scomparsa di Germanico, banchetti frequenti, violando con tutto ciò finanche la memoria del divino Augusto (lin. 68-70).

6. *I contenuti della sentenza*

La proclamazione della sentenza (lin. 71-123) ha un contenuto molto complesso. Contiene, infatti, l'inflizione delle pene, i benefici per figli e nipote di Pisone, il perdono giudiziale per la moglie Plancina e la condanna per i complici Visellio Caro e Sempronio Basso. La *sententia* del senato (lin. 71-123) corrispose comunque in sostanza ai quattro quesiti formulati da Tiberio nella sua *relatio* (contenuta nelle lin. 4-11).

Le pene postume per Pisone sono sei (lin. 73-108). In dettaglio: a) nessun lutto dovrà essere portato per la sua morte dalle donne, che pur vi sarebbero tenute secondo i costumi aviti; b) rimozione delle statue e delle immagini di lui, ovunque collocate; c) divieto di esporre i suoi ritratti alle esequie dei Calpurnii; d) il suo nome eraso dall'iscrizione alla base della statua

di Germanico, che i sodali Augustali gli avevano dedicato nel campo presso l'altare della Provvidenza; e) confisca del suo patrimonio (tranne il podere in Illirico, donatogli a suo tempo da Augusto, da restituire ora a Tiberio), ma con una serie di benefici per figli e nipote; f) rimozione e distruzione (di cui furono incaricati espressamente i *curatores locorum publicorum iudicandorum*) delle strutture edilizie da lui costruite sopra la porta Fontinale per congiungere sue dimore private.

Le pene accessorie inflitte, nell'insieme, pare avessero lo scopo di non perpetuare un ricordo dignitoso della figura umana e l'immagine privata di Pisone padre, che doveva rimanere connotata negativamente per sempre.

Il senato decide, peraltro, la donazione, a nome del principe e del senato stesso, della metà del patrimonio confiscato a Pisone al primogenito omonimo, obbligato a dismettere il prenome paterno (lin. 90-100). L'altra metà dei beni oggetto della confisca viene donata al figlio minore, Marco Pisone (lin. 100-103). Dall'intero patrimonio, infine, vanno detratte le somme di 1 milione di sesterzi e di 4 milioni di sesterzi, da versare rispettivamente a titolo di dote e di peculio a Calpurnia (lin. 103-105). In concreto, una *publicatio bonorum* annullò integralmente la consistenza patrimoniale del reo, ma non avvenne alcun trasferimento all'*aerarium*, come invece si verificò, senza nessuna attenuazione, nel caso dei complici, Visellio Caro e Sempronio Basso. Fu, infatti, data come donazione ai due figli a nome del senato e del principe, non come atto di restituzione, la metà per ciascuno di essi dei beni del padre già confiscati (lin. 93).

Plancina, pur accusata di crimini plurimi e gravissimi (lin. 109-110), viene salvata da qualsiasi pena. Tiberio mostra così la sua misericordia, nella quale ella aveva dichiarato di riporre ogni sua speranza, supplicando accoratamente il senato di accontentarsi della punizione del marito (lin. 110-113). Ma sembra fosse stata favorita soprattutto dalla potentissima intercessione personale della madre dell'imperatore, Livia Augusta, prodigatasi al fine di far ottenere alla sua protetta il perdono giudiziale in preghiere rivolte al senato stesso. (lin. 113-120).

A Visellio Caro e Sempronio Basso, considerati complici di Pisone nell'organizzare ed eseguire tutti i delitti (lin. 120-123) deve essere inflitta la condanna alla *interdictio aqua et igni*

ad opera del pretore competente in materia di legge sulla lesa maestà (lin. 121-122). Il patri-
monio di entrambi va, inoltre, venduto dai pretori preposti all'erario e il ricavato versato in
tale cassa (lin. 122-123).

7. *Conclusione*

L'epigrafe viene conclusa da una serie nutrita inizialmente di elogi (lin. 123-132).

I senatori non mancano di esortare subito il principe a concentrare tutte le sue cure,
che prima aveva ripartito tra i suoi due figli, su quello che ha ancora con sé (lin. 126): Druso
Cesare (Druso minore). Essi lodano, quindi, i componenti della casata augustea (lin. 132-
151): oltre Tiberio, Livia Augusta e Druso Cesare; poi, Agrippina maggiore (la stimatissima
moglie di Germanico), Antonia minore (la madre di Germanico, del pari molto apprezzata
per la sua purezza di costumi); infine, Livia (sorella di Germanico) e i figli di Germanico, con
una menzione per nome del solo Nerone Cesare, nonché una malinserita citazione *in extremis*
del fratello di Germanico, Tiberio Germanico (il futuro imperatore Claudio). In altri termini,
la *domus Augusta*, compatta, s'accodava a Tiberio e alla madre, così come i cavalieri, la plebe
e l'esercito. Dell'ordine equestre viene lodata la particolare sollecitudine e lo zelo lealista (lin.
151-154); della plebe, l'armonia con i cavalieri e la devozione verso il principe, dimostrata
anche dalla capacità di tenere a freno gli animi infiammati (lin. 155-158); dei soldati di Pisone
e di tutto l'esercito (lin. 159-1659, la fedele resistenza ai tentativi empici di Pisone di sovvertire
la salvezza dell'impero, consapevole che essa sia riposta sotto la custodia della casata augustea
(lin. 162-163). Insomma, si volle rappresentare il vuoto che aleggiava intorno ai propositi
sovversivi di Pisone padre, isolato da tutte le componenti essenziali del mondo romano pro-
toimperiale. Fu perciò che i tre grandi gruppi sociali (ordine equestre, plebe urbana e militi)
ricevettero il loro riconoscimento ufficiale accanto alla cassa augustea. Tutti uniti, si può dire,
nel sentirsi obbligati allo stesso senso di pietà (*pietas*) verso Germanico, mancata a Pisone,
dimostrata invece da Tiberio, in tale ampia misura da superare ed ergersi a modello per tutti
gli altri (lin. 124).

Le modalità previste nella clausola di pubblicazione appaiono speciali (lin. 165-173).
Infatti, *oratio principis* e *senatus consulta* emanati vanno incisi nel bronzo, affinché vengano tra-
smessi più efficacemente alla memoria dei posteri. L'affissione andrà effettuata nel luogo che

sembri più opportuno a Tiberio, inoltre il testo sia collocato nella città più popolosa di ogni provincia, nel luogo maggiormente frequentato di quella città; infine, venga esposto nei quartieri d'inverno ove ci siano gli accampamenti di ogni legione.

La sottoscrizione menziona la *tribunicia potestas* rivestita per la XXII volta da Tiberio e l'approvazione quattro giorni prima delle idi di dicembre, sotto il consolato di Cotta e Messalla (lin. 174-175), cioè il 10 dicembre dell'anno 20 d.C. Il testo risulta essere stato scritto per mano del questore di fiducia del principe, Aulo, su 14 tavole, referente Tiberio in persona; va, infine, depositato nell'archivio pubblico (lin. 175-176).

In altre parole, il senatoconsulto fu pubblicato con una diffusione che dovette essere molto ampia a Roma e nelle province (in ogni *urbs celeberrima*, come città più frequentata, anche se non la capitale, della provincia stessa), poiché si riferiva all'imperatore stesso e alla famiglia imperiale. Non venne prevista l'incisione su bronzo soltanto per gli accampamenti militari, data la connaturata temporaneità di essi. A sua volta, il testo pubblicato a Roma, a noi tuttavia non pervenuto, dovette presentare delle differenze. Infatti, la *oratio* del principe (lin. 168), cioè il discorso solenne con cui Tiberio aveva aperto il processo e delineato il suo svolgimento, scomparve dagli esemplari per le province e per i soldati. A questi ultimi, in modo mirato, doveva essere indirizzato un chiaro messaggio di stabilità dell'impero senza possibili divergenze interpretative, considerato che nelle vicende pisoniane numerosi soldati romani erano stati pur coinvolti.

Abstract

In principio, vi sono spiegazioni utili per illustrare il documento epigrafico e leggerne il contenuto. Quindi, osservazioni e commenti di natura introduttiva su alcuni punti cruciali del *senatus consultum de Cnaeo Pisone patre*, con particolare risalto alla configurazione giuridica della ricostruzione di alcuni dei reali avvenimenti, posti nella relazione e nelle motivazioni della sentenza in speciale evidenza, al fine di specificare la giustezza dei comportamenti della casata augustea e isolare comportamenti colpevoli di Pisone padre. In sostanza, si vuole rivalutare il significato propriamente di diritto pubblico dell'iscrizione, troppo svalutata finora per privilegiarne i connotati politici, ineliminabili ma per l'a. non preponderanti.

Abstract

In the beginning, there are useful explanations to illustrate the epigraphic document and read its contents. Then, observations and comments of an introductory nature on some crucial points of the *senatus consultum de Cnaeo Pisone patre*, with particular emphasis on the juridical configuration of the reconstruction of some of the real events, placed in the report and in the reasons for the sentence in special evidence, in order to specify the correctness of the behaviors of the Augustan family and isolating the guilty behaviors of Pisone the father. In essence, we want to re-evaluate the properly public law meaning of the inscription, too devalued up to now to privilege its political connotations, which cannot be eliminated but for the a. not preponderant.

Camerino, febbraio 2022.

FRANCESCO RIZZO *

*Il contratto successorio svizzero alla prova del Regolamento UE 650/12***

Sommario: 1. – Il contratto successorio concluso in Svizzera: profili relativi a giurisdizione e legge applicabile. 2. – Esclusione della possibilità di confermare il contratto successorio ai sensi dell'art. 590 c.c.

1. Il contratto successorio concluso in Svizzera: profili relativi a giurisdizione e legge applicabile

Fuori dall'Italia (anche appena fuori) negozi vietati nel nostro Paese sono legittimi e ammissibili. Ci si riferisce in questo caso al patto successorio dispositivo che l'art. 458 cod. civ. it. vieta e sanziona con la nullità. Nella vicina Svizzera, invece, è possibile regolare la successione con atti bilaterali *inter vivos*. Contratti, denominati successori, vengono utilizzati per disporre della successione di coloro che li formalizzano.

Ci si chiede della sorte di tali contratti quando ne sia parte un cittadino italiano con residenza in Svizzera.

Il regolamento UE 650/12 (“Regolamento”) disciplina le successioni internazionali e opera in Italia a far data dal 2015, per cui in linea generale oggi in Italia le successioni internazionali sono soggette alla disciplina di tale regolamento che ha preso il posto di molte norme contenute nella legge di diritto internazionale privato di cui alla l. 218/1995. In relazione a questo aspetto giova ricordare quanto osserva la dottrina¹: «non essendo la sua applicazione subordinata alla sussistenza di particolari collegamenti alla fattispecie concreta con l'ordinamento dell'UE (quali in astratto potrebbero essere la cittadinanza, la residenza o il domicilio del *de cuius*) il Regolamento ha – con limitate eccezioni – efficacia *erga omnes* per

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

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

¹ B. BAREL e S. ARMELLINI, *Manuale di diritto internazionale privato*, Milano, 2018, p. 246.

quanto riguarda le disposizioni in materia di giurisdizione (art. 4) e legge applicabile (art. 20). A partire dalla data prevista per la sua applicazione, esso pertanto si sovrappone completamente alla disciplina della l. 218/1995, la cui applicazione è divenuta conseguentemente residuale *ratione materiae* (per quei pochi aspetti della materia successoria di cui il Regolamento non si occupa)».

Per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile, il Regolamento la disciplina agli artt. 20 ss., i quali escludono che si possa ancora applicare la norma di cui all'art. 46 della l. 218/1995 in base alla quale la successione di un cittadino italiano, ancorché residente/domiciliato in un paese estero, era soggetta alla legge italiana salvo espressa scelta di legge diversa, con la salvezza dei limiti dell'ordine pubblico. Il criterio di collegamento stabilito dal Regolamento per individuare la legge applicabile è invece quello previsto dall'art. 21, comma 1, della residenza abituale del defunto.

Va da altro lato osservato che l'art. 75, commi 1 e 2, del Regolamento prevede che «Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento [...]. In deroga al paragrafo 1, il presente regolamento prevale, tra Stati membri, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi nella misura in cui esse riguardano materie disciplinate dal presente regolamento».

Ciò significa che il Regolamento cede il passo di fronte a una convenzione internazionale tra lo Stato italiano e uno Stato che non fa parte dell'U.E.

In questa prospettiva va rilevato che tra Italia e Svizzera (paese che non è membro dell'U.E) è in vigore il «Trattato di domicilio consolare tra Italia e Svizzera» del 18 dicembre 1868 («Trattato»).

L'art. 17, comma 3, del Trattato prevede: «Le controversie che potessero nascere tra gli eredi di un Italiano morto in Svizzera riguardo all'eredità da lui relitta, saranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che l'Italiano aveva in Italia».

Siamo dunque di fronte a una delle ipotesi regolate dall'art. 75 del Regolamento perché tra Italia e Svizzera è in vigore un trattato internazionale bilaterale che disciplina una materia governata anche dal Regolamento che, invero, si occupa di indicare l'autorità cui spetta la

giurisdizione e la competenza, come del resto già notato dalla dottrina² che ammonisce: «La disposizione convenzionale prevale sul regolamento europeo. Come in altri testi europei, in effetti, l'art. 75 del regolamento precisa che tale strumento “non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più stati membri sono parti” al momento della sua adozione e che riguardano le materie da esso regolate. Tale è certamente il caso della convenzione italo-svizzera, la quale continua dunque ad essere applicabile, nelle relazioni tra i due Paesi, nonostante il Regolamento».

In merito a questo aspetto, pertanto, la giurisdizione su un'eventuale controversia spetta all'autorità giudiziaria italiana perché, per tale condizione, è sufficiente che la parte del contratto successorio sia cittadino italiano a prescindere dalla residenza o domicilio.

Quanto alla legge applicabile la soluzione è decisamente meno lineare e molto più critica.

Tra Italia e Svizzera è ancora in vigore il Trattato. In relazione a questo Trattato la dottrina ricorda che «sebbene concepito come una regola di competenza giurisdizionale, l'art. 17 della convenzione, nel corso degli anni, è stato interpretato come comprensivo di una norma implicita sulla legge applicabile, basata anch'essa sull'ultima cittadinanza del defunto. Questa interpretazione *praeter legem* fu sviluppata in primis dai tribunali svizzeri cui fa riscontro – dal lato italiano – uno scarno *obiter* della Corte di Cassazione. Essa riposa essenzialmente sull'interpretazione della convenzione, in particolare sull'asserita volontà dei due Stati contraenti di assicurare, attraverso l'art. 17, il parallelismo (*Gleichlauf*) tra competenza giurisdizionale e legge applicabile»³.

In sostanza la norma di cui all'art. 17 del Trattato che si occupa della giurisdizione e della competenza è stata da sempre interpretata, sia in Italia sia in Svizzera, come norma che regola anche la legge applicabile. Questa conclusione sino al Regolamento non aveva, del

² Cfr. A. BONOMI, *Le successioni internazionali nelle relazioni italo-svizzere: un plädoyer per la revisione della convenzione del 1868*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, p. 26.

³ Così A. BONOMI, *Le successioni internazionali nelle relazioni italo-svizzere*, cit., p. 30, il quale a p. 38 infatti avverte che «se il testatore non viene informato dell'esistenza della convenzione del 1868 (e della sua interpretazione giurisprudenziale estensiva), può facilmente ignorare che la legge italiana è applicabile e che soltanto una *professio iuris* a favore della legge svizzera può modificare questo risultato. Ciò potrebbe portare a risultati inattesi e spiacevoli: le disposizioni al momento della morte – redatte in base ad una legge che in realtà non è quella applicabile – potrebbero rivelarsi del tutto o in parte invalide o essere soggette a riduzione a causa di una violazione dei diritti dei legittimari».

resto, punti di contrasto in Italia perché l'art. 46 l. 218/1995, a differenza dell'art. 21 del Regolamento, utilizzava come criterio di collegamento alla legge la cittadinanza e non la residenza abituale.

Dopo l'emanazione del Regolamento, la dottrina ha cominciato a interrogarsi sul se l'art. 17 del Trattato possa continuare a giustificare l'applicazione della legge sulla base del principio del parallelismo e se alla controversia successoria da incardinare innanzi a giudice italiano si debba applicare necessariamente la legge italiana (fatto salvo il caso di espressa scelta della legge da parte del defunto che, nel caso all'esame, tuttavia non ricorre).

Una parte della dottrina ha affermato che, nonostante il Regolamento, si debba continuare a seguire la prassi e l'applicazione del Trattato come accaduto sino a prima del Regolamento e dunque a far coincidere la legge applicabile con quella del giudice competente, ciò in quanto «il mantenimento di un regime parzialmente derogatorio rispetto al diritto comune dei due paesi appare tuttavia pienamente giustificato sia dalle peculiari caratteristiche delle relazioni italo-svizzere, sia, soprattutto dal superiore interesse ad avere una soluzione bilaterale concordata e consacrata da una norma uniforme in vigore in entrambi i paesi. A questo proposito, occorre dare il giusto peso alla circostanza che una norma uniforme è interpretata dalle autorità giudiziali dei due paesi in vista delle esigenze della Convenzione, in una prospettiva diversa, dunque, da quella del diritto comune, come abbiamo visto nella presente rassegna. La consolidata prassi applicativa della Convenzione fornisce numerosi argomenti a favore del suo mantenimento»⁴.

Altra parte della dottrina sostiene invece il contrario e cioè che la legge applicabile debba essere stabilita, per quanto riguarda il lato italiano, dalle norme del Regolamento. L'art. 17 del Trattato disciplina, infatti, solo il tema del giudice competente e non invece quello della legge applicabile, perciò soggetto alle previsioni del Regolamento 650/12 che indica come criterio di collegamento l'ultimo domicilio. Si afferma invero che⁵ in Italia e in Svizzera

⁴ Postulano questa conclusione T. BALLARINO e I. PRETELLI, *Una disciplina ultracentenaria delle successioni*, in *Riv. ticinese di diritto*, 2014, p. 919.

⁵ Così, A. BONOMI, *Le successioni internazionali nelle relazioni italo-svizzere*, cit., p. 41, il quale richiama anche A. BUCHER, *Art. 86-96 LDIP*, n. 12, in A. BUCHER (éd.) *Commentaire Romand – LDIP/CL*, Bale, 2011, p. 12, secondo cui «il semble légitime de déduire des réformes législatives survenues en Suisse et en Italie qu'il n'y plus d'entente en matière de droit applicable, si bien que l'art. 17 al. 3 et 4 doit être confiné dorénavant à son texte, limité à la compétence».

il principio giuridico operante (in Italia soprattutto dopo il Regolamento UE 650/12) è quello della legge dell'ultimo domicilio; pertanto, in relazione al contratto successorio privo di clausola di *electio legis* concluso in Svizzera da un cittadino italiano con effettivo ultimo domicilio in Svizzera, si dice che la giurisdizione sia italiana secondo il Trattato mentre si dovrebbe applicare la legge svizzera e non quella italiana in virtù del rinvio operato dal Regolamento 650/12. Si nota pertanto una divergenza di vedute da parte della dottrina sulla portata attuale dell'art. 17 del Trattato.

Ne segue che un'eventuale controversia relativa a un contratto successorio di cui è parte un cittadino italiano (ancorché residente in Svizzera) rientra nella giurisdizione del giudice italiano. Da altro lato, non è possibile dire con certezza se alla controversia si dovrà applicare la legge italiana sulla base dell'art. 17 del Trattato come interpretato per molto tempo e sostenuto da una parte della dottrina, ovvero se si dovrà applicare la legge dell'ultimo domicilio di Tizio sulla base dell'art. 21 del Regolamento e dunque la legge svizzera come sostenuto da altra parte della dottrina.

2. Esclusione della possibilità di confermare il contratto successorio ai sensi dell'art. 590 c.c.

Un altro aspetto da esaminare riguarda la possibilità di confermare *ex art. 590 c.c. it.* un contratto successorio svizzero nell'ottica della legge italiana, ricordando in ogni caso che non è escluso che possa essere applicata la legge svizzera. L'art. 486 c.c. it. prevede che «è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione». Si tratta della norma che vieta i cc.dd. patti successori. In merito a questa figura giova evidenziare che si ha un patto successorio dispositivo quando «si dispone della propria successione al di fuori dello strumento testamentario, pretendendosi così di creare, al fianco della vocazione testamentaria e a quella legale, una sorta di disposizione contrattuale»⁶. Ciò, oltre ad essere vietato in modo espresso dall'art. 486 c.c. it., si pone anche in contrasto con il principio generale in base al quale il testamento è «l'unico atto previsto dal nostro ordinamento al fine di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si sarà cessato di vivere. Si è in presenza infatti di una tipicità assoluta»⁷.

⁶ Così, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 420.

⁷ In tal senso sempre F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 470.

Il contratto successorio potrebbe integrare un patto successorio dispositivo in quanto si tratta di un atto bilaterale redatto da due soggetti con il quale ciascuno dei due - con il medesimo atto - dispone a favore dell'altro (e di terzi) della propria successione. Il contratto successorio in esame viola pertanto sia l'art. 486 c.c. it. sia il principio in base al quale in Italia l'unico atto con cui è possibile disporre della propria successione è il testamento (che è atto unilaterale). Applicando la legge italiana, il contratto successorio, quale patto successorio vietato, va considerato nullo.

Vista la struttura bilaterale del contratto successorio e la possibile corrispettività tra i due disponenti si potrebbe accostare questa figura al testamento reciproco per ipotizzarne la conferma come testamento nullo *ex* art. 590 c.c. it.

Il patto successorio non è tuttavia suscettibile di conversione ai sensi dell'art. 1424 c.c. it., né esso può essere confermato come testamento nullo: sul punto la giurisprudenza della Cassazione italiana è molto chiara⁸.

Pare poi difficile qualificare il contratto successorio come testamento reciproco. Si ha testamento reciproco quando un soggetto dispone a favore di altro a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento del secondo. Il testamento reciproco è nullo, ma potrebbe essere confermato. Di norma poi il "contratto successorio" collega in modo inscindibile le volontà dispositive dei due soggetti e li vincola al rapporto così creato, così da atteggiarsi (più che come testamento reciproco) a patto successorio che mina la libertà di ciascun soggetto a regolare in modo diverso la propria successione. In questa direzione, vanno anche ricordati i recenti principi espressi da Cass. 2 settembre 2020 n. 18197, che mettono in guardia

⁸ Cfr. Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, secondo cui «configurano un patto successorio - per definizione non suscettibile di conversione in un testamento, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., in quanto in contrasto col principio del nostro ordinamento secondo cui il testatore è libero di disporre dei propri beni fino al momento della morte - sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un "*vinculum iuris*" di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento»; v. anche Cass. 14 luglio 1983 n. 4827, secondo la quale «La delazione ereditaria può avvenire solo per testamento o per legge, senza, quindi, l'ipotizzabilità di un *tertium genus*, come il patto successorio che, ponendosi in contrasto con il principio fondamentale (e pertanto di ordine pubblico) del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte, è per definizione non suscettibile della conversione *ex* art. 1424 cod. civ., in un testamento mediante la quale si realizzerebbe proprio lo scopo, vietato dall'ordinamento, di vincolare la volontà del testatore al rispetto di impegni, concernenti la propria successione, assunti con terzi. (v. 2228/79, mass n. 398568; (v. 1702/72, mass n. 358589; (v. 2404/71, mass n. 353356)».

dal qualificare il contratto successorio come testamento reciproco perché in questo caso la Cassazione ha qualificato come patto successorio addirittura due separati testamenti redatti da due coniugi aventi identico contenuto. Non solo, ma la Cassazione ha anche ricordato che «non è necessario che l'esistenza del patto successorio istitutivo risulti dal testamento, quale motivo determinante della disposizione (art. 626 c.c.), o da atto scritto, perché si tratta di provare un accordo che la legge considera come illecito. È utile operare un parallelo con quanto prescrive l'art. 1417 c.c. in tema di prova della simulazione, che può essere liberamente provata dalle parti quando l'azione è diretta ad accertare la illiceità del negozio dissimulato».

Quest'ultimo aspetto va tenuto in considerazione nel caso in esame poiché, se anche si volesse privilegiare la prospettiva del testamento reciproco contenuto nel contratto successorio, non si può escludere che esso possa comunque essere qualificato come atto conseguenza del sottostante patto successorio con cui i due soggetti si sono accordati su come disporre delle rispettive successioni.

Abstract

Il lavoro esamina quale legge applicare alla successione di un cittadino italiano con residenza in Svizzera e cerca di selezionare il criterio di collegamento tra il regolamento UE 650/12 e il «Trattato di domicilio consolare tra Italia e Svizzera» del 18.12.1868. Poi, nella prospettiva della legge italiana, il lavoro esamina la compatibilità della legge italiana con il contratto successorio.

Abstract

The work examines which law to apply to the succession of an Italian citizen with residence in Switzerland and tries to select the connecting factor between EU regulation 650/12 and the "Consular domicile treaty between Italy and Switzerland" of 18.12.1868. Then, from the perspective of Italian law, the work examines the compatibility of Italian law with the inheritance contract.

Camerino, dicembre 2022.

LORENZO MEZZASOMA*

*Presentazione Scritti in onore di Antonio Flamini:
profili consumeristici***

Nella presentazione dei volumi dell'amico Prof. Antonio Flamini, come definito dai curatori nella loro introduzione, siamo in presenza di un ricercatore poliedrico che spazia in tanti settori del diritto civile e del diritto in generale e, nella molteplicità dei numerosi argomenti affrontati dai vari Autori dell'opera, a me è stato assegnato il profilo consumeristico.

Un profilo che vede vari contributi i quali affrontano la tematica dal generale al particolare con specifico riferimento anche ad alcuni singoli contratti.

Punto di partenza è un lavoro che si sofferma sull'individuazione delle ragioni che spingono il legislatore a tutelare, attraverso una normativa di particolare favore, il consumatore che viene considerato parte debole del rapporto. È il profilo soggettivo a rilevare nell'atto di consumo (ben noto risulta essere il superamento di concezioni legate allo *status* di consumatore o, come dice l'Autore Zoppini¹, all'appartenenza ad una determinata classe sociologica), profilo soggettivo che trova fondamento nell'asimmetria del potere contrattuale con forti preclusioni di legge all'autonomia delle parti a tutela di quella debole.

Il solo fatto di porre in essere un atto di consumo nel senso dell'art. 3 del Codice del consumo, fa scattare le tutele in virtù di una presunzione assoluta di debolezza a favore del consumatore, al di là di reali situazioni di dipendenza economica. Una situazione che non

* Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Perugia.

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

¹ A. ZOPPINI, *Verso una moderna tutela del consumatore*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, Napoli, 2020, II, p. 1433 ss.

può considerarsi identica a quella esistente tra l'imprenditore debole a fronte dell'imprenditore forte. Qui, infatti, l'esigenza di tutela riguarda proprio le relazioni economiche e le dinamiche di mercato e non tanto l'assenza di informazione o la asimmetria contrattuale legata alle specifiche condizioni soggettive. Situazioni diverse nella consapevolezza che, però, la tutela del consumatore risulta comunque strumentale ad un efficiente funzionamento del mercato o, come si dice, alla tutela dell'integrità del mercato stesso. Un consumatore tutelato che deve necessariamente essere oggetto di segmentazione, in quanto ne esistono «tipi normativi diversi ed esigenze di tutela differenti» ed è proprio il contributo in oggetto che traccia riferimenti a diversi meccanismi di tutela (diritto di recesso, vessatorietà dello *ius variandi* del professionista) derivanti dalle specifiche peculiarità del caso concreto o di uno specifico mercato (come quello delle comunicazioni elettroniche).

Il tutto in una dimensione europea che, come è stato evidenziato (Addis)², ha oggi superato la c.d. armonizzazione minima verso una armonizzazione piena di cui sono espressione le direttive 770 e 771 del 2019. Una armonizzazione piena che porta al superamento di tipologie contrattuali che hanno caratterizzato il diritto comune. Dalla vendita si passa così alle vendite («con propria autonomia tipologica») in un quadro che vede nuovi profili rilevanti. La conformità del bene al contratto, elemento caratterizzante la vendita di beni di consumo ed introdotto nella direttiva 44 del 1999, nelle due direttive del 2019 diventa di seconda generazione e mira anche al mantenimento della conformità assunta al momento della consegna, con un passaggio da conformità istantanea a conformità di durata, per una efficace tutela del consumatore. Ma, soprattutto, il superamento del doppio binario con l'eliminazione di disposizioni quali quelle che attribuivano al consumatore la possibilità di agire in virtù di altre norme dell'ordinamento giuridico, appare il vero profilo di novità verso un diritto uniforme in materia consumeristica. La possibilità del concorso di rimedi nazionali ed europei deve essere, secondo le direttive in questione, legata al passato e il consumatore dal 2022 dovrà sottostare alle regole ed ai rimedi previsti dalle nuove direttive.

² F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova Direttiva (Ue) 2019/771*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, Napoli, 2020, I, p. 1 ss.

All'interrogativo conclusivo inerente l'osservanza di tale dettato da parte del legislatore italiano in sede di recepimento delle nuove normative risponde altro Autore (Barenghi)³, il quale mette in evidenza come la cercata armonizzazione massima sia ancora lontana da venire. Una disamina di alcune disposizioni mette in luce una quantità di deroghe ancora ammissibili (la nozione di consegna, la scelta del luogo ove riparazione e sostituzione verranno effettuate, gli aspetti relativi al diritto contrattuale in generale - formazione, validità, nullità, effetti - la possibilità di introdurre termini di prescrizione e decadenza più ampi), che evidenziano come a fronte dell'introduzione di maggiori tutele per il consumatore in questo specifico settore, non è ancora realizzata l'armonizzazione massima. In questo contesto, comunque, ciò che è certo è il ruolo di primordine che viene riservato al profilo rimediabile, nel binomio sostituzione-riparazione, riduzione del prezzo-risoluzione del contratto, sempre in un'ottica di conservazione dello stesso contratto.

Il superamento del contratto di compravendita verso la pluralità di tipologie di vendita, trova testimonianza anche nel lavoro inerente la vendita di immobili in corso di costruzione. L'introduzione di nuovi obblighi contrattuali in capo al venditore (tra cui spiccano l'obbligo di rilascio di due polizze fideiussorie a garanzia degli acconti versati in caso di situazione di crisi dell'impresa alienante o di vizi del bene alienato) determinano un'ulteriore compressione dell'autonomia contrattuale, che vede anche l'introduzione di un contenuto minimo del contratto (preliminare), a fronte dell'esigenza di tutelare l'acquirente a favore del quale si consolida il rimedio della nullità di protezione del contratto e non delle singole clausole. Ma le nuove regole inerenti il contratto di compravendita segnano anche il superamento della tutela del solo consumatore in senso stretto. Il legislatore sempre più si spinge verso la tutela della persona fisica acquirente. È l'acquirente in generale, consumatore o professionista che sia, il soggetto da tutelare di fronte al venditore, parte forte del rapporto, tanto più in un contesto nel quale ricorre l'esigenza di adeguata tutela di situazioni con specifica rilevanza costituzionale (diritto al risparmio e diritto della persona all'abitazione). Ecco allora un significativo ampliamento del profilo soggettivo di tutela, che trova riferimento in altre specifiche normative.

³ A. BARENGHI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., I, p. 123 ss.

Tale necessaria sensibilità verso le esigenze di protezione manifestate da soggetti che non rientrino formalmente nella categoria giuridica dei «consumatori», viene ad acquisire ulteriore forza alla luce delle conseguenze derivanti dagli eventi pandemici. Il forzato congelamento delle attività economico/commerciali imposto dalle misure emergenziali volte ad impedire il diffondersi del virus ha sovente invertito quel rapporto di forza-debolezza che, in un mercato dinamico, porta tendenzialmente a qualificare il professionista quale contraente forte. Il profilo è ben delineato nel contributo di Carapezza Figlia⁴ che, nell'analizzare il problema delle locazioni commerciali alla luce dell'emergenza sanitaria, evidenzia l'esigenza di un diverso atteggiamento dell'interprete il quale, di fronte ad eventi tanto pervasivi, si dimostri maggiormente aperto (in un'ottica di bilanciamento ragionevole dei contrapposti interessi) ad offrire soluzioni equilibrate e tali, cioè, da tentare di mantenere in vita il rapporto giuridico adattandolo, anche solo momentaneamente, alla nuova realtà economico/sociale. Non sembra così peregrino chiedere alle parti un reciproco sacrificio del tutto giustificato da una rilettura dei rapporti civilistici anche in chiave solidaristica (d.l. n. 118 del 2021).

In tale complessivo ripensamento della categoria dei «contraenti deboli», altro scritto (Calvo)⁵, mette in luce la necessità di considerare anche il condominio quale consumatore. Evidenziato che questo non può essere parificato ad una persona giuridica e che «proprietà indivisa e proprietà individuali sono funzionalizzate al godimento di più persone fisiche anche quando la situazione formale d'appartenenza degli alloggi faccia capo ad enti dotati di personalità giuridica» l'Autore afferma che l'ottica funzionale porta a far ritenere il condominio quale consumatore. Infatti, «la matrice consumeristica dell'atto negoziale dell'amministratore assume significato per il suo contenuto obiettivo, a dispetto del profilo soggettivo o professionale [...]». Una interpretazione - aggiungo - che trova conferma in recentissimi provvedimenti, quale la l. n. 176 del dicembre 2020 che permette di presentare il c.d. piano del consumatore nel sovraindebitamento anche ai soci di società di persone per debiti estranei alle attività societarie. E la recente e pacifica giurisprudenza che qualifica co-

⁴ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., I, p. 201 ss.

⁵ R. CALVO, *Condominio e atto oggettivo di consumo*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., I, p. 123 ss.

me consumatore il fideiussore nel caso di fideiussione rilasciata da persona fisica a favore di un familiare che svolge attività imprenditoriale ne è conferma.

Questo percorso evolutivo rintracciabile nel volume trova ulteriore espressione in ambito turistico che rappresenta senza dubbio una delle tematiche alle quali il Prof. Flamini ha dedicato attenzione nella sua attività di ricerca fin dalla monografia del 1999, «Viaggi organizzati e tutela del consumatore» edita nella Collana «Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino». Una monografia nella quale, nonostante la normativa comunitaria e nazionale non fosse ancora del tutto consapevole, già si individuavano le peculiari esigenze di protezione che il viaggiatore manifesta di fronte alla complessità dei contratti del turismo organizzato. L'eco di quelle considerazioni si ritrovano chiaramente, ora, nel contributo di Miriam Larocca⁶ che evidenzia come nel codice del turismo e nella normativa comunitaria da cui lo stesso deriva, si tutela il viaggiatore consumatore o professionista che sia. È oramai il contraente debole, persona fisica, che necessita tutela, quale parte svantaggiata del rapporto.

Ma, d'altronde, come è stato evidenziato dal Prof. Perlingieri già da molti anni il consumatore è in primo luogo persona e cittadino. Il consumatore, infatti, rileva sia quale persona che come soggetto economico e gode delle tutele costituzionali che sono espressione del principio personalista. In questa ottica, allora, altro profilo che deve essere preso in considerazione è quello della tutela dell'ambiente in cui anche il consumatore vive e delle connesse conseguenze per sua violazione. Le pagine del Prof. Vito Rizzo⁷ mettono in luce come le esigenze di tutela della persona non risultino soddisfatte dalla mera funzione del risarcimento del danno. Senza sfociare nel risarcimento dei c.dd. danni punitivi la funzione preventiva e il principio di precauzione appaiono essere i cardini di un'effettiva tutela, cosicché la tutela inibitoria, tanto cara all'ambito consumeristico, si posiziona come asse centrale del sistema con il ripensamento di una delle massime fondamentali che regolano la materia: nessuna responsabilità senza colpa.

⁶ M. LARocca, *Il turista-consumatore al centro della direttiva in materia di pacchetti turistici: cosa cambia davvero con il d.lg. 21 maggio n. 62 nei contratti turistici. Profili innovativi di responsabilità per l'esecuzione del pacchetto turistico*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., I, p. 627 ss.

⁷ V. RIZZO, *Green new Deal e profili di responsabilità civile per i danni ambientali: una riflessione suscitata da un recente libro di Lorenzetti*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., II, p. 1193 ss.

In conclusione, i volumi in onore del Prof. Flamini ci permettono di cogliere appieno l'evoluzione del diritto dei consumi moderno, diritto dei consumi che non può essere considerato avulso dal sistema ordinamentale in una chiave interpretativa che mette al primo posto la persona consumatore o professionista che sia. Se la posizione di debolezza del soggetto è a fondamento della tutela, non può essere sottaciuto che la esigenza di proteggere il consumatore trova il suo fondamento anche nell'art. 3, comma 2 cost. che nell'esprimere il principio di uguaglianza sostanziale impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Vanno pertanto rimosse quelle situazioni che impedendo a due soggetti di relazionarsi su piani equilibrati non permettono il realizzarsi dell'eguaglianza sostanziale. Nel contempo, il principio di eguaglianza comporta l'obbligo di non trattare diversamente situazioni che sono simili, di guisa che, come è emerso negli scritti in onore del Prof. Flamini, va superata una interpretazione rigida di nozione di consumatore ammettendo l'applicabilità di normative protettive e di favore a vantaggio di quelle persone fisiche che, pur non contrattando per finalità non professionali, si trovino in un'effettiva posizione di debolezza. In questo contesto, l'autonomia negoziale, come già ha evidenziato da tempo il Prof. Pietro Perlingieri, subisce la compressione da parte dei principi costituzionali e il sindacato di meritevolezza diviene strumento indispensabile per verificare l'effettiva tutela del contraente debole.

Ovviamente, gli strumenti di tutela non debbono mai sconfinare in un uso arbitrario e, come evidenziato da uno dei curatori del volume (Favale)⁸ anche la nullità di protezione, quale nullità selettiva, non deve essere avulsa dai principi di buona fede e correttezza anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale. Gli strumenti posti dalla legge a tutela del consumatore non debbono determinare effetti distorsivi e non giustificati posti in essere dalla parte ritenuta, *ex lege*, debole.

Grazie e complimenti al Prof. Flamini che saluto con tanto affetto.

⁸ R. FAVALE, *Nullità di protezione dei contratti d'investimento mobiliare e l'ascesa del principio di buona fede*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., I, p. 455 ss.

Abstract

Nella molteplicità dei numerosi argomenti trattati negli ‘Scritti in onore di Antonio Flamini’ il presente lavoro si sofferma su quelli relativi al profilo consumeristico che colgono l’evoluzione del diritto dei consumi moderno.

Abstract

In the multiplicity of the several topics covered in the ‘Writings in honor of Antonio Flamini’, this work focuses on those related to the consumer profile that capture the evolution of modern consumer law.

Perugia, settembre 2022.

FELICE MERCOGLIANO *

*Riflessioni sulle elezioni come problema di 'sistema'***

Dal preambolo di un commento (intitolato significativamente *Il destino di Ursula*) del sociologo, professore di analisi dei dati, Luca Ricolfi, su 'la Repubblica' del 13 febbraio 2022, scaturiscono queste mie brevi riflessioni su quale sia la storia elettorale e l'alternanza politica che abbiamo appena dietro di noi. Storia destinata a stimolare interrogativi sul nostro avvenire, una sorta di 'futuro passato'. Riporto, in uno stralcio che spero evochi i punti cruciali, quanto si legge nell'articolo di Ricolfi:

«In 75 anni di Repubblica, il nostro sistema politico è stato sostanzialmente bipolare, ossia destra contro sinistra, per appena 15 anni, dal 1994 al 2008. In tutto il resto della storia repubblicana, ovvero sia prima sia dopo il quindicennio bipolare, è stato altro. Dal 1948 al 1992, abbiamo avuto un regime di “bipartitismo imperfetto”, secondo la felice definizione di Giorgio Galli: Dc sempre al governo, Pci sempre fuori. Dal 2013 ad oggi, invece, il sistema è stato sempre sostanzialmente tripolare: centro-sinistra, centro-destra, Cinque Stelle. Di qui l'instabilità delle maggioranze... E l'anno prossimo, quando torneremo al voto, che sistema avremo? Un po', anzi molto, dipenderà dalla legge elettorale. Se l'attuale legge ibrida (il cosiddetto Rosatellum) non verrà modificata, con ogni probabilità rivedremo il solito conflitto fra centro-destra e centro-sinistra, magari un po' complicato dal fatto che i Cinque Stelle non si sa più che cosa siano e Fratelli d'Italia lo si sa (o si crede di saperlo) più che bene. Se, invece, la legge elettorale dovesse tornare proporzionale come nella prima

* Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università “G. d'Annunzio” di Chieti-Pescara.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del blind peer-review. Sintesi di due interventi tenuti in occasione di un ciclo di incontri su *La legge elettorale*, organizzato da 'Insieme Campania' nel febbraio 2022.

Repubblica, il gioco si farebbe molto più complesso. Qualsiasi cosa si pensi dei cosiddetti centristi..., sembra difficile immaginare che non abbiano una qualche significativa rappresentanza in Parlamento...».

Metto dunque io ora in evidenza che il libero potere di scelta da parte dell'elettore viene da Ricolfi con acume critico intrecciato inestricabilmente con l'ambito sistemico che sarà offerto dai partiti politici, strutturati forse ancora in poli.

Quello delle leggi elettorali non è, a mio parere, un settore marginale della complessa realtà sociale in Italia, bensì il vero problema nodale della nostra comunità, perché investe il piano della partecipazione dei cittadini come votanti e in grado di eleggere realmente i loro rappresentanti al parlamento. Cioè, di sentire che dipende anche da loro il destino del Paese. Sin dalle prime elezioni libere nel secondo dopoguerra, infatti, almeno dai grandi partiti il voto era accuratamente cercato e custodito.

In principio, sin dalle elezioni per l'Assemblea costituente nel giugno 1946 si verificò, una frattura evidente fra tre partiti destinati a divenire di massa e tutti gli altri. Difatti, la Democrazia cristiana ebbe il 37% dei voti, il Partito socialista il 20% e il Partito comunista il 18%. Poi, il fatidico 18 aprile del '48 consegnò alla Dc una rilevante egemonia, fino alla svolta verso il centrosinistra a guida morotea dei primi anni Sessanta. Cresceva intanto il Pci e, nel corso poi degli anni Settanta, i due maggiori partiti giunsero a spartirsi il 73% dei voti, se si pensa che alle elezioni nazionali del giugno 1976 la Dc ottenne una robusta maggioranza relativa con il suo 38,7% e il Pci un imponente 34,4%, poi dissipato sulla 'linea post Pinochet' del compromesso storico e del consociativismo. Quando, in seguito, a sua volta il pentapartito si dissolse per i colpi anche del referendum di Mariotto Segni, oltre che di Manipulite, di cui ora ricorre il trentennio, ecco l'avvento di un bipolarismo, che come il bipartitismo, è stato 'imperfetto' e poco autorevole, nonché fragile.

La soglia di partecipazione al voto, adesso a volte in proporzioni davvero misere, attorno addirittura al 10% in grandissime città alle suppletive, come Roma e Napoli, inizia a essere disperatamente in calo allorché un potere di scelta concreto è stato dissolto da Fassino e da Berlusconi che s'accordarono per liste bloccate, per loro più convenienti rispetto al voto libero. La ricerca degli elettori votanti-cittadini a più ampio raggio possibile andrebbe ritrovata, anzi auspicata, come quella funzione un po' 'pedagogica' che i grandi partiti una

volta svolgevano, insegnando il linguaggio della politica, l'impegno nelle istituzioni e il senso della reponsabilità civica, che ora non è ancora troppo tardi per riprendere. L'indebolimento dei partiti ha di pari passo ingigantito l'influenza sui cittadini di altri poteri, in particolare penso alla magistratura e ai giornalisti, adesso ai 'social'.

Ma è ora di riconoscere il giusto ruolo della politica nella funzione di orientamento e guida con i mezzi adeguati, vale a dire i partiti, e gli strumenti correttivi dell'elettorato, per scelte consapevoli, o almeno adeguatamente informato, come dovrà essere per votare a ogni referendum di qui a poco sui quesiti ammessi dalla Consulta di recente. Dunque, con la coscienza di adempiere un dovere civico per essere e sentirsi pienamente appartenenti a una comunità, che sul voto di essi si regge e ne trae la linfa partecipativa.

Quale che sia il sistema elettorale con il quale andremo a votare alle prossime elezioni politiche, viene comunque da lontano nel tempo il connotato partecipativo che caratterizza l'istituzione dell'elettorato passivo (*ius honorum*) e dell'elettorato attivo (*ius suffragii*). Sin dalla storia antica, per la precisione dalle assemblee popolari romane definite in senso tecnico 'comizi', la cui etimologia evidente è da *cum* ('insieme') e *ire* ('andare'). Come termine, comizi è rimasto soprattutto nel linguaggio dei decenni immediatamente successivi al secondo dopoguerra a designare, sempre in ambito politico, discorsi in luoghi pubblici, spesso all'aperto, in piazze talvolta, di leaders dei maggiori partiti nazionali. Ancora ai giorni nostri, qualche tempo prima dei giorni delle votazioni, fanno bella mostra di sé sulle mura e i cartelli cittadini, affissi in occasione dell'indizione infatti di ogni elezione, i manifesti bianchi contenenti a caratteri cubitali la 'convocazione dei comizi elettorali'. Eredità anche linguistica della procedura di scelta dei magistrati nell'età della libera *res publica* romana, fase che vide i cittadini romani chiamati ad esprimere la loro preferenza per i candidati che poi sarebbero stati per un certo tempo, di solito ristretto a un anno, e di regola in modalità collegiale, i loro supremi governanti: consoli, pretori, edili e così via. Di certo non era la volontà popolare in adunanza a nominare, invece, i senatori, da *senes* ('anziani'), che venivano scelti dai censori, tra gli ex magistrati però che avevano, quindi, rivestito in precedenza una carica elettiva.

Ecco perché le riunioni nell'antica repubblica romana che avessero la finalità elettorali diedero il nome specifico, sempre al plurale, agli organi, composti da cittadini convenuti

insieme, destinati alla scelta dei deputati. Il numero stesso dei rappresentanti al parlamento pare conservare modelli romani. Infatti, sino alla recentissima riforma che ne ha ridotto il numero rispettivamente a 200 e 400, i componenti del senato della Repubblica erano 315, sulla falsariga del numero classico dei senatori a Roma che era appunto di 300, più un numero ristretto (15) che avrebbe consentito di accogliere i senatori a vita e gli ex capi di Stato; il numero di 630 dei deputati risultava a sua volta dal raddoppio del numero dei senatori, che venne previsto, in ossequio all'essere essi i *seniores* (i più anziani), avessero almeno 40 anni per essere eletti al senato ed eletti da almeno venticinquenni.

Ma la vera compenetrazione identitaria dell'esperienza costituzionale repubblicana romana appare quella tra elettore e cittadino, nonché tra proprietario di terra e soldato. Ciò distingueva dai sudditi delle monarchie assolutistiche di stampo orientale i *cives* romani, che per l'appunto venivano censiti periodicamente, e la dimostrazione proviene dall'identificazione dell'apparato elettorale con l'esecito cittadino riunito nell'ordinamento centuriato, a partire dai re della dinastia etrusca. A Roma s'era dunque affermato il principio che si dovessero coinvolgere i membri della comunità e lo si faceva chiedendo di esprimere la volontà elettorale ad ogni cittadino, poi chiamato a combattere se ci si doveva schierare contro i nemici.

Insomma, se si richiede di assolvere ai propri doveri occorre far esprimere la volontà in elezioni che facciano sentire i cittadini in grado di contare nella designazione dei loro governanti. Altrimenti i governati si sentono altro: consumatori, per esempio, o lavoratori inermi, o delle insignificanti e irrilevanti unità individuali prive di capacità di coesione al momento di scelte partecipative.

Ciò va ora corretto, in primo luogo con un sistema elettorale che coinvolga di nuovo i cittadini, che comunque attenui il distacco governanti-governati e avvicini il votante al votato, ma soprattutto con la sensibilizzazione dei giovani verso le votazioni politiche e amministrative. In conclusione, occorre parlare di votazioni *con i ragazzi*, non parlare delle votazioni *dei ragazzi* in maniera astratta e senza finalità rivolte alla nuova platea di chi magari vota per la prima volta.

Tempo ce n'è ancora, ma non sprechiamolo più. Potremmo forse perdere l'ultima occasione per porre il *civis*-votante al centro del mondo delle elezioni...

Abstract

Rilettura critica di osservazioni recenti sui 'sistemi' elettorali e sul disinteresse crescente verso le elezioni, con qualche riflessione sul modello romano, che identificava il votante con il cittadino-soldato-proprietario-censito. Connessione che *mutatis mutandis* dovrebbe indirizzare verso una sensibilizzazione al voto, rivolta in particolare alle giovani generazioni, e non tesa alla ricerca di accordi interpartitici, diretti a ristrutturazioni verticistiche interessate di 'sistemi' elettorali.

Abstract

Critical re-reading of recent observations on electoral 'systems' and the growing lack of interest in elections, with some reflections on the Roman model, which identified the voter with the citizen-soldier-owner-registered. A connection that *mutatis mutandis* should direct towards an awareness of the vote, aimed in particular at the younger generations, and not aimed at seeking inter-party agreements, aimed at top-down restructuring of electoral 'systems'.

Camerino, marzo 2022.

GLORIA MANCINI PALAMONI*

*Conoscibilità e comprensibilità pilastri del paradigma trasparenza in senso effettivo***

Nella prospettiva dell'effettività della «trasparenza come paradigma»¹ un rilievo centrale è occupato dai doveri pubblici di informare in capo alle amministrazioni².

Nell'ambito dei doveri di trasparenza i principi di conoscibilità e di comprensibilità rappresentano i cardini dai quali partire per riflettere su due considerazioni che muovono in senso circolare dalla pretesa del cittadino all'oggetto della pretesa e poi ritornano nuovamente al cittadino che si relaziona con l'amministrazione, nell'ottica, appunto, di una trasparenza effettiva.

Il paradigma trasparenza, dall'entrata in vigore del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33³, ha spostato il baricentro della questione dall'accessibilità ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni alla conoscibilità e comprensibilità delle scelte compiute dal potere amministrativo.

È conseguentemente mutata la prospettiva soggettiva: da un accesso alle informazioni dell'amministrazione basato sul presupposto dell'istanza promossa dal cittadino si è passati

* *Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino.*

** A proposito di Enrico CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia* (Bologna, Il Mulino, 2022) p. 320. Rielaborazione delle osservazioni esposte durante l'incontro con l'A., in occasione della presentazione del volume svoltasi il 30 novembre 2022 presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.

¹ E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia*, cit., 16.

² A questo tema E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., 201 ss. dedica il capitolo quinto.

³ “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, noto anche come “Codice della trasparenza”.

ad un sistema in cui diventa cruciale il comportamento proattivo dell'amministrazione, in altre parole, si è passati dalla *accessibilità* alla *disponibilità*.

La *disponibilità* è caratterizzata dalla messa a disposizione, oggi prevalentemente in modalità telematica, di tutti i dati e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo la legislazione vigente e fa nascere il diritto a conoscere in capo a chiunque, a prescindere dall'esistenza di una particolare legittimazione e posta la pubblicità del dato, del documento o dell'informazione.

A questo diritto all'informazione amministrativa, come diritto fondamentale ad essere informati, a sapere e ad avere piena notizia sull'organizzazione e sull'azione amministrativa corrisponde un dovere di informazione in capo alle pubbliche amministrazioni.

L'elemento che qualifica la conoscibilità di una informazione è passato dal piano soggettivo al piano oggettivo, ovvero dall'elemento della situazione giuridica soggettiva del destinatario dell'informazione all'oggetto dell'informazione richiesta, che diventa il primo parametro dal quale dedurre il regime applicabile⁴.

In questa cornice, la prima considerazione verte sulla diversa inclinazione della pretesa del cittadino a conoscere che non è più limitata al solo interesse individuale (per la cui protezione è comunque attivabile il diritto di accesso disciplinato dalla legge generale sul procedimento amministrativo⁵), ma assume le fattezze di un diritto anche (e soprattutto) collettivo ad una buona amministrazione, cioè ad una amministrazione che dà conto ai cittadini di come viene esercitato il potere per il raggiungimento delle finalità di interesse generale.

Il parametro della trasparenza insiste sia sul diritto del cittadino e sulla correlata pretesa azionabile, sia sulla corrispondente azione amministrativa, ossia sui *doveri*, tra i quali il dovere pubblico di informare in capo ai funzionari e all'amministrazione come apparato anche oltre gli obblighi di pubblicazione⁶.

Questo induce ad interpretare estensivamente il paradigma trasparenza che si inserisce nei rapporti (che spesso diventano contrasti) tra amministrazione e cittadino, non soltanto come «radice» del superamento del «paradigma bipolare di separazione», ma anche nell'ottica

⁴ A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 725 ss.

⁵ Artt. 22 ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁶ E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., spec. 227 ss.

di una amministrazione proattiva che sperimenta processi di apertura all'esterno proprio per il perseguimento della *conoscibilità* e della *comprensibilità* dei comportamenti degli attori pubblici, prima che questa apertura sia in qualche modo forzata dall'iniziativa individuale *armata di specifici diritti a conoscere* (indistintamente nelle forme dell'accesso ai documenti o dell'accesso generalizzato)⁷.

Il paradigma, insomma si rinnova in forme e con meccanismi che incidono sulla dimensione organizzativa, ma sulla quale non devono gravare per non rischiare di diventare adempimenti insostenibili: il dovere per i singoli funzionari di rendersi trasparenti⁸, la doverosità di essere trasparente in capo all'organizzazione dell'amministrazione quale prima e ineludibile sede di garanzia⁹, il dovere pubblico di informare come dovere di diffondere determinate informazioni attuativo di un meccanismo di trasparenza attivo o proattivo¹⁰, la pianificazione, l'attenzione ai doveri e ai comportamenti del funzionario pubblico, un diverso rapporto tra amministrazione e cittadini in una ottica di responsabilizzazione della prima (la c.d. *accountability*) e di potere di controllo dell'operato della stessa da parte dei cittadini (accessibilità e conoscibilità)¹¹.

La seconda considerazione sui cardini della conoscibilità e della comprensibilità passa per la qualità delle informazioni: il dovere di informare deve declinarsi non solo in senso quantitativo (con il rischio di una opacità per confusione) ma anche qualitativo.

Qualità che va oltre l'«affidabilità/certezza dei contenuti»¹² potendosi e dovendosi coniugare con la chiarezza e la agevole comprensione delle informazioni.

La trasparenza effettiva si realizza infatti mediante informazioni di qualità al fine di attuare l'art. 3 Cost. come abbattimento delle diseguaglianze che precludono il godimento dei diritti.

⁷ *Ivi*, 231.

⁸ *Ivi*, 202.

⁹ *Ivi*, 203.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., 236 ss.

¹² *Ivi*, 205.

In questo senso la trasparenza effettiva è sia semplificazione del linguaggio amministrativo a sostegno del cittadino comune o del cittadino svantaggiato, sia dovere di chiarezza di linguaggio¹³.

Non tutti i destinatari dell'azione amministrativa hanno pari strumenti per la conoscibilità dell'azione dell'amministrazione, né tutti hanno la stessa capacità nella comprensione della motivazione di un provvedimento amministrativo.

La trasparenza effettiva si esprime così anche con la chiarezza e la linearità della lingua utilizzata e con la semplificazione dei linguaggi adoperati dalle pubbliche amministrazioni: una maggiore comprensione dell'atto è sintomo di una migliore, profonda e consapevole conoscenza del potere esercitato.

Da questa considerazione si sviluppano due corollari: la lingua utilizzata dagli apparati amministrativi, spesso di ostacolo alla trasparenza, e i nodi legati alla conoscibilità e alla comprensibilità nel contesto della trasparenza algoritmica¹⁴.

In ordine al primo, il linguaggio burocratico rappresenta ancora un ostacolo alla trasparenza.

In questo caso, quello che rileva in termini di comprensibilità ai fini di una trasparenza effettiva è la qualità formale delle decisioni amministrative.

Per quanto possibile, esse (le decisioni amministrative), come pure le regole, devono essere chiare, coerenti e accessibili, tutti caratteri che concorrono a rendere l'informazione comprensibile e contribuiscono ad elevare il grado di legittimità percepita dell'azione istituzionale¹⁵.

Per garantire la comprensibilità l'amministrazione deve porsi in relazione con il destinatario del provvedimento in senso proattivo¹⁶.

Sul punto, la Corte costituzionale¹⁷ da tempo riconosce la scusabilità dell'errore inevitabile sulla legge penale, valido, in virtù del principio di trasparenza, anche per l'atto amministrativo, qualora questa (la legge) sia caratterizzata da «oscurità» o «vi sia una mancata

¹³ Ivi, 233.

¹⁴ In argomento, D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 6 febbraio 2019.

¹⁵ G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 214.

¹⁶ E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., spec. 207 ss.

¹⁷ Corte cost. 23-24 marzo 1988, n. 364.

concreta possibilità di conoscerla» o quando vi sia una «difficoltà di interpretazione della legge stessa», spronando le istituzioni ad una «comunicazione proattiva che ponga le condizioni di una conoscenza effettiva degli atti dei pubblici poteri».

Il secondo corollario poggia sul fatto per cui la comprensione di un atto richiede sempre più competenze specialistiche.

Mi riferisco in questo caso ai cardini della conoscibilità e della comprensibilità in seno alla trasparenza declinata in senso algoritmico.

Su questo tema recentemente si è espresso il giudice amministrativo¹⁸ ricordando come la comprensibilità e la conoscibilità siano elementi di effettività del paradigma trasparenza nell'utilizzo dell'algoritmo per le decisioni amministrative.

La scelta dell'impiego dello strumento algoritmico da parte dell'amministrazione è sempre più frequente all'interno dei procedimenti amministrativi soprattutto se caratterizzati da procedure seriali o standardizzate dove occorre gestire un numero notevole di istanze.

Il vantaggio è senza dubbio una maggiore velocità, efficienza ed (almeno apparente) imparzialità tanto che la decisione "imposta" dall'algoritmo pare essere una decisione «spogliata da ogni margine di soggettività»¹⁹.

La prospettiva, dunque, non è solo quella della semplificazione, ma anche della buona amministrazione; alle tecnologie si guarda non solo in vista del miglioramento del processo decisionale, ma anche della qualità della decisione.

In queste procedure è doveroso un rispetto rigoroso del principio di trasparenza che impone l'obbligo di motivazione a carico della pubblica amministrazione, declinato nella conoscibilità e nella comprensibilità del meccanismo algoritmico utilizzato al fine di consentire, da un lato, il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., dall'altro, il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

¹⁸ TAR Campania, Napoli, III, 14 novembre 2022, n. 7003.

¹⁹ L. M. AZZENA, *L'algoritmo nella formazione della decisione amministrativa: l'esperienza italiana*, in *Riv. brasileira de Estudos Políticos*, 2021, 123, 511.

Davanti ad una decisione fondata sull’algoritmo, occorre pertanto che sia assicurata una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, da intendersi come piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico²⁰.

Più in particolare, si è osservato come il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto, sia a conoscere l’esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, così come previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali (c.d. GDPR)²¹.

Tale conoscibilità dell’algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: gli autori, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione, comprese le priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e i dati selezionati come rilevanti.

In questi casi oltre ad indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (quindi la conoscibilità), l’amministrazione è tenuta a spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l’utente non dotato di competenze tecniche (ovvero la comprensibilità).

Questo tanto più data la difficile “spiegabilità” dell’algoritmo ai soggetti privi di una specifica competenza tecnica: spesso infatti accade che il funzionamento dell’algoritmo, seppure comprensibile agli “addetti ai lavori”, non sia illustrabile in modo tale da renderlo comprensibile all’interessato prefigurando una opacità “tecnica” dell’algoritmo, la cui scarsa (o nulla) intelligibilità è legata alla particolare complessità della tecnologia impiegata nella sua costruzione²².

In questo caso la motivazione diventa il principale strumento di attuazione della trasparenza in senso effettivo.

Passando attraverso queste due considerazioni si chiude il percorso circolare indicato all’inizio con il rafforzamento in senso effettivo del paradigma trasparenza, ossia in punto al modo in cui tale principio è attuato, parametro non solo di legittimità dell’azione amministrativa ma elemento per il consolidamento di un rapporto aperto, di collaborazione e fiducia,

²⁰ Cons. St., VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

²¹ Cons. St., VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

²² TAR Campania, Napoli, III, n. 7003 del 2022.

tra amministrazione e amministrati, rapporto che, ancora oggi, è troppo spesso percepito come in contrapposizione.

Camerino, dicembre 2022.

PAOLA SANTINI*

*Tra le Americhe e l'Italia***

Il voluminoso tomo costituisce un sentito tributo ad Alberto Filippi, raffinato e poliedrico studioso, profondo conoscitore della cultura latinoamericana, che per decenni ha insegnato Storia e istituzioni dell'America Latina presso l'Università degli studi di Camerino, in occasione del suo ottantesimo genetliaco. Il testo, che presenta una struttura tripartita, si apre con la Presentazione del rettore dell'Ateneo camerte, Claudio Pettinari (p. 15-16), che descrive l'ingegno versatile dell'onorato e la sua aperta e multiforme vocazione interpretativa che lo hanno condotto a farsi promotore della costruzione di solide fondazioni culturali tra l'Italia e l'Argentina, attraverso un primo progetto di cooperazione bilaterale tra i due Paesi, che è sfociato poi, nel 2004, nella nascita del Consorzio interUniversitario Italiano per l'Argentina – importante organismo diretto oggi da Carla Masi Doria e presieduto dall'ex rettore dell'Università marchigiana, Flavio Corradini –, la cui missione, improntata ad un approccio conoscitivo multidisciplinare, si è perpetuata, rafforzata ed estesa negli anni, coinvolgendo ventinove Atenei pubblici italiani e un vasto gruppo di università argentine.

Nella prima sezione della silloge è ripubblicata una selezione di scritti dell'onorato suddivisi su base tematica, che tracciano un percorso accademico sempre fortemente congiunto con l'impegno politico: 'Teoria e Storiografia delle Istituzioni Iberoamericane' (p. 18-90); 'Dalla dialettica hegeliana alla storia americana in Marx. Teorie politiche del sociali-

* Professoressa associata di Diritto romano e Organizzazione amministrativa romana presso l'Università di Napoli Federico II.

** A proposito di *Scritti di e per Alberto Filippi. Tra le Americhe e l'Italia nel suo Ottantesimo Anniversario* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2022) p. 682.

smo latinoamericano' (p. 91-189); 'Italia e America Latina: protagonisti e avvenimenti, tra cultura e politica' (p. 190-297). Già dalla lettura di queste pagine si può cogliere la natura della 'familiarità' di Filippi con la cultura dell'America Latina, fonte di accrescimento intellettuale, testimoniato dalle folte pubblicazioni periodiche e monografiche – nelle quali il dato storiografico non è mai schiacciato nella prospettiva descrittiva –, ma anche da iniziative congressuali, da incontri personali che, partendo dal nucleo della vivace comunità camerte, si irradiano pure verso strade culturalmente 'nuove'. Un compito complesso ma fertile quello che il nostro svolge, nella percezione di una storicità del diritto che è coscienza critica e che diventa fondante aggancio culturale per proiezioni future.

La seconda parte del volume, il fulcro di questo *liber amicorum*, racchiude invece i contributi che colleghi e *sodales*, uniti anche oltre l' 'intimità' che caratterizza la comunità dell'Università di Camerino, gli hanno voluto offrire in questa festosa occasione celebrativa ('Saluti e contributi', p. 299-644). Tra le tante testimonianze, che rappresentano tasselli di un *iter* scientifico e umano condiviso, in modi o tempi diversi, con Alberto Filippi, mi soffermo brevemente sulle 'dediche' degli storici del diritto romano.

Sentita la voce del *signum* che Cosimo Cascione, *Tra storie e leggenda: i camei di Alberto Filippi*, p. 377-378, ha voluto tributare all'onorato. L'a. insiste sull'animo curioso di Filippi, che lo ha indotto non solo a travalicare i confini geografici, ma anche quelli disciplinari, aprendosi alla filosofia, al diritto, alla scienza politica. In particolare, la concezione della storia come esperienza umana e concreta, come insieme di più 'piccoli' (ma non meno rilevanti) percorsi individuali, di racconti di migrazioni tra continenti e stati nazionali, permea la incisiva espressione usata dall'a. per descrivere i tratti della complessa personalità di Filippi: «passione innestata in una vita nomade e radicata al contempo» (p. 377).

Luigi Labruna, *Noterella su 'La democrazia pericolitante', il saggio che ho dedicato ad Alberto ot-tantenne*, p. 461-466, ritorna alle origini della sua conoscenza di Alberto Filippi, alle atmosfere dell'Università di Camerino a ridosso degli anni Settanta, alla sensibilità politica dei suoi docenti, al corpo studentesco composto anche di studenti greci grazie al peculiare privilegio imperiale introdotto nel 1753 di rilasciare «lauree valide per tutto il Sacro Romano Impero» (p. 461). Nel contesto 'privilegiato' dell'Ateneo marchigiano, Filippi, originario di Padova ma immigrato in Venezuela, giunto poi a Roma agli inizi degli anni Settanta, reca con sé il

suo bagaglio fatto di preziose esperienze, di relazioni, di spinte propulsive verso il mutamento. Labruna riporta quindi, in calce alle sue riflessioni, le considerazioni introduttive, che ha voluto precipuamente dedicare all'onorato, del suo recente volume *La democrazia pericolitante* (Napoli 2020), nel quale delinea il quadro di un'Italia situata «su un piano fortemente inclinato» (p. 465), per le tante emergenze che i governi non sono in grado di risolvere, per i tanti disastri annunciati, per le grida inascoltate di una sanità sotto pressione per la pandemia. Nella consapevolezza, però, che la passione e l'intelligenza politica possano lenire le ferite alla democrazia.

Ricordi personali e ringraziamenti istituzionali si intrecciano nella testimonianza di Carla Masi Doria, *Cogliere nessi e ricongiungere saperi: complessità e umanità di un percorso intellettuale, per festeggiare Alberto*, p. 476-478, che sottolinea l'adesione all'iniziativa della celebrazione del genetliaco da parte del Consorzio Interuniversitario G. Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti, da lei diretto, che unisce – confermando «una relazione antica» (p. 476) – l'Università di Napoli Federico II con l'Università di Camerino, oltre che con quelle di Catanzaro, del Salento e di Enna Kore. L'importante impegno di Carla Masi nel promuovere, attraverso il Consorzio, «il carattere internazionale della cultura e dell'esperienza storica e giuridica» (p. 476) si intreccia con quello altrettanto pregnante della direzione del CUIA da parte della studiosa. Anche questa esperienza affonda le radici nei 'luoghi della cultura' dell'Ateneo camerte, sede accademica, proprio tra gli anni Sessanta e Settanta, del suo maestro Luigi Labruna, *bumus* dove quest'ultimo ha fondato la rivista *Index* – che oggi dirige insieme con Cosimo Cascione –, e che sin dalla sua genesi si è posto come rilevante strumento di connessione tra l'Europa e l'America Latina. Tanti i progetti, le interrelazioni culturali che hanno costruito, passo dopo passo, l'«asse di lavoro Napoli-Camerino-Buenos Aires» (p. 477), testimoniato anche, in tempi più recenti, dal volume collettaneo *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, pubblicato a Napoli, a cura di Carla Masi Doria e Cosimo Cascione nel 2014, al quale anche l'onorato ha partecipato con un contributo su *Historia e historiografía del léxico jurídico-político y filosófico en la América Hispana*.

Felice Mercogliano, *Vicende storiche del potere punitivo. Torture, streghe, maiestas ... Ad Alberto, in affettuoso omaggio per il suo LXXX anno*, p. 479-483, muove dalla lettura di Filippi

dell'edizione spagnola, edita a Buenos Aires nel 2017, dell'opera *Cautio Criminalis (Cautela Criminal)* del giurista gesuita tedesco del XVII secolo Friedrich Spee, apparsa nel volume 47 della rivista *Index* (2017, p. 662-670), che indaga i complessi labirinti del potere punitivo propri del tristemente celebre 'tribunale dell'inquisizione'. Le riflessioni di Filippi, che si aprono ancora una volta «all'inestricabile intreccio tra potere politico e discriminazioni sociali» (p. 480), costituiscono l'occasione per l'a. per riprendere un celebre caso di imputazione 'improbabile', che rimanda ad una sorta di 'caccia alle streghe' realizzatasi nell'esperienza giuridica romana. Si tratta del processo contro Libone Druso, della famiglia degli *Scribonii*, che, durante il regno di Tiberio, viene accusato di avere praticato arti magiche contro l'imperatore ed i suoi figli, capo di imputazione gravissimo, che confluisce nell'accusa di *maiestas* ma che, secondo il racconto di Tacito, nasconde in realtà la punizione di un atteggiamento eversivo per *moliri res novas* (Tac. *ann.* 2.27.1).

La testimonianza di Luigi Romano, *Un ricordo napoletano nella Buenos Aires di Filippi*, p. 554-556, rappresenta la conferma di come i legami e gli insegnamenti di Filippi giungano fino alle più giovani generazioni di studiosi. La partecipazione di Romano alle 'Jornadas argentinas' del CUIA nel 2019, con una relazione su *La carcerazione di massa a Roma tra fine monarchia e inizi della repubblica*, aveva stimolato un intervento di Filippi quale presidente della sessione dei lavori della giornata. L'onorato era apparso attratto dalla possibile individuazione di analogie delle forme di contenzione tra il mondo antico e quello moderno, alla luce della sua profonda sensibilità, che lo ha sempre condotto alla difesa degli ultimi, dei vulnerabili. La 'fascinazione' intellettuale che Filippi riesce a produrre nei suoi interlocutori si rivela spesso osmotica, sempre ravvivata anche da casuali incontri e circostanze: Luigi Romano è impegnato in Italia nell'Associazione politico-culturale Antigone 'per i diritti e le garanzie nel sistema penale' e Filippi esprime, proprio in quell'occasione, a Buenos Aires, l'urgenza della creazione di un Osservatorio sull'esecuzione penale e sulle condizioni di detenzione in Argentina.

Segnalo anche il contributo di Flavio Corradini, *Filippi e l'ideazione del Consorzio interUniversitario Italiano per l'Argentina*, p. 388-389, che ripercorre le tappe salienti dell'articolato processo di genesi del CUIA, dell'attività svolta negli ultimi anni, delle iniziative ancora realizzare, delle stimolanti sfide future.

L'ultima sezione del volume comprende alcune brevi note sul profilo biografico di Filippi e un elenco delle sue pubblicazioni ('Sintesi biografica e Guida Bibliografica [1958-2021]', p. 645-682), raggruppate secondo l'anno di apparizione, ma per le quali vengono di volta in volta utilmente segnalati non solo la natura dello scritto – monografica, saggistica, e così via – ma anche il nucleo tematico delle questioni trattate.

Napoli, novembre 2022.

MARIA PAOLA MANTOVANI*

*Periodi e fonti del diritto romano***

Appunti romanistici, scaturiti da esperienze didattiche su alcune questioni introduttive allo studio del diritto romano. L'a. in parte si discosta dalla manualistica predominante e talvolta pone in rilievo aspetti e problemi della storia giuridica romana, con un approccio personale e indirizzato ai discendenti dei nostri tempi. – Cinque i capitoli, dopo una *Premessa* (Il diritto romano, nella sua storicità): I. Periodizzazioni della storia giuridica romana; II. Diritto pubblico dei Romani. Cenni; III: Fonti del diritto romano; IV. In margine al diritto delle persone; V. L'epilogo. Si coglie, fin dalle prime pagine, il passo metodologico che si è voluto imprimere al lavoro, dedicato a scopi didattici, grazie all'attenzione riservata ai profili della qualificazione della locuzione «diritto romano», che l'a. ritiene preferibile intendere, sulla scia del pensiero di Riccardo Orestano¹ come «diritto romano dei Romani». L'a. esprime la necessità di far comprendere la storicità del diritto, aprendo ad un problema non nuovo, anche se oggi si propone forse con maggiore urgenza, che riguarda per un verso gli storici del diritto - romanisti e storici del diritto medievale e moderno - e per l'altro, i comparatisti, «che sono chiamati a rivolgersi alla storia ed alla comparazione per mettere in luce le strutture e gli strumenti “scientifici” utili a comprendere i problemi costruttivi di una nuova realtà giuridica, e a ricercarne la soluzione in coerenza con la “tradizione giuridica europea”, in una visione che compone il “sistema scientifico” attraverso l'osservazione diacronica e sincronica dei suoi elementi strutturali, e che costituiscono il necessario riferimen-

* *Professoressa associata di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** A proposito di Felice MERCOGLIANO, *Periodi e fonti del diritto romano. Appunti* (Napoli, Jovene, 2022) p. x, 80.

¹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 456 ss

to per ulteriori “interpretazioni” e soluzioni². In tal senso, la storia della scienza giuridica moderna e lo sviluppo, a partire dal XXI secolo, di un processo di edificazione di un diritto privato a livello europeo, ha rafforzato ancora di più «la necessità di conoscere le radici del diritto privato moderno, di cui si hanno tracce già nell’esperienza giuridica romana». Fondamentale, come mette in evidenza l’a., è comprendere che sebbene il diritto romano sia un diritto dell’antichità, esso rappresenta la bussola fondamentale per decifrare concetti e categorie dogmatiche, elaborate dai giuristi romani, che rappresentano ancor’oggi «una grammatica fondamentale dei sistemi giuridici moderni europei». Si coglie con evidenza il valore fondamentale del diritto romano e della tradizione romanistica nella formazione del diritto europeo.

L’a. nella prima parte dedica attenzione alla periodizzazione della storia giuridica romana. Lo scandire lungo la linea del tempo la storia e il quadro evolutivo del diritto romano consente di familiarizzare con categorie ed elaborazioni originali del diritto romano. La distinzione fra diritto civile (*ius civile*); e grazie all’esercizio dell’attività di giurisdizione (*iurisdictio*) dei pretori, ma pure degli altri magistrati giusdicenti, e il diritto onorario (*ius honorarium*), destinato a sopperire alle carenze del diritto civile e a correggerne le inadeguatezze, restituisce con chiarezza la capacità dei giuristi romani di creare un “sistema scientifico” in cui si coniugano la “*interpretatio*” del *jus*, e la capacità di elaborare categorie concettuali ordinanti. Il diritto romano non solo racchiude un patrimonio di strumenti concettuali utili e validi ancora oggi, ma introduce il valore del metodo, in seno ad un ordinamento giuridico composto da una pluralità di fonti. Lo spazio e l’attenzione dedicata alla sistematica delle fonti del diritto romano appare essenziale per introdurre concetti essenziali della scienza giuridica romana. L’a. richiama le Istituzioni di Gaio che, per inquadrare gli istituti del diritto romano fanno riferimento a fonti, in senso lato, materiali: lo *ius gentium*, che potrebbe dirsi oggi rappresentare «un ordinamento sovranazionale, fondato su una sorta di ragione naturale diffusa presso tutti i popoli», e lo *ius civile*, quale sistema di norme in grado di regolare i rapporti tra i membri di una comunità. L’a. non manca di dare conto di quella che è da ritenere la fonte formale più antica di produzione del diritto civile romano, i *mores*, che furono nell’età arcaica il primo fattore di formazione del diritto civile. L’attenzione riservata alle fonti del

² L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici attuali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 661 ss.

diritto romano si rivolge anche alle XII Tavole, espressione del bisogno di norme precise e fissate con formulazioni esplicite, controllabili pubblicamente.

L'a. non manca mai di riannodare il passato al presente, trasmettendo un insegnamento metodologico fondamentale ai giovani studiosi che attraversano un periodo della vita, particolare e irripetibile, quello della formazione, in cui si gettano le fondamenta per costruire un edificio solido e sicuro. Nella parte finale del lavoro si ricostruisce la caduta, nel 476 d.C., dell'impero romano d'Occidente, che segna l'avvio della storia medievale, periodo nel quale si registra il fiorire di numerosi testi giuridici, «che dal punto di vista strutturale sono stati accostati addirittura al *Corpus iuris civilis*». Tuttavia, è grazie alle opere giuridiche sviluppatesi in Oriente che ci ritroviamo nella più colossale opera di ricostruzione del diritto romano che si potesse allora intraprendere: quella voluta da Giustiniano. Il patrimonio di *scientia iuris* trasmesso alla cultura giuridica europea attraverso la raccolta giustiniana rappresenta la radice della tradizione giuridica occidentale, ed è un'eredità fondamentale non solo a livello di contenuti tecnico-giuridici ma anche di metodo scientifico. L'onda lunga di questo patrimonio si coglie nel fenomeno delle codificazioni, *in primis* quelle di matrice illuministica, su cui campeggia il *Code civil*, la cui struttura è stata basata sulla distinzione fra persone e cose, derivata dalle Istituzioni di Gaio e destinata, come segnala l'a., a lunga vita nei codici. Nella formazione e nell'educazione del giurista contemporaneo il diritto romano conserva tutta la sua attualità, anche grazie all'attenzione riservata dal modello romanistico alle strutture metodologiche e concettuali fondamentali per comprendere il fenomeno giuridico nella sua dimensione europea e transnazionale.

Camerino, ottobre 2022.

FELICE MERCOGLIANO*

*Come si diventa Romani**

Dalla laboriosa genesi, prolungata dichiaratamente per più di un lustro (p. xiii), finalmente il volume di Capogrossi, in materia di cittadinanza ed espansionismo mantiene le promesse, addirittura ancor più di quanto ci si potesse attendere: poliedrico e ricco di incalzanti analisi storiografiche, percorso in maniera serrata da molteplici problematiche affrontate con innovativi riesami delle fonti e personali proposte interpretative, con una struttura espositiva in due parti ed una appendice. L'opera, nel complesso, risulta formulata con scelte originali mediante l'alternanza di tematiche classiche e, invece, visuali ed angolarità scientificamente frutto di posizioni pressoché inedite. Così come alcune questioni riaffrontate dall'a. rimandano a suoi trascorsi lavori, a volte perfino di formazione, altre aree di ricerca denotano aggiornati itinerari soltanto di recente posti in primo piano dagli studiosi oppure rifocalizzati in vesti interpretative rinnovate a fondo. Riportare pertanto l'articolazione complessiva può dare almeno l'idea della miniera preziosa di aspetti e problemi scientifici confluiti oggi nell'*opus magnum* capogrossiano. L'esposizione viene bipartita in una prima sezione che costituisce una sorta di esame globale di coscienza storiografica sugli studi circa abitanti/mobilità/territorio e diritto nella storia di Roma antica, da Mommsen ad oggi; poi in una seconda, incentrata su colonie, municipi e *ager Romanus* nell'esperienza successiva alla rottura della lega latina nel 338 a.C., cioè una

* Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

* A proposito di Luigi Capogrossi Colognesi, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, «Pubblicazioni del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert» [Sapienza Università di Roma] (Napoli, Jovene, 2022) p. xvi, 637.

revisione dello studio della disciplina giuridica dei rapporti tra romani e italici nell'età repubblicana matura, che l'a. si riprometteva inizialmente sulla base di partenza del suo libro *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, Roma 2000 (anche se non è pervasiva una schematica *libido rerum novarum*, se si pensa che l'a., p. es., sull'istituto del *fundus fieri* persiste nelle convinzioni maturate vent'anni prima, ma dà con lealtà intellettuale conto delle opinioni affermatesi nel frattempo in dissonanza, p. 363 ss.). Al termine di ciascun capitolo un sintetico riassunto (meno di una pagina o un paio di pagine in corpo minore, al massimo) facilita notevolmente la lettura del volume, che sarà una pietra miliare nelle ricerche future sul mondo romano della mobilità di migranti, viaggiatori, mercanti etc. che il formalismo giuridico poté soltanto in parte e con tempi sfalsati rincorrere. Peraltro, con uno strumentario di mezzi legali insufficiente, fondato su ciò che oggi consideriamo come trattati (dalla scarsa e incerta documentazione romana, tuttavia; inoltre, relazioni interstatali non erano configurabili e il concreto e costante riferimento per i romani furono le aristocrazie e le classi dirigenti locali). Formalismo giuridico basato su una condizione giuridica qual era quella di cittadino romano, dai mille volti che Capogrossi ha indagato al meglio in queste preziose pagine, che daranno spunti ora ad ancora altre ricostruzioni che ne trarranno linfa. – Parte prima: Le origini romano-latine e la costruzione di un sistema giuridico complesso. Cap. I. Il quadro di partenza: ipotesi e idee. La nascita dell'ordinamento cittadino e le prime forme d'integrazione (1. I cittadini e il loro diritto. 2. Una città di frontiera. 3. Albani e Latini. 4. Il sinecismo cittadino. 5. Le prime forme d'integrazione giuridica. 6. Come divenire Romani). Cap. II. Il diritto della città e l'inizio di un ordine internazionale (1. *L'hospitium*. 2. Da Mommsen a Nörr. 3. Le leggi della città. 4. Il primo trattato tra Roma e Cartagine. Il secondo trattato tra Roma e Cartagine). Cap. III. I Latini, *nec cives nec peregrini*: il fondamento storico di un rapporto particolare (1. «Uno spazio intermedio». 2. Tra la «politische Einheit des Volkstammes» e l'artificialità dei trattati. 3. Grande è la confusione sotto il cielo. 4. Una problematica *reductio ad unum*. 5. L'ambigua eredità mommseniana). Cap. IV. Il *foedus Cassianum* (1. Il *foedus Cassianum*. 2. Dionigi e l'isopolitèia romano-latina. 3. *Conubia commerciaque*. 4. Un'alleanza militare e la colonizzazione romano-latina. 5. Colonie latine). Cap. V. I rapporti romano-

latini: *commercium*, *conubium* e *ius migrandi* (1. La condizione giuridica dei Latini in Roma: il *ius commercii*. 2. Il *ius conubii*. 3. Il *ius migrandi*. 4. Le testimonianze liviane. 5. I Latini *qui stirpem ex sese domi relinquerent*. 6. Il *ius migrandi* tra III e II secolo a.C.). Cap. VI. Il processo di definizione delle forme giuridiche: un'ipotesi (1. Sistemi familiari e ordinamento cittadino. 2. Famiglia e matrimonio. 3. *Coniugia* e *conubia*. 4. Dal fatto al diritto: un possibile percorso). Cap. VII. Il grande salto in avanti 1. Le conseguenze di un successo. 2. Il nuovo orizzonte politico del IV secolo. 3. La crisi finale. 4. Un mutamento di passo. 5. Il fondamento dei nuovi rapporti di forza. 6. *Caere dall'hospitium alla civitas sine suffragio*). – Parte seconda: La municipalizzazione dell'Italia: efficacia e limiti. Cap.: VIII. Il 338 a.C. ed i nuovi equilibri nell'Italia centrale (1. La sperimentazione del IV secolo. 2. Latini, Ernici e Campani dopo il 338 a.C. 3. *Civitas*, *Latinitas* e *civitas sine suffragio*. 4. Repressione e integrazione. 5. L'indebolimento mirato delle identità cittadine). Cap. IX. I primi passi dell'ordinamento municipale (1. L'articolato paesaggio dell'egemonia romana. 2. Oltre il Volturno. 3. Problemi di numeri. 4. Una durevole pacificazione. 5. Conflitti sociali e controllo politico). Cap. X. «Forme diverse e sempre ibride» (1. I pericoli di una visione unificante di processi storici complessi. 2. L'estensione della *civitas optimo iure*. 3. La *civitas sine suffragio*. 4. La nuova centralità di Roma e del suo diritto. 5. Vincoli insuperabili. Interessi da rispettare). Cap. XI. I *municipia* (1. *Municipia* e *municipes*. 2. Testi di difficile lettura. 3. Una strada sbarrata? 4. Un passo di Aulo Gellio. 5. Frammenti di una storia perduta. 6. *Suis legibus uti*). Cap. XII. I municipi e l'espansione del diritto privato romano tra III e II secolo a.C. (1. La costruzione di tipologie e la trasmissione di modelli empirici. 2. Diversi tipi di municipi *sine suffragio*? 3. «A grand bargain between élites. 4. *Fundus fieri*. 5. I *praefecti*). Cap. XIII. L'età del cambiamento e la colonizzazione romana (1. Riprendendo le fila di una lunga discussione. 2. Distribuzioni viritane e colonizzazioni latina: un'alternativa? 3. La colonizzazione romano-latina: problemi organizzativi e istituzionali. 4. La forma della colonia nel nuovo sistema romanocentrico. 5. La *limitatio*). Cap. XIV. La colonizzazione romana e il suo impatto: tra ricostruzione storica e modelli idealtipici (1. Le colonie e la politica di Roma in Italia tra IV e III secolo. 2. Una nuova interpretazione. 3. Le colonie nell'elenco di Velleio. 4. Uno straordinario sviluppo. 5. Gli ampliati spazi del potere romano. Ma cos'è l'*ager Romanus*?).

Cap. XV. La romanizzazione come processo complesso (1. *Oppida, fora e conciliabula*: la fisionomia organizzativa dell'*ager Romanus*. 2. I *propugnacula imperii*. 3. Le nuove colonie nei contesti locali. 4. I *socii* italici e la *formula togatorum*. 5. Una storia semplificata? 6. Una discussione tra i moderni). Cap. XVI. Qualche considerazione d'insieme a mo' di conclusione (1. L'originalità del disegno romano. 2. La città-stato e le sue utilizzazioni. 3. Gli incunaboli di un impero. 4. I limiti alle innovazioni. 5. Un'eredità per i tempi nuovi). – Appendici: A. Le leghe religiose, i centri di culto e i 'santuari federali' nel Lazio in epoca arcaica. B. Gli spazi del sacro e della politica nel contesto latino e in ambito cittadino. Qualche congettura. C. La colonizzazione romano-latina anteriore al IV secolo a.C. ed i suoi esiti: due casi esemplari. D. Municipi fundani. E. Le relazioni tra Romani, Latini e *municipes* in Roma e nelle *civitates sine suffragio*: frammenti di conoscenze di una storia perduta. F. *Ager Romanus, ager Romanus antiquus, ager publicus* e *ager privatus*. G. *Fidenae*. H. Un'egemonia incerta tra governo indiretto ed incorporazione territoriale. I. Figure. L. Cartine. – Indici: Bibliografia. Fonti. Etnici e toponimi.

Camerino, novembre 2022.

In memoriam Rolf Knütel (23.12.1939 - 25.09.2019). Reden gehalten bei der Akademischen Gedächtnisfeier am 8. Oktober 2021 im Festsaal der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, «Alma mater. Beiträge zur Geschichte der Universität Bonn, 113» (Bonn, Druckerei der Universität Bonn, 2022) pp. 75.

Viene ricordato il grande studioso amburghese, già allievo di Max Kaser, che ha dato lustro anche ai nostri Annali facendo parte del Comitato scientifico internazionale sin dalla rifondazione di essi con la nuova serie on line e nei quali ho pubblicato il ricordo (in *AFG.* 10, 2021, p. 435 ss.) che viene, in tedesco, pubblicato anche in questo volume dedicato alla memoria del prof. Rolf Knütel, con i discorsi commemorativi nell'ottobre 2021 tenuti all'Università di Bonn da colleghi, amici, compagni di lavoro e allievi: J. von Hagen, *Grußwort*, p. 9 s.; I. Reichard, *Ein Leben als Wissenschaftler*, p. 11 ss.; S. Lohsse, *Zur Überreichung der "Ausgewählten Schriften Rolf Knütel" an Christian Knütel*, p. 20 s.; L. Labruna, *Addio a Rolf: Dem treuen Begleiter einer langen Reise*, p. 22 ss.; A. Wacke, *Vitae parallelae: An Rolf Knütels Seite von Hamburg ins Rheinland*, p. 26 ss.; F. Mercogliano, *Erinnerungen eines italienischen Schülers*, p. 40 ss.; O. Behrends, *Rolf Knütel. Übersetzen aus Verantwortung für den rechtswissenschaftlichen Rang des geltenden Rechts*, p. 45 ss.; W.-H. Roth, *Der Fakultätskollege*, p. 52 ss. – Schriftenverzeichnis von Rolf Knütel, p. 57 ss. – Verzeichnis der Autoren, p. 75.

[F. M.]

Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto. Camerino, 27-29 settembre 2018, a cura di Carlotta Latini (Torino, Giappichelli, 2021) p. xii, 257.

Dieci contributi su tematiche pluridisciplinari di storia, metodo e teoria del diritto, che dalla retorica antica e dalla *iuris prudentia* romana, nonché dalle fenomenologie medievali, moderne e contemporanee, giungono infine a lambire l'esperienza dell'interpretazione giudiziaria odierna, grazie all'iniziativa svoltasi «nel gradevole quadro della nuova sede della Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino, anche nell'ottica della manifestazione di solidarietà e sostegno ad una sede universitaria tanto provata dall'emergenza del terremoto del 2016», come l'organizzatrice del convegno e curatrice degli atti, Carlotta Latini, scrive nella *prefazione* (p. xii). – C. Pelloso, *Interpretazione giuridica e argomentazione processuale. Alcune riflessioni à rebours*, p. 1 ss.; R. Volante, *Argomentazione senza principi nel diritto comune*, p. 37 ss.; L. Pellicchi, *Il rapporto tra retorica di scuola e retorica forense nella declamatio minor 336: questioni di metodo*, p. 59 ss.; F. Treggiari, *Venere presunta, lessico e argomentazione dell'infedeltà coniugale*, p. 97 ss.; F. Procchi, *Strategia e tecnica retorica nella cognitio senatus: a proposito di πρόληψις in Plin. epist. 3.9*, p. 113 ss.; F. Bambi, *Tra latino e volgare, le parole dell'argomentazione: ovvero spigolature sul lessico della Rettorica di Brunetto Latini*, p. 139 ss.; G. Cossa, *L'argumentum e contrario e il problema delle lacune: alcuni spunti in merito alla prospettiva dei giuristi romani*, p. 157 ss.; E. Fusar Poli, *'Venere forense': corpo, libertà e morale nei discorsi dei giuristi fra Otto e Novecento*, p.179 ss.; A. Gentili, *Un modello di argomentazione per il diritto vivente*, p. 213 ss.; L. Ferrajoli, *Per un modello costituzionale di argomentazione interpretativa. Una critica del creazionismo giudiziario*, p. 237 ss.

[F. M.]

***Numa. I culti, i confini, l'omicidio*, a cura di Luigi Garofalo, «I re e il diritto» (Bologna, il Mulino, 2022) p. 216.**

Sei contributi di giuristi e di antropologi ricostruiscono in maniera interdisciplinare la figura e l'attività del secondo re di Roma, inquadrata nel più ampio contesto arcaico; infine, un indice dei nomi: Mario Lentano, *Un corpus normativo ispirato*, 7 ss.; Francesca Prescendi, *Culti e pax deorum*, 37 ss.; Gianluca De Sanctis, *Terre e confini*, 55 ss.; Graziana Brescia, *La paelex e Giunone tra diritto e mito*, 91 ss.; Luigi Garofalo, *Nuove leggi in tema di omicidio*, 127 ss.; Paola Lambrini, *Dolo sciens*, 187 ss.

[F. M.]

Giuseppe Valditara, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, «Di storie in Storia» (Milano, Guerini e Associati, 2022) p. 223.

Volume che approfondisce importanti «aspetti del dibattito culturale che si è svolto in Costituente ... al fine di sempre meglio comprendere i principi, i valori, e dunque il modello costituzionale a cui i deputati si ispirarono». Infatti, in particolare «grazie al ruolo di Giorgio La Pira, l'influenza del diritto e della cultura di Roma antica ne segna in modo significativo l'impianto e alcuni snodi fondamentali», come si legge in apertura, p. 13, anche se ben precisa Valditara: «al di là dunque delle numerose citazioni di storia e di diritto romano, qui si prenderanno in considerazione specificamente quelle che hanno influito in positivo o eventualmente anche per differenziarsene, e quindi in contrapposizione, sul contenuto della Costituzione» (p. 19). L'articolazione in sei capitoli prevede in dettaglio paragrafi orientati a fornire sia una visione d'insieme più generale che spaccati tematici specifici. Il risultato è una panoramica ricostruita sul campo, frutto di un'indagine scientifica condotta sul terreno degli atti dei lavori della Costituente, con sensibilità storico-giuridica. - Cap.: I. Della interpretazione del diritto romano (1. Per una interpretazione storica della Costituzione. 2. Il diritto romano «ragione scritta»). II. La famiglia e la persona (1. La famiglia «società naturale», una «eredità del diritto romano». 2. L'influenza della teoria di Pietro Bonfante sulla concezione costituzionale della famiglia. 3. Il modello del *pater familias* e i limiti alla eguaglianza dei coniugi a garanzia dell'unità della famiglia. 4. L'indissolubilità del matrimonio, un principio non romano. 5. Il diritto originario dei genitori di educare e istruire i figli. 6. Concezione romana della famiglia, naturalità dei diritti, secondarietà dello Stato. 7. Giorgio La Pira e la necessaria tutela dei «diritti essenziali delle comunità naturali». 8. Il diritto è costituito *hominum causa*. 9. Il significato costituzionale del riconoscimento dell'idea «romana»). III. Lo Stato (1. Il fondamento romanistico della sovranità popolare. 2. La «giustizia amministrata in nome del popolo»: l'esempio dei comizi centuriati. 3. *Nullum crimen nulla poena sine lege*. 4. Il gratuito patrocinio, l'appello e la pena di morte: divagazioni romanistiche. 5. Concetto Marchesi e il «reo». 6. Il

senato romano e altri spunti circa l'ordinamento della Repubblica. 7. Le garanzie del cittadino fra responsabilità dello Stato e giurisdizione costituzionale: sollecitazioni romanistiche. 8. Il *municipium*). IV. Per un modello romano di legiferare (1. *Omnis definitio periculosa est*. 2. Le Dodici Tavole e l'approvazione popolare della Costituzione). V. La proprietà (1. Alle origini della proprietà civilistica. 2. Paolo Emilio Taviani e la proprietà «costituzionale» né romana né sovietica. 3. Una proprietà che nasce limitata. 4. Antonio Pesenti e Bruno Corbi contro la «vecchia» concezione romana di proprietà. 5. Giovanni Perlingieri e l'assolutezza del modello romano di proprietà. 6. Quale era dunque la proprietà romana? 7. Giorgio La Pira e la concezione romana di proprietà. 8. Vecchi tentativi di funzionalizzare la proprietà. 9. La funzione sociale della proprietà nel dibattito costituente. 10. La proprietà costituzionale. 11. La proprietà privata è ancora unitaria. 12. Proprietà pubblica e proprietà collettiva non rompono lo schema «romano». 13. La proprietà costituzionale mette al centro la persona e non la cosa. 14. La Carta dei diritti fondamentali della UE e il ritorno della proprietà «romana»). VI. La libertà (1. Giorgio La Pira e Palmiro Togliatti: il tentativo di funzionalizzare la libertà e il modello sovietico. 2. Ottavio Mastrojanni e la resistenza del modello romano di libertà. 3. L'esempio romano di libertà. 4. La libertà romana «vince». 5. Conclusioni). – Note. Bibliografia. Indice dei nomi.

[F. M.]

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2022

ELENCO AUTORI

- MARIA FEOLA *Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II*
- GIUSEPPE CAMODECA *Già Professore ordinario di Papirologia ed epigrafia giuridica all'Università di Napoli Federico II*
- FELICE MERCOGLIANO *Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara*
- ROCCO FAVALE *Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Camerino*
- RODIN ROBAKOWSKI *Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Professor Dr. Wolfram Cremer am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehnle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2022 entstanden*
- MOSES WIEPEN *Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Handels- und Wirtschaftsrecht von Frau Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Univ. Bristol) der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehnle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2022 entstanden. Der Verfasser bedankt sich bei Prof. Dr. Arndt Kiehnle für wertvolle Anregungen*
- YARU LI *Ph.D. Student in Civil Law, School for Advanced Studies, UNICAM*
- JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES *Professore Dottore e ricercatore di Diritto civile. Facoltà di Giurisprudenza. Università di Cadice (Spagna)*
- FRANCESCO RIZZO *Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Camerino*

- MARIA D'ARIENZO *Professoressa Ordinaria di Diritto Ecclesiastico, Diritto canonico e Diritti confessionali presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*
- LORENZO MEZZASOMA *Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Perugia*
- GLORIA MANCINI PALAMONI *Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Camerino*
- PAOLA SANTINI *Professoressa associata di Diritto romano e Organizzazione amministrativa romana presso l'Università di Napoli Federico II*
- MARIA PAOLA MANTOVANI *Professoressa associata di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Camerino*