***JUS*- ONLINE**

ISSN 1827-7942

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 2/2018

FRANCESCO BESTAGNO 2
L'integrazione europea, le giovani generazioni e l'idea di una politica comune per la famiglia

ALESSIO LO GIUDICE 14
Losing Democracy. Dewey's Concept of an Experience and the Question of Legitimacy

SALVO RANDAZZO 27
Pietro Bonfante e il *contractus*

FILIPPO PIZZOLATO 40
Le nuove forme della partecipazione civica e le autonomie territoriali

MANLIO MIELE 63
Ancora sul promotore di giustizia

BARBARA TRONCARELLI 80
Soggettività umana e diritto al lavoro nella trasformazione digitale

PAOLO GIUSEPPE MARIA LOBIATI 116
La prova dell'esclusione implicita del *bonum fidei*: note a margine di una sentenza *coram Salvatori*

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Francesco Bestagno

Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore

L'integrazione europea, le giovani generazioni e l'idea di una politica comune per la famiglia[1]

Sommario: 1. La crisi di legittimazione dell'UE agli occhi dei giovani. 2. L'Unione europea come modello di dialogo ed inclusione. 3. Per una maggiore legittimazione dell'UE: rappresentatività democratica e politica sociale. 4. Porre la famiglia al centro dell'Agenda europea.

1. La crisi di legittimazione dell'UE agli occhi dei giovani

A sessant'anni dalla fondazione dell'Unione europea il processo di integrazione tra Stati membri sembra attraversare un momento di particolare difficoltà, che appare legato ad una "crisi di legittimazione" al suo interno. Il cambiamento di attitudine di parte dell'opinione pubblica verso l'UE si è diffuso in modo piuttosto repentino negli ultimi anni, estendendosi parallelamente anche alle giovani generazioni. Chi svolge attività di istruzione e formazione può avere la netta sensazione di trovarsi di fronte alla prima generazione del dopoguerra in cui non è diffusamente condivisa la percezione dell'importanza dell'apertura e dei legami attuali tra Stati membri dell'UE. E anche tra coloro che non hanno un atteggiamento negativo verso l'UE si coglie di frequente la tendenza a sottovalutare la necessità di riaffermare e alimentare i valori alla base dell'integrazione europea, dando per scontata l'attuale condizione di pace permanente e di cooperazione in Europa.

Una spiegazione di questo cambiamento può probabilmente risiedere nel fatto che per la prima volta nella storia dell'Europa occidentale si è verificato un lungo periodo di pace. Per le generazioni precedenti, la vicinanza temporale dell'ultimo conflitto su scala continentale poneva chiara l'esigenza di promuovere

[1] Il testo, già apparso nella Rivista *Educatio Catholica*, Libreria Editrice Vaticana, 1/2018, pp. 141-150, è qui ripubblicato per gentile concessione della Direzione della Rivista dopo essere stato sottoposto a *double blind peer review*.

forme di dialogo e cooperazione con gli abitanti dei Paesi ex-nemici. E, del resto, fino alla fine degli anni ottanta la "guerra fredda" comportava una sensazione di tensione duratura con i vicini Paesi orientali e di pericolo di conflitti in Europa, con l'esigenza di mantenere salde le alleanze nell'Europa occidentale.

Oggi, viceversa, la fortuna di aver vissuto in condizioni di stabilità, sul piano della sicurezza continentale, sembra avere diffuso l'idea che la pace sul piano europeo sia una condizione irreversibile. Ciò rende più difficile percepire quanto sia importante il dialogo continuo tra Stati europei, all'interno di istituzioni multilaterali quali l'UE e il Consiglio d'Europa, per evitare che questa condizione si alteri. Non si ricorda, ad esempio, che nei Balcani, ai confini dell'Italia, negli anni novanta si è svolto per anni un conflitto nel quale sono ricomparsi campi di concentramento, atti di genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità. Né si sottolinea, in relazione a questa vicenda, quanto l'UE sia stata decisiva per impedire che singoli Stati membri, che avevano legami bilaterali risalenti o interessi attuali con alcuni Paesi dei Balcani, potessero cedere alla tentazione di parteggiare per uno o l'altro dei belligeranti: i vincoli all'interno dell'UE hanno impedito che vi fossero forme di coinvolgimento di Stati membri nel conflitto, salvo che per iniziative di mediazione.

In generale, l'UE è spesso percepita come un soggetto che non è in grado di risolvere le attuali difficoltà di ordine economico, migratorio o demografico, o addirittura come un soggetto che non ha titolo per affrontare tali problemi. E' chiaro che ciò si ricollega in buona parte all'arrestarsi del processo di crescita economica che aveva segnato il secondo dopoguerra. A maggior ragione, questa percezione è acuita dal fatto che, nel contesto di apertura dei mercati nazionali, la crisi nata nel settore bancario alla fine dello scorso decennio ha rapidamente e stabilmente contagiato settori sani dell'economia reale in Europa. Da diversi anni ormai i giovani nei Paesi occidentali sono consapevoli del fatto che verosimilmente non potranno vivere in un contesto economico migliore o equivalente rispetto a quello in cui sono vissuti i propri genitori, e che difficilmente riusciranno a mantenere lo standard di vita delle generazioni precedenti.

Chiaramente, a questa disaffezione contribuiscono i movimenti politici che hanno individuato nell'UE un facile bersaglio cui attribuire la responsabilità di problemi in buona parte di natura nazionale. Ma non bisogna sottovalutare che l'opinione pubblica e più specificamente quella dei giovani è influenzata anche da atteggiamenti di scarso interesse verso l'opzione europea. Chi abbia responsabilità politiche, istituzionali, o educative, deve essere consapevole del fatto che la mancanza di attenzione e la scarsa informazione in relazione all'integrazione tra Stati europei contribuiscono al diffondersi di tale sfiducia. Presentare l'Unione europea come "il male minore", o come qualcosa di molto complesso e lontano, pone le basi per il disinteresse - o per l'opposizione - verso forme di cooperazione tra Stati europei.

Qui di seguito si esporranno alcune considerazioni nella prospettiva di riaffermare i punti di forza e i risultati indiscutibili della costruzione europea e di mantenerne la consapevolezza tra le giovani generazioni.

2. L'Unione europea come modello di dialogo ed inclusione

L'UE ha creato uno spazio in cui circolare, lavorare, studiare liberamente che non ha precedenti nella storia europea, che non ha eguali negli altri continenti e che si è allargato sempre più nel corso dei decenni. Occorre ribadire con forza che coloro che hanno la fortuna di vivere nell'UE, nonostante l'abitudine a considerare scontato – o a non apprezzare - tutto ciò di cui godono in Europa, non potrebbero rinunciare alla *dimensione di libertà* che l'UE ha garantito in questi 60 anni.

Può apparire paradossale che si diffonda una scarsa fiducia per il progetto dell'UE al suo interno, se si tiene conto del fatto che dall'esterno si guarda ad essa come un modello da imitare. L'UE ha rappresentato sin dalla sua fondazione un modello studiato sul piano internazionale che ha ispirato molti altri accordi analoghi (i quali però non hanno mai eguagliato la profondità dell'integrazione comunitaria). Negli anni successivi alla creazione della CEE (nel 1957) si sono sviluppati accordi di integrazione commerciale in America Latina, in Africa e in altri Stati d'Europa.

Anche in ciascuno dei decenni seguenti, ad ogni tappa di allargamento comunitario hanno fatto seguito, con una sorta di "effetto domino", fasi di ulteriori accordi di liberalizzazione commerciale in altri continenti (sia nelle aree già indicate che in Nord America)[2].

Proprio con riguardo alle fasi di allargamento dell'UE a nuovi Paesi membri, si può sottolineare *l'attitudine all'inclusione* che ha connotato il progetto europeo[3]. La prospettiva dell'adesione all'UE ha contribuito fortemente a consolidare la stabilità democratica di Paesi che da poco erano usciti da regimi autoritari: Grecia, Spagna e Portogallo negli anni ottanta; i Paesi ex socialisti nel processo che li ha portati all'adesione dagli anni novanta ai primi anni 2000. Un punto che merita di essere chiaramente ricordato è che negli anni novanta non era scontato che l'UE volesse e potesse allargarsi ai Paesi dell'Est europeo. In quel momento, la scelta di includere tali Paesi nel processo di integrazione fu adottata con la consapevolezza che i costi economici iniziali sarebbero stati giustificati dai rischi che viceversa avrebbe comportato l'esclusione dall'integrazione europea: il principale beneficio di tale allargamento è stato di natura politica, con l'affermazione di sistemi di governo democratici in tutti i nuovi Paesi membri. Senza la partecipazione all'UE non è affatto certo che si sarebbe verificato un analogo sviluppo economico, con stabilità politica (e militare) nel continente europeo.

Il fatto che l'UE sia tuttora un modello per gli altri Paesi risulta da un esempio attuale di enorme importanza sul piano geopolitico, al quale non è però sinora stata data sufficiente attenzione (forse intenzionalmente) da parte dei *media* occidentali: l'Unione Economica Eurasiatica, che è lo stadio attuale di un processo di integrazione avviato dalla Russia con gli Stati limitrofi dal primo decennio degli anni 2000[4]. Le istituzioni di questa Unione si ispirano in larga misura alle istituzioni dell'UE. Sul piano economico e commerciale, tra gli Stati membri di tale

---

[2] A questo riguardo mi permetto di rinviare al mio scritto *Scenari di dis-integrazione commerciale in caso di "Brexit"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 535 ss.

[3] In questo momento, la prospettiva della c.d. "Brexit" rappresenta il primo esempio in senso contrario ad un fenomeno che è stato una costante della storia europea del dopoguerra: il ripetuto ampliamento dell'UE a nuovi Paesi membri.

[4] Ad oggi sono membri dell'Unione economica eurasiatica i seguenti Stati: Russia, Bielorussia, Armenia, Khazakistan, Kirghizistan; sono osservatori il Tagikistan e l'Uzbekistan.

organizzazione è stato creato un mercato comune con un'unione doganale analoga a quella esistente nell'UE, e con la prospettiva dell'armonizzazione delle legislazioni in materia commerciale tra gli Stati membri, come avviene nel mercato interno europeo[5].

Anche sul piano istituzionale l'esperienza comunitaria ha rappresentato sotto molti versi un punto di riferimento. L'intero quadro di attività dell'UE si segnala, dall'origine a tutt'oggi, per la continua ricerca di metodi per *risolvere i problemi in cooperazione* tra gli Stati membri. Il quadro delle istituzioni è certamente complesso, per la presenza di più organi e organismi che decidono e agiscono con procedure proprie. Peraltro, tale complessità è il riflesso della complessità dell'UE, e del gran numero (e della varietà) delle materie in cui essa può incidere. Soprattutto, le procedure di decisione rispecchiano la volontà di rappresentare diversi interessi in gioco (quello dei Governi degli Stati membri, quello dell'Unione unitariamente considerata e quello dei cittadini dell'UE). Sotto quest'ultimo profilo, il Parlamento europeo rappresenta l'unico esempio di organo internazionale eletto a suffragio universale. E ogni cambiamento dei Trattati istitutivi è stato segnato dall'aumento progressivo dei poteri di tale organo democratico, che oggi ha assunto la funzione di legislatore dell'UE (condivisa con il Consiglio dell'UE in cui sono rappresentati i Governi nazionali).

Infine, non si può dimenticare un ulteriore aspetto (che ben si sarebbe potuto indicare per primo): le principali organizzazioni regionali europee (UE e Consiglio d'Europa) sono state in tutto il secondo dopoguerra un riferimento sul piano dei valori che hanno espresso: si pensi ad esempio all'impegno del Consiglio d'Europa per la democrazia, lo stato di diritto e il *rispetto dei diritti dell'uomo*. Da questo punto di vista, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – approvata nel Consiglio d'Europa nel 1950, prima della creazione delle Comunità europee – ha

[5] Il carattere strategico fondamentale di questa Unione – specie nella prospettiva della Russia – si può cogliere pensando alle tensioni scoppiate in Ucraina tra la fine del 2013 e l'inizio del 2014 in relazione alla stipulazione dell'Accordo di libero scambio tra UE e Ucraina. La stipulazione di questo Accordo, infatti, ha precluso la partecipazione dell'Ucraina stessa all'Unione eurasiatica, poiché la realizzazione di una zona di libero scambio bilaterale tra UE e Ucraina impedisce a quest'ultima di essere parte di un'unione doganale (come è l'Unione eurasiatica): il corretto funzionamento di un'unione doganale richiede che le frontiere commerciali siano sostanzialmente in comune, e quindi comporta che non ci possa essere un membro dell'unione doganale con accordi commerciali autonomi rispetto agli altri.

rappresentato il primo trattato internazionale della storia ad avere stabilito impegni a rispettare il diritti fondamentali di ogni persona umana, vincolanti per gli Stati contraenti gli uni nei confronti degli altri e anche nei confronti dei singoli individui. La centralità dei diritti e della dignità della persona si è affermata gradualmente anche nell'Unione europea, sebbene alla sua nascita rilevasse solo l'integrazione economica: oggi i principali valori fondanti dell'UE sono la tutela dei diritti umani e dello stato di diritto (tanto che nessuno Stato può diventare membro dell'UE se non dà prova di rispettare tali valori[6]); la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è tuttora un punto di riferimento accanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE stessa[7].

In quest'ottica, si noti che in tutti gli attuali strumenti di cooperazione dell'UE con i Paesi in via di sviluppo sono costantemente richiamati i valori cui si devono attenere i Paesi che beneficiano degli aiuti europei. In altri termini, si deve notare l'importanza della *visione "integrale" dello sviluppo* che è propria della politica di cooperazione dell'UE, nella quale lo sviluppo economico non è un obiettivo disgiunto dal rispetto di diritti e valori fondamentali di cui l'UE è promotrice. In particolare, sono poste condizioni agli aiuti ai Paesi beneficiari, che prevedono la possibilità di cessare la cooperazione se vi siano prove di violazioni dei trattati internazionali in materia ambientale, sui diritti umani, sui diritti dei lavoratori, o prove della mancanza di democraticità dei Governi di tali Paesi[8]. Malgrado la cooperazione allo sviluppo da parte dell'UE non dia luogo solo ad elogi ma talora anche a critiche, è necessario non sottovalutare il costante richiamo da parte dell'UE al rispetto di tali valori, con un'attenzione che non è comune ad altri attori sulla scena internazionale quando si rapportano con i Paesi emergenti.

3. Per una maggiore legittimazione dell'UE: rappresentatività democratica e politica sociale

[6] Articoli 2 e 49 del Trattato sull'Unione europea.

[7] V. l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, specificamente i paragrafi 2 e 3.

[8] V. ad esempio il c.d. "Sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea", che garantisce una riduzione dei dazi all'importazione o l'eliminazione dei dazi a favore di quei Paesi in via di sviluppo che assicurino determinati standard di rispetto dei diritti dell'uomo, dei diritti dei lavoratori e di tutela dell'ambiente (Reg. UE **978/2012).**

Per riavvicinare all'UE i suoi cittadini, specialmente i più giovani, è certamente importante accrescere la consapevolezza dei valori e dell'unicità dell'esperienza di integrazione europea, come si è detto. Oltre a ciò, però, sono necessarie scelte politiche specificamente volte a migliorare il modo in cui le persone percepiscono l'UE, interagiscono con essa e ne ricevono sostegno concreto.

Il primo auspicio che si può formulare a questo riguardo – condiviso da molti osservatori – è che si aumenti il *carattere democratico* delle istituzioni. Già si è sottolineata l'importanza della presenza tra le istituzioni dell'UE di un'assemblea parlamentare democraticamente eletta dotata di poteri normativi e politici. Un ulteriore passo fondamentale in quest'ottica potrebbe essere la previsione che il Presidente della Commissione europea sia eletto democraticamente su base europea[9]. Attualmente alla sua nomina partecipa il Parlamento europeo, ma l'elezione diretta avrebbe un impatto rilevante, dati i poteri che la Commissione detiene sul piano normativo, di controllo, di esecuzione delle politiche dell'UE[10]. Si tratterebbe di una novità radicale, da cui discenderebbe una legittimazione molto maggiore della Commissione ad incidere, ad esempio, in materia di politica sociale, o di politica economica. E, del resto, ciò potrebbe contribuire a rendere la UE un interlocutore ancor più autorevole su scala mondiale (ad esempio nei campi della politica commerciale e della cooperazione allo sviluppo), e più consapevole delle sue responsabilità e dei suoi compiti verso i cittadini-elettori.

Si possono poi immaginare altre riforme per ridurre ulteriormente il c.d. "*deficit* democratico" nell'UE: aumentare il potere legislativo del Parlamento europeo a scapito del Consiglio dell'UE; rendere più efficace il meccanismo con cui gruppi di cittadini europei possono presentare proposte di atti legislativi; migliorare i meccanismi con cui i singoli possono rivolgersi al Mediatore europeo per casi di

[9] V. in questo senso la proposta di modifica dei Trattati presentata da Guy Verhofstadt al Parlamento europeo, che è stata oggetto (insieme ad altre due diverse proposte) della Risoluzione parlamentare del 15 febbraio 2017 (atto però dotato solo di valore di indirizzo politico e non vincolante).

[10] In una prospettiva che potrebbe portare a far coincidere le elezioni del Parlamento con l'elezione del Presidente della Commissione, si può ricordare che già in occasione delle elezioni del Parlamento europeo del 2014 si è tenuto un confronto televisivo tra coloro che i vari gruppi politici del Parlamento europeo avevano indicato come auspicabili Presidenti della Commissione.

cattiva amministrazione dell'UE o gruppi di cittadini possono rivolgere petizioni al Parlamento per questioni di interesse europeo.

Anche a voler immaginare che sussista la volontà politica degli Stati membri in questa direzione, tuttavia, ogni progresso in questo senso richiederebbe una modifica dei Trattati, seguendo le procedure di emendamento previste nei Trattati stessi che hanno ovviamente un certo grado di complessità, in quanto sono destinate ad incidere su testi di diritto primario dell'ordinamento dell'UE. E in questa fase non pare che vi sia tra gli Stati membri un clima favorevole ad iniziative volte a modificare i Trattati, principalmente per il timore dei Governi nazionali che ipotetiche iniziative di questo tipo possano fornire l'occasione per polemiche interne, atte a condizionare successive scadenze elettorali[11].

Come si è accennato, conferire un maggior grado di democraticità alle Istituzioni europee sarebbe fondamentale anche per consentire maggiori interventi dell'UE nel campo della *politica sociale*. E' questo uno dei settori in cui maggiormente si avverte l'esigenza di una presenza più significativa dell'UE, specie nella prospettiva di evitare derive populistiche da parte degli elettori che con la crisi avvertono forte la minaccia per le sicurezze proprie del *Welfare State*. Ora, le misure di politica sociale devono essere oggetto di scelte da parte di organismi rappresentativi, poiché si tratta di scelte relative a come usare le risorse economiche e a identificare quali bisogni siano prioritari rispetto ad altri. Si tratta di azioni positive, diverse rispetto alla rimozione degli ostacoli alle libertà di circolazione che si è perseguita per creare un mercato unico. Nella prospettiva originaria, infatti, all'UE spettava di far crescere l'economia attraverso l'apertura dei mercati nazionali, mentre agli Stati membri restavano riservate le politiche sociali. L'attuale importanza dei poteri dell'UE in campo economico, specie nell'area dei Paesi la cui moneta è l'Euro, comporta l'esigenza che l'UE si ponga nelle condizioni migliori per intervenire anche in campo sociale, destinando parte delle risorse allo sviluppo di

[11] Si noti ad esempio che il "Libro bianco sul futuro dell'Europa, Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025", del 1° marzo 2017, è formulato con lo specifico obiettivo di identificare cinque possibili scenari alternativi verso i quali l'UE si potrebbe evolvere *senza modificare i Trattati*. Anche la Dichiarazione di Roma nel sessantesimo anniversario dell'istituzione della CEE, formulata dai 27 Stati membri e dei Presidenti di Parlamento, Commissione e Consiglio europei, esprime obiettivi cui l'UE deve tendere senza però prefigurare una modifica dei Trattati.

politiche per garantire la sicurezza sociale dei cittadini. Attualmente, del resto, il maggior grado di democraticità del processo decisionale dell'UE pare legittimare più ampi interventi in questa materia su scala europea.

4. Porre la famiglia al centro dell'Agenda europea

In conclusione, ci si permetta di formulare un auspicio per l'adozione di una linea politica che forse potrebbe far recuperare l'attenzione e la fiducia nel progetto europeo specialmente da parte dei più giovani: considerare la *tutela della famiglia* come una priorità nelle azioni dell'UE[12].

Allo stato attuale manca una politica dell'UE dedicata ed organica a sostegno alla famiglia[13]. Lo stesso termine "famiglia" è uno dei meno utilizzati nel lessico delle Istituzioni dell'UE, a parte settori specifici quali il ricongiungimento familiare dei migranti[14]. Le Istituzioni dell'UE finora non hanno considerato che questo fosse un obiettivo prioritario, verosimilmente per riservare questa materia alle autorità nazionali. Il che si lega, evidentemente, alle diverse nozioni di "famiglia" accolte nei vari ordinamenti nazionali.

A fronte di una situazione eterogenea, in questa materia molto delicata, non è prevedibile - e forse nemmeno auspicabile - che l'UE intervenga sul piano normativo per armonizzare le legislazioni nazionali. Tuttavia, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali non è indispensabile per promuovere forme di sostegno alle famiglie sul piano economico e sociale, in quanto questi aiuti potrebbero essere decisi a livello europeo pur lasciando agli Stati membri il compito di definire qual è la nozione di famiglia accolta nell'ordinamento nazionale. Anche la Carta dei diritti

---

[12] Ringrazio il dott. Andrea Mensi per gli utili scambi di idee in merito a questo paragrafo.

[13] Molti degli interventi di sostegno economico da parte delle Istituzioni dell'UE possono indirettamente portare benefici anche alle famiglie, ad esempio per quanto riguarda iniziative con finalità sociale, ma sono iniziative che non sono concepite avendo le famiglie come destinatari primari.

[14] Si possono menzionare alcuni atti che prendono in considerazione le famiglie, ma che in definitiva sono riconducibili in genere ad atti non vincolanti e a prese di posizione di principio: si v. ad es. la Comunicazione della Commissione "*Promuovere la solidarietà fra le generazioni*" del 2007 (COM/2007/0244 def.), che al punto 3 prefigura l'ipotesi di un"'Alleanza europea per la famiglia", volta a realizzare scambi di conoscenze e buone prassi per l'adozione negli Stati membri di politiche a favore delle famiglie, anche nella prospettiva di rispondere alla sfida demografica, nonché a favorire l'uso di fondi strutturali per consentire di conciliare vita professionale, vita familiare e vita privata.

fondamentali dell'UE prevede la "protezione della famiglia" e il "diritto di costituire una famiglia" senza darne una definizione e anzi prevedendo espressamente che l'esercizio di quest'ultimo diritto sia garantito nel quadro delineato dalle leggi dei singoli Stati[15]. Nella medesima prospettiva, l'UE ha ad esempio previsto forme di intervento a favore delle imprese familiari ("family business", "family enterprises"), senza dare una definizione unitaria di famiglia valida per tutti gli Stati membri[16].

In definitiva, quindi, non è improponibile l'attuazione di interventi europei sistematicamente a sostegno delle famiglie. In questa prospettiva si potrebbe per esempio prevedere che i fondi strutturali siano usati per finanziare le imprese che diano permessi a padri e madri, in modo da favorire la genitorialità aumentando la possibilità di conciliare famiglia e lavoro[17]; oppure prevedere incentivi alle banche che facciano condizioni migliori di prestito alle giovani coppie o comunque ai genitori (ad esempio di famiglie numerose). L'impulso per l'adozione di scelte di questo tipo probabilmente non verrà dall'interno delle Istituzioni dell'UE, e neanche dai Governi degli Stati membri. Non si può però escludere che la società civile, i cittadini dell'UE, alcuni gruppi politici del Parlamento europeo possano utilmente fare pressione perché le politiche a tutela della famiglia siano considerate di centrale importanza.

Porre la famiglia al centro dell'Agenda dell'UE potrebbe essere una scelta con un grande impatto sui cittadini europei e sui giovani in particolare. Ciò implicherebbe principalmente intervenire con politiche di sostegno diretto, ma anche favorire un mutamento di prospettiva "culturale", con un lessico

---

[15] Art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: "Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia": "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Articolo 33: "Vita familiare e vita professionale": "1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale."

[16] V. le iniziative a favore delle imprese familiari nel quadro di azioni a supporto delle piccole e medie imprese da parte dell'UE (c.d. "*Small Business Act*"), e in particolare la Comunicazione della Commissione "Una corsia preferenziale per la piccola impresa", del 25 giugno 2008, che considera le imprese familiari a pieno titolo come piccole imprese, senza peraltro dare alcuna definizione di famiglia (COM(2008) 394 def.).

[17] I congedi familiari sono un settore nel quale si deve riconoscere l'effettiva attenzione da parte delle Istituzioni dell'UE, che hanno emanato diversi atti. V. ad esempio: la Direttiva 2010/18 dell'8 marzo 2010 in materia di congedi parentali; la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni di lavoro atte a favorire il bilanciamento della vita lavorativa e privata; la previsione di nuove politiche al riguardo nell'iniziativa della Commissione "New start to address the challenges of work-life balance faced by working families", dell'agosto 2015 (2015/JUST/012). Mentre il primo degli atti citati ha natura vincolante, gli altri due hanno valore di atti di indirizzo.

maggiormente improntato ad espressioni correlate alla famiglia o ad esempio con la previsione tra le linee di ricerca finanziate a livello europeo anche di ricerche specificamente dedicate alla famiglia.

Eventuali passi concreti in questa direzione potrebbero essere il segno di un cambiamento immediatamente percepibile, che potrebbe ridurre la disaffezione interna verso le Istituzioni dell'UE e aumentare la vicinanza al progetto europeo dei cittadini dell'UE, sia dei giovani sia di quel ceto medio che si sente più minacciato dagli effetti della globalizzazione[18]. Perché è chiaro che quando l'UE realizza progetti che corrispondono alle aspettative e ai bisogni dei cittadini, l'adesione è immediata ed entusiasta: ne sono un esempio le centinaia di migliaia di giovani che hanno partecipato al programma *Erasmus* o agli *Stages* nelle Istituzioni europee. Si pensi in tal senso che in un recente sondaggio, condotto dalla Federazione Internazionale delle Università Cattoliche (FIUC) su un campione globale di 17.000 studenti universitari, è emerso come la famiglia sia al primo posto per gli studenti fra "the three most important things in their lives", con più del doppio di preferenze rispetto all'istruzione e all'amicizia[19].

In questa prospettiva, considerare l'istituto della famiglia come una priorità tra le politiche comuni potrebbe essere uno di quei "cambi di passo" - di quei "colpi d'ala" - di cui l'UE sa di avere molto bisogno per recuperare un rapporto di fiducia con i suoi cittadini.

Abstract: In times of dissatisfaction and disinterest in the ideals of European integration, even among young people, we should not forget that the EU has created an area of freedom where it is possible to circulate, work and study freely. This fact has no precedent in the history of Europe, no equal in any other continent and has expanded ever more over the decades. EU citizens, especially the younger ones, should be reminded that the EU has determined the creation of a dimension of freedom in the last 60 years which is too often taken for granted. To bring people closer to the EU, it would be better to further progress in the democracy of the EU institutions, taking more effective EU social measures, adopting clear EU political choices of direct support to families.

[18] Non mancano studi condotti dall'UE che hanno posto in luce le gravi conseguenze della recente crisi economica specificamente in capo alle famiglie in Europa, quali l'aumento della povertà, la crisi di imprese familiari, l'abbassamento del livello di istruzione e del tasso di natalità: cfr. ad esempio lo studio di Eurofund del 2015, nell'ambito del programma *Europe 2020 Strategy*: "*Families in the economic crisis*".

[19] V. la pubblicazione dell'*International Federation of Catholic Universities*, *Youth Cultures in Catholic Universities - A worldwide study*, Parigi 2014, p. 174.

Key words: European Union; European integration; free circulation; family policy; social policy; democracy deficit.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Alessio Lo Giudice

Professore ordinario di Filosofia del diritto Università degli Studi di Messina

*LOSING DEMOCRACY. DEWEY'S CONCEPT OF AN EXPERIENCE AND THE QUESTION OF LEGITIMACY**

Sommario: 1. John Dewey's Concept of Democracy. 2. Having an Experience. 3. The Aesthetics of Democracy. 4. A Lost Experience.

1. John Dewey's Concept of Democracy

As Charles Sabel writes, "In an uncertain world, where innovations in production and changes in individual life courses and gender roles upend each other, settled forms of assuring social solidarity fail, and traditional representative democracy seems more an institutional casualty of these changes than an instrument for an effective public response to them, committed democrats will want to learn from Dewey."[1] Certainly we do want to learn from John Dewey, especially considering the bases for Dewey's social diagnosis: trends towards a more and more complex society, radical pluralism, the eclipse of the public, and a crisis in democratic legitimacy. Granting obvious historical differences, these are clear features of our own context. In addition, Dewey's concept of democracy may make it possible to transcend the theoretical and practical distinction between representative and deliberative democracy, since his theory advances a concept of deliberative practice as social support for representative democracy. For these reasons, John Dewey's concept of democracy seems to me potentially capable of providing keys to a critical understanding of current conditions. In particular, Dewey conceived of democracy as a cooperative problem-solving practice in which actors try out provisional solutions by means of social communication. His notion of experimental democracy as a specific form of life and an ethical enterprise rather

* Il contributo è stato sottoposto a double blind peer review.

[1] Charles F. Sabel, "Dewey, Democracy, and Democratic Experimentalism," *Contemporary Pragmatism* 9 (2012): 35.

than simply as a form of government implies the constitution of a polity as a practical and complex process of exchanging and sharing experiences. In a Deweyan approach, what constitutes "the people" is neither cultural homogeneity nor a mere procedure, but rather emergent shared meaning among citizens that functions to establish their orientation in life. As Dewey wrote, we have to "get rid of the ideas that lead us to believe that democratic conditions automatically maintain themselves, or that they can be identified with fulfilment of prescriptions laid down in a constitution."[2]

In fact, according to Dewey, civic participation is the crucial resource for a democratic environment. Society is accountable for generating its own principles and values. Thus these are always subject to debate and revision by citizens faced with concrete social problems. But this implies an idea of a democratic community that is based on the potential for the ongoing revision and development of the community's principles, values and institutional structures – revision that is the outcome of an exchange of practices, experiences, understandings, in order to find contingent shared meanings; revision that is the engine for the process of building a shared identity, as long as civic participation takes the form of a multiplicity of political laboratories where problems are envisaged, selected, and dealt with, and different solutions are tried out. Thus Deweyan democracy is dynamic and experimental. Democracy in action[3] is, at the same time, a problem-solving tool and a shared-meaning-building tool. It is not at all reducible to voting procedures, as Dewey states in *The Ethics of Democracy*: "But the heart of the matter is found not in voting nor in the counting the votes to see where the majority lies. It is in the process by which the majority is formed."[4]

In laying out his own idea of democracy, Dewey takes as his model the ideal of the scientific community, one dedicated to testing possible solutions for different problems and to opening up these solutions to free scientific discussion. The logic

[2] John Dewey, *The Collected Works of John Dewey,* 1882-1953, ed. by Jo Ann Boydston (Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1969-1991), LW, 13:87.

[3] For a precise understanding of the role of action in Dewey's philosophy, see Joëlle Zask, "John Dewey on Political Action and Social Philosophy," *Revue Internationale de Philosophie* 207 (1999): 21-35.

[4] EW 1:234.

to be followed is that of scientific inquiry, which presupposes agents' freedom and free access by all to all the available data. For this reason, in Dewey's account of democracy, the notion of "the public" (in the sense that there are different publics) is decisive. The anthropological premise of the theory of the public is the pragmatic denial of an atomistic account of the human being. The individual and society are mutually constituted, and together they fight to extend the scope of their knowledge in order to react to unpredictable events and failures. Thus in the framework of democracy as self-government, the growth of social intelligence in problem-solving and the flourishing of individual personality go hand-in-hand with each other: "*In the realization of individuality there is found also the needed realization of some community of persons of which the individual is a member; and, conversely, the agent who duly satisfies the community in which he shares, by that same conduct satisfies himself.*"[5]

Dewey writes, "The public consists of all those who are affected by the indirect consequences of transactions to such an extent that it is deemed necessary to have those consequences systematically cared for."[6] Thus the concept of the public implies the real involvement of people in shared problems and represents the basis for the democratic enterprise, understood as informed self-government. Late-modern complex society, the need to involve expertise, factual relativism, large-scale urban and continental environments: all these represent problems for the public. They are radical problems that could lead to the eclipse of the public, with obvious consequences for the democratic project. In 1927 Dewey pointed out that conditions had changed: "We have inherited, in short, local town-meeting practices and ideas. But we live and act and have our being in a continental national state."[7] Today, we could simply rewrite that statement, saying: *We have inherited, in short, nationwide policy-discussion practices and ideas. But we live and act and have our being in a global, postnational world.*

So the challenge is to respond to the potential eclipse of the public and seek out a way to hold onto and sustain this essential democratic feature; that is, to arrive

[5] EW 3:323.
[6] LW 2:245-246.
[7] LW 2:306.

at an understanding of how the public can re-emerge, given current social, economic, technological, bureaucratic and geographic obstacles. For Dewey what is at stake is the necessity to extend communicative spaces and practices, since "[m]ental and moral beliefs and ideals change more slowly than outward conditions."[8] It is necessary to extend the number of venues where experiences can be exchanged, where different solutions for different problems can be put forward and tested. This is the only way to restore a sense of communal life suited to the new perspectives and geopolitical scales but nevertheless able to react against the anonymous impersonality of a pluralist and atomistic society. As Dewey writes, "We have the physical tools of communication as never before. The thoughts and aspirations congruous with them are not communicated, and hence are not common …. Our Babel is not one of tongues but of the signs and symbols without which shared experience is impossible."[9]

2. Having an Experience

In accordance with Dewey's concept of democracy, we can say the existential core of democracy resides in the practice of shared experiences based on meaningful communication. But delving deeper into Dewey's philosophy, we find that a genuine democratic experience must be an aesthetic experience, shaped by arguments that image a shared journey with a beginning, a middle and an end. To understand the link between democratic experience and the way argument can image aesthetically, we must turn to Dewey's concept of an experience as an aesthetic experience.

According to Dewey, an experience strictly speaking is structured along a line of development. This implies a difference between having an experience and continuous interaction between the living creature and the environment, which could be called experience in a broad sense. The latter is a sort of permanent background formed of distractions and dispersal and conditioned by a distance

[8] LW 2:323.
[9] LW 2:323-324.

between what we observe and what we think, what we desire and what we get. In particular, the background of continuously occurring experience is something unfinished, incomplete, unsatisfying, and incapable of generating new meanings for new experiences. In contrast, as Dewey wrote, "[W]e have *an* experience when the material experience runs its course to fulfilment."[10]

In fact throughout our lives, there is a constant flow of "experience," from our earliest memories through to the present. But some experiences stand out; they don't feel like "flow" but are instead coherent and complete. Dewey calls these "an experience," as when we say: "*That* was an experience!" And Dewey wonders what happens in "an experience". He notes that "an experience" often feels like it has some *direction*. "An experience" seems to have a beginning, a middle and an end; and the end brings about a sense of conclusion or finality, which is usually satisfying. He calls this the "consummation" of the experience. During "an experience," we both do things and undergo things; that is, we act and, in turn, things happens to us. This alternation of doing and undergoing is *varied* (not monotonous) and *directed* (toward the consummation). The whole thing is pleasurable and satisfying. The *end* (consummation) and the *means* (doing/undergoing) cohere and, in one way or another, we share these socially.

Dewey describes in the following terms the relationship between having an experience and the related feeling of consummation: "A piece of work is finished in a way that is satisfactory; a problem receives its solution; a game is played through; a situation, whether that of eating a meal, playing a game of chess, carrying on a conversation, writing a book, or taking part in a political campaign, is so rounded out that its close is a consummation and not a cessation. Such an experience is a whole and carries with it its own individualizing quality and self-sufficiency. It is *an* experience."[11]

This idea of having an experience is closely related to the potentialities of the imagination, for the imagination enables us to creatively encounter the possibilities inherent in a situation and thus allow for an experience. And the consummation,

[10] LW 10:42.
[11] Ibid.

understood as the end of a previously imagined experience, gives unity to the experiential path. It gives the experience its quality, that is, an aesthetic quality – the aesthetic consisting, for Dewey, of the felt richness of consummation. The aesthetic feature of the experience is conceived of as the expression of the conclusion, understood as the consummation of a movement, the completion of a development. Thus according to Dewey, an experience is structurally aesthetic, in the manner of a path having consistent unity or of a development that ends with a meaningful consummation that propels further experiences. As Dewey states: "No experience of whatever sort is a unity unless it has aesthetic quality. The enemies of the aesthetic are neither the practical nor the intellectual. They are the humdrum; slackness of loose ends; submission to convention in practice and intellectual procedure."[12]

3. The Aesthetics of Democracy

If we unite Dewey's concept of democracy to his concept of an experience – the latter implying a process with a coherent end that yields a sense of consummation – we obtain what may be considered a substantive account of democratic legitimacy useful for assessing legal and political institutions. For in a modern democracy, what guarantees one's sense of duty and one's obedience to the institution is not just the consistent development of a shared procedure that involves all citizens. A further feature of legitimacy is associated with the assessment of the material outcome of the procedure, the *content* of the democratic legislative act. This act is intended to be a tool for solving problems, one that brings a sense of satisfaction and consummation once enacted and applied. In fact, this combined concept of "a democratic experience" harmonizes very well with the widespread view of democratic legitimacy as requiring the twofold functioning of output and input mechanisms, with the output mechanism being the institutional capacity to solve problems (government for the people) and the input mechanism the capacity

[12] LW 10:47.

to represent the popular will (government by the people).[13] After all, democratic participation implies the involvement of citizens in designing solutions to shared problems – thus giving legitimacy to both input and output.

If, following Dewey, we try to image the aesthetics of democracy by examining a democratic legitimizing experience, we will have different outcomes depending on the form of democracy we take into consideration.

The ideal functioning of representative democracy can fulfil the requirements for an experience in Deweyan terms, as it can for an aesthetic experience. A way to grasp this is by considering the vertical manner of imaging representative democracy. Indeed, the arguments that justify and legitimize this kind of democracy tend to rely precisely on the metaphor of a path going in a specific direction indicated by the idea, the goal, of something in the general interest. The journey along the democratic path begins with the exchange of reasons, practices and ideas that takes place in the political realm of public opinion and within parties, continues on with elections, and reaches the midpoint of the path with parliamentary debate. Democratic legislation is the conclusion, with the end of the democratic shared experience potentially yielding a feeling of consummation for those who have participated in the decision-making process from the beginning.

Consider the representation of that sense of conclusion and finality accompanied by satisfaction in an ideally functioning welfare state. Legislative acts come back, in the form of feedback, to citizens mobilized by the process of public-opinion formation. Within such a process, directly or by means of our representatives, we both do things and undergo things; that is, we act and, in turn, stuff happens to us. Moreover, at the end we gain new meanings that can frame our social contexts and serve as the basis for further experiences. Thus the vertical framework imaged in the typical general argument about (or representations of) representative democracy seems to match the Deweyan idea of an experience. Theoretically, then, the ideal functioning of representative democracy could allow

[13] For an incisive claim on the vital relevance of input argument for EU legitimacy, see Richard Bellamy, "Democracy without Democracy? Can the EU's Democratic 'Outputs' Be Separated from the Democratic 'Inputs' Provided by Competitive Parties and Majority Rule?," *Journal of European Public Policy* 17 (2010): 2-19.

for the unfolding of a shared democratic experience. That vertical aesthetics, evoking the idea of a sovereign people following a path in the direction of the general interest, offers a possible account of Dewey's concept of an experience translated to the social, legal and political realms.

However, practically speaking, we all know that within current global conditions it is very hard to image or feel a democratic legislative act within representative democracy as an end, as a conclusion that yields a sense of consummation. The inefficiency of the State threatens this feeling; it hinders the possibility of Deweyan democratic experiences. Think of the crisis of the Welfare State; think of the contemporary trend towards various forms of political, legal, and economic cooperation that substantially reduce the sovereign power of states. We are witnessing a *de facto* decline in sovereign authority caused by the globalization of the economy, which limits the political and economic autonomy associated with the modern State. But along with that, there is a *de jure* decline in the supreme, ultimate and exclusive authority of the State. Clearly, this material framework makes it hard for democratic experiences to culminate in a coherent end; it makes it hard for any feeling of consummation to be possible, thus creating political frustration and conditions that could endanger the democratic legitimacy of our institutions.

But what if we turn to alternative theories of democracy, participatory and, above all, deliberative, theories, conceived specifically to deal with the crisis in representative democracy? What aesthetic imaging do we find in the arguments that inform these theories? Are the conditions for a shared democratic experience guaranteed within their theoretical core? In other words, is the democratic legitimacy of our institutions restored within so called democratic governance?

The postnational horizon is relevant in situating the social practice of regulation known as "governance" in contraposition to the classical vertical and hierarchical scheme of democratic government.

The concept of governance, which presupposes a complex society with a contingent balance, as Niklas Luhmann[14] perceptively recognized, seems to imply a

[14] See Niklas Luhmann, *Social Systems* (Stanford: Stanford University Press, 1995).

different conceptual framework than that of government as framed within the traditional idea of a legal order. In a generic sense, governance implies reference to a certain organizational and institutional complex; so it can imply any political or institutional model. But from a more specific point of view, the one I adopt here, governance implies a regulatory paradigm based on a horizontal image and on a horizontal aesthetics as models of agreement and negotiation among private and public players.

In a broad sense, we can find highly heterogeneous examples of these new forms of regulation in different spheres. For instance, in the traditional sphere of international law, mention may be made of the regimes associated with the WTO and the World Bank, the International Labour Organization, and the International Criminal Court.[15] In the sphere of what I am calling the postnational horizon, the regime of the EU is of course one of the most significant and complex examples.[16] Finally, we can observe widespread experimental use of these new forms of regulation even within states. In particular, we can also observe new domestic forms of horizontal regulation in the effort to remedy representative democracy's limitations as regards both legitimacy and efficiency, as well as in the perspective of an unexplored postdemocracy.[17] Thus in accordance with the need to reframe the democratic decision-making process at a local level, several municipalities and regions have tried out a form of democratic governance on controversial issues

[15] See M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (New York: Transnational Publishers, 2003).

[16] See Fritz W. Scharpf et al., eds., *Governance in the European Union* (London: Sage, 1996); Andreas Føllesdal and Peter Koslowsky, eds., *Democracy and the European Union: Studies in Economic Ethics and Philosophy* (Berlin – Heidelberg: Springer, 1997); Olivier De Schutter and Notis Lebessis and John Paterson, dir., *La gouvernance dans l'Union européenne* (Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001); Gráinne De Burca, "The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union," *European Law Review*, 28 (2003): 814-839; Hans Lindahl, "Finding a Place for Freedom, Security and Justice: The European Union's Claim to Territorial Unity," *European Law Review*, 29 (2004): 461-484; Michael Zürn and Christian Joerges, eds., *Law and Governance in Postnational Europe: Compliance Beyond the Nation-State* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005); Charles F. Sabel and Jonathan Zeitlin, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU," *European Law Journal* 14 (2008): 271-327.

[17] See Colin Crouch, *Post-Democracy* (Cambridge: Polity Press, 2004).

linked to apparently opposed values, like economic development and environmental or health protection.[18]

If we examine the theoretical structure of these practices, we find a peculiar imaging shaped by arguments that can depict images quite different from those we saw within the framework of representative democracy. Within the governance approach, the order of society is not intended to pursue a specific political aim, to follow a specific direction. It is devoted, rather, to establishing the playing field on which individuals, associations, organizations, and different public entities can pursue their particular interests. Democratic government presupposes the vertical aesthetic image of the framework of an official ultimate authority empowered to express the supremacy of the general interest and thereby guarantee political unity and social cohesion. The governance system takes for granted political and social unity or, in the best cases, seems aware of the ineffectiveness of these modern properties of the public space within our age, assuming instead that we must reorganize social coexistence and renouncing both unity and cohesion.

On this view, we must also give up the aesthetic form of unity attainable within a single coherent shared experience as well. In fact, democratic governance consists of the management of a playing field on which individuals and organizations can pursue their interests within a common, basic, and apparently neutral framework of shared rules that are in most cases the outcome of inter-subjective negotiations. The balance within the field, the image of a field, has nothing to do with a direction and the actors' behaviours are not conceived as part

[18] See James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform* (New Haven: Yale University Press, 1991); Boaventura de Sousa Santos, *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon* (London: Verso, 2005); John Gastil and Peter Levine, eds., *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century* (San Francisco: Jossey-Bass, 2005); John Parkinson, *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2006); José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democrazia* (Madrid: Marcial Pons, 2006); Valentina Pazè, *In nome del popolo. Il problema democratico* (Roma-Bari: Laterza, 2011).

of a shared path. There is no beginning, middle or end. There is just balance, the search for equilibrium, for compromise that can preserve the field, the status quo.

The implicit idea at work here is that the horizontal involvement by all stakeholders in the decision-making process designed to generate rules is a better guarantee of the effective application and observance of the rules than the traditional vertical and hierarchical logic of command and control. Clearly, on one hand, the governance model dismantles the classical distinction between the public and the private: instead of being kept neatly apart, they interpenetrate each other; and on the other hand, it leads to the diminished importance of the concept of the general interest.[19] The *sui generis* general interest found within the governance framework is the contingent outcome of compromises in process of constant renegotiation.[20] There is no general interest that, as a direction, is established outside the field as the main goal.

At the end of the day, it is understandable that the governance system takes its cue from the postnational horizon, that is, from a perspective in which ultimate authorities, hierarchical chains, and general and public ends are marginalized and give way to new forms of cooperation. Governance, understood as a public-private practice of cooperation, has no predefined or imagined aims that could be linked to a single social project, to a single consistent experience, with a beginning, middle and end pursued through the alternation of active and passive behaviours. It is just a matter of achieving balances among particular interests. The only form of meta-aim is thus simply a contingent balance, which is not an end and which, of course, implies ongoing negotiation. This image of a horizontal network of negotiations is a way of coordinating actions that implies particular, private and isolated objectives, means, values, and interests. Thus everything is reducible to a network of procedures for systematic interaction and negotiation.[21]

4. A Lost Experience

[19] See Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, reflexivité, proximité* (Paris: Éditions du Seuil, 2008).

[20] See Philippe Moreau Defarges, *La Gouvernance* (Paris: Puf, 2008).

[21] See Jean-Pierre Gaudin, *Pourquoi la gouvernance?* (Paris: Presse de Sciences Po, 2002).

From an institutional point of view, starting from the crisis in representative democracy and then taking governance models into consideration implies two clearly opposed outcomes. On the one hand, it leads to an emphasis on the circulatory practices of participatory and deliberative democracy through the direct involvement in decision-making processes of those for whom public decisions are intended.[22] Of course, this approach is in a way strongly influenced by a certain theoretical perspective on the idea of a horizontal deliberative and discursive democracy, one that presumes the rational acceptability of rules that are the outcome of a free communicative decision-making process, in which all possible points of view are taken into consideration.[23] On the other hand, this same idea of governance could, paradoxically, give rise to antidemocratic forces through the power wielded by subjects that don't follow the general interest and speak, not in the name of the people but (as in the case of organized lobbies) in the name of their own particular aims. The fact is that, once the idea of a general interest is discarded, it becomes hard to establish limits for the representation of the multiplicity of social, political, and above all economic particular interests.

In fact, the whole theoretical mainstream of thought about the idea of democratic governance, supported by the ideal of deliberative communication, features clear visual argumentation that stresses the horizontal structure of relationships and dialogue. Indeed, the imaged horizontal seems to form the aesthetic core of democratic governance. It is an image that evokes a multiplicity of further images, as we have seen: field, circle, network. All these images share the absence of a direction, the absence of stages in the journey and thus the absence of an end, of a conclusion. Apart, then, from the question of the practical effectiveness

[22] See James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy* (Cambridge: MIT Press, 1996); James Bohman and William Rehg, eds., *Deliberative Democracy: Essay on Reasons and Politics* (Cambridge: MIT Press, 1997).

[23] See Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: Polity, 1996); Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy," in *The Good Polity: Normative Analysis of The State*, ed. Alan Hamlin and Philip. Pettit (Oxford: Basil Blackwell, 1989) 17-34; John Elster (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

of these practices on a large scale, the sense of a conclusion accompanied by the feeling of consummation is theoretically excluded. Once radical pluralism has made it impossible to conceive of a general interest, we are obliged merely to manage our public field, with no opportunity to experience the end of an experience, no opportunity to gain new social meanings for new experiences. To that extent, the legislative act no longer offers the potential for a shared consummation but just forms part of an ongoing compromise that adds no meaning to our common life.

All the requirements, then, that the Deweyan concept of a democratic experience enabled us to extrapolate seem to be missing from the general theoretical framework of democratic governance. But we saw that, for practical reasons, the same requirements are often missing nowadays from the general framework of representative democracy as well. Today we hardly ever experience, through participation in the democratic process, the sense of a conclusion that yields that feeling of consummation that can trigger further experiences. We seem to be living in a static democracy. Maybe, with Dewey, we recognize, in a deeper and more psychological sense, a feeling of loss. By understanding the general images depicted by different democratic aesthetics, we come to recognize that something crucial to the legitimacy of democracy is lacking. In fact, we recognize the loss of a democratic experience.

Abdtract: The aim of this paper is to explore the relationship between the democratic experience and the legitimacy of an institutional context. In this exploration, John Dewey's concept of the aesthetic experience plays a key role. The main thesis is the possibility to conceive of citizens' recognition of democratic legitimacy as Dewey envisages the feeling of consummation completing the aesthetic experience. This approach gains plausibility when we link Dewey's concept of the aesthetic experience to his concept of experimental democracy, that is, democracy as a cooperative problem-solving practice in which actors try out provisional solutions by means of social communication

Key words: Aesthetics, Democracy, Dewey, Experience, Experimental democracy, Governance, Postnational.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Salvo Randazzo

Professore ordinario diritto romano Università LUM Jean Monnet

Pietro Bonfante e il contractus*

Sommario: 1. A proposito di un'apparente anomalia nella teorica bonfantiana: diritto di famiglia e *contractus* al vaglio del metodo naturalistico. 2. Consenso vs vincolo in Bonfante: la critica all'idea "straniera" del *contractus* nel contesto scientifico dell'epoca e le sue proiezioni nella moderna riflessione.

1. A proposito di un'apparente anomalia nella teorica bonfantiana: diritto di famiglia e *contractus* al vaglio del metodo naturalistico

Nell'esordio* del suo *Corso* del 1918-1919[1], Pietro Bonfante[2] scriveva: «La materia delle obbligazioni è la parte più vitale del diritto romano, e l'opera in cui si rispecchiano più squisitamente i suoi metodi: ma la fortuna di questa parte del diritto romano è dovuta pure al carattere di questo ramo del diritto che meno di ogni altro è legato a un dato ambiente storico e civile e più tende all'universalità».

Queste parole sembrano rappresentare lo scenario concettuale in cui si sviluppa il pensiero bonfantiano sulle obbligazioni e sul contratto. Laddove la regolamentazione giuridica dei rapporti familiari e della proprietà rimarrebbe esclusa da ogni possibilità di tradurla in un 'regime unico … per tutti i popoli civili in

---

* Il testo, sottoposto a *double blind peer review*, riproduce l'intervento svolto nel corso del Convegno "*I Bonfante. Una storia scientifica italiana*", svoltosi il 6 ottobre 2017 presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, su iniziativa del Network "*European Legal Roots*", del Centro di Ricerca "*Cultura romana del diritto e sistemi giuridici contemporanei* " e del Centro Romanistico Internazionale "*Copanello*".

[1] P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano.* IV. *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò (Milano 1979) 3.

[2] Le opere e la biografia di Pietro Bonfante sono ben note agli studiosi di diritto romano. Mi limito pertanto a rinviare, per un primo ragguaglio bibliografico, a F. SINI, *Nota su Pietro Bonfante (1864-1932)*, in P. Bonfante, *Memoria per la Siria e per Faysal re di Siria*, a cura di F. Castro, con una nota di F. Sini, Sassari 1994, XI = *Diritto@Storia* 2 (marzo 2003), cui *adde*, particolarmente per i complessi risvolti politici e filosofici dell'opera del Bonfante, ma anche per ulteriore e più recente lett., C. CASCIONE, *«Addendum» epistolare alla polemica Bonfante «versus» Croce (e Gentile)*, in *Romische Jurisprudenz – Dogmatik, Uberlieferung, Rezeption. Festschrift fur D. Liebs zum 75. Geburtstag.* Herausgegeben von K. Muscheler (Berlin 2011) 97 ss.; V. MAROTTA, *«Mazziniano in politica estera e prussiano in interna». Note brevi sulle idee politiche di Pietro Bonfante*, in I. Birocchi - L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del Regime (1918-1925)* (Roma 2015) 267 ss. e F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)*, in *LR.* 5 (2017) 243 ss.

Europa', per le insormontabili 'differenze di suolo, di razza, di sentimenti'[3], il diritto romano delle obbligazioni avrebbe una vocazione di universalità tale da renderlo idoneo a disciplinare rapporti giuridici fuori ed oltre il contesto storico e geografico di Roma antica.

Nella concezione di Bonfante le obbligazioni, poiché profilo vivente della sfera dei diritti patrimoniali, occuperebbero spazi antitetici, sul piano della storia sociale e dunque giuridica di Roma, rispetto all'ambito dei diritti familiari e personali[4]. Queste premesse teoriche determinano così, o sembrano determinare, uno stacco netto ed una singolare separatezza fra l'attenzione bonfantiana alla famiglia ed alle persone, con specifico riguardo allo spazio che lo studioso assegna alle intersecazioni fra società e diritto in quell'ambito, rispetto alla materia delle obbligazioni e del contratto. E ciò con una dichiarata idea di simbiosi fra diritto e organizzazione familiare, al punto, osserva lo studioso, che : «il diritto privato romano è fino a tutta l'epoca veramente romana, il diritto dei *patresfamilias*… »[5].

Ulteriormente il Bonfante fonda il proprio assunto sulla circostanza che, nell'ambito della regolamentazione dei beni di natura patrimoniale, risalendo verso l'età arcaica, i diritti reali si accosterebbero «sino a confondersi quasi»[6] ai diritti di famiglia, differenziandosi in ciò, anch'essi, dalle obbligazioni, il cui percorso storico

---

[3] *Ib.*

[4] *Ib.* 6: Bonfante si rifà alla distinzione gaiana e giustinianea per sostenere il divario fra diritti patrimoniali e diritti familiari (Gai 1.8 e I. 1.2) rappresentato dalla differenziazione fra *personae*, *res* e *actiones* e inglobando nelle *res*, *corporales* e *incorporales*, l'intera sfera dei diritti patrimoniali. Ma, a ben vedere, la scelta espositiva di Gaio e Giustiniano, rispondendo ad una esigenza sistematica, non coglie gli elementi di collegamento che ad una lettura più scandita si possono intravvedere fra persone e cose. Se dunque si supera lo schematismo, per quanto funzionale all'esigenza sistematica, è agevole osservare come le cose ed il loro assetto – di cui il contratto è strumento fondamentale – sono oggetto di scelte che sono funzionali all'assetto economico tanto delle persone che della famiglia ed in cui dunque i profili patrimoniali si fondono con quelli sociali che presiedono, con maggior evidenza, ai rapporti familiari. Basti pensare alla materia delle successioni, in cui i profili patrimoniali e quelli sociali si saldano con evidenza. Ed è lo stesso Bonfante che ce lo insegna, allorché, nello studiare l'origine della successione ereditaria romana ne coglie il nodo evolutivo nelle finalità del testamento che non potrebbe spiegarsi, nel suo rituale, se non fondando l'analisi sul carattere politico della famiglia arcaica e sull'esigenza primaria di dare un assetto alla successione nel potere sul gruppo proprio attraverso la scelta del successore/erede: P. Bonfante, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, in *BIDR.* 27 (1915) 97 ss., ora in *Scritti giuridici varii*, a cura di G. Crifò e A. Mancinelli (Roma 2007) 429 ss. Gli aspetti patrimoniali, che avrebbero in prosieguo caratterizzato l'eredità e la successione legittima sarebbero stati un riflesso ulteriore di questo assetto storico primigenio in cui è il «succedere» al *pater* in termini politici che prevale sull'«ereditare» in termini meramente patrimoniali.

[5] P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano.* I. *Diritto di famiglia*, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò (Milano 1963) 10.

[6] BONFANTE, *Corso di Diritto Romano.* IV. *Le obbligazioni*, cit. 10.

divergerebbe completamente da quello di questi ultimi. La spiegazione storica di ciò sarebbe nello svolgimento dei primi – diritti di famiglia e diritti reali – nell'alveo dei rapporti intrafamiliari, a fronte dell'utilizzazione delle obbligazioni nei rapporti fra *familiae* diverse[7]. E a dimostrazione di ciò, ed a mo' di esempio, Bonfante rileva come *ius* e *potestas* sarebbero espressioni utilizzate promiscuamente per i diritti reali e per quelli di famiglia o come la *manus* ricomprenderebbe tutti i diritti del *pater familias* in ambito familiare, dunque anche quelli patrimoniali, ma lasciando fuori le obbligazioni, e così via[8].

Tuttavia, se certamente il diritto di famiglia appare immediatamente riconducibile ai contesti sociali e storici di riferimento e sfugge da possibili usi estensivi in ambiti differenti, ciò non toglie che anche i modi in cui il patrimonio viene gestito, soprattutto attraverso lo strumento contrattuale – vera cifra giuridica della libertà dei privati di dare e modificare assetti patrimoniali – siano indicativi di un contesto sociale e culturale preciso e storicamente connotato. Se la teorica a cui abbiamo fatto cenno fosse stata di un esponente della pandettistica o di un suo fautore coevo a Bonfante, ovvero ancora di un neo-pandettista, per utilizzare un'espressione che appare di per sé forzata, quasi innaturale, ma che è stata attribuita (a torto o a ragione) a studiosi di grande spessore e anche di recente[9], non

---

[7] *Ib.* 11.

[8] *Ib.* 11.

[9] Il *casus* più noto riguarda l'approccio di Reinhard Zimmerman, su cui cfr. M. BRETONE, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea* (Bari 1994) 245 ss. e da ultimo, adesivamente, L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi* (Torino 2015) 165 nt. 98. Quest'ultimo studioso condivide altresì (e chi scrive con lui) l'idea che la polemica sia esasperata e sovradimensionata, secondo un approccio che ritroviamo, convincentemente, in V. MANNINO, *Considerazioni intorno ad una presunta pandettistica di ritorno*, in *Europa e diritto privato* (2005) 376 ss. e ID., *Questioni di diritto* (Milano 2007) 12 ss. E tuttavia non può ignorarsi che ci sia, in non pochi romanisti, una vocazione accentuata verso i temi che intrecciano diritto vigente e diritto romano, vocazione in sé del tutto legittima, ma che può talvolta spingere, seppur inconsapevolmente, a perdere di vista i contesti storici e utilizzare principi e norme romane nella lettura del presente, con l'effetto indotto di approssimarsi, all'inverso, al diritto privato romano con un retropensiero intriso di diritto vigente. E forse proprio la forte reazione alle accuse di neo-pandettismo (accuse per altro fuori luogo sul piano scientifico, in cui ciascuno può seguire l'approccio che ritiene nei propri studi senza – almeno sino ad ora – dover renderne conto a nessuno se non alla propria coscienza intellettuale) è specchio di una certa ed a tratti "affannata" inclinazione a offrire al diritto vigente (e principalmente ai suoi cultori) dimostrazioni costanti di quanto e come il diritto romano serva ancora, nella didattica come nella scienza e nella prassi del diritto attuale. Così come, per altro verso, la ricerca romanistica – ma direi la ricerca *tout court* – andrebbe probabilmente corretta e, almeno tendenzialmente, sganciata da una forzante "interdisciplinarietà", da declinare in un più naturale contesto "multidisciplinare", in cui, come sui binari di un treno, le ricerche di ciascuno corrano parallele a quelle degli altri, vicine, parallele, ma ben distinte

ne sarebbe scaturita meraviglia, posto che la visione pandettistica si muove in termini più o meno consapevolmente "sganciati" dal contesto storico e tendendo a utilizzare o ri-utilizzare il diritto romano[10] oltre i contesti storici in cui le norme nascono.

Ma sorprende che uno studioso della sensibilità di Pietro Bonfante per i rapporti fra diritto e società, fusi nel suo "metodo naturalistico"[11], non colga – oltre le parole e gli schematismi, tendenzialmente artificiosi, del diritto – quanto la regolamentazione dei rapporti contrattuali sia innervata nella società e da questa quasi imposta al giurista. Al punto, anzi, che il *cum-trahere* sembra rappresentare il nucleo minimo del rapporto sociale con contenuto patrimoniale ed in cui il consenso, specchio riflesso di quel rapporto, ne rappresenta l'evidenza più chiara. Quello stesso "*consensus*" da cui Bonfante sembra prendere le distanze, nell'analisi dell'istituto, sostenendo la tesi "dell'indifferenza del *consensus* alla nozione genuina, classica del *contractus*", ritenendo che "l'uso del *contractus* ... senza riguardo alla volontà come elemento essenziale o per lo meno alla volontà di entrambe le parti dirette ad obbligarsi, debba riconoscersi più che frequente, normale nelle nostre fonti" [12]. Un'idea saldissima nel pensiero di Bonfante e ribadita in numerosi scritti,

---

e autonome, ed in questo senso diritto romano e diritto vigente potrebbero forse trovare una più armonica coesistenza.

Ma tutto ciò nulla ha a che vedere con la legittima esigenza dello storico del diritto di confrontarsi col tempo e con il contesto in cui la norma sorge, essendo il registro tempo/contesto/norma irrinunciabile per qualsiasi ricostruzione storicamente fondata del fenomeno giuridico. E questo è, esattamente, quanto fa Pietro Bonfante, con una metodologia che, se ne condividano o meno i risultati, non può che dirsi corretta.

[10] V. L. PEPPE, *Uso e ri-uso del diritto romano. Introduzione* (Torino 2012) 1 ss.; ora *online* in *Diritto@Storia*, 11 (2013).

[11] Su cui v. le riflessioni di M. BRETONE, *Il «naturalismo» del Bonfante e la critica idealistica*, in Labeo 5 (1959) 275 ss. Per una recente messa a punto sulla nota polemica insorta, negli anni '20 del secolo scorso, intorno al "metodo naturalistico" bonfantiano cfr. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit. *passim*. Non è questa la sede per approfondire la vicenda, anche se l'*occasio* da cui di snoda la famosa *querelle* fra Bonfante, Benedetto Croce e Giovanni Gentile – ovvero la prolusione bonfantiana del 1917 (*Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Scritti giuridici varii*, IV, Roma 1925, 46 ss.) credo vada letta in stretta attinenza – per porre nella giusta prospettive talune asprezze – alla temperie culturale del tempo. Un contesto culturale in cui lo stile ampolloso ed a tratti roboante dell'intervento di Bonfante e delle repliche, altrettanto forti, ai suoi rilievi, trova una sua spiegazione. E tuttavia, sfrondata la polemica dagli eccessi dialettici, talune questioni, apparentemente sopite nella riflessione moderna sui rapporti fra studio storico del diritto e approccio filosofico al "giuridico", meriterebbero una rinnovata analisi, probabilmente più produttiva di una certa ed anacronistica tendenza all'isolamento disciplinare.

[12] *Sui "contractus" e sui "pacta"*, in *Riv. di dir. comm.* 18.1 (1920) = *Scritti giuridici varii* 3, rist. (Torino 1926) da cui citiamo, 135 ss. In questo articolo il Bonfante torna sulla questione, discussa in diversi suoi scritti precedenti, per ribadirla in opposizione alla contrapposta idea di S. RICCOBONO: *Dal diritto classico al diritto*

sino al punto di bollare "le teorie così strenuamente difese da studiosi di riconosciuta autorità o di belle promesse" e volte a fissare la genesi del contratto nelle dichiarazioni e nel reciproco affidamento delle parti, considerandole "totalmente *contra legem*"[13].

Questa sorpresa mi ha spinto a leggere più a fondo le pagine bonfantiane dedicate al contratto, per verificarne il contenuto teorico e per tentare di decodificarne alcuni aspetti significativi, a volte meno visibili, quasi celati nelle pieghe del clima culturale[14] in cui Pietro Bonfante conduce le sue ricerche.

2. Consenso vs vincolo in Bonfante: la critica all'idea "straniera" del *contractus* nel contesto scientifico dell'epoca e le sue proiezioni nella moderna riflessione

L'antitesi fra il nucleo famiglia/diritti reali e le obbligazioni, appare saldamente presente, nel pensiero di Bonfante sul contratto, già sul piano della definizione e dell'analisi etimologica di *contractus*. Nel suo *Diritto romano* del 1900, lo studioso osserva: «*contràhere* (*contractus*) nella lingua dei giureconsulti romani, come nella lingua volgare italiana, che serba più genuinamente lo spirito antico, sono termini che alludono non al consenso, bensì al vincolo…»[15]. Così lo spettro semantico evocato da Bonfante collegherebbe *contractus* a termini come *obligare*, *obligatio*, che alluderebbero al 'legare' o allo 'stringere' e che avrebbe come antitesi *solvere* e *solutio*». Dunque per il giurista *contràhere* «… tornava benissimo in acconcio, là

---

moderno, in *AUPA*. 3-4 (1917) 313 ss., 689 ss. e ID., *La nozione del «contractus»*, in *Bullettino della R. Accad. di Palermo* (1918), in cui lo studioso siciliano aveva infatti sostenuto l'opposta idea per cui "*contractus* nel linguaggio dei giureconsulti dell'impero aveva lo stesso preciso valore dei termini *conventum*, *conventio*, *pactio* e perciò esprimeva sempre l'accordo delle parti".

[13] *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Foro It.* 25 (1900) = *Scritti giuridici varii*, III. Roma 1926, 150.

[14] V. *supra* nt. 1 e, diffusamente, gli Atti del Convegno del 2017 su "*I Bonfante. Una storia scientifica italiana*", a cura di I. Piro e S. Randazzo, in corso di pubblicazione.

[15] P. BONFANTE, *Diritto romano* (Firenze 1900), rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò (Milano 1976) da cui citiamo, 280. La questione viene ripresa dallo studioso in varie pubblicazioni, fra cui *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. di dir. comm.*, 6 (1908), 115 ss. = *Scritti giuridici varii* cit. 125 ss. e *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»*, in Rend. del R. Ist. Lomb., 40 (1907) 888 ss. = in *Scritti giuridici varii*, cit. 113 ss. (riprendendo per esteso a p. 106 quanto scritto nel suo *Diritto romano* e qui riportato). V. pure P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10] (Torino 1946) 403: "Avvertasi peraltro come la parola romana *contractus* (ellissi di *contractus negotii*, o *negotium contractum*) più che all'accordo accenna e dà risalto al *negozio* o al *rapporto*, causa del *vincolo obbligatorio* [corsivi dell'A.] … ".

dove trattavasi appunto di stringere un vincolo, di conchiudere una *relazione duratura fra le persone* [corsivo del Bonfante], come nei rapporti famigliari, sponsali, matrimonio, adozione, o nei rapporti obbligatori, ma non negli atti di trasmissione del dominio e costituzione di *iura in re*, nelle alienazioni vere e proprie»[16].

Dunque lo sviluppo successivo, che avrebbe visto prevalere in modo preponderante, il rapporto fra *contractus* ed obbligazioni, alterandone la sfera originaria di utilizzazione, non avrebbe mai inteso connettere *contractus* a volontà o consenso delle parti, ma al vincolo, dunque al negozio ed alla causa che, scrive Bonfante, «dà al negozio una figura e un nome suo». E così ben presto, osserva Bonfante, in questo campo «… le influenze provinciali svisano gli istituti romani, e la tendenza di ridurre tutto al puro consenso amplia la sfera del contratto, sino a rompere quasi le barriere dei tipi determinati, ne altera il concetto, all'idea del rapporto o del vincolo sostituendo quella della volontà o del consenso, riassume il patto sotto la stessa idea, elimina le venerande forme del popolo quirite[17]».

In questo quadro restava però da spiegare il momento genetico del vincolo contrattuale, posto che nessun vincolo fra privati ne può prescindere, comunque esso sia individuabile. Bonfante ne è consapevole e lo individua nella *pactio* o *conventio* dell'accordo[18], momento per altro considerato dallo studioso di modesta rilevanza e destinato ad emergere solo come una "novità della giurisprudenza"[19]. La sintesi è nella completa estraneità, per Bonfante, del consenso rispetto alla configurazione romana del *contractus*. Il *contractus* è dunque per lo studioso il prodotto del consenso, non il consenso stesso, rappresentando «… nel suo genuino significato il vincolo stretto tra le parti (il *negotium contractum*)»[20].

Un più saldo sostegno alla sua tesi il Bonfante lo trae dalla sporadica presenza dell'espressione *contractus* che lo studioso rileva come "totalmente straniera

---

[16] *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»* cit. 108. Questo approccio viene sostanzialmente mantenuto dal Bonfante in tutti i suoi scritti, anche in quelli in cui alla materia viene riservato uno spazio minore: cfr. ad es. *Storia del diritto romano*[4], rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, I (Milano 1958) 467 s.

[17] *Storia del diritto romano*[4], rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, II (Milano 1959) 45.

[18] Richiamando D. 2.14.1.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.*

[19] *Il contratto e la causa del contratto*, cit. 108 nt. 1, in cui lo studioso si rifà ad un suo ulteriore scritto, una nota pubblicata nella *Riv. di diritto comm.* 3.2 (1905) 358, che non ho potuto consultare direttamente.

[20] P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano.* III. *Diritti reali*, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò (Milano 1972) 11.

alla letteratura latina" tanto nelle opere dei giuristi quanto nelle fonti letterarie[21]. E notando, come oggi sappiamo bene, che a ricorrere sia *negotium* o *negotium gerere* "dove" scrive Bonfante "a noi piacerebbe contratto". Poco rileva che, come riconosce lo stesso studioso[22], l'espressione sia in Gellio che la riferisce a Servio[23] o, in altro luogo, a Sesto Cecilio[24], entrambi giuristi, o ricorra in Quintiliano, seppure nella locuzione *rei contractus*[25]. Così, spostando l'attenzione sulla letteratura giuridica, la stessa presenza nel Digesto di *contractus* viene notata come esistente in luoghi spesso sospetti di rimaneggiamenti e, comunque, in funzione di parole ad essa apposte, come nel caso di *contractus negotii* o *negotiorum*.

La prospettiva fortemente orientata del Bonfante lo induce dunque a non rilevare che se le parole ricorrevano entrambe forse avevano un diverso valore; né, più in generale, è tipico dei giuristi romani usare circonlocuzioni ridondanti[26] per definire istituti giuridici. E forse *contractus*, nelle sue varie declinazioni portava con sé quella *nuance* di "percorso", di evento preparatorio, funzionale all'effetto del *contractus* e della sua produzione.

Ma la riflessione di Bonfante va oltre.

Nell'esaminare il *contràhere*, lo studioso, muovendo dalla considerazione che l'accordo può esistere nei casi in cui si parli di *contràhere*, ma che in ipotesi può anche mancare, conclude nel ritenere l'accordo "totalmente estraneo al *contràhere*"[27].

Tanto saldo è questo concetto, che Bonfante ritiene di rinvenirlo senza fatica in tutti gli usi che nella lingua latina troviamo di contrarre e *contractus*, tutti casi in cui

---

[21] Bonfante (fra gli altri in *Corso di Diritto Romano*. IV. *Le obbligazioni*, cit. 252) riprende sul punto l'osservazione di A. PERNICE (*Parerga III. Zur Vertraglehre der römischen Juristen*, in *ZSS*. 9, 1888, 219) che rileva la diversità di significato assunta dal l'espressione nelle evidenze letterarie, a partire da Varrone , *De re rust.* 1.78.

[22] Cfr. *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»* cit. 113 ss.

[23] *Noctes Atticae* 4.4: 1. *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus:* 2 *"Qui uxorem" inquit "ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum ... iri; qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur "sponsalia".*

[24] *Noctes Atticae* 20.1.41.

[25] *Inst. orat*, 4.2.49: *Et partitio taedium levat: "dicam quae acta sint ante ipsum rei contractum, dicam quae in re ipsa, dicam quae postea".*

[26] Salvo, ovviamente, il problema delle eventuali interpolazioni in varii testi in materia, su cui ovviamente non possiamo qui discutere.

[27] *Sulla genesi*, cit. 111; "totalmente indifferente al *contrahere*" lo definisce nel *Corso di Diritto Romano*. IV. *Le obbligazioni* cit. 251.

il significato sarebbe dunque quello oggettivo dello stringere un vincolo senza che il profilo psicologico o volontaristico vi ricorra. Emblematico l'esempio del contrarre morbi o infermità: per Bonfante, la volontà «non vi ha parte quando si usa il verbo contrarre discorrendo dei morbi, delle infermità, delle inquietudini e delle noie, perché nessuno desidera simili cose»[28].

E tuttavia il paragone appare forzante e l'oggettivazione della lettura di contesto andrebbe spinta oltre, poiché non è certo l'individuo che contrae la malattia, ma il suo corpo, prescindendo ovviamente dalla volontà della persona; è il corpo che congiunge (*cum-trahit*) la propria idoneità ad ammalarsi alla malattia stessa. E certamente per il corpo che si ammala non può parlarsi di volontà, per quanto non sia teoricamente escluso il caso in cui il soggetto "voglia" ammalarsi (e non solo per autolesionismo fine a se stesso, poiché in tal caso si potrebbe parlare di una turba psicologica che, in quanto tale escluderebbe la volontà, ma anche per ottenere taluni benefici legati alla malattia) e in questi casi si contrae una malattia perché "la si vuole" contrarre.

Altrettanto forzante il caso dell'utilizzazione di *contràhere* in materia di rapporti familiari, come *contràhere sponsalia* o *nuptiae* o *matrimonium*, e se, ammette il Bonfante, «il giurista può ben discutere se il matrimonio sia un contratto», ciò non varrebbe per la consanguineità, «legame contratto», dice lo studioso con le parole di San Raimondo «per carnale generazione»[29] ed in cui ovviamente la volontà non rileverebbe.

---

[28] *Corso di Diritto Romano.* IV. *Le obbligazioni* cit. 251.

[29] *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»* cit. 111. La citazione di San Raimondo di Peñafort, che Bonfante sembra riprendere dalla traduzione che ne offre il *Dizionario della lingua italiana. Per cura di Paolo Costa e Francesco Cardinali* (tomo II, Bologna 1920, s.v. *Consanguinità, consanguinitate, consanguitate*: "Che è la consanguinitade? Risponde San Raimondo: è uno legame di persone, che sono d'un medesimo ceppo, contratto per carnale generazione") è tratta dalla *Summa de poenitentia et de matrimonio*, databile a dopo il 1234, considerata la quarta delle *Summae* del santo giurista che, appunto, incentra la consanguineità sul *vinculum … carnali appagatione contractu*: *lib.* IV. *De cognatione carnali* § 1. Cfr. F. VALLS I TABERNER, *San Raimondo di Penyafort. Padre del Diritto Canonico*, trad. ital. Bologna 2000, 12 (della *Presentazione* a cura di B. Ferme) 47 e 80. Sulla *Summa, o Summula*, raimondina, cfr. altresì *Sanctus Raimundus de Pennaforte, Tomus C. Summa de matrimonio, Decretales novae, Responsiones ad dubitabilia, Questiones variae canonico-pastorales, Summula de consanguinitate et affinitate*, a cura di J. Ochoa - L. Diez, Roma 1978 e I. PEREZ DE HEREDIA Y VALLE, *La 'Summa de matrimonio' de S. Raimundo de Penafort*, in *Magister Raimundus. Atti del convegno per il IV centenario della canonizzazione di San Raimondo de Penyafort (1601-2001)*, cur. C. Longo, Roma 2002, 111 ss.

Ma, vorrei chiedere a Bonfante, che volontà potrebbe mai esprimere il concepito rispetto alla generazione che lo attende e che lo colloca in stato di consanguineità rispetto ad altri soggetti?

E ancora, la circostanza che il percorso evolutivo della lingua italiana, e in particolare dell'italiano volgare, accosti talune sue espressioni al più risalente latino (custodendone, osserva Bonfante, "lo spirito antico"[30]), piuttosto che agli sviluppi ed alle specificazioni di significato del latino classico – circostanza che in sé può anche condividersi – non credo possa spingere a ritenere il latino "giuridico" come permeato da influssi stranieri e compromesso da quelle che Bonfante definisce "le correnti della tradizione dottrinale"[31]. Se per lo studioso, come a me parrebbe, tali "correnti" fossero da attribuire alle dottrine giuridiche ed ai giuristi, credo che una ricognizione di massima ed una valutazione di esperienza possano dimostrare il contrario e cioè che le esigenze umane e sociali presupposto della regolamentazione giuridica trovano proprio nell'aderenza delle parole a tali esigenze la propria efficacia. Nel senso che la norma coglie il dato sociale e lo cristallizza col suo *nomen*, dando ad esso una configurazione che motiva la regolamentazione e la definisce in un senso preciso. Anzi, direi, non c'è custode migliore della lingua per il diritto e per le sue norme, proprio per la vocazione di queste ultime a "fotografare" la realtà fattuale, preservandola anche nel significato, spesso sviscerato dalla massima giuridica per differenziare la norma disciplinante un caso da altre fattispecie, fattuali e, conseguentemente, normative.

Dunque la polisemia di *contràhere* e *contractus* non giova alla teorica bonfantiana che sfugge a quello che a me parrebbe l'unico senso comune nell'uso vastissimo dell'espressione, il senso di *cum-trahere*, di movimento comune, orientato verso un comune risultato. E così, per riprendere l'esempio di Bonfante, il corpo umano debilitato o predisposto alla malattia (oggi diremmo privo o carente di difese immunitarie) e il *virus* che lo colpisce si muovono nella stessa direzione, che è quella della malattia che dal loro incontro scaturisce. Né il risultato oggettivo del contratto potrebbe spiegarsi se non vi fosse un comune *cum-tràhere* fra nubendi o fra soggetti

[30] *Corso di Diritto Romano.* IV. *Le obbligazioni* cit. 250.
[31] *Ib.*

interessati ad un dato risultato giuridico, sicché, ad esempio, non ci potrebbe essere vendita di una *res* se non vi fosse un soggetto che intendesse venderla ed un altro che intendesse acquistarla.

E dunque il contratto non rappresenta un fatto statico, ma un fatto dinamico, espressione di un percorso (un percorso, dico per inciso, che si differenzia dall'evoluzione della volontà di contrarre, ma si incentra negli atti giuridici che si combinano in funzione della volontà di raggiungere un risultato vincolante giuridicamente), dunque espressione di una movimentazione di volontà giuridicamente apprezzabile verso un risultato che viene raggiunto e che, solo a quel punto, si oggettivizza nel contratto, acquistando una specifica definizione e connotazione giuridica conseguente alla definizione stessa ma, prima ancora, alla specificità dell'accordo, posto che il *nomen* del contratto potrebbe anche divergere dai suoi contenuti ed in tal caso il giurista dovrebbe considerare la disciplina del rapporto sostanziale posto in essere, a prescindere dalla sua denominazione.

Considerare il contratto solo come un fenomeno oggettivo e svincolato dal percorso volontaristico non giova dunque a comprenderne la natura ed a spiegarne le potenzialità. Poco importa che il processo di formazione della volontà duri qualche attimo o sia complesso e lungo: il volgersi insieme (è il senso del *cum*) verso un risultato comune (*trahere*) indica in ogni caso un momento volontaristico che si salda al risultato giuridico oggettivo che viene raggiunto.

E così contrarre un impegno ad acquistare un bene non significa averlo acquistato e per questo si parla di fase pre-contrattuale che, per quanto determini vari effetti giuridici, non equivale a creare un vincolo pur non essendo priva di valenza giuridica. Contrarre un impegno vincolante significa esprimere una volontà in tal senso e saldarla all'altrui – e convergente – volontà, sicché a ben poco servirebbe apporre la propria firma su un contratto se a ciò non seguisse l'apposizione della firma dell'altra parte.

E, per altro verso, mi sembra poco utile la necessità – avvertita invece come di importanza centrale da una non indifferente parte della dottrina romanistica – di scegliere fra contratto=manifestazione di volontà e contratto=vincolo. Né mi

sembra necessario il tentativo di conciliazione che ha posto l'accento sulla rilevanza del vincolo pur non negando spazi e ruolo alla volontà, in una costellazioni di posizioni che pone variamente in equilibrio questo rapporto. Una cosa è certa, *contràhere* precede *contractus*, lo precede logicamente, etimologicamente e, per quanto ci riguarda, lo precede giuridicamente, posto che il *contractus* è il culmine nella maturazione di un impegno che prevede, anche nelle sue più semplici modalità, un percorso giuridicamente specifico e "ritualizzato" di formazione del vincolo che il *cum-tràhere* evidenzia, a mio avviso con chiarezza di significato.

E in fondo la stessa prospettiva di Labeone riferita da Ulpiano (D. 50.16.19)[32] e in certa misura anche quella, ampia ed articolata, dello stesso Ulpiano (D. 2.14.7)[33], punti cardine del dibattito sul *contractus*, si muovono in un quadro polisemico che si comprende appieno proprio nella prospettiva genetica dell'espressione la cui valenza sul piano del diritto appare certamente risalente, se il riferimento che Pomponio fa al pensiero di Quinto Mucio Scevola (D. 46.3.80)[34] può esser letto, come credo sia possibile, non tanto in riferimento al risultato contrattuale, quanto alla funzione del *contràhere* quale fonte di *obligatio*[35]. Ci troviamo comunque di fronte, come ognuno sa, a brani su cui la letteratura è sterminata ed a cui la dottrina ha attribuito valore centrale nell'analisi del nostro problema.

Dal nostro minuto angolo di osservazione basta rilevare come la posizione del Bonfante, venga ancor'oggi, per consenso o per dissenso, considerata centrale

---

[32] D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

[33] Al cui centro si pone, almeno nella nostra prospettiva e con valore di riferimento essenziale, D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo sunallagma dicit, unde haec nascitur actio*.

[34] D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad *Q. Muc.*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*.

[35] Su questo passo rinvio da ultimo ad un articolo particolarmente convincente di R. SANTORO, *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum. Mucium)*, in *AUPA*. 55 (2012) 553 ss., che credo introduca una breccia decisiva nell'approccio generale della dottrina al testo.

per la dottrina che attribuisce rilevanza maggiore al *contràhere*, piuttosto che al *contractus*[36].

Se così è mi sembrerebbe possibile un recupero ed una rivisitazione "correttiva" della dottrina di Bonfante, quantomeno sul piano della minore risalenza del contratto come risultato del *cum-trahere*, mantenendo tuttavia quest'ultimo un'impronta di alta antichità.

Rimane sullo sfondo quella che a me pare una singolare "anomalia", fra il Bonfante storico attento ai rapporti sociali e il Bonfante che, quantomeno nell'analisi del *contractus*, si rivela spinto da una tendenza fortemente dogmatica. Dogmatica al punto non soltanto da considerare il *contractus* quale il frutto del *contràhere* e dunque risultato oggettivato del convergere delle intenzioni delle parti, ma nel considerare avulso da volontà anche il *contràhere*, posto fuori da esso. Una decontestualizzazione che dunque non sembra considerare la dinamicità insita nel "contrarre", in cui c'è sempre, a mio avviso, un percorso di avvicinamento fra le parti in funzione del risultato comune da realizzare col contratto. Un percorso che può durare anche pochi istanti, ma che esiste e che storicizza il *cum–trahere*, collocando nel tempo e nello spazio e legandolo ai rapporti sociali.

Il nodo a me sembra rappresentato dalla circostanza che l'analisi del Bonfante considera il *contràhere* in stretta attinenza con il *contractus*, al punto che il carattere di quest'ultimo si riflette sul percorso che lo precede e in certa misura lo azzera. Ma in realtà è il percorso del *contràhere* che prepara il contratto e lo connòta in un senso specifico, consentendogli di immettere nella rete dei rapporti sociali una variazione condivisa, certa nei contorni e tutelata proprio perché condivisa. Il contratto proprio per questa sua genesi e per l'impronta iconica che gli dà il *cum-tràhere* può diventare, come recitano i manuali di diritto privato, riprendendo il disposto dell'art. 1372 del codice civile, "legge fra le parti". Legge che nasce dal consenso e che, recita la norma del codice: *non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.*

---

[36] Cfr. sul punto R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, a cura di E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix (Paris 2012) 311 ss., con ragguaglio dei riferimenti bonfantiani ivi nt. 3

È legge perché il microcosmo normativo che trae origine dall'accordo, dal *cum–trahere*, trova nel consenso la fonte della sua obbligatorietà, la fonte e al contempo il destino giuridico di quelle che noi chiamiamo obbligazioni. E per questa ragione l'ordinamento, quello romano o qualunque altro ordinamento, ne valuta la rispondenza ai suoi valori e lo tutela.

In questa prospettiva l'analisi del pensiero di Pietro Bonfante, oltre il costante richiamo storiografico delle sue opere, si conferma come stimolante e produttiva, la si accolga o meno. E questo ben consapevoli che nessun grande studioso si adombrerebbe se qualcuno ponesse in discussione i risultati delle sue ricerche. Specie se ciò avvenisse, oltre un secolo dopo, con il riguardo e la cura per il pensiero dei maestri che permangono, immutati, nell'educazione accademica che ci è stata trasmessa, che coltiviamo e che credo – pur fra i grandi cambiamenti che stiamo vivendo – sia ancora un valore saldo e ampiamente condiviso.

Abstract: In the panorama of legal science of the twentieth century, the approach of Pietro Bonfante is characterized by a stringent analysis of the relationship between law and society, explored from an evolutionary perspective. The consideration of the great scholar's different approach to obligations and contract, encourages the author to reflect on the reasons of this apparent anomaly and to propose a critical re-reading of Bonfante's pages on the topic.

Key words: Pietro Bonfante; *contractus*; naturalistic method.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Filippo Pizzolato

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova

*Le nuove forme della partecipazione civica e le autonomie territoriali**

Sommario: 1. Premessa: Stato e formazioni sociali, un rapporto problematico. - 2. La crisi di un modello organico - 3. Crisi della partecipazione o delle sue forme rappresentative? - 4. I cittadini attivi e le autonomie - 5. Conclusione: dall'attivazione alla *reformatio*?

1. Premessa: Stato e formazioni sociali, un rapporto problematico.

Nella dottrina dello Stato il rapporto tra corpi intermedi e unità politica è sempre stato uno snodo critico. A lungo, dall'alba dello Stato moderno fin dentro al XX secolo, la struttura organizzata e solida degli interessi è stata ritenuta una minaccia per l'unità dello Stato[1]. Nella filosofia politica a fondamento dello Stato moderno (soprattutto nelle riflessioni di Hobbes, Rousseau e Sieyès, ecc…) e poi ancora in un tornante critico, nei primi decenni del '900, la questione si poneva nei termini di dubbia compatibilità tra l'unità dello Stato e la pretesa di rilevanza pubblica degli interessi organizzati e dei corpi intermedi. Si trattava di difendere la possibilità dell'unità (di tipo rappresentativo) dello Stato dalla pressione e dalla colonizzazione esercitata da partiti e interessi organizzati, reputati germe di deleteria conflittualità[2]. Posizioni più concilianti – pur sempre in modo relativo - si affacciano nel dibattito scientifico negli anni '30[3], per poi consolidarsi negli studi del secondo dopoguerra, in particolare con J. Kaiser, in cui frequente - non casualmente - è il riferimento a Tocqueville[4].

---

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

[1] Si v. la ricca rassegna di posizioni ricostruita da A. Scalone, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milano, 1996.

[2] A. Scalone, *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentsca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Monza, 2011, p. 271 ss..

[3] Si pensi alle aperture di E. Fraenkel o di C. Mortati: v. A. Scalone, *Rappresentanza politica*, cit., p. 132 ss.; su Mortati, essenziali gli studi di M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, pp. 59 e 81.

[4] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, tr. it., Milano, 1993, pp. 33 e 45, 405, in cui giudica le opere di Tocqueville e di J. Bryce «sia per l'Europa che per l'America pietre miliari sul loro cammino una verso l'altra»; 411.

Non è necessario tornare su un tema già molto approfondito. Interessa invece notare come oggi sembri prospettarsi la questione in termini rovesciati, e cioè di una (eccessiva) fragilità dei corpi intermedi, cui però non corrisponde un rinnovato vigore della statualità. Tale situazione sembra piuttosto avvicinare l'inverarsi dell'incubo di Tocqueville, che aveva visto nell'indebolimento dei corpi intermedi il rischio di una trasformazione degenerativa dello Stato, in «mostro effimero», e della democrazia. La volatilità del consenso, non più strutturato secondo appartenenze sociali, prima che politiche, e l'incapacità dei partiti e delle loro leadership di dargli forma sono fenomeni che preoccupano da tempo gli osservatori della situazione politica (non solo) italiana e che alimentano il cosiddetto populismo[5]. Corpi intermedi e Stato sembrano patire insieme, ciò che avvalora piuttosto l'impostazione, adottata dalla Costituzione, che innesta la politicità statale su pregresse articolazioni sociali e istituzionali e non sul vuoto di rapporti inter-individuali.

In questo contributo si cercherà di mostrare come occorra non confondere la crisi dei corpi intermedi con un'asserita assenza di partecipazione. Si evidenzierà (par. 2) come la fragilità dei tradizionali corpi intermedi si traduca nel tramonto di un modello di compenetrazione organica tra rappresentanze strutturate di interessi sociali ed economici e organi dello Stato, di cui il CNEL è espressione. Dinanzi al declino, almeno in questa fase, di questa forma organica di presenza sociale nello Stato, si possono però registrare (par. 3), con l'ausilio dell'indagine sociologica, fermenti di una partecipazione diversa, meno organizzata e ciò nondimeno vitale, che si concreta in iniziative e in disponibilità all'impegno civico che interpella una capacità di risposta delle istituzioni repubblicane. Già l'ordinamento giuridico fa i conti con i caratteri di questo fenomeno. Proprio in relazione alle caratteristiche che questa partecipazione assume, si mostrerà (par. 4) come siano gli enti locali e i Comuni in particolare i livelli istituzionali collocati nella posizione migliore per entrare in dialogo e valorizzare la disponibilità all'impegno dei cittadini attivi. Si dedicherà attenzione agli strumenti istituzionali in cui questa cooperazione tra

[5] Nell'ambito di una bibliografia ormai molto corposa, si segnalano: D. Palano, *Populismo*, Milano, 2017; P. Rosanvallon, *Pensare il populismo*, tr. it., Roma, 2017.

cittadini ed enti locali sta trovando sin d'ora espressione. Infine (par. 5) si proverà a leggere la trasformazione in atto nella prospettiva del progetto di trasformazione sociale contenuto nella Costituzione italiana.

2. La crisi di un modello organico

Dinanzi al processo, misurato sociologicamente, di frammentazione e disintermediazione sociale, occorre essere avvertiti di alcune possibili illusioni ottiche. La disintermediazione può infatti essere il riflesso della crisi dello Stato moderno sovrano e rappresentativo. Al di là infatti dell'idiosincrasia originaria di cui si è occupata la dottrina dello Stato, l'indebolimento dell'unità statale di decisione o, quanto meno, il suo affiancamento da parte di altre istanze, pubbliche e non solo, sovra- e intra-statali, spingono gli interessi organizzati a cercare arene di confronto diverse, che meglio corrispondano al nuovo assetto fattuale (non necessariamente formale) delle competenze. L'apparente astenia degli interessi organizzati convive infatti con un riconosciuto attivismo delle *lobbies* in ambito europeo o anche con la vivacità di rapporti intrattenuti, almeno in certi territori, a livello infra-statale. Non a caso, si è diffusa nel lessico delle istituzioni l'immagine della *governance*, che allude proprio a uno spazio pubblico che si sviluppa per via reticolare, anziché piramidale.

A ciò si aggiunga, come ulteriore elemento di cautela, valido soprattutto per gli interessi economici, che il fiorire del pluralismo organizzato è coinciso con «lo sviluppo intensissimo dello Stato in uno Stato economico»[6]. E tuttavia la presenza dello Stato nella sfera economica ha subito una potente trasformazione a seguito della svolta neo-liberale. In corrispondenza della trasformazione delle modalità dell'intervento pubblico nell'economia, evolvono attese e forme della presenza degli interessi organizzati nella sfera pubblica.

Pur con queste avvertenze, un modello che attraversa effettivamente una fase acclarata di crisi è quello della rappresentanza organico-istituzionale degli interessi economici e sociali. Nell'ambito della riforma costituzionale, non confermata dal

[6] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., p. 408, riprendendo C. Schmitt.

referendum del 2016, uno dei punti su cui era maturato un consenso pressoché unanime era proprio la soppressione del CNEL[7]. Seppur ampiamente diffusa e condivisa, l'idea che uno schema di rappresentanza *organica* degli interessi sia tramontato non è sempre corredata dall'esplicitazione analitica delle ragioni di tale predicato fallimento. Esso è stato talora imputato a difetti di "interpretazione" della presenza istituzionale (se non di vero e proprio sabotaggio) da parte degli attori coinvolti, colpevoli di un'occupazione, partitica o sindacale, e dell'aggiramento di un organismo che, per questo, avrebbe rapidamente smarrito contatto con i mondi vitali di riferimento. La moltiplicazione delle sedi di concertazione settoriale ha finito con l'emarginare il luogo istituzionale deputato a una mediazione sintetica orizzontale.

A queste considerazioni critiche – legate alla responsabilità di specifiche condotte[8] - si deve affiancare una valutazione più strutturale sull'impossibilità della riduzione a "uno" – mediante cioè un organo di rappresentanza - di interessi che sono profondamente frammentati, differenziati e disomogenei[9]. Si tratta di una critica già prospettata, nei suoi contenuti generali, da Max Weber[10]. Questa considerazione si attaglia ancor più strettamente alla realtà attuale, caratterizzata da accentuata dinamicità della sfera economica e dalla volatilità dei rapporti che in essa si formano. La rappresentanza organica di interessi è quindi esposta al rischio dell'ossificazione degli interessi medesimi, che rifuggono espressioni mediate statiche. Un modello di tal fatta aderisce piuttosto a un'ideologia corporativistica, che assegna ai ceti un posto armonico entro l'*ordo* universale, ma si tratta di una condizione assai distante dagli assetti attuali, segnati da un pluralismo in cui le posizioni sono determinate «dalla direzione e dalla forza pressante del loro

---

[7] La tendenza alla de-istituzionalizzazione degli interessi economici ha trovato ulteriore conferma nel ripensamento critico in atto nei confronti della legge di riforma delle Camere di commercio (l. 580/1993), in cui pure si ritrovava – nel Consiglio camerale – una riproposizione aggiornata di uno schema di rappresentanza di interessi economici entro un unico organo.

[8] Sulla responsabilità dei corpi intermedi nella loro stessa crisi, in termini però generali, S. Zan, *La crisi dei corpi intermedi*, in *Il Mulino* 4/2015, p. 650 ss..

[9] *Ex plurimis* cfr. S. Zan*, Declino della rappresentanza e disintermediazione degli interessi,* in *Italianieuropei* 5/2014; S. Zan, *La crisi dei corpi intermedi,* cit., p. 653.

[10] *Diritto elettorale e democrazia*, 1917, cit. da A. Scalone, *L'ordine precario*, cit., p. 301; si v. anche J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., p. 439: «non è possibile rinchiudere il necessario processo della rappresentanza di interessi organizzati in un'unica istituzione»; p. 440: «Consigli economici centrali non sono all'altezza della dinamica della tutela organizzata di interessi, che inonda ogni sistema rigido».

interesse»[11]. E ciò sia detto senza affrontare le ulteriori difficoltà, d'ordine pratico, che tradizionalmente attanagliano la progettazione di soluzioni che compongano rappresentanze sociali ed economiche, nello sforzo di «determinare esattamente il peso sociale, economico e politico di un gruppo all'interno della totalità del popolo», sia astrattamente, sia in relazione alle singole questioni su cui decidere[12]. È interessante ricordare che anche Adriano Olivetti, che pure era pienamente consapevole dei limiti di una democrazia solo elettorale[13], aveva messo in guardia dalla «rappresentanza professionale» ed economica, da lui considerate «una cattiva soluzione di una giusta esigenza»[14]. La ragione dell'ostilità di Olivetti per la rappresentanza professionale si appuntava sulla convinzione che tale soluzione «sposterebbe il dominio politico – oggi in mano alle classi più numerose che sono le classi degli operai e dei contadini – verso le classi meno numerose, le classi dei professionisti e dei possidenti (…) alla difesa degli interessi costituiti, alla cristallizzazione delle società, a una pura conservazione che impedirebbe quelle riforme economiche in assenza delle quali è ipocrita parlare di civiltà cristiana»[15].

Posto poi che la rappresentanza sociale ed economica ha un carattere intrinsecamente mediato[16], implicando la capacità di trascendere dal piano di una presenza plurale, empiricamente misurabile, a quello di un'appartenenza rappresentabile, la diffusa disaffezione nei riguardi della finzione rappresentativa[17] rende questo passaggio non scontato e la crisi della dimensione politica di questa mediazione si ritorce fatalmente contro la (o si ripropone a livello della) rappresentanza degli interessi sociali ed economici, laddove pure si affaccia la presunzione – per molti un'illusione - di una *presentificazione* puntuale e appunto

---

[11] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., pp. 414-415.

[12] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., p. 432; H. Kelsen, *La rappresentanza professionale*, in Id., *La democrazia*, tr. it., Bologna, 1995, p. 95 ss..

[13] A. Olivetti, *Democrazia senza partiti. Fini e fine della politica*, Roma/Ivrea, 2013, p. 41.

[14] A. Olivetti, *Democrazia senza partiti*, cit., p. 63: «tra la famiglia e la patria c'è un vuoto, un vuoto che deve essere richiamato alla vita. È quello di una piccola patria intorno alla città natale, lo spazio vitale dove si esprime la nostra vita sociale, la natura che ci è intorno, monti, colline, campagna. Questa … è la nostra Comunità».

[15] A. Olivetti, *Democrazia senza partiti*, cit., p. 35.

[16] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., pp. 401 ss. e 439: «il caleidoscopio degli interessi, organizzati in associazioni, è una vera rappresentanza»; v. anche A. Scalone, *L'ordine precario*, cit., p. 321.

[17] Le cui cause profonde sono state indagate da P. Costa, *Gemina persona. Un'ipotesi giuspubblicistica intorno alla crisi alla crisi del soggetto politico*, Milano, 2015.

immediata. In particolare, tale difficoltà investe la sfera economica, laddove l'individualismo ha avuto origine e, rispetto all'architettura immaginata dai costituenti, la partecipazione è mancata sin dal livello di base, e cioè dall'impresa[18]. Tale mancanza si ripercuote sui piani più «alti» della partecipazione economica, pregiudicando la già complicata sorte degli organi di rappresentanza economico-sociale.

La crisi del CNEL (o di organi analoghi) lascia però aperto il problema di quali possano essere i canali dell'interlocuzione tra soggetti socio-economici e istituzioni politiche. Invero, il CNEL stesso non mirava solo all'interlocuzione tra soggetti economici e istituzioni politiche, ma promoveva l'avvio di processi mediativi *tra* gli stessi interessi sociali ed economici, impegnando questi ultimi ad approssimare la logica, propriamente politica, della composizione di istanze plurali entro una comune progettualità[19]. Organismi di rappresentanza politica degli interessi esistono tuttora in altri ordinamenti nazionali e nella stessa architettura dell'Unione Europea (il Comitato Economico e Sociale), benché senza particolare vitalità[20]. Per il CNEL, scampato alla soppressione, si è aperta la stagione – per ora inconcludente - di una riforma o autoriforma possibile[21]. Lo stesso legislatore nazionale non sembra aver congedato del tutto gli strumenti di rappresentanza organica di interessi parziali, in veste consultiva[22].

Per questo schema di partecipazione economica, il discorso non sembra del tutto chiuso nemmeno a livello teorico. Nel contesto di una opzione per una

---

[18] Si v. il recente lavoro collettaneo di S. Antoniazzi-M. Carcano-V. Volpe-S. Zaninelli, *La partecipazione dei lavoratori. Una democrazia inedita*, Milano, 2018; nonché il n. 3/2018 della rivista *Esprit* e, ivi, in particolare l'intervista ad Alain Supiot, sul tema della «citoyenneté économique», pp. 52-63.

[19] Rinvio a F. Pizzolato, *Mercato ed istituzioni: logiche a confronto*, in *Impresa & Stato* 55/2001, pp. 78-80.

[20] Si rinvia ai saggi in A. Varsori (a cura di), *Il comitato economico e sociale nella costruzione europea*, Venezia, 2000.

[21] Si v. il documento del Gruppo di lavoro di Astrid, *Rapporto sul ruolo e le prospettive del CNEL*, Roma 2010. Si v. il p.d.l. AC 4418 del 7.4.2017 che mirava, senza riforma della Costituzione, «alla sospensione del funzionamento del CNEL, al pari di come a suo tempo è stata sospesa la ferma di leva obbligatoria». Si v. le considerazioni critiche di A. Scalone, *Il CNEL fra tentativi di abolizione e proposte di autoriforma*, in *Quaderni costituzionali* 2017, pp. 915-917; F. Ratto Trabucco, *Utilità o inutilità del CNEL e sua soppressione (*rectius *sospensione) a mezzo legge ordinaria*, in *Rivista AIC* 1/2018.

[22] Si v., ad esempio, l'art. 5 della l. 106/2016, circa l'istituzione di una Consulta Nazionale del Terzo Settore e, in attuazione, l'art. 58 del d. lgs. 117/2017 con l'istituzione del Consiglio nazionale del Terzo settore, che peraltro eredita dai preesistenti osservatori la designazione di membri del CNEL. Si rinvia ad A. Lombardi, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 239 ss.; e a V. Casamassima, *Il Consiglio nazionale del Terzo settore*, in *Non profit* 3/2017, pp. 201-202.

«democrazia continua», entro cui tra il popolo e la sua rappresentanza politica si mantiene uno scarto (un'eccedenza) e non si realizza una fusione, il costituzionalista francese D. Rousseau ha recentemente avanzato la proposta della formazione di un'assemblea dei corpi sociali con funzioni non più consultive, ma deliberative. La proposta, decisamente in controtendenza, è interessante in sé, ma anche perché si regge su premesse (l'irriducibilità del popolo plurale alla sua rappresentanza parlamentare) che, nella Costituzione italiana, vantano riscontri testuali sicuramente più solidi che nella tradizione giuridico-costituzionale transalpina.

D. Rousseau si spinge sino a identificare concretamente le forze sociali «che fanno vivere un paese oggi»: «i lavoratori, i manager, gli imprenditori; le forze che fanno il successo di un paese si trovano nelle imprese, nelle banche, nei servizi pubblici, nelle università; le questioni sociali fondamentali per un paese sono la produzione e la ripartizione della ricchezza; le questioni vitali sono di ordine economico, ecologico o sociale. Tutte queste forze non sono rappresentate in Parlamento»[23]. L'idea che ne consegue è che serva «un'assemblea che le rappresenti, che le faccia apparire sulla scena pubblica e che dia loro una voce deliberativa nel dibattito politico per concorrere all'espressione dell'interesse generale», in modo da dare «voce alla doppia identità del popolo, il popolo come corpo politico, quello dei cittadini astratti visibile attraverso e nell'Assemblea nazionale, ed il popolo come corpo sociale, quello dei cittadini concreti che si realizzano nelle loro attività professionali e sociali, visibile da e nell'Assemblea sociale». Rispetto all'esistente Consiglio economico, sociale e ambientale, il nuovo organo dovrebbe avere peso deliberativo, in quanto un potere unicamente consultivo sarebbe «pericoloso in quanto favorisce il corporativismo, poiché sapendo di dover fare solo delle raccomandazioni o dare un parere sui disegni di legge, darebbe libero sfogo all'espressione degli interessi individuali dei gruppi che la compongono. Al contrario, partecipando al voto delle leggi, l'Assemblea abbandonerebbe questo atteggiamento «facile» del dare suggerimenti e fare richieste, in cambio del lavoro ben più "difficile" del decidere tra interessi diversi e discutere sulla redazione delle

[23] D. Rousseau, *Radicalizzare la democrazia. Proposte per una rifondazione*, a cura di E. Bottini, Napoli, 2016, p. 85.

leggi. Un potere di consulenza deresponsabilizza un'assemblea, mentre un potere deliberativo la responsabilizza»[24].

La proposta, senz'altro originale, lascia irrisolte alcune questioni, non di poco conto, tra cui le modalità concrete di composizione di questa assemblea sociale. E inoltre può esporsi a un cortocircuito: se il presupposto di questa proposta è che il popolo sia sempre eccedente rispetto alla rappresentanza politica, e che dunque non valga la pretesa di quest'ultima di realizzare la fusione con il popolo stesso, l'estensione costituita da un'assemblea sociale non potrà assorbire questa sporgenza che è piuttosto strutturale. Se questo fosse l'intento, e cioè di riportare il pluralismo del popolo dentro una sfera rappresentativa semplicemente duplicata, risulterebbe opinabile. Come già osservava Kaiser, non la rappresentanza di un interesse singolo, bensì «il concorso, la concorrenza e l'equilibrio degli interessi organizzati. Soltanto dall'intero spettro degli interessi organizzati risulta una totalità che è capace della rappresentanza e la pubblica opinione è il destinatario di questa rappresentanza»[25]. Da qui l'attualità della critica: «si tenta di creare, secondo l'analogia col parlamento, un ulteriore organo rappresentativo, che non deve, tuttavia, rappresentare l'unità politica, ma una pluralità, cioè la società, divisa e ordinata in gruppi di interessi, nei confronti dell'amministrazione e legislazione statale»[26].

3. Crisi della partecipazione o delle sue forme rappresentative?

Da un punto di vista giuridico-costituzionale, la preoccupazione per l'impoverimento della trama sociale ed economica e del tessuto connettivo posto tra cittadini e istituzioni è pienamente giustificata, se è vero che, nella Costituzione, il fine della Repubblica – lo svolgimento della persona umana – non può andare disgiunto dalla partecipazione all'organizzazione sociale, economica e politica. Le due finalità sono strettamente interrelate[27]. Proprio perché il fine complessivo della

[24] *Ibidem*, p. 87.
[25] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., p. 436.
[26] J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi*, cit., p. 432.
[27] U. Allegretti, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, p.171. Una tesi in parte differente è sostenuta da V.

Repubblica (art. 3) e quello, articolato, delle formazioni sociali (art. 2) è convergente, lo svolgimento della persona, la sua realizzazione esige un'alleanza tra istituzioni e cittadini singoli e associati, di cui la sussidiarietà è l'espressione sintetica. Si potrebbe sostenere che l'allontanamento dalla prospettiva costituzionale di una democrazia diffusa abbia la sua radice più remota in un'idea di libertà irrelata distante dalla visione costituzionale dello svolgimento *situé* della persona. Come ha riconosciuto un liberale critico come R. Dahrendorf, «l'avvento della civiltà moderna ha significato incontestabilmente un'espansione delle possibilità di scelta, ma solo al prezzo di lacerare le legature esistenti»[28].

Appare tuttavia affrettato confondere la tendenza alla disintermediazione – e la connessa crisi delle formazioni sociali e dei corpi intermedi - con un generalizzato tramonto della partecipazione[29]. Non mancano infatti segnali che contraddicono una simile correlazione. Alcune autorevoli letture avanzano interpretazioni che mettono l'accento piuttosto su di un cambiamento della natura della partecipazione politica, solo apparentemente affievolita a seguito della crisi dei tradizionali vettori rappresentati da partiti e sindacati. La partecipazione assumerebbe ora forma e funzione, per usare l'espressione di Rosanvallon, proprie della *contre-démocratie*, orientate cioè al controllo, all'opposizione, rispetto all'operato della classe politica[30], più che a un'integrazione.

In una recente indagine sociologica, la trasformazione delle modalità del rapporto tra associazionismo e sfera della politica è letta sotto il segno del tramonto di un modello, a lungo praticato, di collateralismo tra partiti e corpi sociali, in cui «una buona parte delle associazioni della società civile agiva per *estendere* alcune delle funzioni dei partiti di massa, in particolare la socializzazione politica e l'integrazione

---

Atripaldi, *Il patto costituzionale in Assemblea Costituente*, in *Studi in onore di P.Biscaretti di Ruffia*, I, Milano, 1987, pp. 23-24.

[28] R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, tr. it., Roma-Bari, 1994, p. 42.

[29] Così come non si devono contrapporre motivazioni altruistiche e orientamento alla realizzazione individuale o alla soggettività, come sottolinea M. Ambrosini, *Introduzione. Perché il volontariato episodico ci interpella: l'esperienza di Expo Milano 2015*, in Id. (a cura di), *Volontariato post-moderno: da Expo Milano 2015 alle nuove forme di impegno sociale*, Milano, 2016, p. 15.

[30] P. Rosanvallon, *La politica nell'era della sfiducia*, tr. it., Troina, 2009, p. 26; V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, 2011, p. 128.

sociale»[31]. Al posto di questo rapporto, emergerebbe uno stile associativo che premia l'autonomia e presenta legami deboli con i partiti[32]. Questa trasformazione non equivale a una riduzione del ricorso a forme di azione politica, quanto a un ammodernamento del repertorio e perfino a un'intensificazione della presenza[33]. Addirittura, «le associazioni sociali sono indotte sempre più ad andare oltre le tradizionali funzioni di "scuola di democrazia", per supplire in modo diverso ad alcuni dei compiti storicamente svolti dai partiti e dalle istituzioni pubbliche, in particolare per la raccolta e la trasmissione delle domande sociali, così come per la socializzazione e la formazione politica delle nuove generazioni»[34]. Esse, soprattutto nel contesto della crisi delle tradizionali forme del welfare, hanno assunto da tempo responsabilità di cura dirette, legittimate dal principio di sussidiarietà[35]. In taluni casi, si osserva un processo di specializzazione e anche di orientamento al mercato delle associazioni, nell'ottica dell'erogazione di servizi[36]. Paradigmatica, in tal senso, la legge 328/2000 (l'art. 5, in particolare[37]).

A questo «nuovo» stile di associazionismo corrisponderebbe, nella lettura di A. Giddens[38], un diverso paradigma democratico, chiamato «dialogico». Questo modello è accompagnato dallo sviluppo di una «pure relationship», e cioè di relazioni da cui si entra e si esce in modo più fluido. La dinamica dell'individualizzazione determina la sparizione di identità collettive, tra cui quelle di

---

[31] R. Biorcio-T. Vitale, *Introduzione. L'associazionismo della società civile e la democrazia*, in R. Biorcio-T. Vitale, *Italia civile. Associazionismo, partecipazione e politica*, Roma, 2016, p. 13.

[32] R. Biorcio-T. Vitale, *Conclusioni. La società civile tra fine dei collateralismi, partecipazione e conflitto*, in R. Biorcio-T. Vitale, *Italia civile*, cit., p. 183: «la partecipazione a una o più associazioni può contribuire a riproporre su basi nuove un rapporto di attenzione e di impegno nella comunità politica, in una fase in cui i partiti e le istituzioni rappresentative risultano in larga misura delegittimati. Può essere così ancora valida l'ipotesi di Tocqueville della partecipazione associativa come *scuola di democrazia*, cioè come occasione di socializzazione e apprendimento dei valori e dei comportamenti della partecipazione democratica attiva»; v. anche C. De Maria, *L'evoluzione del Terzo settore dal Novecento ad oggi (1915-2011)*, in E. Rossi-S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011, p. 115.

[33] R. Biorcio-T. Vitale, *Conclusioni*, cit., pp. 185-186.

[34] R. Biorcio-T. Vitale, *Introduzione*, cit., p. 14.

[35] R. Biorcio-T. Vitale, *Introduzione*, cit., p. 14; L. Degrassi, *La razionalizzazione dello Stato sociale*, Milano, 2004.

[36] E. Polizzi-F. Forno, *Tra società e mercato: forme organizzative, repertori e strategie d'azione delle associazioni*, in R. Biorcio-T. Vitale, *Italia civile*, cit., pp. 81 e 97; C. Borzaga, *Opportunità e limiti della riforma del terzo settore*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore*, cit., p. 60.

[37] Su cui il commento di S. La Porta, *Art. 5*, in E. Balboni-B. Baroni-A. Mattioni-G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, p. 182 ss..

[38] A. Giddens, *Oltre la destra e la sinistra*, tr. it., Bologna, 1997.

classe, attorno a cui era strutturata precedentemente la politica, riconformando i legami, non più stabili o tradizionali, ma continuamente scelti[39]. Giddens iscrive questa trasformazione entro una modernità «riflessiva»[40].

Se si esce dal panorama delle interpretazioni sociologiche e si osservano recenti vicende di impatto normativo, non si fatica a ricavare conferme di una vitalità della partecipazione, per quanto rinnovata negli stili e nei soggetti. Anzi tutto si è assistito all'attivazione di forme d'azione politica in rete delle (residue) formazioni sociali, con anche le istituzioni territoriali. Forse perché consapevoli della loro debolezza, le formazioni sociali di radicamento storico nel nostro tessuto socio-politico hanno cominciato ad adottare stili di coordinamento e finanche di federazione per fare fronte comune in alcune «battaglie» al cospetto delle istituzioni. La tendenza ad agire in rete risponde alla volontà di coordinare iniziative e sforzi e insieme di provare a ritessere coesione e a condizionare l'agenda politica. Offrono testimonianza significativa in questa direzione la campagna «L'Italia sono anch'io», promossa da importanti associazioni per dare impulso popolare alla riforma dell'accesso alla cittadinanza; o, ancor più, la rete dell'Alleanza contro la povertà che ha offerto la base di riflessioni e di proposte concrete per l'introduzione di un reddito di inclusione sociale[41], giunto a parziale approvazione legislativa[42]. La stessa riforma del terzo settore (la legge delega e i relativi decreti attuativi) ha visto una partecipazione attiva dei soggetti interessati[43].

Oltre a ciò, a conferma di una certa vitalità civica, si è recentemente assistito alla definizione di istituti e di esperienze di democrazia «partecipativa», volta cioè alla

---

[39] A. Giddens, *Oltre la destra*, cit., p. 146: «Quanto più la società diventa post-tradizionale, tanto più ci si muove verso quella che potremmo chiamare una *relazione pura*, nei rapporti d'amore, nel matrimonio e nella famiglia». Questa concezione è contestata, in nome di una visione agonistica della democrazia, in cui ancora e strutturalmente rileva l'asse destra-sinistra, da C. Mouffe, *On the Political*, Abingdon-New York, 2005, pp. 46-47.

[40] A. Giddens, *Oltre la destra*, cit., p. 103: «gli individui non riescono ad accontentarsi di un'identità che è semplicemente trasmessa, ereditata, o costruita su una base tradizionale. La devono in gran parte scoprire, costruire e sostenere attivamente. E come il sé, neppure il corpo è più accettato come un dato del "destino", come il bagaglio fisico che accompagna l'Io. Sempre più spesso dobbiamo decidere non solo chi essere e come agire, ma anche come apparire al mondo esterno»; p. 108.

[41] Si v. *Per un piano nazionale contro la povertà. La proposta del Reddito di inclusione sociale (REIS)*, in *Aggiornamenti sociali* 11/2014, p. 718 ss.. A p. 725 una scheda sull'Alleanza contro la povertà.

[42] L. 33/2017, recante «Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali».

[43] Su questo aspetto: L. Gori-E. Rossi, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it* 2/2016, p. 3.

consultazione e alla promozione della cosiddetta cittadinanza attiva nella costruzione («partecipazione al decidere») o nella implementazione («partecipazione al fare») delle politiche pubbliche[44]. Il dato non è trascurabile. La letteratura anche giuridica in argomento è cresciuta parallelamente all'esplosione di pratiche e laboratori di democrazia partecipativa[45]; nonché delle forme di coinvolgimento dei cittadini attivi nella funzione amministrativa, di cui il successo che sta arridendo al regolamento sui beni comuni promosso da Labsus è forse l'esempio più eclatante e l'esperienza più contagiosa[46].

Sembra così prendere corpo uno stile di partecipazione, animato dai cittadini attivi, che non coagula interessi stabili o formazioni sociali durature[47], bensì valorizza un impegno mirato, spesso di singoli individui, attorno a specifiche progettualità amministrative. Non vi è nemmeno necessariamente una prospettiva politica complessiva a ispirare e indirizzare questa forma diffusa di partecipazione, bensì un'attivazione spesso generosa, ma per lo più puntuale e concreta, che si attiene al piano dell'amministrazione condivisa.

Ci si può chiedere se queste forme di cittadinanza attiva siano strumenti di una partecipazione molecolare, se non liquida, destinata a rimanere tale, o se non siano, in prospettiva, vettori di riorganizzazione del corpo sociale. Lo stesso Tocqueville, peraltro, pur così sensibile alla distruzione dei corpi intermedi e allarmato per le prospettive autoritarie di una società di uguali, aveva osservato con

---

[44] Per la distinzione, cfr. A. Valastro, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in Id. (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010, p. 30.

[45] Per avere un'idea, pur sempre parziale, della ricchezza delle elaborazioni e delle prospettive, si rimanda a questi volumi collettanei, pressoché contemporanei: U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; G.C. De Martin-D. Bolognino, *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010; A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, cit..

[46] Lo strumento normativo è bene illustrato, nei suoi presupposti, fini e dettagli, in G. Arena-C. Iaione (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015. Si v. anche i materiali e le esperienze raccolti e documentati dal sito www.labsus.org.

[47] R. Biorcio-L. Caruso-T. Vitale, *Le trasformazioni del sistema politico italiano e l'associazionismo*, in R. Biorcio-T. Vitale, *Italia civile*, cit., p. 27; nello stesso volume: E. Claps-T. Vitale, *Partecipazione associativa e azione politica*, p. 161; anzi, per M. Ambrosini, *Introduzione*, cit., p. 17, in questa forma di volontariato individualizzato si rileva una «diffidenza per i vincoli organizzativi, gli impegni stabili, le dinamiche associative».

interesse alle nuove e febbrili forme di partecipazione, per quanto poco stabilmente strutturate, come quelle che aveva conosciuto nella giovane democrazia americana[48].

L'emersione di un fenomeno crescente di volontariato a titolo individuale è un'ulteriore spia della volontà dei cittadini di compiere scelte reversibili, comunque lontane dalla vischiosità di appartenenze leganti[49]. Si tratta quindi di una tendenza che si situa all'interno di una «logica di disintermediazione»[50]. Anche l'ordinamento giuridico fa i conti con questo fenomeno nuovo o comunque ritenuto finora irrilevante e stenta a riconoscerne e a valorizzarne le manifestazioni così individualizzate e talora occasionali[51]. Ne è riprova la vicenda, in sé risolta, degli oneri di assicurazione per i servizi resi ai Comuni da volontari individuali, slegati quindi dalla mediazione di un rapporto con un'associazione di volontariato, sollevata dalla Corte dei conti. La sezione regionale (Toscana) di controllo della Corte dei Conti aveva espresso (delibera n. 141/2016) un parere negativo circa l'assunzione da parte di un Comune degli oneri relativi alla stipula di polizze assicurative per la copertura di rischi (infortunio, malattia e responsabilità verso terzi) per l'attività volontaria resa, a titolo individuale, da cittadini. Nell'argomentazione della Corte, «(a) l'attività di volontariato è svolta solo nell'ambito di apposite organizzazioni, aventi determinate caratteristiche strutturali e funzionali; (b) le pp.aa. possono avvalersi di volontari solo ed esclusivamente nel quadro di specifiche convenzioni stipulate con le relative organizzazioni, rectius con quelle tra di esse che, essendo in possesso dei requisiti stabiliti dalla legge, siano iscritte in specifici registri regionali», risultando necessaria l'«"interposizione" dell'organizzazione di volontariato iscritta nei ridetti registri regionali (…) ad assicurare, da un lato, che lo svolgimento dell'attività dei volontari si mantenga nei rigorosi limiti della spontaneità, dell'assenza anche indiretta di fini di lucro, della esclusiva finalità solidaristica, dell'assoluta e completa gratuità; e, dall'altro, che resti ferma e aliena da ogni

[48] E a Tocqueville si richiama la celebre ricerca di R.D. Putnam, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, tr. it., Milano, 1993.

[49] Cfr. L. Gori, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC* 1/2018, pp. 1 ss. e 20. Tra i sociologi, sul fenomeno, si v. la ricerca di M. Ambrosini (a cura di), *Volontariato post-moderno*, cit.

[50] Così M. Ambrosini, *Introduzione*, cit., p. 17.

[51] Una rassegna ragionata dei luoghi ordinamentali di emersione e riconoscimento del volontariato individuale in L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., pp. 8-10.

possibile commistione la rigida distinzione tra attività di volontariato e attività "altre"». Il parere si spinge sino a gettare sospetto sul volontariato individuale, quasi questo potesse preludere a una surrettizia pretesa di inquadramento lavorativo.

Nell'interpretazione richiamata, la legge 266/1991 viene espressamente ritenuta un «hortus conclusus», al di fuori del quale non è data possibilità di riconoscimento legale dell'attività del volontariato. In questo modo, però, una disciplina introdotta per promuovere il volontariato diventa inopinatamente uno strumento per il suo irrigidimento e la sua amputazione, almeno per quanto riguarda i rapporti con la sfera istituzionale. Vero è che questo è il rischio, difficilmente eliminabile del tutto, dell'istituzionalizzazione, che, mentre riconosce, circoscrive[52]. E tuttavia, quando si aderisca a questa rigida delimitazione, si finisce con lo scavare dei solchi che condizionano in modo sproporzionato e soprattutto non necessario la libera iniziativa civica per l'interesse generale, fino a produrre una perversione dell'intento del legislatore e, ciò che è peggio, un esito non conforme allo spirito e alla lettera della Costituzione. L'art. 118 della Costituzione impegna infatti la Repubblica a promuovere l'iniziativa dei cittadini *singoli* e associati per l'interesse generale[53]. La stessa Corte costituzionale, nella sent. 75/1992, non ha autorizzato questa arbitraria compartimentazione dell'attività del volontariato. Si trascura infatti che il volontariato individuale è artefice di una «socialità» non di appartenenza, ma in costruzione, di destinazione. Di questa socialità di destinazione, la stessa associazione di volontariato può essere un esito possibile[54].

La legge di riforma del terzo settore (d. lgs. 117/2017) contiene, implicitamente, un'apertura normativa al volontariato individuale sin dall'art. 1, posto che questo fissa come finalità prioritaria dell'intervento normativo quella di «sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, *anche* in forma

---

[52] Preoccupazione che peraltro era ben presente agli estensori della legge quadro sul volontariato, come opportunamente ricorda V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale* (*occasionalmente*) *ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo Settore*, in *Rivista AIC* 1/2018, p. 19.

[53] F. Pizzolato, *La democrazia locale come fondamento di autonomie responsabili*, in G.C. De Martin-F. Merloni (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, 2017, p. 99; L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., pp. 5 e 12, il quale sottolinea anche la violazione dell'art. 18, nel senso di libertà di *non* associarsi.

[54] L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., p. 5; M. Ambrosini, *Volontari senza appartenenza. Figura postmoderna dell'impegno sociale*, in *Aggiornamenti sociali* 6-7/2018, p. 490.

associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa»[55]. O, ancora più chiaramente, l'art. 17.2, per il quale «il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, *anche* per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà»[56].

Come è stato scritto, «la nuova normativa definisce (…) cosa si debba intendere per volontario, riconoscendo poi che di volontari così definiti possono avvalersi tutti gli Enti di terzo settore, ancorché con qualche limite numerico come nel caso delle imprese sociali. (…) riconosce il valore della scelta personale dei cittadini che decidono di dedicarsi gratuitamente a servizio dell'interesse generale e non quello delle organizzazioni che ricorrono al volontariato»[57]. E tuttavia il codice del terzo settore non ha risolto i problemi applicativi derivanti dal mancato riferimento al volontariato individuale in articoli centrali per la questione discussa, quali gli artt. 18 («Assicurazione obbligatoria») e 56 («Convenzioni»)[58].

I residui dubbi sembrano essere stati rimossi da una deliberazione della Corte dei conti[59], la quale ha rigettato l'orientamento restrittivo, prevedendo però che «affinché (…) l'ente locale possa avvalersi di volontari singoli, è necessaria l'adozione di un regolamento che assicuri l'attuazione dei predetti principi e, per altro verso, consenta il rispetto dei caratteri e dei limiti per l'azione volontaria». In questo modo, come è stato sottolineato, «la fonte dell'ente locale che è chiamata a disciplinare la fattispecie, si radica direttamente nella disposizione costituzionale e, dovendo dare attuazione concreta al principio di sussidiarietà orizzontale, può trarre

[55] Su questa linea, v. G. Arena, *Codice del Terzo Settore, volontari e beni comuni*, in *Labsus.org* 12 settembre 2017; L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., p. 13.
[56] Il corsivo è nostro.
[57] C. Borzaga, *Opportunità e limiti della riforma del terzo settore*, cit., p. 65.
[58] L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., p. 15.
[59] Adunanza plenaria; sez. autonomie, del. n. 26 del 24.11.2017.

dalla compiuta disciplina del volontariato organizzato principi e criteri orientatori (artt. 17-19, art. 56 del Codice del Terzo settore)»[60]. Si recupera, a partire dal principio di sussidiarietà, la valorizzazione di uno spazio di autonomia normativa in capo agli enti locali[61].

4. I cittadini attivi e le autonomie

Le trasformazioni intervenute – e sopra sintetizzate - nelle forme della partecipazione sociale hanno diverse cause, ma, almeno in parte, sono in rapporto circolare con l'azione dei soggetti istituzionali che abitano la sfera pubblica. Non sono cioè fenomeni che avvengono in uno spazio totalmente inaccessibile per l'influenza della sfera pubblica. Tutt'altro. Ai soggetti istituzionali la Costituzione traccia un'indicazione ora esplicita, quella cioè di favorire lo svolgimento di funzioni di interesse generale da parte dei cittadini singoli e associati, secondo il principio di sussidiarietà. La sfera pubblica, anziché assistere passivamente alle trasformazioni del corpo sociale, deve disporsi in un atteggiamento dialettico e propositivo che incoraggi la partecipazione.

Se le autonomie territoriali sono strutturalmente il soggetto pubblico meglio posizionato per valorizzare l'iniziativa sociale, tanto che la sussidiarietà verticale costituisce una gemmazione di quella orizzontale, a maggior ragione questa conclusione si impone al cospetto delle mutate forme dell'attivazione civica. Dinanzi a una partecipazione che si è fatta così frammentaria, che ha sfibrato le classiche formazioni sociali, è il tessuto delle autonomie e, in particolare, delle amministrazioni comunali il livello più indicato per interloquire e coinvolgere i cittadini[62]. La pretesa di ripartire *tout court* da una rappresentanza nazionale organizzata (sintetica) di interessi sociali ed economici, sul modello del CNEL,

---

[60] L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., p. 19.

[61] Rinvio a F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Politica del diritto* 2006, p. 385 ss.; ma soprattutto all'importante contributo di A. Pubusa, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1983, pp. 149-165.

[62] In senso conforme, L. Gori, *La disciplina del volontariato*, cit., p. 7: «l'ambito elettivo del c.d. volontariato individuale è rappresentato dallo svolgimento di attività di interesse generale in ambito locale»; A. Valastro, *La democrazia partecipativa*, cit., p. 5; E. Polizzi-T. Vitale, *Riforma del Terzo settore: verso quale approdo?*, in *Aggiornamenti sociali* 2/2017, pp. 104 e 111.

rischia invece – in assenza di una ritessitura dal basso - di non intercettare circuiti vitali di partecipazione[63].

Non a caso, è il livello locale, amministrativo, la frontiera lungo la quale si stanno compiendo e realizzando processi che rendono manifesta l'urgenza di una riforma, che tarda a prendere forma legale, finanche della cittadinanza. A livello locale gli stranieri possono sperimentare la partecipazione sociale ed economica e, almeno in parte, quella politica[64]. Tale apertura è già in parte favorita dall'ordinamento e, in parte, si compie negli interstizi dello stesso. Prima e al di là del principio di sussidiarietà, di cui il regolamento Labsus è traduzione, l'art. 8.5 del Testo Unico degli Enti Locali prevede che lo statuto degli enti locali promuova «forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell'Unione europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti»[65]. Nella sent. 119/2015, aprendo il servizio civile agli stranieri, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'importanza di una dimensione sociologica - oltre quella formale - di cittadinanza: «l'ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene»[66].

Solo la realizzazione dell'istanza autonomistica più genuina, secondo l'ispirazione dell'art. 5 Cost., può quindi fungere da elemento di collegamento e ricucitura tra le dinamiche che attraversano la cittadinanza e la sfera comunitaria e le istituzioni repubblicane. Per certi aspetti, non è una forzatura sostenere che le autonomie locali stanno svolgendo la funzione di connessione e di integrazione che i

---

[63] Non mancano aperture in questa direzione, di caratterizzazione del CNEL come strumento di valorizzazione del *civic engagement* o addirittura come camera della società civile. Per questi spunti, si rinvia a Astrid, *Rapporto sul ruolo e le prospettive del CNEL*, cit., pp. 3-4.

[64] R. Cavallo Perin, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo* 1/2004, p. 204; M. Roversi Monaco, *La città nell'ordinamento giuridico*, in *Ist. del Fed.* 2016, pp. 980-981.

[65] La convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale prevede un capitolo C – non ratificato - sul diritto di voto alle elezioni locali. Si v. al riguardo la diversa prospettazione offerta dai pareri 11074/2004 e 8007/2004 del Consiglio di Stato.

[66] Si v. ora anche il d. lgs. 71/2018, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi e collocamento alla pari», che prevede la definizione di un «contingente annuale degli stranieri ammessi a partecipare a programmi di attività di volontariato di interesse generale e di utilità sociale».

partiti avrebbero dovuto *in primis* onorare, di raccordo tra spazio della cittadinanza e sfera delle istituzioni.

Nell'aspirazione contenuta nel nostro impianto costituzionale verso una democrazia fondata sul lavoro, e cioè su una partecipazione feriale – sociale, economica e (anche) politica - dei cittadini alla costruzione della società e dell'interesse generale (artt. 4 e 118), l'autonomia locale è un elemento fondamentale, di incrocio delle dimensioni verticale e orizzontale della sussidiarietà. Non a caso, la riscoperta del principio di sussidiarietà, nelle sue due dimensioni, è avvenuta nel contesto di riforme che interessavano le autonomie territoriali[67]. Come anche l'esperienza più recente attesta fortemente, la sussidiarietà verticale può resistere alle rimontanti tendenze accentratrici e semplificatrici solo se funziona come traino della partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali alla edificazione «dal basso» della Repubblica[68], e non come criterio di un'altrimenti ambigua e precaria legittimazione di poteri locali.

In questa direzione, un'occasione propizia di ripensamento dello spazio accessibile ai cittadini e alle formazioni sociali nella *governance* istituzionale locale è stata, ben al di là delle intenzioni di chi l'ha approvata, la riforma degli strumenti di decentramento comunale. Non si può dire che tutti i Comuni abbiano colto l'occasione per rivitalizzare l'apporto dei cittadini. Alcuni si sono limitati a salvare quanto poteva sopravvivere delle vecchie circoscrizioni di decentramento, azzerandone i costi. Altri le hanno sostituite con strumenti e forme fluide di democrazia partecipativa, rinunciando così alla prospettiva di rappresentanze organiche più stabili. Altri infine hanno percorso la via più impervia, ma più promettente, della istituzionalizzazione di organismi di partecipazione sociale, creando consulte o reti aperte alla presenza, non in forma rappresentativa, dei soggetti sociali, istituzionali, e perfino dei singoli cittadini, attivi nei diversi

[67] Si pensi, in particolare, all'art. 4 della l. 59/1997. Cfr. C. De Maria, *L'evoluzione del Terzo settore*, cit., p. 116.

[68] …è la lezione fondamentale di G. Berti, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 288.

quartieri[69]. Inoltre, si è già richiamata la diffusione rapida di varianti del regolamento ideato da Labsus sulla gestione condivisa dei beni comuni.

Un passaggio significativo, in questa stessa direzione, è rappresentato dalla già citata recente riforma organica del terzo settore[70]. In particolare, rileva il d. lgs. 117/2017 (attuativo della delega contenuta nella l. 106/2016), le cui finalità sono richiamate nell'art. 1.1 che si pone «in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione». Il codice compie un'attesa opera di definizione dei soggetti del terzo settore[71], ispirandosi al principio di sussidiarietà, orizzontale e verticale[72]. Per la verità, gli enti locali non ricevono dal codice una esplicita attenzione che ne faccia immediatamente risaltare la centralità. E tuttavia la riforma appresta strumenti di cui *naturaliter* possono avvalersi *in primis* proprio gli enti locali. In relazione a ciò, norme significative sono contenute nel titolo settimo del codice (art 55-57). L'art. 55.1 prevede che le amministrazioni pubbliche, «nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». Si promuove così un modello di collaborazione tra enti pubblici e soggetti del terzo settore nell'individuazione dei problemi da soddisfare e degli interventi necessari a tal fine, ma anche delle modalità di realizzazione degli stessi e

---

[69] Rinvio, per più circostanziati riferimenti, a F. Pizzolato, *Dopo le circoscrizioni, i quartieri*, in *Amministrare* 2014, pp. 281-304; Id., *Il welfare locale tra ricostruzione del tessuto civile e diritti sociali*, in *Comuni d'Italia* 2/2016, pp. 45-51.

[70] Per un commento al Codice del terzo settore rinvio a A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, cit.. Per una ricostruzione della legislazione nazionale sul terzo settore in P. Addis-E.A. Ferioli-E. Vivaldi, *Il Terzo settore nella disciplina normativa dall'Unità ad oggi*, in E. Rossi-S. Zamagni (a cura di), *Il Terzo settore*, cit., p. 129 ss..

[71] V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale*, cit., pp. 19 e 20: «risalta anzitutto l'ampia tipologia dei soggetti privati presi in considerazione (art. 4). La riforma ha contemplato non solo gli enti tipici del Terzo settore di cui al Titolo V, ma anche quelli atipici in forma di associazione o fondazione»; «l'innovazione introdotta dal Codice, in definitiva, è tale che tutti i soggetti del Terzo settore hanno possibilità di collaborare con tutte le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di tutte le attività d'interesse generale».

[72] A. Lombardi, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, cit., p. 222; con riferimento soprattutto alla declinazione orizzontale del principio, v. V. Tondi della Mura, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 3/2017, p. 56 ss..

di reperimento delle risorse[73]. Si introducono i concetti di co-programmazione (art. 55.2) e di co-progettazione (art. 55.3) delle risposte ai bisogni e dei servizi sul territorio[74]. Quanto alle modalità della relazione tra amministrazioni pubbliche ed enti del terzo settore, il codice fa riferimento alla stipula di convenzioni (art. 56)[75] con associazioni di promozione sociale e organizzazioni di volontariato, con la previsione del solo rimborso delle spese. Come si è poi visto, benché non con l'esplicitazione che ci si poteva attendere, resta viva la possibilità per i Comuni di avvalersi dell'apporto di volontari singoli, nell'ambito di specifici regolamenti (come quello sui «beni comuni»). È dunque del tutto condivisibile il giudizio per cui «la partita dell'attuazione della riforma si gioca soprattutto nei territori, coinvolgendo i Comuni *in primis*»[76].

Questa riforma del terzo settore può innescare reazioni a cascata che coinvolgono, oltre che il livello locale, quello regionale, chiamato a ridefinire le forme di partecipazione dei soggetti del terzo settore alla concertazione regionale e locale[77]. L'apporto dei cittadini, singoli e associati, trova poi riconoscimento e valorizzazione anche nella normativa settoriale, relativa alle specifiche politiche. Nell'ambito di un recente provvedimento normativo, il d.lgs. n. 147/2017, recante «Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà» (il cosiddetto Reddito di Inclusione), l'art. 6, c. 6, richiede ai servizi territoriali di *riconoscere, agevolare e valorizzare* gli enti del terzo settore, attraverso la loro inclusione, ad opera delle équipe multidisciplinari, nella progettazione personalizzata, sulla base di specifici accordi di reciproco riconoscimento a livello di ambito territoriale o comunale[78]. Per promuovere l'attuazione del ReI, l'art. 2.12 del d. lgs. 147 istituisce «un Osservatorio sulle povertà, che, oltre alle istituzioni competenti, riunisce

[73] Cfr. E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit* 3/2017, p. 159 ss.; F. Scalvini, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore*, cit., p. 268 ss..

[74] Sul rapporto tra le due fasi, con osservazioni che si condividono, E. Frediani, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, cit., pp. 167-168.

[75] Su cui A. Lombardi, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, cit., p. 237 ss..

[76] E. Polizzi-T. Vitale, *Riforma del Terzo settore*, cit., p. 111.

[77] V. L.r. 20/2017 della Regione Emilia-Romagna.

[78] V. Casamassima-E. Vivaldi, Ius existentiae *e politiche di contrasto della povertà*, in *Quaderni costituzionali* 2018, p. 138.

rappresentanti delle parti sociali, degli enti del Terzo settore ed esperti»[79]. I Comuni, in forma singola o associata, sono qualificati «soggetti attuatori del ReI» (art. 13) e, al contempo, è chiesto loro di assicurare «il coinvolgimento degli enti del Terzo settore, di cui alla legge n. 106 del 2016, delle parti sociali, delle forze produttive del territorio e della comunità territoriale, nelle attività di promozione degli interventi di lotta alla povertà»; di favorire «la più ampia partecipazione dei nuclei familiari beneficiari del ReI nell'adozione degli interventi che li riguardano»; di operare «in stretto raccordo con gli enti del Terzo settore (…) nell'attuazione degli interventi, favorendo la co-progettazione».

5. Conclusione: dall'attivazione alla *reformatio*?

Riguardata da un punto di vista costituzionale, la nuova veste della partecipazione civica sembra nascere sul presupposto, se non della rinuncia espressa e consapevole, dell'accantonamento della prospettiva della *reformatio* sociale («è compito della Repubblica rimuovere…»), o comunque da questa prescinde per disincanto o per pragmatismo. È la stessa struttura della partecipazione a rendere questo esito più difficile. Non c'è dubbio infatti che le formazioni sociali più strutturate «non sono una risorsa solo per i servizi che erogano, ma anche per la sensibilità che diffondono e per le occasioni di cittadinanza attiva che propongono: non solo in termini di servizi, ma di presa di parola e di partecipazione sociale. Fanno parte di quel complesso di corpi intermedi che rende le democrazie più vitali e partecipate, riempiendo lo spazio tra i singoli cittadini e i poteri pubblici»[80]. Così individualizzata, la partecipazione civica rischia invece di essere meramente riparativa o interstiziale e di abbandonare disegni trasformativi che mettano in gioco una progettualità di tipo politico-istituzionale.

Già non appare scontato il riavvicinamento di questo tipo di cittadinanza attiva alla sfera istituzionale, rispetto a cui la diffidenza e il senso di estraneità sono diffusi. E tuttavia, proprio per le caratteristiche che ha assunto, la partecipazione

[79] Si v. anche l'art. 16.5 del d. lgs. 147.
[80] M. Ambrosini, *Volontari senza appartenenza*, cit., p. 491.

civica può più facilmente entrare in relazione con la sfera istituzionale più prossima alla comunità territoriale e cioè con gli enti locali. I Comuni soprattutto operano infatti con una concretezza immediatamente apprezzabile dai cittadini che possono cogliere la ricaduta dell'azione amministrativa in termini di servizio alla collettività[81]. La valorizzazione delle autonomie è quindi, oltre che una direzione di inveramento della Costituzione, una via pressoché obbligata se si vuole riannodare un filo collaborativo con i cittadini.

La prospettiva dell'impegno locale è dunque preziosa, ma soffre di limiti strutturali. Il rischio, come si diceva, è che metta in conto l'abbandono della prospettiva della *reformatio*, intendendo con ciò una progettualità trasformativa dell'ordine sociale ed economico. Ci si può dunque chiedere se il civismo sia necessariamente la forma di una partecipazione a raggio corto e ad ambizione limitata o se non possa divenire punto di partenza di un processo di riaggregazione dei cittadini a partire dalla base. La domanda resta evidentemente aperta. E comunque non dappertutto il tessuto civico risulta vitale; non mancano «patologie» che scoraggiano l'attivazione e alimentano piuttosto una domanda di sicurezza che non sempre trova adeguata risposta istituzionale.

Le istituzioni (anche quelle locali) possono comunque riconoscere, accompagnare, e promuovere i processi in corso. La valorizzazione del tessuto autonomistico di base, da un lato, e delle forme di rappresentanza dei territori ai livelli istituzionali più elevati (sul modello delle «seconde camere» federali), dall'altro, sembrano sentieri propizi per incontrare interessi frammentari, di rilievo civico, nell'attesa che si ricompongano sintesi a livello territoriale. Vi è dunque una possibile strategia istituzionale per favorire questa ricomposizione che valorizza il ruolo «istituente» dei Comuni nella formazione dei livelli di governo ulteriori, di rango provinciale, regionale, statale e finanche europeo.

[81] Peraltro, il governo locale è proprio il livello istituzionale beneficiario della maggiore fiducia delle associazioni medesime, come osservano E. Claps-T. Vitale, *Partecipazione associativa e azione politica*, in BV, p. 167.

Proprio il livello europeo, che una progettazione politica immaginava come lo sbocco di un processo federativo coinvolgente le autonomie locali[82], appare necessario per ricreare una cornice di governo sufficientemente autorevole per accompagnare - e non subire - le grandi trasformazioni sociali ed economiche e dunque per apprestare un contesto istituzionale democratico che valga a completare e a non frustrare la partecipazione civica. Non manca invero una saldatura tra i livelli comunitario e locale. E tuttavia, si intravede il pericolo che questa saldatura non proceda tanto nella direttrice che, dal basso, punti a consolidare, per via federale, la democraticità delle istituzioni comunitarie; ma in senso opposto, facendo cioè delle autonomie locali l'ambiente di ricaduta delle politiche europee. L'agenda urbana europea, per esempio, procede più nella direzione dell'implementazione locale delle politiche europee che in quella della trasmissione *bottom-up* di istanze di governo. A essa non è infatti associato un ridisegno complessivo del ruolo delle autonomie nell'architettura istituzionale europea.

Abstract: the paper aims to distinguish between the decline of organic representation of social and economic interests and the crisis of civic participation. It analyses the new forms of participation - individualized and concrete, often disengaged from projects of political transformation - and the possible role of municipalities in promoting the citizens contribution to «common good».

Key words: civic participation; subsidiarity; municipalities.

[82] Per una ricostruzione assai precisa, cfr. F. Zucca, *Le relazioni internazionali degli enti locali: dai gemellaggi al Comitato delle regioni: cinquant'anni di storia dell'integrazione europea*, Manduria-Bari-Roma, 2013.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Manlio Miele
Professore ordinario di diritto canonico ed ecclesiastico, Università degli Studi di Padova

*Ancora sul promotore di giustizia**

Sommario: 1. Introduzione. 2. Situazione pre-codiciale e lavori preparatori del *Codex* del 1917. 3. Ancora sullo 'scandalo'. L'istruzione '*Dignitas Connubii*'. 4. Sui criteri di merito posti a fondamento della decisione d'impugnare. Tutela del *bonum publicum* e esercizio della *cura animarum*. 5. Promotore di giustizia e tutela della legge processuale.

1. Introduzione

Il pontefice Giovanni Paolo II era intervenuto, sui compiti del promotore di giustizia nel processo matrimoniale[1], in due allocuzioni antecedenti il *Codex* del 1983. Nell'allocuzione del 4 febbraio 1980 il Pontefice accennava all'eventuale *votum* del promotore, associandone il compito a quello delle altre parti processuali nell'aiutare il giudice a servire la verità perché trionfi la giustizia[2]. In quella del 28 gennaio 1982, poi, il promotore di giustizia veniva dipinto come quell'officiale, eventuale nel processo matrimoniale, che agisce per favorire la verità e la giustizia, non per assecondare ma per salvare[3].

---

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

[1] Per una trattazione in generale del tema, *ex multis*, si rinvia a J.I. Donlon, *Promoting Justice in the Church*, in *Proceedings* 67 (2009), p. 131 ss.; A.A. Faílde Rodríguez, *La intervención del defensor del vínculo y del promotor de justicia en los procesos declarativos de numida de matrimonio*, in AA.VV., *Nulidad y disolución del matrimonio /Actas de la I y II Jornadas de Derecho Matrimonial Canónico de la Universidad de Huelva)*, Córdoba 2007, p. 57 ss.; J.C. Glynn, *The promotor of justice. His rights and duties*, Washington 1936; C. Izzi, *Promotor de justicia*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona 2012, VI, p. 561 ss.; P. Moneta, *Promotore di giustizia*, in *Enciclopedia del diritto* 37 (1988), p. 96 ss.; V. Palestro, *Il Difensore del vincolo e il Promotore di giustizia*, in AA. VV., *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii"*, II, Città del Vaticano 2007, p. 177 ss.; P. Pavanello, *Il promotore di giustizia e il difensore del vincolo*, in AA. VV., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano 1998, p. 109 ss.; G.M. Usai, *Il Promotore di giustizia e il Difensore del vincolo*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, p. 135 ss.

[2] «Il Giudice deve ricavare tale certezza "ex actis et probatis"... Ad aiutare quest'opera delicata ed importante dei giudici sono ordinate le "defensiones" degli Avvocati, le "animadversiones" del Difensore del Vincolo, l'eventuale voto del Promotore di Giustizia. Anche costoro nello svolgere il loro compito, i primi in favore delle parti, il secondo in difesa del vincolo, il terzo in "iure inquirendo", devono servire alla verità, perché trionfi la giustizia». Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 4 febbraio 1980, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXII (1980), p. 175. L'obiettivo di assicurare con norme idonee la funzione veritativa dell'attività processuale è irrinunciabile nella comunità ecclesiale, parte integrante della missione essenziale della Chiesa. Trattandosi di missione comune, essa comporta la necessità di intendere i rapporti processuali in termini di "corresponsabilità" nella ricerca della verità. Cfr. M.J. Arroba Conde, *Conoscenza e giudizio nella Chiesa*, in *Apollinaris*, 84 (2011), p. 513; nonché Id., *Risultati della prova e tecnica motivazionale nelle cause matrimoniali. Casi pratici di prima istanza*, Città del Vaticano 2013, p. 5.

[3] «Il "promotor iustitiae", sollecito del bene comune, agirà anche lui nella prospettiva globale del mistero dell'amore vissuto nella vita familiare; allo stesso modo, se egli sentirà il dovere di avanzare una

Dopo il *Codex* del 1983, l'attribuzione al promotore di una *pars costruens* evidentemente viene realizzata, nel caso dell'esercizio del diritto d'accusa del matrimonio[4], attraverso il condizionamento della sua azione alla circostanza che la possibile nullità sia divulgata nella comunità e il matrimonio non sia convalidabile per motivi oggettivi o di opportunità, come dispone il can. 1674 n. 1[5]. In tal senso, nell'allocuzione del 22 gennaio 1996, il Pontefice collegava l'iniziativa processuale del promotore alla natura della causa di nullità matrimoniale, pubblicistica perché comunque riguardante lo stato delle persone, la loro posizione nell'ordinamento e il bene pubblico[6] della Chiesa[7].

Forse è opportuno tentare di cogliere i principi che moderano l'azione di nullità matrimoniale del promotore di giustizia, anche alla luce dei documenti normativi più recenti, posteriori ad un precedente contributo[8]. Ma dovremo altresì interrogarci sull'ulteriore significato giuridico della presenza del promotore di giustizia, in una causa di nullità del matrimonio, quando questo non sia stato impugnato da lui.

---

richiesta di dichiarazione di nullità, lo farà dietro la spinta della verità e della giustizia; non per accondiscendere, ma per salvare». Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 28 gennaio 1982, in *Acta Apostolicae Sedis,* LXXIV (1982), p. 453.

[4] Se nel presente scritto verrà utilizzato, in relazione al processo di nullità matrimoniale, sia il termine 'accusa' che 'impugnazione', si tengano però presenti le connesse sfumature di significato, su cui cfr. R. Rodríguez-Ocaña, *sub* can. 1674, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV/2, 3a ed., Pamplona 2002, pp. 1855-1856.

[5] Norma letteralmente confermata nella versione novellata dalla lettera apostolica in forma di «motu proprio» del sommo pontefice Francesco *Mitis iudex dominus Iesus* sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice di diritto canonico.

[6] "Il promotore di giustizia è l'ufficio deputato alla difesa del bene pubblico sia quanto all'accusa nelle cause penali […] sia quanto alla vigilanza sull'osservanza delle leggi *processuali* sia, ancor più in generale, quanto alla difesa della legge. Per definizione, infatti, il bene pubblico è realizzato nella rigorosa osservanza della legge". Cfr. G.P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. I. Pars statica. Ad usum Auditorum*, Romae 2016, p. 155. Al proposito si veda anche, per una più ampia trattazione, J. *Wolter, "The promoter of justice and the common good in matrimonial causes*" in *The Jurist* 11 (*1951*), p. 206 e ss..

[7] «Così il Legislatore, mentre da una parte ha stabilito alcune norme specifiche per le cause di nullità di matrimonio, dall'altra ha disposto che, per il resto, in esse debbano applicarsi i canoni "de iudiciis in genere et de iudicio contentioso ordinario". Nello stesso tempo, ha espressamente ricordato che si tratta di cause attinenti allo stato delle persone, cioè alla loro posizione in rapporto all'ordinamento canonico e al bene pubblico della Chiesa. Non sarebbe possibile, senza queste premesse, intendere varie prescrizioni di entrambi i Codici, sia latino che orientale, in cui appare prevalente l'attività del pubblico potere. Si pensi, ad esempio, al ruolo che svolge il Giudice nel guidare la fase istruttoria del processo, supplendo anche alla negligenza delle stesse parti; oppure all'indispensabile presenza del difensore del vincolo, in quanto tutore del sacramento e della validità del matrimonio; oppure, ancora, all'iniziativa esercitata dal promotore di giustizia nel farsi parte attrice in determinati casi». Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 22 gennaio 1996, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXXVIII (1996), p. 774.

[8] Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, a cura di S. Gherro, Padova 1991, pp. 133-178.

2. Situazione pre-codiciale e lavori preparatori del *Codex* del 1917

Il senso dell'iniziativa processuale del promotore di giustizia, nell'accusare d'invalidità un matrimonio, viene bene colto anche considerando la situazione precedente il periodo codiciale. All'epoca, impugnare un matrimonio nella sua validità è facoltà di ogni cattolico quando la nullità sia causata da motivi diversi da *metus*, *error*, *vis*, *defectus conditionis appositae*, *impotentia*, *aetas*, *raptus* e *ligamen* [9]. Nel *voto Bassibey* sul processo matrimoniale, punto di partenza per i successivi schemi che condussero alla disciplina processual-matrimoniale nel *Codex* del 1917[10], l'antico principio veniva integralmente conservato tanto che, se il *promotor iustitiae* non viene neppure nominato, si prevede però la possibilità che il tribunale proceda d'ufficio «*aut ex notorietate facti, aut ex denuntiatione aliove modo sufficiens suppeditat causa*»[11]. E ciò, ben s'intende, nelle ipotesi distinte da quelle nelle quali accusare il matrimonio spetta solo ad uno dei coniugi[12].

Questo, tuttavia, non ci deve far pensare che l'ordinamento canonico misconoscesse un'azione pubblica esperita da un pubblico funzionario incaricato di procedere «*contra certa matrimonia propter impedimenta iuris publici*»[13].

Ed infatti fin dal primo schema del 1909-1910 non solo si canonizza la figura del *promotor iustitiae* come persona abile ad accusare il matrimonio[14], ma si esclude pure sia la procedibilità d'ufficio del tribunale che l'antica legittimazione generalizzata dei fedeli, i quali potranno solo denunciare la probabile nullità

---

[9] Cfr. B. Ojetti, *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*, 4a ed., Romae 1912, s.v. *accusatio matrimonii*, coll. 48-49.

[10] Cfr. J. Llobell - E. de León - J. Navarrete, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. I, Milano 1999, pp. 193- 204.

[11] Ivi, p. 854.

[12] L'art. 15, § 1, del voto Bassibey statuiva: «*Uni tantum ex coniugibus accusatio nullitatis reservabitur: 1° propter vim et metum, ei qui iniustam coationem passus est; 2° propter conditionem non impletam, ei qui nec dolo nec sua culpa, ne conditio impleretur, impedierit; 3° propter impubertatem ei qui, tempore matrimonii contracti impuber erat; 4° propter raptum, puellae quae rapta fuerit; 5° propter ligamen, ei qui, dum invalidas celebravit nuptias, impedimenti existentiam absque sua culpa ignorabat; 6° propter consensum simulatum, ei qui deceptus est*». Cfr. J. Llobell - E. de León - J. Navarrete, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, cit., p. 853.

[13] Cfr. F. X. Wernz, *Ius Decretalium*, vol. V, I, Prati 1914, p. 164.

[14] «*Promotor iustitiae in impedimentis publicis, necnon in coeteris casibus, in quibus bonum sacramenti aut publicum ecclesiae bonum postulare existimaverit*» (schema 1909-1910); «*Promotor iustitiae in impedimentis publicis, necnon ceteris in casibus, in quibus sanctitas sacramenti aut publicum Ecclesiae bonum id [ipse postulare existimaverit]*» (schema 1914-1914): J. Llobell - E. de León - J. Navarrete, *Il libro "de processibus" nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, cit., pp. 882-883.

all'Ordinario o al promotore per ragioni di pubblico scandalo o di danno spirituale dei coniugi[15]. I coniugi potranno agire sempre, salvo - su *animadversio* della *Provincia Salisburgensis* - non siano essi stessi responsabili della nullità[16].

Si arrivava quindi alla conclusione codiciale del canone 1971, per il quale «*§ 1. Habiles ad accusandum sunt: 1.° Coniuges, in omnibus causis separationis et nullitatis, nisi ipsi fuerint impedimenti causa; 2.° Promotor iustitiae in impedimentis natura sua publicis. § 2. Reliqui omnes, etsi consanguinei, non habent ius matrimonia accusandi, sed tantummodo nullitatem matrimonii Ordinario vel promotori iustitiae denuntiandi*».

Premessa logica di codesto canone, così formulato, era che la causa matrimoniale canonica assumesse *in ogni caso* - e cioè qualunque fosse la natura del *caput nullitatis* - le forme di un processo di parti, soprattutto con riferimento al suo momento genetico[17]. Ed infatti, subito prima, il can. 1970 stabiliva che «*Tribunal collegiale nullam causam matrimonialem cognoscere vel definire potest, nisi regularis accusatio vel iure facta petitio praecesserit*». Si rinunciava dunque, in materia matrimoniale, al processo d'ufficio[18], nel quale, tra l'altro, poteva mancare il libello[19]. In tal senso, tenuto conto di cotesta evoluzione, non sembrano esservi dubbi a che il promotore di giustizia debba essere qualificato 'parte' processuale quando accusi un matrimonio per una *causa petendi* divenuta di pubblica ragione e quando, tale pubblicità, sia suscettibile di provocare scandalo[20].

Naturalmente non può sfuggire la peculiarità di una cotesta 'parte' attrice che, per impossibilità naturale prima ancora che giuridica, non subisce quelle vicende processuali strettamente inerenti al coniuge-attore. Il promotore, in tal senso, non può esplicare la *confessio iudicialis* né gli si può deferire il giuramento a norma del can.

---

[15] *Ivi*, pp. 884-885.

[16] *Ivi*, p. 914.

[17] Al proposito si rinvia a F. Roberti, *De actione promotoris iustitiae et coniugum in causis matrimonialibus*, in *Apollinaris* 11 (1938), p. 571 ss.

[18] «*Quando alii praeter coniuges possunt matrimonium accusare, potest etiam iudex ecclesiasticus, et debet, si habeat sufficientem causam ad suspicandam nullitatem matrimonii, procedere ex officio*»: Ojetti, *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*, 4a ed., Romae 1912, cit., col. 50.

[19] Cfr. F.X. Wernz, *Ius Decretalium*, vol. V, I, cit., 311: «*At libellus non requiritur in arbitrio, si reus consentiat, vel in causis processu summario definiendis, vel in notoriis, vel in causis appellationum, vel in processu inquisitionis et denuntiationis, et generatim ubi proceditur ex officio*».

[20] Tornerò più avanti sulla questione dei limiti in cui lo scandalo sia presupposto dell'iniziativa del promotore di giustizia. Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 160-164.

1532[21]. In particolare non gli è possibile la *confessio iudicialis*, poichè questa è affermazione circa un fatto *proprio* - non altrui - contrario alla validità del matrimonio[22].

Il promotore, poi, è parte *sui generis* fino al punto da poter e dover essere interrogato quando abbia agito lui *ad nullitatem obtinendam*. Egli però ha anche il diritto di presenziare all'esame delle parti, dei testi e dei periti (can. 1678, § 1, n.1°), facoltà questa non concessa alle altre parti, come prescrive il can. 1678, § 2. Ciò si spiega col fatto che il promotore è, *ex lege*, difensore di un ente razionale qual è il *bonum publicum*, che egli *e* rappresenta *e* tutela[23]. Egli, in un certo senso, patrocina come avvocato l'interesse comunitario nei riguardi di un vincolo, quello matrimoniale, contratto formalmente *coram Ecclesia* e quindi necessariamente dotato di effetti che riguardano la comunità ecclesiale stessa.

Il promotore inteso come parte *sui generis*, finanche come 'avvocato', ci consente di colmare l'apparente omissione di cui all'art. 159 dell'istruzione '*Dignitas Connubii*'. Qui, rispetto al *Codex*, manca una menzione espressa del promotore come titolare del diritto di essere presente all'esame delle parti, dei testi e dei periti nonché del diritto di prendere visione degli atti giudiziari e di esaminare i documenti prodotti dalle parti. Ne sono titolari, per l'istruzione citata, difensore del vincolo e avvocati delle parti[24]. Ragionevolezza sembra imporre che gli stessi diritti siano riconosciuti anche al promotore, nella sua qualità di avvocato del *bonum publicum*[25].

---

[21] «*Numquam autem ad promotorem iustitiae applicari poterunt normae de actoris absentia, de partium interrogationibus ac declarationibus; neque promotori iustitiae iusiurandum ullum deferri potest*». Questa bozza di disposizione - che evidentemente si riferisce al processo in generale e non specificamente a quello di nullità matrimoniale - venne ritenuta superflua dal *Coetus studiorum de processibus* nella sessione dell'8 aprile 1978: cfr. *Communicationes*, 10 (1978), p. 239.

[22] Cfr. Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, instructio '*Dignitas Connubii*', 25 gennaio 2005, art. 179, § 2.

[23] Cfr. J. Llobell, *Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, XII (2000), pp. 96-97; Id, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Roma 2015, p. 184 ss.

[24] La stessa omissione si aveva in una stesura primitiva del canone, che però venne mutata dai consultori. Cfr. *Communicationes*, 11 (1979), p. 262.

[25] È vero che l'art. 58 dell'*Instructio* citata enuncia il principio generale di equiparazione tra promotore di giustizia accusante e parte attrice, quanto ai diritti processuali; si noti, però, che ciò vale «*nisi ex rei natura vel ipso iuris praescripto aliud constet*». L'omissione dell'art. 159 non appare utile ad escludere il promotore dall'esame delle parti, dei testi e dei periti e dal prendere visione degli atti giudiziari poiché, comunque, il promotore è avvocato del *bonum publicum*. Ciò, naturalmente, prescindendo dal permanente vigore del can. 1678, § 1, in forza del principio per cui «*leges processuales Codicis Iuris Canonici ad declarandam matrimonii nullitatem manent in toto suo vigore, ad quas semper referendum erit in instructione interpretanda*» (Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, instructio '*Dignitas Connubii*', cit., proemio).

3. Ancora sullo 'scandalo'. L'istruzione '*Dignitas Connubii*'

Nell'allocuzione del 22 gennaio 1996, Giovanni Paolo II parlava di un promotore che si fa «parte attrice in determinati casi»[26], e cioè quando egli «sentirà il dovere di avanzare una richiesta di dichiarazione di nullità... dietro la spinta della verità e della giustizia; non per accondiscendere, ma per salvare»[27].

Nel precedente contributo sul promotore di giustizia[28], s'era tentato di identificare i presupposti di un'azione promotoriale, alla luce dei due *Codices* oltre che dell'istruzione '*Provida Mater*'[29]. In quell'occasione s'era ritenuto di sottolineare l'elemento ulteriore dello scandalo, richiesto dalla '*Provida Mater*', i cui artt. 38 e 39 «prescrivevano non solo la pubblicità del *caput nullitatis*, ma anche che dalla pubblicità fosse derivato scandalo»[30]. Ciò pareva aggravare i presupposti necessari per un'azione del promotore di giustizia, giacché - si sosteneva - non era sufficiente che il falso vincolo matrimoniale fosse conosciuto come tale, essendo altresì necessario che tale pseudo-legame apparisse utile e gradevole per i coniugi colpevoli[31].

Va subito premesso che l'istruzione '*Dignitas Connubii*' come pure la lettera apostolica *"Mitis Iudex Dominus Iesus"* omettono qualsivoglia accenno allo scandalo come presupposto dell'azione del promotore, limitandosi alla richiesta, pedissequa al *Codex* del 1983, che la nullità sia divulgata e che il matrimonio non si possa o non sia opportuno convalidarlo. Tale scelta appare apprezzabile poiché lo 'scandalo' sembrerebbe concetto appartenente, in forma tipica, al dominio della teologia morale e dalla sua importazione nel diritto canonico emergerebbero i problemi

---

[26] Cfr. Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 22 gennaio 1996, cit., n. 2.

[27] Cfr. Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 28 gennaio 1982, cit., n. 10.

[28] Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 160-164.

[29] Sacra Congregatio de Disciplina Sacramentorum, instr. '*Provida Mater*', 15 agosto 1936, in *Acta Apostolicae Sedis*, XXVIII (1936), pp. 313-372.

[30] Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., p. 161.

[31] Così, sulla base di alcune meditazioni del Bartoccetti, M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., p. 162.

generali del rapporto tra foro interno e foro esterno oltre che serie difficoltà derivanti dall'uso in sede giuridica di concetti elaborati altrove[32].

Il trattato *de scandalo* del Liguori, ad esempio, viene svolto pressoché esclusivamente sul piano del peccato. Ciò, evidentemente, conduce ad esigere che la realizzazione dello scandalo sia subordinata ad elementi soggettivi interni riferiti tanto alla persona dello *scandalizans*[33] che a quella dello *scandalizatus*[34]. Dal peccare pubblicamente e *coram aliis* non sortisce sempre lo scandalo poiché la pubblicità è circostanza storico-ambientale mentre lo scandalo richiede maggiore o minore intenzionalità, tanto che *indeliberatio excusat*[35]. A ciò si aggiunga che scandalo non si ha quando l'atto esteriore (nel nostro caso il vincolo matrimoniale nullo) costituisca semplicemente l'occasione o di un peccato materiale o di una giusta indignazione o di un pubblico stupore o di una diffamazione di colui che male agisce[36].

Agire male pubblicamente, quindi e di per sé, non *necessario* è agire male scandalosamente[37].

Nel *Codex* del 1983 la nozione di scandalo viene utilizzata soprattutto, ma non esclusivamente, in materia penale. Ritengo però che siffatta utilizzazione non avvenga, nei diversi canoni, con significato univoco e, comunque, non con lo spessore tecnico proprio della tradizione morale[38]. Talora, nel *Codex*, lo scandalo viene considerato nella sua potenzialità, talché il termine potrebbe essere facilmente scambiato con quelli di 'meraviglia', 'stupore', 'indignazione'[39]. Talaltra i canoni richiedono che lo scandalo si sia effettivamente perfezionato, tanto che se ne

---

[32] Cfr. P. Lombardia, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in AA.VV., *La norma en el Derecho Canónico*, Pamplona 1979, vol. II, p. 854.

[33] «*Non semper esse scandalum, si peccas coram aliis, sed tantum quando, attentis circumstantiis tam personae agentis, quam coram quibus fit actus, potest probabiliter timeri, ne per hunc actum trahantur ad peccatum, qui alias peccaturi non essent*»: Alphonsi de Ligorio, *Theologia Moralis*, libro III, num. 43, 3 (tomo I, Bassani 1836, p. 190).

[34] «*Non censetur dare scandalum, qui licet publice peccet, facit id tamen coram iis, qui vel sunt ita viles, vel infames, aut improbi, ut nemo moveatur ad peccatum; vel qui sunt ita promti, v. gr. si quis fornicetur coram aliis, qui sunt parati idem facere, nec ejus exemplo moventur; vel si coram mansuetis quis contendat, rixetur, vel alium cedat*»: *op. ult. cit.*, libro III, num. 44, p. 5 (*ed. cit.*, *loc. cit.*).

[35] *Op. ult. cit.*, libro III, num. 44, p. 1 (*ed. cit.*, *loc. cit.*).

[36] Cfr. N. Iung, s.v. *scandale*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, vol. XIV, Parigi 1939, col. 1247.

[37] *Ibidem*, col. 1249.

[38] A sua volta 'scandalo' nella Bibbia ha significato «considerevolmente diverso dall'uso che ne fa la teologia morale»: B. Häring, *Liberi e fedeli in Cristo*, vol. II, 2ª ed., Milano 1989, p. 572.

[39] Cfr. ad esempio can. 277, § 2; can. 933; can. 990; can. 1132; can. 1184, § 1, num. 3°; can. 1211; can. 1318; can. 1352, § 2; can. 1394, § 1; can. 1455, § 3; can. 1560, § 2; can. 1722.

pretende la riparazione[40]. In uno stesso canone si prospetta sia l'esigenza di prevenire che quella di riparare lo scandalo[41].

Ma nella società globale e secolarizzata lo scandalo - forse - dovrebbe essere provato volta per volta ed una normativa penale che si proponga di prevenirlo probabilmente dovrebbe parlarne sempre in termini di possibilità[42]. Poiché nel sistema penale canonico l'autore di un delitto è sempre, anche, colui che ha gravemente peccato, il fatto da lui commesso comunque rappresenta un disordine a diversi livelli: nei confronti di sé, nei confronti della società e nei confronti della Chiesa[43]. Verso la società e verso la Chiesa la sua è certamente una contro-testimonianza, che *può* diventare scandalo, soprattutto quando il cattivo comportamento, pubblicamente divulgato, *che derivi da un modo d'agire colpevole*[44], non sia adeguatamente sanzionato dalla Chiesa[45].

In realtà, la conferma della dizione codiciale da parte dell'istruzione '*Dignitas Connubii*', ed ancor più dalla lettera apostolica *"Mitis Iudex Dominus Iesus"*, sembra consentire al promotore l'accusa di un matrimonio non solo di fronte ad uno scandalo realizzato, ma anche per prevenirlo, purché la notizia della probabile nullità sia divulgata[46].

4. Sui criteri di merito posti a fondamento della decisione d'impugnare. Tutela del *bonum publicum* e esercizio della *cura animarum*

[40] Cfr. can. 695, § 1; can. 1328, § 2; can. 1339, § 2; can. 1341; can. 1344, numm. 2° e 3°; can. 1347, § 2; can. 1357, § 2; can. 1361, § 3; can. 1364, § 2; can. 1727, § 2.

[41] Cfr. can. 1399.

[42] Temi vicini a quelli qui trattati sono toccati da A. Chirico, *Norme penali canoniche e comunicazione mediatica*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. Cito, Milano 2005, pp. 469-490. Per l'Autrice «si tratta… dell'imporsi, anche in ambito ecclesiale, di una dimensione nuova della comunicazione, dell'informazione, della stessa ricerca scientifica e della vita intellettuale, che apre scenari giuridicamente imprevisti nell'ambito della codificazione canonica, anche in ambito penalistico» (ivi, p. 469).

[43] Cfr. A. Borras, *Les sanctions dans l'Église*, Paris 1990, p. 41.

[44] Come richiede, in caso specifico ma a mio avviso corrispondente ad un principio generale, il can. 696, § 1, per il quale lo scandalo grave del sodale dimittendo deve sorgere «*ex culpabili modo agendi*».

[45] Cfr. G. Lo Castro, *Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa*, in *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, cit., 3-31, sopr. pp. 29-31.

[46] La stesura originale del canone 1674 prevedeva l'abilità del promotore di giustizia «*in tuitionem publici boni, quando nullitas fundatur in facto de se publico*» (*Communicationes*, 8 (1976), p. 194). Un consultore, successivamente, propose la formula: «... *quando factum, in quo nullitas fundatur, publicum evaserit*». Si associarono altri due consultori «*quia... casus interventus Promotoris iustitiae omnino extraordinarius esse debet, cum scilicet ratio gravis scandali adsit*». Cfr. *Communicationes*, 11 (1979), p. 259. Ma nella versione definitiva del canone non v'ha alcuna menzione dello 'scandalo'. *Contra* R. Rodríguez-Ocaña, *sub* can. 1674, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. IV/2, cit., 1862.

Non minori problemi pone la determinazione dei criteri di merito che debbono stare a fondamento della decisione concreta, da parte del promotore di giustizia, di impugnare un matrimonio[47]. Al di fuori di quelli che condizionano la legittimità della sua azione (divulgazione della nullità e impraticabilità della convalida), è venuta meno quell'indicazione propria della '*Provida Mater*', per la quale talvolta sul promotore incombeva non solo uno *ius*, ma anche un *officium* in ordine all'impugnazione. Questo si verificava quando, in forza dell'art. 38, § 2, la notizia della nullità: si fosse divulgata; si fosse verificato scandalo; il denunciante avesse offerto segni di resipiscenza[48].

È noto che ciò veniva previsto per le ipotesi - invero non più attuali - di inabilità del coniuge o dei coniugi ad accusare il matrimonio, secondo le statuizioni degli artt. 37, 38 e 39 dell'istruzione '*Provida Mater*'[49]. Tuttavia, anche quando il promotore poteva agire «*iure proprio*» ex art. 35, § 1, num. 2°, istr. cit., autorevole dottrina ne collegava l'iniziativa processuale alla tutela del bene pubblico, consistente nel rimuovere «publicum malum*, nempe* scandalum»[50].

Se da un lato il promotore di giustizia come propria funzione generale 'deve', e non 'può', tutelare il bene pubblico *ex* can. 1430[51], è anche vero come il successivo can. 1431, § 1, costituisca il vescovo diocesano (e non semplicemente l'*ordinarius loci*) come giudice ultimo, nei singoli casi, della vulnerabilità del bene pubblico; a meno che l'azione del promotore («*interventus*» lo chiama genericamente il *Codex*) non sia imposta dalla legge o dalla natura dell'affare[52].

---

[47] Al proposito si rinvia a M.J. Arroba Conde, *Azione, eccezione e pubblico intervento*, in Id., *Giusto processo e peculiarità del processo canonico*, Roma 2016, p. 67 ss. (ed in particolare pp. 79-81).

[48] Cfr. V. Bartoccetti, *De causis matrimonialibus*, in M. Lega, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, Romae 1950, p. 96.

[49] Nell'ipotesi dello stesso art. 39 il promotore iniziava l'azione purché lo richiedesse il «*bonum publicum, scandali nempe amotio*».

[50] Cfr. Bartoccetti, *De causis matrimonialibus*, in M. Lega, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, cit., p. 88.

[51] In tal senso sta in giudizio difendendo un interesse proprio, anche se pubblico e non privato; cfr. M.J. Arroba Conde, *El principio dispositivo en el proceso contencioso canónico*, Roma 1989, p. 27.

[52] A livello diocesano, la presenza del promotore di giustizia è imposta dalla legge nel caso delle inchieste nelle cause dei santi. Qui il promotore è chiamato a predisporre gli interrogatori «*quae apta sint ad verum indagandum et inveniendum de Servi Dei vita, virtutibus vel martyrio, fama sanctitatis vel martyrii*»: Sacra Congregatio pro Causis Sanctorum, *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum*, 7 febbraio 1983, art. 15, lett. a, in *A.A.S.*, LXXV (1983), vol. I, pp. 398-399. Cfr. J. L. Gutiérrez, *Studi sulle cause di canonizzazione*, Milano 2005, pp. 215-217.

Ora non v'ha dubbio che il matrimonio, come ogni altro sacramento[53], nella sua «duplice dimensione naturale e sacramentale», coinvolga anche un interesse pubblico e sociale, tanto che in funzione dell'accertamento della sua validità l'ordinamento ha predisposto un processo peculiare proprio perché vertente su «materie che esulano dalla capacità di disporre delle parti»[54].

Da questo punto di vista, all'azione di nullità il promotore di giustizia, di primo acchito, sembrerebbe comunque tenuto, in presenza di una notizia di nullità già divulgata. Il rapporto tra il can. 1431, § 1, ed il can. 1674, num. 1°, sarebbe cioè nel senso che il secondo semplicemente specificherebbe il primo. L'azione del promotore risulterebbe, quindi, comunque doverosa e evidentemente necessaria «*ex natura rei*».

Sennonché i due presupposti dell'azione promotoriale - divulgazione della probabile nullità e accertamento della non-convalidabilità - rimandano ad un'attività peculiarmente pastorale, rispetto alla quale il promotore di giustizia non può che porsi in atteggiamento recettivo rispetto ai responsabili della *cura animarum*.

Quanto al primo presupposto - la divulgazione della probabile nullità -, è evidente come questo generalmente sia relativo ad una specifica comunità territorialmente determinata, che non potrà che identificarsi con il luogo del domicilio o del quasi-domicilio dei coniugi; oppure ancora con il luogo dove è avvenuta la celebrazione inficiata; oppure ancora con il luogo dove, di fatto, si trova la maggior parte delle prove utili a dimostrare la nullità, come già avevo tentato di dimostrare[55]. Qui però vorrei aggiungere che 'luogo' significa territorio e 'territorio' significa parrocchia (territoriale). In tal senso è il parroco territorialmente competente, nell'ambito dei suoi doveri pastorali e più precisamente nell'ambito della *cura animarum* che unicamente gli compete, ad assumere la responsabilità di ascoltare l'eventuale opinione pubblica comunitaria circa situazioni matrimoniali sospette di invalidità. A lui, principalmente pensiamo, il promotore di giustizia

[53] Benedetto XVI, *Allocutio*, 28 gennaio 2006, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCVIII (2006), p. 137.
[54] *Ibidem*.
[55] Sul punto cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 163-164.

stabile[56] dovrà rapportarsi, per averne certificazione, circa una divulgazione che è fatto pertinente la comunità a lui affidata. E ciò tanto nel caso in cui denunciante sia il parroco stesso quanto nel caso in cui lo sia *quivis de populo*. Del resto se è vero che in materia matrimoniale la denuncia al promotore di giustizia non è espressamente codificata[57], è anche certo come la possibilità ne discenda direttamente dalle competenze generali del promotore *ex* can. 1430.

Alla tutela del *bonum publicum* in sede giurisdizionale, infatti, indubbiamente corrisponde una posizione giuridica soggettiva diffusa, che io definirei 'aspettativa diffusa'. Ad essa provvede autoritativamente, per motivi gerarchici, il vescovo diocesano, che in questo caso esercita appunto la sua *funzionalità gerarchica* (cfr. can. 1431, § 1)[58], mentre l'aspettativa diffusa potrà essere fatta valere, dai fedeli privi di *actio*[59], attraverso la denuncia al promotore[60]. La quale denuncia, in fondo, diventa un modo concreto per concorrere alla realizzazione della Giustizia nella Chiesa, ch'è dovere di tutti[61].

In ipotesi specifiche la divulgazione potrà riguardare - rispetto al territorio parrocchiale - o una comunità territorialmente più ampia, diocesana ad esempio, o

---

[56] Cfr. can. 1430, e art. 53, § 1, dell'instructio '*Dignitas Connubii*', cit.

[57] R. Rodríguez-Ocaña, *sub* can. 1674, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, IV/2, cit., 1863.

[58] Cfr. S. Gherro, *Diritto canonico e «pastoralità» della gerarchia*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. Errázuriz e L. Navarro, Milano 2000, pp. 183-185.

[59] Che i soggetti diversi dai coniugi e dal promotore di giustizia siano *attualmente* privi dell'*actio ad impugnandum matrimonium* discende direttamente dal can. 1674. Ma l'assenza di azione in capo al *quivis de populo* non può spingersi fino al punto di privarlo di qualunque mezzo per far valere il suo interesse, in una tipica questione di *status* - e dunque pubblicistica - come quella relativa alla nullità matrimoniale. Questo interesse è un tipico interesse *ecclesiale*, poiché il matrimonio, oltre «ad essere tramite di grazia, è ambito in cui si costruisce la Chiesa, "velut Ecclesia domestica"»: G. Lo Castro, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano 2003, p. 91.

[60] Per Llobell il promotore di giustizia difende un bene che non gli appartiene e rappresenta il «"titolare" del bene pubblico», essendo parte la Chiesa «di cui il Vescovo è "capo", non "padrone"» (cfr. J. LLOBELL, *Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico*, cit., p. 96). Il dettato del can. 1431, § 1, sembra rappresentare una specificazione del fondamentale can. 381, come dice C. de Diego-Lora, *sub* can. 1431, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. IV/1, 3a ed., Pamplona 2002, cit., p. 819. Si noterà che quando il recente *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi* auspica che il vescovo rispetti «la giusta indipendenza degli organi legittimamente costituiti», evidentemente non faccia riferimento al rapporto tra vescovo e promotore di giustizia così come configurato dal can. 1431, § 1; canone che, del resto, dal *Direttorio* non viene neppure nominato, nonostante il promotore di giustizia sia espressamente menzionato come colui che ha «l'incarico di vigilare ... sul bene pubblico ecclesiale». Cfr. Congregazione per i Vescovi, *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi «Apostolorum Successores»*, 22 febbraio 2004, num. 181 (Città del Vaticano 2004, p. 189). Già la Rota Romana, in ambito penale, aveva sentenziato che «*actio criminalis exercetur a Promotore Justitiae sub ductu et regimine Ordinarii qui peculiarem exercet potestatem circa stadium praevium processus*»: S.R.R., decisio 42, 8 giugno 1943, in V. Palestro, *Rassegna di giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali (1909-1993)*, Milano 1996, p. 125.

[61] Cfr. G. Lo Castro, *Matrimonio, diritto e giustizia*, cit., pp. 158-160.

una comunità qualitativamente diversa[62]. In tali casi sarà coinvolta la *cura animarum* del vescovo diocesano, cui spetterà darne indicazione autoritativa al promotore stabile o, anche, ad un promotore nominato *ad singulam causam*[63].

Ipotesi ulteriormente specifica è quella in cui la divulgazione risulti, com'è stato detto, «da un atto pubblico quale la sentenza canonica», come nel caso «del secondo matrimonio celebrato da soggetto, il cui primo matrimonio sia stato successivamente dichiarato valido a seguito di *nova causae propositio* presentata dal primo coniuge». Giustamente, in tale evenienza, s'è notato che «l'azione del Promotore di Giustizia non è discrezionale: si tratta di un atto dovuto»[64].

Quanto al secondo presupposto - impossibilità o inopportunità della convalida - appare impensabile che un tale accertamento possa essere condotto personalmente dal promotore di giustizia; in effetti, sembra rientrare nell'attività pastorale coniugale e familiare il tentativo di sanare situazioni matrimoniali d'invalidità. Questa attività spetterà o al parroco o ad organismi di livello sovra-parrocchiale e specialmente diocesano[65]. Infatti poiché nessun testo canonico attribuisce al promotore di giustizia competenze di tipo pastorale, egli recepirà dal competente operatore pastorale un'attestazione, più o meno formale, della non-convalidabilità. Dopo di che agirà in giudizio, per quanto di sua competenza, «dietro la spinta della verità e della giustizia; non per accondiscendere, ma per salvare»[66].

---

[62] Ad esempio di tipo associativo.

[63] Cfr. can. 1436, § 2, e art. 53, § 2, dell'instructio '*Dignitas Connubii*', cit.

[64] Così C. Gullo - A. Gullo, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, 2ª ed., Città del Vaticano 2005, p. 34. Ci si può domandare, circa la c.d. obbligatorietà dell'azione del promotore di giustizia, come questa caratteristica debba essere intesa a fronte dell'emanazione di una sentenza negativa in una causa di nullità del matrimonio che ha visto il promotore partecipare in qualità di attore. Il can 1680 §1 specifica che è fatto salvo il diritto delle parti ed *itemque promotori iustitiae* sia di appellare che di interporre querela di nullità. È fuori di ogni questione che l'impugnativa non sarà mai esperibile dal promotore di giustizia a seguito di una sentenza affermativa che non ha arrecato nessun *gravamen* alla sua posizione processuale (cfr. G. Erlebach, *Alcuni aspetti applicativi del processo ordinario secondo il motu proprio* mitis iudex, in *Ius et Iustitia. Acta XVIII Symposii iuris canonici,* Spisská Kapitula 2016, p. 160). Per quel che concerne le decisioni negative, invece, l'interposizione dell'appello sembrerebbe da considerarsi se non un obbligo giuridico per lo meno un obbligo morale dal momento che l'azione volta ad evitare lo scandalo, promossa dalla parte pubblica, derivante dal mantenimento di una situazione giuridica segnata da nullità divulgata, non può limitarsi ad una mera azione di introduzione della causa ma dovrebbe risolversi nella messa in atto di tutti i mezzi esperibili affinché la situazione di scandalo cessi.

[65] Per l'Italia, si veda quanto previsto in: Conferenza Episcopale Italiana, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, 5.11.1990, num. 56 (in *Enchiridion Cei*, vol. IV, Bologna 1986-1990, p. 1337); Conferenza Episcopale Italiana, *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia*, 25 luglio 1993, numm. 204-206 (Padova 1993, pp. 171-172).

[66] Giovanni Paolo II, *Allocutio*, 28 gennaio 1982, cit., n. 10.

Da questo punto di vista, non può essere fraintesa l'ampia locuzione, di cui al can. 1430, che identifica l'*officium providendi bono publico* come proprio del promotore di giustizia.

Da un lato, se il canone appena citato connette *bonum publicum* e giustizia - che dev'essere promossa, per l'appunto, dal promotore -, quest'ultima non può essere intesa secondo un «concetto formale di convenienza» percepita materialmente o addirittura materialisticamente[67]. D'altro canto, strumentale alla realizzazione del bene pubblico ecclesiale e della *quies Ecclesiae* - che in ultima pensiamo coincidano con la *salus animarum*[68] o, forse, con la *salus personae*[69] - sta anche l'esercizio della *cura animarum*. Tuttavia, le funzioni del promotore di giustizia sono rigidamente configurate dal *Codex* all'interno e entro i limiti del processo[70].

Gli aspetti propriamente pastorali connessi all'accertamento giuridico della divulgazione e della non-convalidabilità possono comportare valutazioni divergenti circa la loro sussistenza. In particolare il pastore d'anime - che, non dimentichiamolo, non è abilitato ad impugnare direttamente un matrimonio nullo - può ritenere sussistenti o insussistenti i presupposti d'una impugnazione promotoriale e ciò in contrasto con l'opinione del promotore. In tali casi, se il vescovo può provvedere a nominare un promotore *ad singulam causam*, ogni altro interessato all'impugnazione del matrimonio potrà ricevere - avverso una determinazione negativa del promotore - tutela in via amministrativa secondo i normali mezzi giuridici[71].

---

[67] Cfr. P. Landau, *Il concetto giuridico del diritto ecclesiale in prospettiva filosofico-storica*, in *Ius Ecclesiae*, XVII (2005), pp. 365-369. Si cfr. anche il commento al can. 1430 in *Codice di diritto canonico (e leggi complementari) commentato*, ed. it. dir. da J.I. Arrieta, Roma 2004, p. 955, dove il bene pubblico è riallacciato alla nozione di bene comune ed alla definizione che ne dà il num. 26 della cost. past. *Gaudium et Spes*: «... l'insieme delle condizioni di vita sociale che consentono alle associazioni e ad ogni singolo loro membro, di perseguire, in modo più pieno e più facile, la propria perfezione», aggiungendosi che «nella Chiesa la legge suprema è la *salus animarum*».

[68] Sull'insegnamento di San Tommaso, per cui «*finis iuris canonici tendit in quietem Ecclesiae et salutem animarum*», si veda J. Herranz, Salus animarum*, principio dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, XII (2000), p. 292.

[69] Cfr. C.J. Errázuriz M., *La* salus animarum *tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona*, *loc. ult. cit.*, pp. 333-341.

[70] Cfr. C. de Diego-Lora, *sub* can. 1430, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. IV/1, 3a ed., Pamplona 2002, cit., p. 815.

[71] Persiste, pertanto, la possibilità di ricorrere all'*ordinarius loci* (*rectius*, al vescovo) e alla Curia Romana. Cfr. R. Rodríguez-Ocaña, *sub* can. 1674, in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. IV/2, cit., p. 1863.

Va posta, a questo punto, la seguente questione: in che termini l'accertamento della divulgazione e della non-convalidabilità condiziona l'abilità all'impugnazione da parte del promotore di giustizia? Ne ho scritto nel precedente contributo[72]. Qui vorrei aggiungere che, in tema di reiezione del libello, l'art. 121, § 1, num. 2°, dell'istruzione '*Dignitas Connubii*' declina il can. 1505, § 2, per le cause di nullità matrimoniale, disponendo che il libello può essere respinto soltanto, tra l'altro, «*si petitio sine dubio exhibita sit ab eo qui impugnandi matrimonium iure non pollet*».

Poiché sia il can. 1674, anche nella versione novellata dalla lettera apostolica *"Mitis Iudex Dominus Iesus"*, che l'art. 92 dell'istruzione '*Dignitas Connubii*' utilizzano il termine «*habiles*», ci si chiede se il promotore che impugni il matrimonio in assenza dei presupposti prescritti lo faccia ponendo in essere un atto nullo ex can. 10, in quanto la sua azione sarebbe «*sine dubio*» proposta da soggetto privo di *ius impugnandi*. E poiché il promotore che non soddisfa i presupposti richiesti è *inhabilis*, il tribunale ne può accertare l'esistenza (o l'inesistenza) sia in sede di accettazione (o di reiezione) del libello che nel prosieguo della causa.

Un risvolto pratico promanante dall'azione *litis introcductoria* posta in essere dal promotore di giustizia riguarda la forma del processo di nullità che venga celebrato su istanza della stessa parte pubblica, essendo stato introdotto, dalla vigente normativa, il *processus brevior* per quei casi ove *recurrant rerum personarumque adiuncta [...] quae [...] nullitatem manifestam reddant*[73]. In questi casi, infatti, a norma del canone appena citato, la richiesta di adire il *processus brevior* deve essere presentata congiuntamente da entrambi i coniugi, ovvero da uno solo di essi con il consenso dell'altro, così che si potrebbe sostenere, ad un primo sguardo, che il promotore di giustizia non sia legittimato a porre istanza per la celebrazione di cotale forma di processo[74]. Ciò beninteso, tuttavia, emerge che nel caso di intervento quale parte attrice del promotore di giustizia debba ritenersi quasi certamente soddisfatta la

[72] Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 164-166.

[73] Cfr. can. 1683 § 1.

[74] In argomento si analizzi il dato testuale del can. 1383 §1, asserente: "*petito ab utroque coniuge vel ab alterutro, altero consentiente, proponatur*". Nel caso i soggetti agenti sono qualificati non soltanto nella loro qualità di *partes* ma addirittura nel loro *status* di *coniuges*, ponendo così una condizione di procedibilità in merito. Cfr. G. P. Montini, *L'accordo dei coniugi quale presupposto del* processus matrimonialis brevior *(can. 1683, 1 MIDI)*, in *Periodica* 105 (2016), p. 410 e ss..

seconda condizione di procedibilità, ossia quella nullità *manifestam*, atteso che la c.d. *divulgatio* della stessa, causa efficiente dell'azione della parte pubblica, non può prescindere dalla sussistenza dei fatti che la rendano manifesta. In tale situazione, allora, risulta fondamentale l'azione del Vicario Giudiziale, cui è demandata l'*auctoritas* di valutare, e conseguentemente applicare, quale sia la forma procedurale più idonea alla trattazione del caso[75]. A comporre l'apparente dicotomia, nel caso in specie, tra la condizione di procedibilità soggettiva – la richiesta dei coniugi – e quella oggettiva – la presenza di fatti che rendano la nullità manifesta – risolvendo così lo stallo procedurale che si creerebbe con una conseguente trattazione *inqua* della causa, viene l'art. 15 della *ratio procedendi*, in virtù del quale in presenza di una domanda di dichiarazione di nullità per *processum ordinarium* che secondo il vicario giudiziale *processu breviore pertractari posse*, è compito di quest'ultimo contattare le parti private al fine di ottenere il consenso di entrambe alla trattazione della causa di fronte al Vescovo diocesano attraverso la forma procedurale più breve[76].

5. Promotore di giustizia e tutela della legge processuale

[75] La scelta del Vicario giudiziale, tuttavia, non è un atto arbitrario ma deve sottostare a precise regole procedurali, a norma del can. 1676, tra le quali è da enumerare il dovere di sentire il parere del Difensore del Vincolo che, tuttavia, on è per lui vincolante. Per approfondire si veda: Ph. Hallein, *Nuove facoltà per il difensore del vincolo nello svolgimento di un processo di nullità matrimoniale?*, in *Periodica* 99 (2010), p. 520.

[76] É da notarsi che in questo caso la norma utilizza il lemma *pars* per indicare coloro che sono chiamati a prestare il loro consenso nella trattazione del processo in forma *brevior*. Nel caso potrebbe apparire pleonastica la necessità di consenso anche del promotore di giustizia, introducente la causa e quindi garante della *divulgatio* della nullità. Tuttavia, non è così, atteso il *munus* del promotore di *boni publici tutor*, ossia colui che evita qualsiasi scandalo. Infatti, può darsi il caso in cui, come già di è ricordato, il promotore di giustizia introduca il libello di nullità del matrimonio su istanza del Vescovo diocesano che, di conseguenza, avrebbe una conoscenza previa e precostituita della situazione che andrebbe a giudicare. Sebbene vi sia chi sostiene la possibilità che in questi casi il Vescovo diocesano possa essere colui che, per mezzo del promotore, introduce la causa e nello stesso tempo giudice della stessa – a tal proposito si veda: N. Schöch, *Il promotore di giustizia e il difensore del vincolo*, in AA.VV. *I soggetti del nuovo processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2018, p. 235 e ss.-; allo scrivente sembra invece più consono sostenere che il ruolo del promotore, in questo caso, sia quello di impedire che si verifichi una tale situazione. Infatti, il Vescovo diocesano che muove il promotore affinché interponga il libello, risulta essere, quindi, intervenuto nella fase pregiudiziale della causa stessa, sicché si troverebbe nella situazione di incompatibilità sancita dall'art. 113 § 2 D.C., arrecando così uno scandalo. In questo senso, allora, risulta essere necessario, affinché si possa esperire la via del processo più breve, anche il consenso del promotore di giustizia, inteso nella sua qualità di parte, il quale può valutare, sulla base della causa motiva dell'istanza presentata, se sia più conforme all'esigenza di *bonum publicum*, rifuggendo così la *ratio scandali*, adire la via ordinaria o più breve affinché sia dichiarato giudizialmente nullo un matrimonio che manifestamente già lo è di fatto.

Quando il promotore di giustizia non abbia impugnato il matrimonio, la sua presenza nel processo di nullità matrimoniale è necessaria, e *ad validitatem*, quando si tratti di tutelare la legge processuale, come avevo tentato di dimostrare nel precedente contributo[77]. La necessità di tale presenza sembrerebbe ora espressamente prevista dall'art. 57, § 2, dell'istruzione '*Dignitas Connubii*', per la quale «*promotor iustitiae, dato decreto a iudice, sive ex officio sive ad instantiam defensoris vinculi vel partis, intervenire debet ubi de lege processuali tutanda agitur, potissimum ubi res est de actuum nullitate vel de exceptionibus*». Che la citazione *ad praesentiam* del promotore sia richiesta *ad validitatem*, lo statuisce espressamente l'art. 60 dell'istruzione '*Dignitas Connubii*'[78].

Invero non è di facile interpretazione il disposto del citato art. 57, § 2, dell'istruzione '*Dignitas Connubii*', specialmente se raffrontato - come giustamente fatto notare[79] - al successivo art. 223, per il quale *"Collegium ad instantiam partis vel defensoris vinculi aut ex officio, interventum promotoris iustitiae, etsi processui nondum intersit, exquirere potest, si quaestionis incidentis natura vel difficultas id consulat"*. Guardando attentamente al testo latino dei predetti articoli, pare che la proposizione normativa di cui all'art. 57, § 2, dell'istruzione citata, abbia come destinatario non solo il promotore di giustizia, ma anche - se non *in primis* - lo stesso giudice; al quale verrebbe fatto l'obbligo, tutte le volte in cui si tratti di tutelare la legge processuale, di citare il promotore di giustizia con un decreto emesso «*sive ex officio sive ad instantiam defensoris vinculi vel partis*». Quello del giudice sarebbe obbligo, e non *facoltà*, poiché per l'appunto, a norma dell'art. 57, § 2, il promotore «*intervenire debet*».

Su tali presupposti, una volta citato *ad validitatem* ex art. 60 dell'istruzione '*Dignitas Connubii*', il promotore di giustizia potrebbe ritenere nel caso concreto di non dover comparire. Rimanendo salva la possibilità che, nel caso di questione incidentale per sua natura rilevante o difficoltosa, il promotore sia nuovamente compulsato ad intervenire.

---

[77] Cfr. M. Miele, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 160-164.

[78] Cfr. C. Gullo - A. Gullo, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, cit., pp. 94-95.

[79] *Op. ult.cit.*, 95, nota 22.

Abstract: As John Paul II, often reminded, in all ecclesiastical trials truth must always be, from the beginning to the judgment, the foundation, mother, and law of justice. When it is concerned "the nullity or not of the marriage bond", the immediate purpose of the trial is to ascertain whether or not the facts exist that by natural, divine or ecclesiastical law invalidate marriage, in order to be able to issue a true and just sentence concerning the alleged non-existence of the marriage bond. The possible opinion of the promoter of justice, just like the pleadings of the advocates and the observations of the defender of the bond, exist for the purpose of helping this delicate and important work. They, too, in carrying out their task, the first in iure inquirendo, the second in favor of the parties, the third in defense of the bond, must serve the truth, in order that justice may triumph.

Key words: promoter of justice, marriage bond, truth, ecclesiastical trial, nullity.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Barbara Troncarelli

Professore ordinario di Informatica giuridica, Università degli Studi del Molise

*Soggettività umana e diritto al lavoro nella trasformazione digitale**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Rischio di automatizzazione del lavoro e tutela del soggetto umano. – 3. Rischio di umanizzazione dell'attività robotica e inconcepibilità del soggetto artificiale.

1. Premessa

Le tecnologie attuali sono alimentate dal convincimento che l'innovazione sia a priori il bene maggiore, comportando cambiamenti epocali destinati a sfociare in esiti di "singolarità"[1] o di straordinario potenziamento tecnologico-evolutivo, come quello in atto determinato dalle applicazioni robotiche. Ciò potrebbe sembrare l'espressione di una visione dialettica del reale, data la forza dinamica di una costante spinta verso una progettualità anticonservativa promotrice di continue possibilità a cui protendersi senza sosta e senza limiti. Ma l'esaltazione postmoderna della tecnica come fenomeno incessante e incontestabile rappresenta una manifestazione di dialetticità solo in apparenza, perché è caratterizzata da una forte dipendenza dall'oggetto, tipica della logica tradizionale, formale e meccanicistica[2]. In una logica davvero dialettica e 'metaformale'[3], nessun oggetto, nemmeno quello costituito dalla tecnica, provoca dipendenza o assoggettamento della soggettività umana, poiché in essa è l'oggetto a dipendere dal soggetto[4], come le cose dalle idee, i fatti dai valori, l'agire tecnico da un sapere scientifico che, se propriamente tale e non mero conoscere intellettualistico, è teoretico ed etico al tempo stesso.

---

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

[1] Cfr. R. Kurzweil, *The Singularity Is Near. When Humans Transcend Biology*, Viking Penguin, New York 2005.

[2] Sul nesso tra oggettività e meccanicismo, cfr. G.W.F. Hegel, *Scienza della logica*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1984, vol. II, pp. 808-826.

[3] Cfr. B. Troncarelli, *Dialettica e logica sociale nella prospettiva della complessità. Hegel, Croce, Gentile*, Esi, Napoli 2006, pp. 105-139.

[4] "L'io, il soggetto della coscienza, è pensiero; la successiva determinazione logica dell'oggetto è *ciò che è identico nel soggetto* ed *oggetto*, la connessione assoluta dei due, ciò per cui l'oggetto è proprietà del soggetto" (G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1984, § 415, p. 418).

Invero, le tendenze tecnocratiche postmoderne risultano il pieno compimento, e non la dissoluzione, di quella logica formale e identitaria che è sottesa anche nel linguaggio-macchina delle tecnologie informatiche sotto forma di algebra booleana[5], perfino quando in tale linguaggio computazionale venga implementata una flessibile e non univoca logica *fuzzy*[6], dato che a gestire tale linguaggio e le sue possibili declinazioni logico-semantiche rimane pur sempre il programmato meccanismo di funzionamento del dispositivo elettronico. Si tratta di tendenze in cui il soggetto umano è esposto tanto al rischio di un eccesso di condizionamento e controllo da parte dell'oggetto a lui esterno ed estrinseco, nella fattispecie l'oggetto tecnologico pur da lui creato, quanto al rischio di una sua perdita di controllo dell'oggetto stesso. Si può trarne conferma dalle osservazioni di Jonas sulla "dinamica cumulativa degli sviluppi tecnici"[7], i cui processi di espletamento, una volta avviati dall'uomo, sembrano assumere un andamento coattivo e propulsivo tale "da trascendere la volontà ed i piani degli attori"[8]. Questo andamento è emblematicamente riscontrabile quando l'oggetto prodotto arrivi a simulare caratteri e ruoli propri del soggetto produttore, quindi a configurarsi non più solo come 'qualcosa' di strumentale, ma come 'qualcuno' fornito di un'autonomia operativa tale da essere in grado, come ormai avviene nell'ambito della robotica e della intelligenza artificiale, di surrogare il soggetto stesso prendendone il posto in molte attività, sempre meno nell'interesse dell'uomo. Si tratta di una oggettualità tecnologica atta a ergersi quale realtà autoreferenziale, fino al punto da sembrare equiparabile a un nuovo soggetto, a una inedita quanto fittizia 'personalità elettronica' cui conferire diritti e responsabilità.

---

[5] Cfr. G. Boole, *Indagine sulle leggi del pensiero su cui sono fondate le teorie matematiche della logica e della probabilità*, tr. it., Einaudi, Torino 1987.

[6] Nonostante l'implementazione nelle più avanzate macchine intelligenti della logica *fuzzy*, l'Intelligenza Artificiale (IA), "nata dal positivismo logico del secolo XX, sostiene che la conoscenza consista in regole e che sia possibile la riscrittura di tali regole in linguaggio macchina dicotomico, quindi i computer su cui l'IA può essere applicata sono quelli tradizionali, costruiti secondo i princìpi della macchina di Turing e l'architettura di Von Neumann" (A.G. Pizzaleo, Fuzzy logic. *Come insegneremo alle macchine a "ragionare da uomini"*, Castelvecchi, Roma 2004, p. 65).

[7] H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr. it., Einaudi, Torino 1993, pp. 40-41.

[8] Ivi, p. 41.

È proprio l'assenza di un approccio dialettico al reale, in particolare alla realtà umana e alle sue imprescindibili spettanze ed esigenze di tutela, cioè il perdurare di una concezione meccanicistica, adialettica e acritica del significato della scienza, e delle sue applicazioni, ad avere portato alle attuali minacce rappresentate da una tecnologia dominante[9]. Ciò è comprovato dal "prometeismo"[10] insito nella società postmoderna, sfociante nel paradosso della sottomissione anziché dell'affermazione umana, quale fenomeno estremo non avente nulla in comune con la 'prometeicità' inerente alla promozione della vita in ogni sua manifestazione, che richiede sì un grande impegno dell'uomo, ma non espresso nei termini arbitrari di una libertà operativa sprovvista di reale consapevolezza e responsabilità. La subordinazione funzionalistica della scienza alla tecnica e la correlativa affermazione di un'assolutezza tecnologica come "infinità *falsa* o *negativa*"[11] in cui il nuovo artefatto tecnico appare ogni volta come un fine da cui incessantemente ripartire e a cui pervenire[12], senza ogni altro significato che non sia quello di un perenne "sviluppo senza progresso"[13], conferisce all'uomo un potere fittizio, caratterizzato da una sempre minore capacità di controllo sulla tecnica in quanto unica effettiva "potenza che non ha più alcun freno"[14].

È questa una tecnica foriera di rischi gravi, che però possono essere contrastati tramite la rivalutazione del ruolo sostanziale del diritto, nella sua costitutiva valenza ideale prima ancora che effettuale, etico-razionale prima ancora che giuridico-pratica. Un diritto così ripensato non può evitare di opporre resistenza alle derive tecnocratiche crescenti. Non è infatti il diritto concepito in chiave di formalismo procedurale o di funzionalismo sistemico rispondente per lo più ai 'dati di fatto', ma è il diritto come specifica dimensione categoriale orientata verso irrealizzati, eppur non irrealizzabili, 'dati di principio' che può fornire una risposta proattiva e costruttiva nei confronti del prassismo di una tecnica ormai votata a

---

[9] Sulla tecnica come "potenza suprema", cfr. E. Severino, *La democrazia fra verità e tecnica*, in "MicroMega", 4, 1999, p. 93; e Id., *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano 1998.

[10] Papa Benedetto XVI, *Discorso ai partecipanti alla Plenaria del Pontificio Consiglio "Cor Unum"*, 19 gennaio 2013.

[11] G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, cit., §§ 93-94, p. 110.

[12] Cfr. U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano 2000, pp. 341-342.

[13] P.P. Pasolini, *Scritti corsari*, Garzanti, Milano 1975, pp. 219 ss.

[14] J. Ellul, *La tecnica rischio del secolo*, tr. it., Giuffrè, Milano 1969, pp. 299 ss.

obiettivi di iperspecialismo pressoché avulso da riflessioni d'insieme[15]. Per restituire spazio a una responsabilità tecnoscientifica capace di cogliere il senso originario della complessità del mondo umano e di sconfessare una libertà indiscriminata di ricerca e di sviluppo tecnologico, si può non solo muovere dal principio normativo di precauzione già elaborato in ambito europeo a fini di tutela ambientale e sanitaria quale prima risposta agli emergenti rischi tecnologici[16], ma anche e soprattutto indurre all'osservanza dei princìpi etico-giuridici di dignità della persona e di solidarietà sociale in quanto essenziali fattori di resilienza verso un operativismo pseudo-scientifico non fronteggiabile senza adeguata difesa della soggettività umana, a cui nessuna tecnologia, se rimasta tale e non degradata in tecnocrazia, può permettersi di attentare.

La tecnica è "nell'essenza stessa dell'uomo"[17], che tende a esistere come *homo faber* in grado di esercitare un controllo attivo sulla realtà. Il problema risiede, piuttosto, nell'assolutizzazione della prassi rispetto al pensiero, nonché della tecnica rispetto alla scienza, per la cui soluzione non rimane che la riscoperta della intrinseca relazione intercorrente tra il sapere scientifico e le sue applicazioni. La relazionalità a cui si fa riferimento è un assunto teoretico-epistemologico oltreché pratico-morale, poiché rappresenta la prospettiva logico-dialettica in cui si inscrive ogni manifestazione fenomenica. In tale prospettiva, la parte è in reciproco rapporto, almeno potenzialmente, con ogni altra e con la totalità di esse, anzi rispecchia e veicola il tutto. La componente distruttiva della realtà, mai del tutto estirpabile, risiede *in primis* nella violazione di tale presupposto relazionale, eterogeneo sia alla logica della identità sia a quella della diversità, univocamente per sé prese. Si tratta di un presupposto necessario a ricomporre le scissioni rinvenibili in tutte le forme di assolutizzazione, inclusa la crescente ipertrofia tecnologica, e a ritrovare il legame armonico dell'agire con il sapere. Senza unità tra teoria e prassi, tra pensiero e

---

[15] Cfr. S. Cotta, *Dal primato della prassi all'anomia. Una interpretazione culturale della crisi odierna*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno (Roma, 30 giugno-2 luglio 1993), Giuffrè, Milano 1994, pp. 46-48.

[16] Cfr. European Commission, *Communication from the Commission on the Precautionary Principle*, Com(2000)1 final, Brussels, 2 February 2000.

[17] A. Gehlen, *L'uomo nell'era della tecnica. Problemi socio-psicologici della civiltà industriale,* tr. it., Sugarco, Milano 1984, p. 12.

azione, tra scienza e tecnica, non solo si configura una "società del rischio"[18], ma incombe una più allarmante 'società a rischio', in cui è la società nella sua interezza a essere minata da una prassi tecnologica senza vera razionalità scientifica, da uno sviluppo senza progresso, da molteplici azioni particolari senza alcuna visione unitaria. Permane nondimeno l'alternativa lontana, ma ancora conseguibile, di una società i cui rischi siano affrontati con spirito di responsabilità tale che la tecnica, da finalità autoreferenziale, torni a essere uno strumento per l'uomo e per la riaffermazione del suo "primato"[19], cioè del principio secondo cui "l'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sul solo interesse della società o della scienza"[20], fermo restando che in ambito infotelematico, non meno che biomedico e biotecnologico, tale primato è ugualmente distante sia dall'assolutizzazione del soggetto individuale a detrimento delle istanze di progresso sociale e scientifico, sia dall'assolutizzazione di una tecnoscienza senza limiti a scapito del soggetto stesso.

2. Rischio di automatizzazione del lavoro e tutela del soggetto umano

La pervasività assunta dalla tecnica a svantaggio del ruolo prioritario spettante all'uomo trova una emblematica conferma nella decrescente possibilità di esercizio del diritto al lavoro, sempre più messo a repentaglio dall'efficientismo perseguìto mediante le nuove tecnologie di automatizzazione dei processi produttivi. Sono processi tendenzialmente ancora più disumanizzanti di quelle tecniche di produzione che, a partire dalle catene di montaggio introdotte dalla 'seconda rivoluzione industriale' con la divisione meccanizzata del lavoro, sono giunte nella 'terza rivoluzione industriale', tuttora in atto, a una prevalente gestione informatizzata delle imprese, con elaboratori elettronici al posto di risorse umane. Già in questa terza fase di sviluppo, i lavoratori che più riescono a mantenere il proprio lavoro sono non gli operai, ma i pochi tecnici addestrati a controllare, muovendo da un nuovo sistema di "produzione snella" diverso dalla "produzione di

[18] Cfr. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, tr. it., Carocci, Roma 2000.

[19] Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*, Oviedo, 4 April 1997, art. 2.

[20] *Ibidem*.

massa"[21] effettuata per lo più tramite le catene di montaggio, la corretta regolarità di funzionamento dei processi meccanizzati di produzione. Ciò implica una graduale deprivazione della fabbrilità umana, e una conseguente riduzione dei posti di lavoro[22], nonché una centralità ricoperta non più dall'uomo, ma dai meccanismi artificiali di organizzazione industriale, dove la nuova figura emergente di tecnico dell'automazione assume, in sostanza, la mansione di un "pastore delle macchine"[23], molto lontano dal "pastore dell'essere" di heideggeriana memoria[24]. Senonché, da sorvegliante o sovraintendente dei processi meccanizzati di produzione, il soggetto umano nella 'quarta rivoluzione industriale' è esposto al rischio di perdere anche tale mansione, divenendo così un mero 'esubero' da esautorare per esclusive ed escludenti esigenze di maggiore efficienza ed economicità della produzione o della gestione di riferimento, non essendoci più, nell'ottica angusta di obiettivi manageriali scissi dal rispetto dei doveri umani e dei diritti sociali, alcun incarico lavorativo da affidargli, nemmeno come supervisore o "pastore"[25] dei processi produttivi e dei servizi espletati, quando essi siano stati ormai automatizzati o robotizzati.

Il "diritto al lavoro"[26], che le dinamiche di una malintesa trasformazione digitale vengono a ledere sul piano individuale e sociale, non è un'accidentale conquista del diritto positivo o di una contestualità socio-politica storicamente determinata, ma un fondamento etico-giuridico radicato nella ragione propria della dimensione umana, come è stato perfettamente compreso da Hegel: "il lavoro non è un *istinto*, bensì una razionalità […]; e il lavorare appunto perciò è presente non *come istinto*, bensì in quella tal maniera dello spirito per cui *il lavoro come attività soggettiva del singolo è tuttavia diventato qualcosa di altro*, una regola universale"[27]. Sottrarre a un individuo la sua attività lavorativa per consegnarla a un meccanismo di automazione

---

[21] Cfr. J.P. Womack, D.T. Jones, D. Roos, *La macchina che ha cambiato il mondo*, tr. it., Rizzoli, Milano 1993.

[22] Cfr. J. Rifkin, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, tr. it., Rizzoli, Milano 2014.

[23] G. Anders, *L'uomo è antiquato. 2: Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, tr. it., Bollati Boringhieri, Torino 1992, pp. 84 ss.

[24] M. Heidegger, *Lettera sull'"umanismo"*, tr. it., Adelphi, Milano 1995, p. 84.

[25] Cfr. *supra*, nota 23.

[26] Cost. it., art. 4.

[27] G.W.F. Hegel, *Lezioni jenesi del 1803-1804*, in *Il dominio della politica*, tr. it., a cura di N. Merker, Editori Riuniti, Roma 1980, p. 220.

significa sì, in alcuni casi, liberarlo da una incombenza opprimente o da un'attività pericolosa, ma più spesso significa perseguire obiettivi particolaristici di maggiore profitto, e così facendo impedirgli, oltreché di guadagnarsi da vivere, anche e soprattutto di concorrere mediante l'espletamento del proprio lavoro all'attuazione del passaggio da un livello di vita strettamente individuale al livello metaindividuale dell'esistenza, a cui ogni lavoro è riconducibile come espressione di operosità e utilità sociale. Il lavoro rappresenta una crescita essenziale per ogni persona e per la sua dignità, cioè il superamento del singolo, pur senza alcuna sua negazione, in direzione del genere umano. Attraverso il lavoro, "l'*egoismo soggettivo* si rovescia nel *contributo all'appagamento dei bisogni di tutti gli altri*"[28], ragion per cui mentre "ciascuno guadagna, produce e gode per sé, egli appunto con ciò produce e guadagna per il godimento degli altri"[29]. Si tratta di una possibilità di realizzazione non esperibile senza lavoro, il quale è non solo un diritto fondamentale, ma un bisogno altrettanto fondamentale in grado di appagare altri bisogni. Nessuna macchina può, pertanto, essere legittimamente concepita e impiegata come un surrogato del lavoratore umano, anziché come uno strumento a sua disposizione.

Il rischio maggiore provocato dalla trasformazione digitale consiste nella tendenza a una estraneazione dell'uomo da se stesso causata non più dal lavoro degradato a merce, come verificatosi nelle fasi più buie della società capitalistica segnate da una drammatica "relazione della *signoria* e della *servitù*"[30], e da una correlativa contrapposizione tra il lavoratore e il proprio lavoro, atta a ridurre il lavoratore stesso da soggetto a oggetto, anzi a "merce, la più miserabile merce"[31]. Nella trasformazione verso una società automatizzata, la fonte primaria di estraneazione non è più "il lavoro alienato"[32] di cui viene svolta da Marx un'analisi esemplare, dalla quale si evince che, al pari dei lavoratori, i prodotti di tale lavoro "diventano merci […]. Quindi, non più rapporti immediatamente sociali fra persone,

[28] G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1987, § 199, p. 163.
[29] Ivi, pp. 163-164.
[30] G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, cit., § 433, p. 426.
[31] K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, in *Opere filosofiche giovanili*, tr. it., Editori Riuniti, Roma 1977, *Primo manoscritto*, p. 193.
[32] *Ibidem*.

ma *rapporti di cose* fra persone e *rapporti sociali fra cose*"[33]. Ora non è la mercificazione, ma la scomparsa del lavoro e della figura stessa del lavoratore in conseguenza delle nuove tecnologie di automatizzazione a rendere l'uomo un soggetto estraniato da sé e, insieme, un oggetto sostituibile da altri oggetti che, in quanto automi, fungono essi da nuovi soggetti, pronti a espropriarlo di tutto, a partire dal suo bisogno insopprimibile di lavoro e dal diritto a soddisfare i propri bisogni attraverso lo svolgimento di una, sia pur modesta, occupazione lavorativa.

Marx compie molte osservazioni sulla importanza del lavoro per ogni soggetto umano, a partire dall'assunto secondo cui è necessario supporre "il lavoro in una forma nella quale esso appartenga esclusivamente *all'uomo*"[34]. È il lavoro, finché non reso "alienato" dall'organizzazione capitalistica dei processi produttivi, a realizzare appieno l'essenza dell'uomo, che nel lavoro "contrappone se stesso, quale uno fra le potenze della natura, alla materialità della natura"[35]. Se ne desume una concezione marxiana dell'uomo e del suo lavoro rivolta a superare l'univocità sia del materialismo naturalistico che dell'idealismo astratto. Il lavoro non è, in tale concezione, una condanna per l'uomo, ma anzi l'affermazione dell'essere umano, che attraverso il lavoro può giungere alla coscienza di sé, non tanto come individuo, quanto come uomo nella sua "*specifica essenza*"[36]. Tuttavia, il significato formativo riconosciuto al lavoro da Marx e anche da altri autori quali Kierkegaard, secondo cui il "dovere di lavorare per vivere esprime ciò che è comune al genere umano, ed esprime anche, in un altro senso, l'universale, poiché esprime la libertà"[37], non rappresenta un luogo comune della cultura occidentale, se è vero che, accanto a tale significato, ricorre spesso la convinzione del carattere inevitabilmente penoso del lavoro, reiterata da Nietzsche nella sua critica al lavoro come "mancanza di spiritualità"[38] e di gioia contemplativa, nonché da Marcuse nella propria

[33] K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, tr. it., Editori Riuniti, Roma 1964, libro I, p. 105.
[34] Ivi, p. 212.
[35] Ivi, p. 211.
[36] K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, cit., *Primo manoscritto*, p. 200.
[37] S. Kierkegaard, *Enten-Eller*, tr. it., Adelphi, Milano 1989, vol. V, p. 182.
[38] F. Nietzsche, *La gaia scienza*, in *Opere 1882/1895*, tr. it., Newton Compton, Roma 1993, p. 163.

contrapposizione tra lo sfruttamento repressivo comportato dal lavoro e la preferibile improduttività del gioco[39].

Lungo questo percorso, si colloca anche la visione proclive a vedere nelle tecnologie robotiche nuove possibilità di liberazione dal lavoro, specialmente se di tipo ripetitivo, mediante l'espletamento automatizzato di compiti in precedenza effettuati da soggetti umani, che sarebbero così in condizione di dedicare maggiore tempo ed energia ad attività di carattere più soddisfacente. Ciò è sostenuto anche dalla Risoluzione europea su tali tecnologie[40], in cui si può leggere che "l'automazione dei posti di lavoro è potenzialmente in grado di liberare le persone dalla monotonia del lavoro manuale, consentendo loro di avvicinarsi a mansioni più creative e significative"[41]. Sebbene simili argomentazioni siano molto diffuse, e spesso addotte per giustificare atti o programmi di esautorazione dei lavoratori mediante l'automatizzazione delle attività lavorative, permane nondimeno notevole il versante di pensiero teso a ribadire il senso incondizionato del lavoro umano in tutta la sua "importanza fondamentale e decisiva"[42], in quanto l'uomo è da ritenersi non già 'soggetto al lavoro', ma piuttosto "*soggetto del lavoro*"[43], con le risultanze teoretiche e pratiche che se ne possono trarre, tra le quali l'esigenza socio-economica di restituire alle persone non solo un lavoro, ma per quanto possibile un "lavoro gratificante"[44], loro sottratto. Dalla indisponibilità dell'uomo in quanto fine e non mezzo, soggetto e non oggetto dell'attività lavorativa, anche di quella più umile di tipo manuale, deriva che da tale attività nessuno può essere espulso per motivi di convenienza o interesse dei titolari d'impresa, sia perché qualsiasi soggetto, lavoratore o meno che sia, non è mai trattabile come strumento di cui disporre come se fosse una cosa o un oggetto di proprietà, nella fattispecie come uno dei mezzi di produzione posseduti, sia perché alla gestione di tali mezzi egli dovrebbe, in qualche modo, prendere parte attiva. Anche secondo la dottrina sociale cattolica,

---

[39] Cfr. H. Marcuse, *Eros e civiltà*, tr. it., Einaudi, Torino 1974, p. 213.

[40] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics. Resolution with Recommendations to the Commission*, Strasbourg, 16 February 2017.

[41] Ivi, *Introduction*, J.

[42] Giovanni Paolo II, *Laborem Exercens*, Lettera Enciclica, 14 settembre 1981, § 3.

[43] Ivi, § 6.

[44] Cfr. E.S. Phelps, *Rewarding Work. How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise*, *With a New Preface*, Harvard University Press, London 2007.

"continua a rimanere inaccettabile la posizione del 'rigido' capitalismo, il quale difende l'esclusivo diritto della proprietà privata dei mezzi di produzione come un 'dogma' intoccabile nella vita economica"[45].

Alla luce della consapevolezza del profondo significato umano del lavoro, emerge rafforzata la necessità di interventi normativi mossi dall'obiettivo di riconoscere alle persone l'esercizio effettivo del diritto di avere un'occupazione, di contro all'intendimento di uno sviluppo tecnologico ed economico appiattito sulle dinamiche desoggettivanti della 'quarta rivoluzione industriale', o *industry 4.0*. Si allude a quelle dinamiche protese verso una massimizzazione dei requisiti di efficacia ed efficienza, anche a danno di irrinunciabili diritti umani e sociali, che rischiano di essere drasticamente negati se, per molti individui, si arrivi a sancire la loro superfluità lavorativa in un modello automatizzato di industria. È il doveroso rispetto del soggetto umano, più esattamente i princìpi di dignità e di solidarietà umana, a richiedere specifiche iniziative del diritto e delle istituzioni giuridiche, nazionali e internazionali, a tutela del lavoro umano inteso quale "fondamentale diritto di tutti gli uomini"[46] e questione di cruciale importanza per l'umanità e il suo destino. Di fronte a una politica che mostra una crescente difficoltà a salvaguardare il lavoro, gli organi del diritto sono chiamati a far valere le proprie ragioni, o meglio quella ragione eticamente orientata che impone a tutti, inclusi gli inventori di nuove tecnologie ad alto impatto sociale, di attenersi ai doveri fondamentali di rispetto delle persone, che sono alla radice degli stessi diritti umani, sociali e individuali. Nel quadro di un razionale ed etico 'diritto come dovere', piuttosto che di un economicistico 'diritto come pretesa', spicca infatti l'obbligo di riconoscimento non solo del primato del soggetto umano sul lavoro, di cui egli si serve e a cui non può essere né asservito né reso estraneo, ma anche del primato del lavoro per il soggetto umano in quanto possibilità di realizzazione personale, negata ogniqualvolta "la meccanizzazione del lavoro 'soppianta' l'uomo"[47].

---

[45] Giovanni Paolo II, *Laborem Exercens*, cit., § 14.
[46] Ivi, § 18.
[47] Ivi, § 5.

Il diritto rimane il principale baluardo in grado di disincentivare le tendenze spersonalizzanti della società globale mediante norme che consentano in ambito lavorativo la tutela delle risorse umane, e che contrastino le implementazioni più radicali delle tecniche di automatizzazione dei processi produttivi di beni o servizi. D'altra parte, le misure di *welfare* a favore di un sussidio minimo finalizzato a bilanciare la scomparsa di molti posti di lavoro subordinato appaiono di ardua attuabilità economica oltreché opinabili, data la non-equivalenza del valore del lavoro soltanto alla sua remunerazione, da cui si può desumere la discutibilità della proposta riparatoria di un reddito di cittadinanza in caso di disoccupazione[48]. Anche la riqualificazione formativa e professionale dei lavoratori più esposti al pericolo di perdere il posto, o già licenziati, è una soluzione non facile, né adatta per i lavoratori meno giovani incapaci di acquisire competenze diverse da quelle già possedute. Molto più plausibile è la proposta di una tassazione sulla produzione e l'uso di sistemi automatizzati, perorata in particolare da Bill Gates[49], mostratosi allarmato egli stesso, fondatore di Microsoft, da uno sviluppo dell'informatica più sconvolgente del previsto. Tassare i processi di automatizzazione è una possibilità suggerita anche da Robert Shiller[50], premio Nobel per l'economia nel 2013, che è stata sottoposta all'attenzione del Parlamento europeo[51], ma poi da esso respinta e non ricompresa nella stesura definitiva della Risoluzione approvata in materia di robotica e intelligenza artificiale[52]. Essa può costituire, invece, una misura atta a rallentare uno sviluppo tecnologico incondizionato, e a promuovere mutamenti imprenditoriali in direzione sia di maggiori investimenti nei settori non automatizzabili, sia di una conservazione della presenza umana in ambito lavorativo. Frattanto, le dinamiche vorticose di una tecnica rivelatasi non abbastanza in grado di autoregolamentarsi e di dar luogo a una libertà responsabile, stanno concorrendo a segnare la fine non solo dell'ordine sociale e delle categorie giuridiche del passato, in

---

[48] Cfr. D. Méda, *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, tr. it., Feltrinelli, Milano 1997.

[49] Cfr. K.J. Delaney, *The robot that takes your job should pay taxes, says Bill Gates*, in "Quartz", 17 February 2017 (https://qz.com/911968/).

[50] Cfr. R. Shiller, *Why robots should be taxed if they take people's jobs*, in "The Guardian", 22 March 2017.

[51] Cfr. European Parliament, Committee on Legal Affairs (Rapporteur: M. Delvaux), *Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, Strasbourg, 31 May 2016.

[52] Cfr. *supra*, nota 40.

special modo dei diritti soggettivi introdotti sin dall'epoca moderna, ma finanche dell'aleatorio equilibrio sistemico finora raggiunto, tramutando la crisi del soggetto come tratto distintivo della società postmoderna[53] in un 'individualismo desoggettivato'[54] ancora più destabilizzante, quale carattere peculiare di una globalizzazione economicistica e divisiva divenuta ormai insostenibile.

Tutto ciò attesta una costante erosione del legame sociale, stante l'attuale assolutizzazione dell'individuo a scapito del soggetto umano[55], nel contempo correlata, non senza paradosso, a processi di spersonalizzazione e di appiattimento omologante di comportamenti e abitudini di vita. Senza contare il declino delle tecniche d'uso rispetto alle tecniche produttive, in quanto fenomeno iniziato con l'avvento del modello capitalistico di produzione industriale, e a tutt'oggi proseguito con intensità sempre maggiore con lo sviluppo del modello tecnocratico di automatizzazione del lavoro, in cui ciò che rileva è l'efficientizzazione della produzione di beni e servizi, a prescindere dagli usi più o meno proficui che si possa fare di essi, resi sostanzialmente irrilevanti al pari dei soggetti umani. Si è così smarrito anche l'insegnamento proveniente dal mondo classico e, in particolare, da Platone, secondo cui il sapere che sovraintende all'uso delle cose è superiore alle competenze che determinano la produzione di esse[56], ragion per cui le tecniche e abilità produttive dovrebbero rimanere funzionali o strumentali al migliore uso possibile dei prodotti, e non viceversa. Nella società tecnologica orientata verso il modello di *industria 4.0*, la trasformazione digitale dei processi produttivi è, al contrario, rivolta a predominare su ogni altro aspetto o processo, socio-economico e umano, neutralizzandone la rilevanza e il significato se esso non si presti a essere subordinato funzionalisticamente a una tecnica sempre più assolutizzata.

---

[53] "Al posto del riferimento di soggetto, noi collocheremo uno strumentario notevolmente differenziato e analitico, nel quale il concetto di funzione e il concetto di sistema detengono un particolare significato" (N. Luhmann, *Il senso come concetto fondamentale della sociologia*, in J. Habermas, N. Luhmann, *Teoria della società o tecnologia sociale. Che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, tr. it., Etas Libri, Milano 1973, p. 16).

[54] B. Troncarelli, *Logica della globalizzazione e diritto*, Giuffrè, Milano 2004, p. 37.

[55] "La morte del soggetto si coniuga con l'esaltazione dell'individuo" (P. Barcellona, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, De Donato, Bari 1998, p. 222).

[56] "A nulla servirebbe una scienza che fosse capace di rendere immortali, se poi non sapessimo che uso fare dell'immortalità" (Platone, *Eutidemo*, 288e-289b).

Dinanzi a norme come quelle delineate dal Parlamento europeo[57], aventi carattere pressoché confermativo delle tendenze tecno-economiche esistenti, quindi inadeguate per fronteggiare la gravità dei rischi sottesi alla trasformazione tecnologica in atto, appare determinante la promozione di un 'diritto per princìpi'[58] espresso da una giuridicità non solo alternativa a tali tendenze effettuali, ma anche a un pensiero disorganico affermatosi nella postmodernità sotto forma di un indebolimento teoretico e valoriale ingiustificato, oltreché potenzialmente foriero di scelte irresponsabili[59]. Sono in questione princìpi riconosciuti anche dalla comunità internazionale in vari atti declaratori e pattizi[60], che nondimeno sono stati sottovalutati da un 'diritto per regole' omogeneo alle esigenze di un modello funzionalistico-sistemico di globalizzazione incentrato sulla competizione e sugli interessi particolari dei soggetti economicamente più forti, anziché su istanze condivise orientate al bene comune. In tale contesto destrutturato, permane tuttora di portata innovativa il dettato costituzionale italiano nei suoi princìpi ispiratori, in cui il lavoro viene riconosciuto come fondamento della Repubblica e valore basilare della vita collettiva, ovvero come lo strumento primario per la realizzazione individuale e sociale del soggetto umano[61].

Del resto, ciò è in linea con la Carta internazionale del lavoro del 1919, aggiornata dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944, nonché dalla Carta sociale europea del 1961, a cui ha fatto seguito nel 1966 il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali quale testo normativo rilevante a livello mondiale anche in riferimento al diritto del lavoro, disatteso dalle dinamiche della tecnocrazia postmoderna attraverso una compressione delle legittime spettanze di molti individui rimasti disoccupati o divenuti tali, a cui si cerca di rispondere mediante proposte assistenziali di vario tipo. Non sono però i sussidi economici, percepiti illusoriamente come rimedio alla crescente automatizzazione dei processi produttivi,

---

[57] Cfr. *supra*, nota 40.

[58] B. Troncarelli, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 149-79.

[59] Nel postmoderno il sapere è ridotto, prescindendo da ogni ricerca contenutistico-sostanziale, solo a "ciò che rende capaci di proferire 'buoni' enunciati" (J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, tr. it., Feltrinelli, Milano 2004, p. 38).

[60] Cfr. *infra*.

[61] Cfr. Cost. it., art. 1.

a conferire dignità e possibilità di realizzazione umana, essendo solo discutibili rimedi *ex-post* a una esautorazione di persone a cui si offrirebbe un mantenimento pubblico più o meno duraturo nel tempo, e forse economicamente insostenibile nel lungo periodo, seppur ritenuto la più concreta misura di *welfare* in caso di perdita del posto di lavoro. Alle persone occorre dare, piuttosto, la possibilità di trovare lavoro o di conservarlo, e di mantenersi da sé, eventualmente con una riduzione di orario che consenta il numero maggiore possibile di occupati, senza che la trasformazione digitale costringa tali soggetti a trasformarsi essi stessi in oggetti passivi di assistenza sociale concessa loro da altri. Contro l'avvento di una prossima società delle macchine avente le sembianze di vero progresso, pur essendo solo lo sviluppo di una tecnica enfatizzata al punto da sancire la sostanziale subalternità e non la valorizzazione degli esseri umani, si colloca quanto già enunciato a livello internazionale sul diritto al lavoro, sostenuto e difeso come "diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto o accettato"[62], con ciò che ne discende sul piano del dovere di garantire a tutti equa retribuzione, esistenza decorosa, sicurezza sociale, libertà economiche e sindacali, quali inderogabili spettanze basate sul principio di tutela della "dignità inerente alla persona umana"[63].

Ma quello che nel diritto comunitario si è finora compiuto per regolamentare le nuove tecnologie robotiche consiste nella formulazione di una Risoluzione del Parlamento europeo contenente una serie di raccomandazioni[64] che in una prossima Direttiva possano costituire un quadro normativo *ad hoc* omogeneamente valido in tutti gli Stati membri, dalle quali si evince sì un importante richiamo al principio di precauzione e alla necessità di estenderlo alle nuove applicazioni in materia[65], ma non si constata alcun segnale di allarme sui sistemi di intelligenza artificiale che vengano impiegati come meccanismi tecnocratici a fini di drastiche riduzioni di organico. Si tratta di sistemi progettati per subentrare *tout court* in sostituzione dei

[62] United Nations General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, 16 December 1966, art. 6.

[63] Ivi, *Preamble*.

[64] Cfr. *supra*, nota 40.

[65] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Research and innovation*, n. 7.

lavoratori, sulla base delle nuove tecnologie di *Robotic Process Automation* (RPA) tese appunto a rimpiazzare il lavoro dell'uomo, e non soltanto a integrare le sue capacità, come pur auspicato in tali disposizioni comunitarie[66]. Il Parlamento europeo si limita così a raccomandare la verifica della sussistenza di problemi, peraltro già venuti in luce, di adeguamento ai mutamenti tecno-economici in atto, astenendosi da una più decisa strategia programmatica. Esso sembra confidare, piuttosto, nelle spontanee dinamiche di riequilibrio economico-sociale in grado di arginare il fenomeno, previsto sin dai tempi del lungimirante Ricardo, della "disoccupazione tecnologica"[67], ed evocato anche da Keynes nei termini di "una nuova malattia" destinata a crescere con l'avanzare delle "trasformazioni tecniche" e con la "scoperta di strumenti economizzatori di manodopera"[68]. Anziché adoperarsi per interventi normativi mirati sul ricorso crescente all'uso di sistemi robotici, l'Europarlamento non fa che invitare precauzionalmente "la Commissione a iniziare ad analizzare e a monitorare più da vicino le tendenze occupazionali di medio e lungo periodo"[69].

Un simile approccio precauzionale è, senza dubbio, necessario nella regolamentazione di molti aspetti delle nuove applicazioni tecnologiche, anche in ambito digitale e più specificamente nel settore della robotica, ma non basta per evitare gli incombenti rischi sociali e per prevenire i danni, né basta l'atteggiamento acquiescente sotteso all'affermazione secondo cui "l'uso diffuso di robot potrebbe non portare automaticamente alla sostituzione di posti di lavoro, ma le mansioni meno qualificate nei settori ad alta intensità di manodopera potrebbero essere maggiormente esposte all'automazione"[70]. Stando a un'attenta analisi dei dati, appare più congruo osservare che "vi è un settore dove i robot hanno già determinato dei cambiamenti, anche drammatici, ed è il settore industriale, dove la sostituzione del personale umano con robot ha creato problemi di disoccupazione, problemi che potranno solo aumentare, man mano che i robot diventeranno sempre più

[66] Ivi, *General principles concerning the development of robotics and artificial intelligence for civil use*, n. 3.
[67] D. Ricardo, *Princìpi di economia politica e dell'imposta*, tr. it., Utet, Torino 2006, pp. 514 ss.
[68] J.M. Keynes, *Prospettive economiche per i nostri nipoti*, in *La fine del* laissez-faire *e altri scritti economico-politici*, tr. it., Bollati Boringhieri, Torino 1991, pp. 57-68.
[69] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Education and employment*, n. 43.
[70] Ivi, *Introduction*, J.

autonomi"[71]. A porre precocemente in luce il problema è già uno studio del 2013, dal quale si evince che negli Stati Uniti quasi il 50% dei posti di lavoro potrebbe essere presto assorbito dall'automatizzazione[72]. Dal *World Economic Forum* del 2016, è poi emerso che nei prossimi anni a livello mondiale, accanto a due milioni di posti di lavoro creati anche in virtù della richiesta di nuovi profili tecnico-professionali, si assisterà alla scomparsa di circa sette milioni di posti di lavoro prima esistenti, con un conseguente saldo netto negativo di oltre cinque milioni di posti di lavoro perduti, in prevalenza a seguito delle dinamiche innovative di trasformazione digitale dei processi produttivi[73].

Si pensi alla tecnologia di *Machine Learning*, portata avanti per progettare e realizzare, in alcune sue applicazioni più avanzate, automi in grado di prendere il posto dell'uomo, non solo in ambito industriale, ma anche in quelle attività di servizio, tra cui l'assistenza ad anziani e/o malati, che peraltro sollevano ulteriori interrogativi sull'accettabilità morale di macchine prodotte non solo in sostituzione di lavoratori umani, ma come surrogato di complesse relazioni professionali o affettive. Sono relazioni di per sé non equiparabili né riducibili a interazioni tra uomo e macchina[74], anche in considerazione del fatto che "dovrebbe essere prestata un'attenzione particolare alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani e disabili)"[75]. Sta tuttavia avanzando la convinzione che un robot 'androide' o 'umanoide' costituisca a pieno titolo una nuova soggettività, sia pur artificiale e non umana, a cui potrebbe anche essere attribuito, in qualità di macchina capace di autoapprendimento, lo *status* di soggettività giuridica, quantomeno nella misura in cui sia un sistema fornito di facoltà intelligenti, ossia di capacità autonome di comprensione e decisione. Ma ciò non vale a escludere l'infondatezza di tale

[71] F. Operto, G. Veruggio, *A dieci anni dalla nascita della Roboetica*, in 'Mondo digitale", 54, 2014, p. 9.

[72] Cfr. C.B. Frey, M.A. Osborne, *The Future of Employment. How Susceptible are Jobs to Computerization?*, Oxford Martin School, University of Oxford, 17 September 2013, p. 44.

[73] Cfr. World Economic Forum, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Davos-Klosters, 20-23 January 2016, p. 13.

[74] Cfr. L. Palazzani, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 391-392.

[75] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *General principles concerning the development of robotics and artificial intelligence for civil use*, n. 3.

attribuzione di soggettività alle macchine, stante la loro insuperabile connotazione di oggettività in quanto 'oggettualità' o cosalità tipica di ogni artefatto, sia esso avente realtà materiale, intellettuale o virtuale, del quale si dispone come di una cosa e si detiene la proprietà, contrariamente alla soggettività umana, mai sottoponibile ad alcun atto di disposizione o appropriazione fattuale.

Anche nell'ambito della trasformazione digitale mediante implementazioni avanzate di robotica e intelligenza artificiale, il principio di precauzione attende di essere riaffermato come una rigorosa valutazione di impatto, finalizzata a vagliare previamente la capacità o meno delle relative applicazioni tecnologiche di rappresentare un reale fattore di progresso per tutti, e non solo per i soggetti fruitori dei proventi economici ricavabili dalle nuove attività automatizzate. Ma accanto a tale cautela applicativa, che non può essere sufficiente dinanzi a un ritmo di trasformazione sempre più intenso, si impone come un ineludibile dovere etico-giuridico il riferimento ai princìpi di dignità personale e solidarietà sociale per bilanciare l'estrinsecazione della legittima libertà di iniziativa imprenditoriale con l'osservanza dei valori di utilità collettiva e di rispetto dovuto a ognuno come essere umano, prima ancora che come cittadino. Il diritto eticamente inteso non può, infatti, legittimare uno sviluppo innovativo il cui traguardo finale sia attuare l'implementazione di avanzate tecnologie digitali in sostituzione dei lavoratori, anziché limitarsi al supporto di attività umane per mezzo di una tecnica posta davvero al servizio dell'uomo, senza essere a lui preposta. Il lavoro, anche di tipo routinario e non creativo, è una prerogativa umana da salvaguardare "in tutte le sue forme ed applicazioni"[76], essendo un diritto-dovere di carattere socialmente fondativo, per il cui esercizio ogni società giuridicamente edificata è chiamata a garantire, piuttosto, ritmi e modalità accettabili.

È una questione di tutela del soggetto umano e della sua dignità, che sin dal costituzionalismo del secondo dopoguerra richiede l'obbligo statale di rimozione degli ostacoli socio-economici al godimento della libertà personale e della uguaglianza intersoggettiva[77]. Si tratta di istanze peculiari di una vera cultura del

[76] Cost. it., art. 35.
[77] Ivi, art. 3.

diritto, e incompatibili con la riduzione della persona a oggetto, ovvero a mero strumento o a entità fungibile. Ciò è quanto, al contrario, tende ad avvenire nel modello di produzione industriale sempre più automatizzato, da cui l'uomo sembra destinato a essere estromesso se non si intervenga in tempo, *in primis* con una idonea regolamentazione, affinché non si verifichi che al soggetto umano subentri un altro presunto soggetto artificiale. Se così fosse, si avrebbe la violazione degli stessi princìpi fondativi del diritto italiano e comunitario, in particolare della dignità di tutti, anche di coloro che forniscano le prestazioni lavorative meno specializzate, così come viene richiamato dalla Costituzione italiana laddove dispone che "l'iniziativa economica privata è libera"[78], ma che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"[79], nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che dopo aver enunciato l'inviolabilità della dignità umana[80], ribadisce come il "diritto di lavorare"[81] appartenga a ogni individuo, e come ciò implichi sia la "tutela contro ogni licenziamento ingiustificato"[82], sia "condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose"[83], secondo i princìpi di solidarietà, sicurezza e assistenza sociale.

Il richiamo a una responsabile regolamentazione della scienza e delle sue implementazioni pratiche, che partendo da un approccio precauzionale giunga alla rivalutazione dei princìpi-cardine di dignità e solidarietà a difesa della soggettività umana, attende di essere attuato in tutti i settori delle nuove tecnologie, ma soprattutto nelle dinamiche della trasformazione digitale[84], e include anche i problemi concernenti il trattamento automatizzato di dati personali, significativamente assunti di recente a materia di un apposito Regolamento europeo[85]. Infatti, non è pensabile che il trattamento massivo delle informazioni mediante tecniche di profilazione dei dati personali, nonché la questione dei *Big Data*

[78] Ivi, art. 41.
[79] *Ibidem.*
[80] *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Nice, 7 December 2000, art. 1.
[81] Ivi, art. 15.
[82] Ivi, art. 30.
[83] Ivi, art. 31.
[84] Cfr. B.J. Koops, A. Di Carlo, L. Nocco, V. Casamassima, E. Stradella, *Robotic Technologies and Fundamental Rights. Robotics challenging the European Constitutional Framework*, in "International Journal of Technoethics", 4(2), 2013, pp. 15-35.
[85] *Regulation* (EU) 2016/679 (*General Data Protection Regulation*), Brussels, 27 April 2016.

e dell'*Internet of Things*, siano temi disgiungibili dalle problematiche sorte con l'introduzione dei sistemi di robotica e di intelligenza artificiale in ambito sociale e produttivo, essendo tali sistemi intelligenti sempre più correlati con sistemi informativi, o banche di dati, in quanto basi di conoscenza e di elaborazione per l'espletamento delle loro molteplici funzionalità interattive e cognitive[86]. Perciò, l'adozione di adeguate misure di sicurezza dei dati trattati, finalizzate alla tutela dei diritti di libertà e riservatezza, appare sempre più necessario in quanto, se si resti "in assenza di un intervento del diritto, sembra che il *cyberspazio* si vada avviando […] verso la sostituzione di controlli *software* ai controlli giuridici e verso una completa perdita della cosiddetta *privacy*"[87], con grave detrimento dell'osservanza in rete dei diritti umani, e con deresponsabilizzazione dei soggetti ivi operanti, siano essi produttori o utenti delle tecnologie digitali.

Il mantenimento del controllo umano rappresenta il presupposto e, insieme, il risultato dell'osservanza dei diritti-doveri non solo di libertà, ma di uguaglianza sostanziale degli individui come soggetti unici eppur identici tra loro, anche e soprattutto nella loro dignità personale e sociale di soggetti lavoratori, a salvaguardia dei quali il diritto non può esimersi dal regolamentare, ed eventualmente sanzionare, il fenomeno crescente della loro sostituzione con macchine o con processi meccanici che non sia giustificata da attività lavorative pericolose o particolarmente gravose per gli esseri umani. Oltre al rischio sconcertante di un eccesso di controllo degli individui causato dalla proliferazione dei trattamenti elettronici di dati personali a cui sono sottoposti, a incombere sull'immediato futuro c'è infatti il rischio ancora più sconcertante di una loro perdita di controllo dello sviluppo tecnologico di automi utilizzati nel ruolo di lavoratori artificiali, le cui funzionalità sempre maggiori inducono a innalzarli impropriamente da oggetti in soggetti, nonché a farli competere o interagire, da pari a pari, con gli individui, quasi che le macchine fossero a essi comparabili, e non piuttosto un mezzo al loro servizio. Anche in

[86] Cfr. E. Sassoon (a cura di*), La grande sfida della trasformazione digitale. Dalla rivoluzione dei Big Data all'Internet of Things*, Mind Edizioni, Milano 2016.

[87] G. Sartor, *La rivoluzione informatica e la globalizzazione*, in G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*, Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Macerata, 2-5 ottobre 2002), Eum, Macerata 2008, p. 164.

considerazione di ciò, è essenziale promuovere, a integrazione delle recenti iniziative europee di regolamentazione a tutela dei dati personali elettronicamente trattati[88], nuove norme di diritto sulla robotica che siano orientate, rispetto alle raccomandazioni già enunciate dal Parlamento europeo[89], verso una più netta difesa dei soggetti umani e del loro lavoro da un incremento indiscriminato di automatizzazione, anche se meno efficiente e meno conveniente del lavoro svolto dalle macchine automatizzate.

3. Rischio di umanizzazione dell'attività robotica e inconcepibilità del soggetto artificiale

L'intelligenza artificiale sta diventando sempre più capace di autoapprendimento e, quindi, di autonomia, ragion per cui studiosi ed esperti del settore, d'intesa con alcuni esponenti del mondo imprenditoriale, riuniti in una conferenza internazionale in California[90], si sono dichiarati a favore di uno sviluppo sostenibile dell'IA, applicandosi contestualmente alla formulazione di vari princìpi sulla correlativa ricerca, sull'etica e i valori, nonché sulle implicazioni di lungo periodo[91]. Si tratta di un emblematico tentativo di autoregolamentazione avente l'intento di predisporre una sistematica riflessione deontologica sulla portata di queste nuove tecnologie, in grado sì di mutare proficuamente le dinamiche industriali e sociali nonché la stessa esistenza individuale delle persone, ma aventi anche notevoli rischi per gli individui e per l'umanità intera, portatrice di diritti inderogabili non meno dei singoli di cui è composta[92], ragion per cui risulta ancora più pressante l'imperativo etico-razionale di ridurre tali rischi e di ottimizzare le potenzialità benefiche della intelligenza artificiale[93]. È lo sviluppo di sistemi cognitivi molto evoluti, che potranno perfino arrivare a un livello di intelligenza superiore a

---

[88] Cfr. *supra*, nota 85.
[89] Cfr. *supra*, nota 40.
[90] *Asilomar Conference on Beneficial AI*, organized by Future of Life lnstitute, 5-8 January 2017.
[91] *Asilomar AI Principles. A Set of Principles to Guide Beneficial AI Development*, 30 January 2017.
[92] Cfr. G. Tarantino, *Autonomia e dignità della persona umana*, Giuffrè, Milano 2018, pp. 89-95.
[93] Cfr. S. Russell, D. Dewey, M. Tegmark, *Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence*, in "AI Magazine", 4, 2015, pp. 105-114.

quella umana[94], a sollevare ancora una volta "il problema del controllo"[95], ovvero a richiamare l'esigenza basilare di non perdere il necessario "controllo sulle macchine intelligenti"[96], nonché a suscitare interrogativi in materia di responsabilità in caso di effetti lesivi causati dagli automi o da un loro uso distorto, a partire dalla responsabilità dei progettisti o ingegneri robotici, non a caso sollecitati a osservare un apposito "codice etico-deontologico", così come proposto nell'Allegato alla Risoluzione europea sul tema[97]. Senonché, sorge il dubbio se un'autoregolamentazione pur indispensabile che, come la "Carta sulla robotica" raccomandata dalla Risoluzione, non può se non avere un carattere "volontario"[98] e non vincolante, riesca a soddisfare le istanze etiche comportate dalle nuove tecnologie robotiche[99], e se basti demandare simili istanze solo alla buona volontà degli attori coinvolti, senza tradurle nella obbligatorietà di una normativa giuridica finalizzata alla difesa dei princìpi e diritti, a iniziare dal diritto umano al lavoro, più esposti a essere lesi dall'avvento di una trasformazione digitale orientata all'automatizzazione di gran parte delle attività umane, tra cui molte attività produttive di beni e servizi, in ambito privato e pubblico. Non rimane quindi se non sperare che dopo le varie attività di individuazione di buone pratiche, in cui colloca sia la Dichiarazione di cooperazione sulla intelligenza artificiale sottoscritta in Europa in occasione del *Digital Day 2018*[100], sia la Comunicazione della Commissione europea[101], sia la nomina di un gruppo di esperti incaricati della formulazione di apposite linee guida eticamente orientate, sia la contestuale istituzione di una piattaforma on-line che concorra a creare una specifica comunità o

---

[94] Cfr. L.A. Del Monte, *The Artificial Intelligence Revolution. Will Artificial Intelligence Serve Us Or Replace Us?*, Library of Congress, Washington, D.C. (U.S.) 2013.

[95] N. Bostrom, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, tr. it., Bollati Boringhieri, Torino 2018, pp. 198 ss.

[96] Cfr. European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *General principles concerning the development of robotics and artificial intelligence for civil use*, n. 3.

[97] Cfr. ivi, *Annex to the Resolution*.

[98] *Ibidem*.

[99] Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), e Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNBB), *Sviluppi della robotica e della roboetica*, Parere, Roma, 17 luglio 2017; inoltre, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), e World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), *Report of COMEST on Robotics Ethics*, Paris, 14 September 2017.

[100] Cfr. *Declaration of Cooperation on Artificial Intelligence (AI)*, Brussels, 10 April 2018.

[101] Cfr. European Commission, *Communication from the Commission on the Artificial Intelligence for Europe*, Com(2018)237 final, Brussels, 25 April 2018.

"alleanza" tra molteplici *stakeholders*[102], sia l'organizzazione di un *forum* avente lo scopo di definire una *roadmap* di durata triennale mediante cui rendere possibile un quadro etico europeo per una "buona società dell'IA"[103], si passi ad atti normativi vincolanti rivolti, in particolare, agli imprenditori e a tutti coloro che possono trarre profitto da tali implementazioni, affinché vengano anteposti ai loro interessi, e ai loro diritti di libera iniziativa economica, i prioritari obblighi di rispetto della dignità, della indisponibilità e del lavoro dei soggetti umani, il cui futuro individuale e sociale non può essere affidato solo a redditi di cittadinanza e/o a corsi tecnico-professionali di formazione digitale, somministrati quali rimedi a occupazioni perdute o mai trovate.

Ciò non toglie che il sotteso problema della responsabilità richieda soprattutto un approccio teoretico-concettuale, e non soltanto normativo o pratico-legale, basato su un'acquisizione di consapevolezza che i presunti doveri dell'automa sono in realtà doveri dell'uomo, in quanto soggetto a cui risale la progettazione, produzione e/o utilizzazione dell'automa stesso, inclusi i doveri rappresentati dalle "tre leggi della robotica"[104] sull'obbligo, la prima, di non recare danno a persone, la seconda di obbedire agli ordini umani a meno che ciò non contrasti con la prima legge, la terza di autodifendersi a meno che ciò non contrasti con la prima e con la seconda legge. Dal punto di vista di un adeguato senso di responsabilità dei progettisti, produttori, utilizzatori, nonché imprenditori, non è concepibile né una meccanizzazione della realtà umana che arrivi a cedere *in toto* il diritto umano di lavorare ai processi di robotizzazione delle attività industriali, né tantomeno una umanizzazione della operatività di pur sofisticati agenti *software* che arrivi ad attribuire a essi doveri, e addirittura diritti[105]. Da una parte, l'uomo e il proprio lavoro non sono espropriabili né surrogabili da alcun artefatto o processo automatizzato, poiché sussiste un *gap* insuperabile tra oggettualità, cosale o virtuale che sia, e soggettività umana; dall'altra, nessuna macchina può farsi altro da sé e

---

[102] Cfr. *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLG)*; inoltre, *European AI Alliance*, Brussels, 14 June 2018.

[103] Cfr. Atomium-European Institute for Science, Media and Democracy (EISMD), *AI4People*, Brussels, Novembrer 2017.

[104] Cfr. I. Asimov, *Io, Robot*, tr. it., Bompiani, Milano 1963.

[105] Cfr. R.A. Freitas Jr., *The Legal Rights of Robots*, in "Student Lawyer", 13 (January 1985), pp. 54-56.

assurgere da oggetto a soggetto, sia pur artificiale e non umano, anche se diventi capace di apprendere e di rendersi indipendente.

Umanizzare una macchina costituisce un rischio denso di gravi mistificazioni, data non solo la diversità di struttura tra tessuti organico-biologici del corpo umano e componenti inorganico-materiali di un calcolatore elettronico, ma anche la diversità di funzioni intellettuali espletate dovuta alla presenza o meno di una mente oltreché di un cervello, cioè alla capacità o meno di pensare e di essere autocosciente o consapevole di sé e del mondo esterno. È questo un aspetto problematico di ardua soluzione, destinato a oscillare tra le due opposte tesi della intelligenza artificiale "forte", che nega una radicale differenza di essa nei confronti della intelligenza umana perché ambedue ritenute in grado di elaborare pensiero[106], e della intelligenza artificiale "debole", che ne sostiene invece una costitutiva eterogeneità a paragone dei processi mentali umani[107]. Nondimeno, in sintonia con la tesi della ineguagliabilità tra artificiale e umano, si può fondatamente sostenere che l'indipendenza o autonomia conseguibile dalle macchine mediante tecniche avanzate di apprendimento automatico, come il *Deep Learning*[108], non legittima la convinzione che esse possano trasformarsi da oggetti, pur capaci di una grande capacità di calcolo, in enti forniti di soggettività, e come tali portatori di responsabilità giuridica. Senza ignorare o sottovalutare che le macchine robotiche stiano sempre più acquisendo prerogative umane di intelligenza e autoapprendimento, fino al punto da diventare allarmante il rischio di una graduale scomparsa di attività lavorative e professionali prima espletate dall'uomo, resta il fatto che esse sono inevitabilmente oggetti, senza poter mai assurgere a soggetti di diritto. Perciò, appare tanto più preoccupante non solo l'automatizzazione delle azioni umane, ma anche la tendenziale umanizzazione degli agenti *software*, che risultano essere sì agenti, ma al tempo stesso oggetti e non soggetti, meritevoli semmai di una "tutela per valore"[109]

---

[106] Cfr. A. M. Turing, *Calcolatori e intelligenza*, in D.R. Hofstadter, D.C. Dennett (a cura di), *L'io della mente. Fantasie e riflessioni sul sé e sull'anima*, tr. it., Adelphi, Milano 1985, pp. 61-100.

[107] Cfr. J.R. Searle, *Menti, cervelli e programmi*, ivi, pp. 341-375.

[108] Cfr. I. Goodfellow, Y. Bengio, A. Courville, *Deep Learning*, The MIT Press, Cambridge (MA)-London 2016.

[109]Cfr. G. Taddei Elmi, *I diritti dell'intelligenza artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 685 ss.

che, pur essendo augurabile l'elaborazione di una normativa più specifica, è sin d'ora a disposizione in termini di diritto d'autore, di brevetti e di segreto industriale, nonché di una regolamentazione legale del settore informatico già avviata e in continuo avanzamento.

Sebbene a tutt'oggi nessuna norma di diritto positivo ascriva personalità giuridica agli automi, nel prossimo avvenire il problema dello *status* attribuibile alle macchine in chiave di soggettività e di responsabilità giuridica appare destinato ad assumere un rilievo sempre maggiore, come è già riscontrabile nelle applicazioni tecnologiche delle auto a guida autonoma, o *Self-Driving Cars*. Anche la Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica[110], prendendo atto del mutamento epocale in corso, sottolinea la necessità di "una serie di norme che disciplinino in particolare la responsabilità, la trasparenza e l'assunzione di responsabilità"[111], soprattutto "considerando che più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.)"[112]. Ma proprio da ciò emerge il rischio che gli automi siano ritenuti, e trattati normativamente, sempre meno come "meri strumenti", e sempre più come agenti indipendenti, la cui autonomia "solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell'eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie"[113]. La loro ridefinizione nel senso di realtà soggettive non assimilabili a oggetti può, in linea di fatto se non di principio, finire per umanizzare gli agenti robotici, e arrivare a non escludere la loro responsabilità in caso di incidenti o di danni arrecati a terzi[114]. In tale prospettiva, il Parlamento europeo invita la Commissione a vagliare "l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati

[110] Cfr. *supra*, nota 40.
[111] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *General principles*, U.
[112] Ivi, *Liability*, AB.
[113] Ivi, *Liability*, AC.
[114] Cfr. M.A. Biasiotti, F. Romano, M.T. Sagri, *La responsabilità degli agenti sofware per i danni prodotti a terzi*, in "Informatica e Diritto", 2, 2002, pp. 157-167.

possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato"[115].

Di fronte a questo inquietante scenario, risulta di grande importanza ribadire che le macchine robotiche sono prive del carattere di soggetti, trattandosi di prodotti tecnologici che, nonostante il loro crescente sviluppo, anzi proprio a causa di esso, non possono se non essere ritenuti oggetti da tenere sotto controllo, facendone materia di regolamentazione rigorosa quanto resiliente, e non solo precauzionale, da parte di un diritto che abbia la forza di contrapporsi senza ambiguità a ogni insostenibile ipotesi di conferimento a tali prodotti di una soggettività artificiale o elettronica giuridicamente rilevante, come pur si tende a sostenere seguendo la direzione interpretativa di Putnam, uno dei primi fautori dell'attribuzione ai robot della soggettività giuridica e dei diritti civili[116]. La negazione alle macchine, per quanto evolute siano, dello *status* di soggetti può essere argomentata non solo mediante la rilevazione di una incolmabile eterogeneità strutturale e funzionale intercorrente tra intelligenza artificiale e intelligenza umana, ma anche e soprattutto mediante la considerazione secondo cui l'indipendenza sempre maggiore delle macchine intelligenti, che induce taluni a valutare per esse "il riconoscimento della personalità elettronica"[117] come forma di eventuale parificazione legale dell'ente robotico nei confronti dell'essere umano, autorizza sì a ritenerle fornite di autoreferenzialità rispetto al mondo circostante, ma non dotate di reale autonomia soggettiva. Si pensi, in tal senso, a quanto rilevato con grande profondità da Hegel allorché osserva che "per oggetto non si usa intendere soltanto un essere astratto, o una cosa esistente, o in genere alcunché di reale; ma alcunché di indipendente, concreto e *compiuto* in sé"[118]. Ciò significa che l'indipendenza, per certi aspetti, può essere vista proprio come una peculiarità dell'oggetto e non del soggetto, della cosa e non della persona, anzi come un elemento di diversificazione dal soggetto stesso. È precipuamente l'oggetto, e non il soggetto, a essere percepibile nella sua

[115] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Liability*, 59.f.

[116] H. Putnam, *I robot: macchine o vita creata artificialmente?*, in *Mente, linguaggio e realtà*, tr. it., Adelphi, Milano 1987, pp. 416-438.

[117] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Liability*, 59.f.

[118] G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, cit., § 193, p. 183.

indipendente effettualità, cioè come qualcosa che si dà nella sua immediata distinzione dal soggetto, o meglio come un dato di fatto esterno al soggetto, e non confondibile con esso.

L'indipendenza raggiunta dagli automi nei confronti dell'uomo non attesta di per sé la loro presunta qualità di soggetti, ma all'opposto la loro connotazione di oggetti, cioè di enti riconducibili alla dimensione non della soggettività, che può essere solo umana, ma della cosalità, sia essa materiale o virtuale. Ne consegue che anche gli automi più indipendenti sono da ritenersi, al contrario di quanto sostenuto nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla robotica[119], non più di "meri strumenti"[120] dei quali mantenere il pieno controllo, e a cui non cedere ruoli, facoltà o diritti tipicamente umani. Essi sono, in realtà, strumenti del "fine in sé" in cui consiste l'uomo[121], che come unico essere etico-razionale oltreché intelligente, non può essere sostituito in modo indiscriminato da macchine automatizzate senza violare le prerogative insite nei princìpi di dignità umana e di solidarietà sociale riconosciuti dal più alto livello della giuridicità quale è il diritto di rango costituzionale, in grado di esprimere la dimensione troppo a lungo dimenticata della 'eticità'. È questa una dimensione trans-epocale, di autocoscienza oggettiva non meno che soggettiva, cioè di sintesi dialettica dell'etica pubblica con l'etica privata propria della coscienza morale del singolo. Diversamente dall'etica privata, la morale interumana della eticità si realizza oltrepassando, ma non disconoscendo, il circoscritto piano individuale, e non può essere ignorata o infranta senza arrecare una grave lesione al legame sociale.

Tali prerogative comprovano l'incomparabilità sussistente tra uomo e macchina, data l'estrinseca indipendenza dell'oggetto meccanico e l'intrinseca libertà del soggetto umano, quantomeno del soggetto non asservito a un "arbitrio bruto"[122], irrazionale e irresponsabile. Nell'uomo l'indipendenza, o autonomia, ha il

---

[119] Cfr. *supra*, nota 40.

[120] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Liability*, AB.

[121] "Gli esseri razionali stanno tutti sotto la legge secondo cui ognuno di essi deve trattare se stesso e ogni altro *mai semplicemente come mezzo*, bensì *sempre insieme come fine in sé*" (I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1997, p. 101).

[122] È arbitrio semplicemente animale (*arbitrium brutum*) quello che non può essere determinato se non da stimoli sensibili, ossia patologicamente. Ma quello che è indipendente da stimoli sensibili, e quindi può

significato di libertà come consapevole autodeterminazione, che è l'attributo proprio di un essere capace di sapere oltreché di conoscere, di servirsi della "ragione pensante"[123] oltreché dell'intelletto calcolante, di comprendere oltreché di apprendere, di avere intendimento razionale e relazione cosciente con sé e con il mondo esterno oltreché cognizione intellettuale e interazione operativa con i propri processi di funzionamento e con l'ambiente. Nessuna macchina robotica è autonoma in quanto libera e non condizionata dai suoi stessi elementi funzionali, né è dotata di un'autodeterminazione che non sia il determinismo meccanicistico di un agente tecnologico automatizzato, intelligente eppur non realmente capace di pensare, pertanto privo di libertà, oltreché di soggettività e responsabilità[124]. Un conto è apprendere e conoscere, che sono capacità a cui può giungere una macchina intelligente, un altro conto è comprendere e sapere, che sono invece capacità precluse perfino ai calcolatori superintelligenti, ma non impossibili all'uomo, la cui autocoscienza, in termini di consapevolezza del proprio essere soggetto tra altri soggetti e oggetti, quindi del necessario limite della propria libertà di fronte all'alterità esterna, lo rende capace di essere un soggetto pensante, libero e responsabile. La responsabilità implica quelle facoltà, inerenti soltanto alla soggettività umana, che sono la libertà e la consapevolezza o coscienza, *in primis* di sé, cioè l'autocoscienza[125], di cui nessuna macchina può essere munita, perché l'intelligenza artificiale delle macchine simulante l'intelligenza naturale dell'uomo non è una espressione di coscienza o di pensiero, e perché "il contenuto umano della coscienza, operato dal pensiero, appare dapprima non *in forma di pensiero*, ma come sentimento, intuizione, rappresentazione"[126]. Si tratta di facoltà che,

---

esser determinato da motivi che non sono rappresentati se non dalla ragione, dicesi libero arbitrio (*arbitrium liberum*), e tutto ciò che vi si connette, o come principio o come conseguenza, è detto pratico" (I. Kant, *Critica della ragion pura*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1979, vol. II, p. 610).

[123] B. Spinoza, *La ragione pensante. Una guida alla lettura di Pierre-François Moreau*, tr. it., Editori Riuniti, Roma 1998.

[124] "I diritti sono propri di soggetti coscienti liberi. I soggetti coscienti non liberi, se esistono, non sono in grado di decidere della propria condizione" (A. Giordani, *Il problema della coscienza artificiale*, in A. Fabris [a cura di], *Etica del virtuale*, Vita e Pensiero, Milano 2007, p. 151).

[125] "La verità della coscienza è l'*autocoscienza*, e questa è il fondamento di quella" (G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, cit., § 424, p. 423).

[126] Ivi, § 2, p. 4.

nonostante le avveniristiche aspettative di alcuni tecnologi[127], non sono riproducibili da alcun cervello elettronico, anche altamente performante e in grado di elaborare molte più informazioni di quello umano, di cui può sì imitare o simulare il reticolare funzionamento neuronale, ma non eguagliarne l'inarrivabile complessità. Il cervello straordinariamente complesso dell'uomo consente di avvertire emozioni irriflesse nonché di perseguire scopi razionali e di averne coscienza, senza limitarsi all'espletamento di funzioni cognitive pur di elevata difficoltà, e ciò conferma il divario riscontrabile tra l'intelligenza dell'uomo e l'attività intelligente di una macchina, che tuttavia il "test di Turing" ha cercato di confutare mediante la tesi, alquanto discutibile, secondo cui se una macchina si 'comporta' come un ente intelligente, allora essa 'è' intelligente, proprio come un essere umano[128].

Senza l'autocoscienza o il sapere consapevole, di cui è capace solo l'uomo, non c'è agire soggettivo responsabile, che non può essere ridotto alla imputabilità per nesso causale tra condotta ed evento, in presenza della quale sussiste semmai una responsabilità oggettiva, senza colpa né dolo[129]. L'agire responsabile è da ricondursi a una continua e difficile conquista della razionalità umana, tanto che non tutti maturano un medesimo senso di responsabilità, sebbene sia anche vero, come sostiene Croce, che, eccetto i folli, tutti gli esseri umani sono responsabili[130], e non possono non rispondere delle azioni da loro compiute. Ma essi sono tali in quanto soggetti consapevoli, piuttosto che in quanto soggetti agenti, ragion per cui non tutti sono responsabili nel vero senso del termine, perché non tutti sono consapevoli al punto da agire in modo pienamente umano. È questo un modo di agire orientato al riconoscimento dell'altro, della sua pari dignità di uomo, cioè al rifiuto di ogni forma di assolutezza dell'io-soggetto e della libertà da lui esercitata. Intesa in tal senso, la responsabilità non risulta riducibile solo al dovere di rispondere delle azioni compiute, e delle loro conseguenze, che connota anche la weberiana "etica della

[127] Cfr. M. Minsky, *The Emotion Machine. Commonsense Thinking, Artificial Intelligence, and the Future of the Human Mind,* Simon & Schuster, New York 2006.

[128] Cfr. A. Turing, *Macchine calcolatrici e intelligenza*, tr. it., in V. Somenzi, R. Cordeschi (a cura di), *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*, Boringhieri, Torino 1986, pp. 157-183.

[129] Se manchi colpa o dolo, "la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione" (Cod. pen., art. 42).

[130] Cfr. B. Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Laterza, Bari 1932, p. 124.

responsabilità"[131], e che giunge fino alla delineazione, richiamata nella Risoluzione del Parlamento europeo[132], di un'etica delle macchine intelligenti riferita agli effetti della loro azione o utilizzazione, nell'ambito della quale una macchina non solo è considerata latrice di doveri e "princìpi etici"[133], ma può essere ritenuta responsabile dell'eventuale danno da essa compiuto proprio perché il fondamento della responsabilità viene ravvisato nell'azione imputabile all'agente, più che nella sua reale capacità di intendere e volere, o meglio nel suo grado di consapevolezza.

Permane comunque illogico ritenere che a una macchina robotica possa essere ascritta una qualche forma di responsabilità. Infatti, mentre la soggettività non implica necessariamente la responsabilità, cioè può sussistere un soggetto non responsabile o non appieno tale, come nel caso di un folle più o meno incapace di intendere e volere, invece la responsabilità, anche se priva dall'elemento soggettivo della colpa o del dolo, presuppone quantomeno il riferimento oggettivo a una persona fornita di quella capacità giuridica che resta prerogativa propria di un soggetto, e non di un oggetto. In considerazione di ciò, è erroneo sostenere, come nella Risoluzione europea sulla robotica, che di fronte all'avanzamento dell'automatizzazione, e alla creazione di robot sempre più autonomi, sia necessario discostarsi dalla normativa già esistente in materia di responsabilità, sulla cui base è escluso che un robot possa essere considerato responsabile in proprio per atti od omissioni causanti danni a terzi, e sia raccomandabile stabilire che più un robot è autonomo, minore sarà la responsabilità dei soggetti umani per la sua condotta, giungendo così a supporre "il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi"[134].

La responsabilità propriamente intesa è una complessa espressione teoretica ed etico-giuridica, afferente all'ambito autocoscienziale prima ancora che pratico-operativo, e in tal senso è solo soggettiva, ossia afferente a soggetti reali, umani e non artificiali, essendo diversa dalla responsabilità oggettiva come mera

[131] M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, tr. it., Einaudi, Torino 1976, pp. 109 ss.
[132] Cfr. *supra*, nota 40.
[133] European Parliament, *Civil Law Rules on Robotics*, cit., *Ethical principles*, nn. 10-14.
[134] Ivi, *Liability*, 59.f.

riconducibilità di un evento all'azione o alla non-azione di un agente a prescindere da colpa o dolo, per quanto anche questa sia una responsabilità attribuibile solo a chi detenga lo *status* di soggetto in grado, come tale, di rispondere delle proprie azioni od omissioni[135]. Il punto cruciale che, quindi, riemerge è se un ente non umano, come una macchina pur intelligente, possa essere considerato come un soggetto, cioè se possa essere conferito a esso tale *status* o per pura finzione giuridica o sulla base di sue presunte capacità soggettive, quali verosimili stati psicologici e intenzionali in essa rinvenibili[136]. Non si intende negare il fatto che il diritto può formalmente attribuire, in termini di *fictio iuris*, lo *status* di soggetto a una entità non umana in base a esigenze o criteri per lo più funzionali, a essa assegnando una "soggettività attribuita o ascritticia"[137] che astrae dalla soggettività ontologica. La questione è che a una macchina, per quanto tecnologicamente avanzata, non appare fondato né riconoscere sul piano strutturale le qualità intrinseche di soggetto, date le sue specifiche tecniche del tutto eterogenee ai caratteri costitutivi della soggettività umana che la rendono inevitabilmente un oggetto o una cosa, sebbene dematerializzata nelle sue componenti *software*, né attribuire sul piano funzionale una soggettività giuridica "ascritticia", date le funzioni strumentali proprie di ogni artefatto tecnologico, inclusi i sistemi intelligenti, nei confronti del fine rappresentato dall'uomo. Vale a dire che non sembra plausibile, nemmeno funzionalmente, accordare a un mezzo, non avente titolo per ergersi a fine, uno *status* e una tutela simile a quella di una personalità giuridica, portatrice di propri diritti e doveri, oltreché di responsabilità.

Se un robot arrivasse a compiere un danno o un illecito, sarebbe un errore umanizzarne lo *status* ritenendolo di ciò imputabile, se non addirittura responsabile, sia perché si tratterebbe della indebita quanto rischiosa attribuzione di soggettività a una macchina, elevata dal piano di un 'androide' o 'umanoide' tecnologico a quello di nuova figura soggettiva comparabile all'uomo, sia perché umanizzare e responsabilizzare un agente automatizzato comporterebbe, in pari misura,

---

[135] Cfr. *supra*, nota 129.

[136] Cfr. G. Sartor, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1, 2003, pp. 23-51.

[137] Cfr. G. Taddei Elmi, *Corso di informatica giuridica*, Simone, Napoli 2010, p. 147.

disumanizzare e deresponsabilizzare l'uomo, presumendo artificialmente riproducibile la sua soggettività giuridica non meno della sua intelligenza. L'attribuzione di responsabilità giuridica a un robot sarebbe un atto di umanizzazione della sua oggettualità tecnica ingiustificabile non solo dal punto di vista teoretico-concettuale della eterogeneità sussistente tra umano e artificiale, tra organico e meccanico, tra comprensione e apprendimento, tra autodeterminazione e autoreferenzialità, ma anche dal punto di vista pratico-operativo della disfunzionalità sociale di tale attribuzione, stante l'impossibilità che l'eventuale condanna di un robot sia atta a suscitare in esso un qualche effetto deterrente, o una reazione di autocritica, ovvero la "*percezione del disvalore di un'azione*"[138], che si può ritenere uno dei tre presupposti, insieme alla "*libertà del volere*" e alla "*coscienza dell'azione*", necessari per il riconoscimento dello *status* di soggetto a un ente fornito di "*moral agency*", intesa come "capacità di rispondere del proprio comportamento"[139]. Se riguardante una macchina robotica, sarebbe un'attribuzione di responsabilità motivabile, in effetti, solo muovendo dalla visuale utilitaristica del vantaggio particolare, fruibile dal progettista e/o dal produttore e/o dall'utilizzatore della macchina, di non essere chiamati a rispondere, almeno non interamente, dei danni arrecati da essa.

L'intrinseca illegittimità di negare o sottovalutare la responsabilità etico-giuridica gravante su chi progetti, produca o utilizzi sistemi di intelligenza artificiale, con tutto ciò che ne deriva in termini di rischi e possibili danni comportati da questi sistemi, induce a predisporre una regolamentazione incentrata su una imprescindibile assunzione umana di responsabilità, e non già su una sua cessione, parziale o meno che sia, alle macchine, anche nelle applicazioni tecnologiche più avanzate. Si allude a una regolamentazione in ambito scientifico e tecno-applicativo che implichi la considerazione delle macchine intelligenti non come soggetti né, quindi, come portatori di responsabilità giuridica, bensì come oggetti o prodotti tecnologici assunti a materia di una normativa concernente, in particolare, la fase di progettazione umana degli stessi, non potendosi prescindere dal dovere di inventare

[138] Sulla nozione di "*moral agency*" in riferimento a un agente artificiale, cfr. M. Durante, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 49-54.

[139] Ivi, pp. 51-52.

tecnologie a sussidio dell'uomo anziché in sua sostituzione, a parte i casi in cui si tratti di affrancarlo, mediante nuovi dispositivi e/o processi automatizzati, dai lavori più pericolosi e usuranti. Tale auspicabile normativa, al pari delle disposizioni sulla gestione elettronica dei dati personali introdotte in Europa, e imperniate sull'obbligo di "*data protection by design*"[140], sarebbe così atta a intervenire per lo più a monte del processo tecnologico, affinché sin dalla fase antecedente alle relative applicazioni pratiche venga adottata una sorta di *ethics by design* da parte di progettisti e produttori di tecnologie robotiche, essendo prioritaria un'acquisizione di responsabilità che muova da una previa cognizione teoretica e scientifica dei rischi di tali tecnologie. Ciò significa il superamento, pur senza negazione, di una visione pratica della responsabilità intesa solo come dimensione della condotta e, in quanto tale, rivolta alle azioni già compiute, nonché alle loro conseguenze fattuali. A tutela della soggettività umana, e di contro alla prospettiva di una soggettività artificiale quale assunto divenuto ormai un pericolo incombente, è dunque di grande importanza la riscoperta di un concetto teoretico-concettuale di responsabilità, anche e soprattutto attraverso l'affermazione di un 'diritto per princìpi'[141] in grado di istituire vincoli e valori *ex ante*, e non soltanto di reagire dopo atti o fatti accaduti oppure in procinto di accadere. Non basta più mirare, constatata la crescente artificializzazione delle attività umane, a una responsabilità che si limiti a rendere conto delle azioni e/o applicazioni già esperite nell'ambito di una trasformazione digitale tendente a umanizzare la dimensione artificiale quanto ad automatizzare la dimensione umana. La nuova normazione giuridica è chiamata, più che a un approccio reattivo di valutazione e gestione dei rischi esistenti, a un'attività proattiva di resilienza nei confronti del modello tecnocratico finora prevalso, senza restringersi a obiettivi di precauzione più o meno temporanea e di eventuale riparazione di danni già causati. Non che si tratti di attuare interventi normativi disincentivanti il progresso tecnoscientifico, bensì di rispettare, tra l'altro, "l'esigenza, richiamata in dottrina, che il risarcimento riconosciuto in favore dei soggetti danneggiati non sia carico di una valenza negativa, ma rifletta piuttosto l'intento di collocare un presidio che esige lo

[140] *Regulation* (EU) 2016/679, cit., art. 25.
[141] Cfr. *supra*, nota 58.

sviluppo di standard di sicurezza elevati"[142]. È questo un compito di resilienza giuridica che attende di essere espletato guardando sì alle conseguenze delle azioni, ma non senza avere prima definito gli intenti e compreso i presupposti onto-assiologici in grado di guidare le azioni stesse della scienza e delle sue applicazioni in una direzione ponderata di massima sicurezza e integrità dell'uomo, lasciando spazio a un diritto che non si esaurisca in un insieme analitico di norme e sanzioni, ma prenda avvio dai princìpi fondamentali, costituzionalmente radicati, a tutela del soggetto umano, per poi tradurli in poche disposizioni di legge rivolte ai princìpi come alla loro *ratio*, in quanto "regno dei fini" di kantiana ascendenza[143].

È in gioco la formazione di una nuova 'autocoscienza della scienza'[144], che riconosca l'inscindibile nesso intercorrente tra scienza e normatività etico-giuridica, e che sia, a sua volta, riconosciuta e fatta propria dalle molteplici competenze di scienziati, e di tutti quelli che concorrano in vario modo all'avanzamento della tecnoscienza. Il loro elemento di coesione è rappresentato dal dovere di ciascuno di rispondere delle proprie azioni, ma sulla base di un ritrovato senso di responsabilità avente un carattere unitario eppur composito, la cui connotazione teoretica ed etica venga a saldarsi con il principio del dialogo tra tutti gli attori coinvolti, e conferisca a ciascuno un orientamento non univoco né puramente discrezionale, ma attestante una ricerca di significati e valori comuni. Un noto teorico del principio dialogico-relazionale osserva che "chi accetta la legge del dialogo non può, senza grave incoerenza, non accettare perciò anche la validità dei diritti dell'individuo, quali sono stati sanciti dalla grande tradizione del costituzionalismo liberale e del pensiero giusnaturalistico"[145]. Di qui, il notevole spessore normativo di un dialogo aperto e interdisciplinare proiettato verso il superamento di un settorialismo inidoneo a fronteggiare le nuove implicazioni, *in primis* morali, di una società complessa ad alto sviluppo tecnologico, ma esposta al paradosso di favorire una riduttiva tendenza

---

[142] M. Bassini, L. Liguori, O. Pollicino, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi?*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino 2018, p. 370.

[143] I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., pp. 101 ss.

[144] B. Troncarelli, *Dilemmi della società complessa. Implicazioni economiche, tecnologiche ed etico-giuridiche*, Esi, Napoli 2015, pp. 127 ss.

[145] G. Calogero, *Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in *Filosofia del dialogo*, Edizioni di Comunità, Milano 1977, p. 364.

iperspecialistica[146]. La scienza e le sue applicazioni necessitano, al contrario, di essere affrontate in un orizzonte concettuale sempre più vasto, sensibile alla formazione di un diritto delle tecnologie, in particolare delle tecnologie digitali, imperniato sulla solidità di alcuni princìpi fondamentali in grado di esprimere una esigenza rigorosa di razionalità sostanziale che implica obblighi e doveri da osservare, prima ancora che pretese e diritti da esigere[147].

È il diritto comunitario, preposto a formulare norme che consentano un avvicinamento delle legislazioni nazionali in Europa, a rappresentare il maggiore destinatario di tale istanza di risemantizzazione delle iniziative giuridiche sulle nuove tecnologie, con particolare riferimento ai processi strategici di trasformazione digitale. Dall'Unione Europea, proprio perché dichiaratasi favorevole a una sua ulteriore configurazione anche sociale e politica basata sulla promozione dei diritti dell'uomo[148], e non solo sul perseguimento dei suoi interessi economico-monetari, ci si aspetta un cambio di rotta dinanzi al modello di sviluppo tecno-economico attuale, e qualcosa di meglio delle blande misure normative previste nella sua stessa Risoluzione in materia di robotica[149], in modo che non tenda più solo a ratificare i dati di fatto e le dinamiche tecnocratiche in corso, né a privilegiare gli obiettivi di profitto ricavabili dalla ricerca applicata, ma punti a una tecnoscienza in cui l'uomo venga restituito a se stesso e alla sua propria responsabilità, anziché essere consegnato al dominio di una tecnica tanto umanizzata, e in apparenza responsabilizzata, quanto per lui estraniante e disumanizzante.

Soprattutto in ambito di tecnologie avanzate, appare insufficiente e fuorviante un concetto di responsabilità rivolto all'azione compiuta piuttosto che al soggetto agente, quasi che essa sia una mera questione di oggettivi atti imputabili, eventualmente perfino a una macchina, anziché di soggettivi intendimenti etico-razionali predeterminanti gli atti stessi, che come tali pertengono solo all'uomo. Si

---

[146] Cfr. E. Morin, *Tesi sulla scienza e l'etica*, in P. Cattorini (a cura di), *Scienza ed etica nella centralità dell'uomo*, Angeli, Milano 1990, p. 167.

[147] Cfr. B. Troncarelli, *Dilemmi della società complessa. Implicazioni economiche, tecnologiche ed etico-giuridiche*, cit., pp. 238 ss.

[148] Cfr. *Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community*, Lisbon, 13 December 2007, art. 1bis.

[149] Cfr. *supra*, nota 40.

pensi alla profonda notazione hegeliana: "quantunque ogni cangiamento come tale, che è prodotto mediante l'attività del soggetto, sia atto di esso, non perciò egli lo riconosce come sua azione, ma riconosce per tale, nell'atto, soltanto quell'esistenza che era nel suo sapere e nella sua volontà, che era suo proposito; quella parte soltanto riconosce come sua propria, - come di sua responsabilità"[150]. Non è l'agire, ma il sapere, accessibile esclusivamente all'uomo e non alla macchina, a sostanziare il significato della responsabilità, la quale costituisce una categoria concettuale capace di fornire un fattore di convergenza tra i diversi ambiti della teoresi e della prassi, incluso l'ambito della scienza e della tecnica. Agire responsabilmente consiste in un imperativo della ragione quale prerogativa umana che si traduce sì nell'agire e nei suoi relativi effetti, ma non prima di una presa di coscienza dei presupposti fondamentali della vita individuale e sociale. Viene così ad assumere collocazione primaria non il circoscritto riferimento, pur indispensabile, al principio di precauzione formulato dal diritto comunitario[151], e consistente non tanto in un approccio *ex-ante* quanto in una risposta *ex-post* alla presenza di rischi tecnologici accertati, bensì la più ampia riaffermazione di quei princìpi normativi a difesa dell'uomo che, a partire dai princìpi di dignità personale e di solidarietà sociale, possano minimizzare se non scongiurare la comparsa dei rischi stessi, e garantire la necessaria capacità di resilienza giuridica a una trasformazione digitale in grado di 'trasformare' finanche gli esseri umani, e di renderli sminuiti enti fungibili, se non addirittura "governati dalle macchine"[152], e non più i detentori unici della loro irripetibile soggettività.

Abstract: The paper intends to propose a critical reflection on the digital transformation as carried out in the context of a dangerous technocratic development, and not of a real technological progress. This is confirmed by the *industry 4.0* model, to the extent that it aims to replace human resources with robotic systems, rather than to provide subsidy to human labor. Hence, the importance of resisting an automated society that involves the growing ouster of men, and of giving centrality to the principles that reaffirm the instances of dignity and solidarity to protect human subjectivity. It is a subjectivity that can not be made fungible by any machine, nor limited by an arbitrary attribution of subjectivity even to artificial agents, which remain objects. Therefore, of any

[150] G.W.F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, cit., § 504, p. 486.

[151] Cfr. *supra*, nota 16.

[152] V. Tartamella, *Governati dalle macchine*, in "Focus", febbraio 2018 (Dossier su *Intelligenze artificiali*), pp. 94-97.

eventual damage done by them, only human beings have the responsibility, who are called to recognize not presumed rights and duties of machines, but their own fundamental rights and duties.

Key words: Industry 4.0, human subjectivity, right to work, robotics, artificial intelligence.

JusOnline n. 2/2018
ISSN 1827-7942

Paolo Giuseppe Maria Lobiati

Dottorando di ricerca in "Persona e ordinamenti giuridici" Università Cattolica del Sacro Cuore Milano

La prova dell'esclusione implicita del bonum fidei*: note a margine di una sentenza* coram *Salvatori*[153]

SOMMARIO: 1. Introduzione. 1. 1. Il valore della giurisprudenza della Rota Romana. 1. 2. La fattispecie della sentenza. 2. L'oggetto dell'*exclusum fidei bonum* – 3. L'esclusione implicita del *bonum fidei* – 4. La prova dell'*intentio implicita* – 5. Conclusioni

Nox erat et caelo fulgebat Luna sereno
inter minora sidera,
cum tu, magnorum numen laesura deorum,
in verba iurabas mea,
artius atque hedera procera adstringitur ilex
lentis adhaerens bracchiis;
dum pecori lupus et nautis infestus Orion
turbaret hibernum mare
intonsosque agitaret Apollinis aura capillos,
fore hunc amorem mutuom,
o dolitura mea multum virtute Neaera:
nam siquid in Flacco viri est,
non feret adsiduas potiori te dare noctes
et quaeret iratus parem
nec semel offensi cedet constantia formae,
si certus intrarit dolor.
(HORATIUS, *Ep.* XV, 1 -16)

L'adulterio, ossia la mancanza della fedeltà coniugale, è un elemento che ha sempre contraddistinto, fin dalla mitologia classica, la crisi della relazione matrimoniale, portando con sé un carico emotivo, sia per la parte che lo commette sia per quella che lo subisce, assai forte. Proprio in virtù delle conseguenze che da tale condotta scaturiscono per il consorzio coniugale, l'ordinamento canonico prevede la possibilità che al coniuge tradito, che lo richiede, sia concessa separazione perpetua con permanenza di vincolo (cfr. can. 1152): questo, tuttavia, è un rimedio che, adito, non intacca né indaga la validità del consenso, considerando semplicemente il fatto dell'adulterio riprovevole in sé dal punto di vista morale,

[*] Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

senza, però, che sia indagata la sua rilevanza giuridica sul momento genetico del consenso. Può, tuttavia, accadere, come nel poema oraziano, che non ci si trovi soltanto di fronte ad una mera condotta adulterina ma che vi sia una vera e propria difformità, o *fictio*, tra ciò che un coniuge giura, ossia l'amore eterno, ed il suo proposito di non mantenere tale promessa, proposito consciamente nascosto verbalmente ma espresso poi con una condotta concludente, nel poema origine dell'ira dell'innamorato tradito. Nella sua concisione, il testo, redatto ancora prima che l'elaborazione cristiana e canonica della dottrina sul matrimonio potesse prendere forma, apre la riflessione sulla problematica della differenza tra semplice adulterio, che può causare il naufragio del matrimonio, ed esclusione del *bonum fidei* che può determinare invece, la dichiarazione di nullità del vincolo. Questo breve saggio, prendendo le mosse dall'analisi di una sentenza rotale inedita, vuole aiutare a comprendere su quale base, di fronte ad un comportamento moralmente riprovevole come quello dell'adulterio, la giurisprudenza canonica abbia proposto risposte diverse in tema di simulazione (parziale) del consenso.

1. Introduzione

1. 1. Il valore della giurisprudenza della Rota Romana

L'art. 35 §3 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* invita gli operatori dei tribunali ecclesiastici, nonché gli studiosi di diritto canonico, a confrontarsi sistematicamente con la giurisprudenza della Rota Romana, atteso che tra i compiti ad essa demandati dall'art. 126 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* spicca quello di *unitatis iurisprudentiae consulere*, a conferma che la sua funzione nomofilattica possa ancora di più spiegarsi nella sua qualità di fonte di diritto suppletorio (can. 19)[1].

[1] Per approfondire, sull'argomento si vedano: G. Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione*, Cinisello Balsamo 2006, p. 476; ovvero: V. De Paolis – A. D'Auria, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2008, p. 156. L'autore spiega che, ovviamente, le decisioni di cui si tratta sono già state date per casi concreti e sono vincolanti soltanto per questi, tuttavia "trattandosi della stessa fattispecie o simili, la sentenza può costituire un punto di riferimento per il nuovo caso non regolato da alcuna norma di legge".

Nel tempo i Pontefici non hanno esitato a sottolineare il valore di tale giurisprudenza che, diventata fruibile nelle raccolte ufficiali delle *Decisiones* a partire dalla *Rota restituta*, si è rivelata anche oggetto di riflessioni dottrinali, soprattutto per quel che concerne la nozione di *unitas* cui il testo normativo citato rimanda[2]. In questo modo, specialmente in materia matrimoniale, il Tribunale Apostolico è stato, e continua ad essere, investito del compito di guida e di indirizzo per la giurispudenza dei tribunali inferiori: infatti, "*necesse est iuriprudentiam in re matrimoniali uniformem esse, quod verificari nequit nisi a summa iurisdictione per Signaturam Apostolicam et Rotam*"[3].

Ciò premesso è innegabile che la giurisprudenza canonica, nell'applicare i principi giuridici al caso concreto, pur nella necessità di "salvaguardare la dignità del matrimonio secondo il prospetto divino"[4], sia chiamata ad un continuo confronto non soltanto con il mutamento delle condizioni sociali e culturali in cui le cause sottoposte ai Tribunali hanno origine, ma anche con gli strumenti che la dottrina giuridica ed antropologica forniscono per la risoluzione di controversie e che possono essere d'aiuto alla conoscenza delle cause stesse. In questo senso diventa fondamentale per un corretto sillogismo probatorio[5] - attraverso cui l'organo

---

[2] A tal proposito, ad esprimere una sintesi delle questioni dottrinali in merito al significato dell'unità della giurisprudenza, anche avverso le posizioni che intenderebbero il dettame di P.B. 126 come a detrimento della libertà ed indipendenza dei tribunali locali nelle loro decisioni, si veda: A. Stankiewicz, *L'unità della giurisprudenza e il ruolo della Rota Romana*, in *La ricerca della verità sul matrimonio e il diritto a un processo giusto e celere*, Héctor Fanceschi - Miguel A. Ortiz (a cura di), Roma 2012 , pp. 313-319. L'autore riferisce ed argomenta come tale unità scaturisca dai criteri adoperati dalle pronunce che rendono possibile l'unificazione dell'interpretazione del diritto. Del resto già Pio XII, *Allocuzione al collegio degli uditori della Sacra Rota Romana*, 2 ottobre 1939, «L'Osservatore Romano», a. LXXIX, n. 232, p. 1, affermava: "In questo Tribunale ordinario il mondo riconosce i responsi dei giureconsulti e le costituzioni dei Cesari uniti coi canoni dei Successori di Pietro; e Roma, madre del diritto, dalle sponde del Tevere ai confini della terra, continua a esserne maestra, insegnando e promuovendo un diritto umano-divino, raggio di quel Verbo divino umanato, il lume del cui volto è segnato sopra la nostra ragione e la cui luce illumina ogni uomo che viene in questo mondo".

[3] *Coram* Raad, *decisio diei 14 aprilis 1975*, in R.R.Dec., v. LXVII, p. 264 n. 23. Il Ponente è chiamato ad affrontare il tema delle fonti del diritto suppletorio – atteso quanto affermato dal can. 20 del Codice piano benedettino: «*Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum*» – spiega che: «*Iurisprudentia tribunalium inferiorum non recusatur, potissimum ubi agitur de conditionibus prorsus novis, salvo tamen iure Tribunalium Sanctae Sedis eam reformandi, si casus ferat. Inferiores iudices imprudenter ac temere agunt si contra Rotalem iurisprudentiam ius dicunt*». *cit.*

[4] Così si esprime V. De Paolis, *La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali*, «Quaderni dello studio rotale», XVIII, Città del Vaticano 2008, pp. 131-165: 141.

[5] È questa, secondo la dottrina, la fase successiva a quella investigativa, o istruttoria, in cui, sempre al giudice, "conformemente al principio dispositivo *può* [...] governare l'ammissione delle Prove che le parti gli propongono, non potendo a sua volta egli stesso produrne, abdicando il suo ruolo per rivestire quello di parte

giudicante valuta concretamente i singoli mezzi di prova per giungere alla certezza morale nella sentenza che dichiara la nullità del matrimonio[6] - che il giudice conosca gli indirizzi giurisprudenziali più recenti, affinché la decisione emanata non sia espressione di un'operazione intellettuale ristretta al sentire del singolo, ma possa essere inserita in un alveo già segnato che garantisca la giustizia applicata al caso concreto oltre alla fedeltà al Magistero.

1. 2. La fattispecie della sentenza

La decisione *coram Salvatori*[7], da cui prende spunto questo saggio, si occupa di una causa riguardante sia il difetto di discrezione di giudizio sia l'esclusione del *bonum fidei*, da parte dell'uomo convenuto in causa: l'interesse che essa suscita è dovuto a come il Turno, in sede decisionale, e, soprattutto, l'Uditore, in sede di stesura della sentenza, abbiano argomentato la risposta affermativa al dubbio di causa. Infatti, dal punto di vista processuale è stato ritenuto fondato il capo della simulazione parziale da parte dell'uomo, mentre dal punto di vista sostanziale si è fatto ricorso alla categoria della 'simulazione implicita', accettata e riconosciuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza ma, di fatto, poco applicata.

Accostiamoci più da vicino alla sentenza. Nella fattispecie matrimoniale (n. 1) si spiega come i due giovani si conobbero all'Università ove la donna insegnava e l'uomo stava terminando gli studi. La relazione prenuziale, durante la quale le parti si incontravano soltanto nel fine settimana a causa della distanza delle rispettive abitazioni, durò quattro anni, mentre la vita matrimoniale pochissimi mesi, nei quali la moglie venne a scoprire la *viri infidelitatem* (n. 2), a seguito della quale l'uomo domandò la separazione ed il divorzio.

---

in Causa" (E. Di Bernardo, *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, in *Apollinaris*, 83 (2010), p. 487.

[6] Anche se può sembrare pleonastico è bene ricordare che a norma del can. 1608, nonché dell'art. 247 §1 D.C., il giudice è chiamato ad avere la certezza morale in merito all'asserita nullità del matrimonio per emettere sentenza affermativa, da ciò consegue che la sentenza negativa scaturisca quando il sillogismo non ha condotto a certezza tale da scalzare il *favor matrimonii*. Allo scopo si veda: M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, Roma 2006, pp. 515 - 516.

[7] Tribunale Apostolico della Rota Romana, *Vianen. Castelli, nullitatis matrimonii, decisio diei 24 ianuarii 2017,* [16/2018], pubblicata su concessione del Ponente stesso.

Nella fattispecie processuale, più complessa, si assiste ad un sovrapporsi di capi di nullità proposti nei vari gradi di giudizio, dalla incapacità a consentire alla simulazione parziale, sempre da parte dell'uomo convenuto, fino ad arrivare alla definizione in Rota della formula: "*An constet de nullitate matrimonii in casu*"[8] (n. 3) atteso che: "*Patres decreverunt: «Iuvat mentem renovare haec capita nullitatis, in formula dubii nuper concordata, sunt intelligenda: defectus discretionis iudicii ex parte viri conventi in tertia instantia et, tamquam in prima instantia, exclusio boni fidei ex parte eiusdem viri conventi»*" (n. 3). La risposta sarà affermativa e dichiarerà la nullità del matrimonio per esclusione dei *bonum fidei* da parte dell'uomo convenuto. Tale decisione risulta, così, atta a fornire delle linee guida in cause, quali quelle di esclusione del *bonum fidei*, che per la natura dell'argomento trattato risultano sempre meno introdotte e, qualora lo siano, più difficoltose dal punto di vista probatorio, proprio per il valore sociale e morale dell'elemento oggettivo, ossia il tradimento perpetrato, che esse toccano.

2. L'oggetto dell'*exclusum fidei bonum*

Nell'aprire la *pars in iure*, per quel che concerne l'esclusione del *bonum fidei*, il Ponente, asserendo "*cum vero pernota quammaxime sint principia de hanc exclusione, pauca verba referre heic tantummodo sufficit*» (n. 5), recepisce - aderendovi in modo totale - il cammino giurisprudenziale che ha visto, sentenza dopo sentenza, definirsi sia l'oggetto dell'esclusione in questione sia le sue implicazioni probatorie e processuali, attraverso un percorso che ha spostato il baricentro del contenuto del capo di nullità in esame dalla *essentialis matrimonii proprietas* dell'unità all'*essentiale instituti elementum*.

Infatti, il secondo paragrafo del can. 1101, ove si tratta del consenso simulato, ricalcando quanto definito nel secondo paragrafo del can. 1086 del C.I.C. '17[9], dichiara che il matrimonio è nullo qualora: "*[...]alterutra vel utraque pars positivo*

[8] Non è questa la sede per commentare in merito alla formula del dubbio ed alla stesura del capo di nullità: per approfondire, specialmente in merito al *nomen iuris tribuere* attuato dal giudice ed al valore del fatto giuridico nella determinazione di questo, si veda: G. Erlebach, *Il "caput" nelle cause di nullità matrimoniale*, in *«Iustitia et iudicium» studi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, J. Kowal – J. Llobell (a cura di), v. III, Città del Vaticano 2010, pp. 1753 – 1772.

[9] "*At si alterutra vel utrque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit*".

voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem". La formulazione dei due canoni citati si diversifica per pochi lemmi, eppure nel caso specifico del *bonum* preso in esame tale, seppur lieve, differenza ha segnato una netta evoluzione nell'intendere il contenuto del *bonum fidei*, sia per quel che concerne la sua delimitazione concettuale, ossia se fosse assimilabile esclusivamente alla proprietà essenziale dell'unità, sia per quel che concerne gli effetti che da tale inquadramento derivano, ossia l'identificazione delle condotte escludenti tale *bonum*[10].

La dottrina e la giurisprudenza più risalenti – specialmente fino agli anni sessanta[11] - riconducevano il *bonum fidei* alla sola proprietà essenziale dell'*unitas matrimonialis*, fondandosi sulla dottrina di Tommaso D'Aquino: "*necesse est igitur quod matrimonium, secundum est ecclesiae sacramentum, sit unius ad unam indivisibiliter habendam. Et hoc pertinet ad fidem, qua sibi invicem vir et uxor obligantur*"[12]. Sulla base di tale affermazione, già le prime sentenze della Rota statuenti in merito sostenevano che soltanto chi escludesse l'unità del matrimonio escludesse anche il *bonum fidei*[13], così concretizzando ed applicando quanto la dottrina più autorevole affermava riguardo al bene in oggetto.

In questo senso, nel *Tractatus de matrimonio*, il card. Gasparri, descrivendo analiticamente le due proprietà essenziali del matrimonio, ossia l'unità e

---

[10] L'ampiezza pratica della problematica accennata viene riconosciuta in modo unanime, al punto che, nel 2003, l'allora decano della Rota Romana sollevava la questione della 'contraddittorietà' della giurisprudenza – mutuata già dal suo predecessore Pompedda - nel valutare "*voluntate contrahentium, v.g. cum amasia consuetudine sexuali etiam post nuptisa, vel de indulgendo relationibus etiam cum aliis praeter coniugem*", risolvibili soltanto attraverso una comprensione univoca e corretta del *bonum* in questione. Cfr. R. Funghini, *L'esclusione del bonum fidei*, in *Diritto matrimoniale canonico*, v. II, Città del Vaticano 2003, p. 279.

[11] La svolta in merito sarà fornita da due sentenze *coram de Jorio*, l'una del 30 ottobre 1963, in R.R.Dec. v. LV; l'altra del 13 luglio 1968, in R.R.Dec. v. LX, di cui si tratterà più approfonditamente in seguito.

[12] *Summa contra Gentiles*, IV, 78. A ciò bisogna aggiungere che il dottore Angelico recepisce pienamente la dottrina agostiniana dei *tria bona matrimonii*, sostenendo la derivazione dell'unità dallo stesso diritto naturale: "*Lex autem de unitate uxoris non est humanitus, sed divinitus instituta: est enim cordi impressa sicut quae ad legem naturae qualitercumque pertinet*". *S. Th. Suppl.*, q. 65, art. 2.

[13] A tal proposito si veda: *coram* Massimi, *decisio diei 7 februarii* 1925, in R.R.Dec. v. XVII, p. 62 n. 2, ove il ponente, nella parte in iure, cita soltanto il testo dei canoni riguardante l'esclusione della proprietà essenziale dell'unità dal consenso matrimoniale, e *coram* Jullien, *decisio diei* 13 *novembris* 1925, in R.R.Dec. v. XVII, p. 374 n. 2, ove si correlano in modo stretto unità e *bonum fidei*.

l'indissolubilità, identificava l'una con il *bonum fidei* e l'altra con il *bonum sacramenti*[14]. Sulla stessa linea Wernz nel *Ius matrimoniale*, trattando dell'unità, collegava saldamente il suo rifiuto – per quel che concerne la validità del consenso - ancora prima che all'esclusione del *bonum fidei* all'impedimento *ligaminis*[15], considerandola teleologicamente, in modo squisitamente moderno, quale mezzo atto a promuovere il mutuo aiuto tra gli sposi che si realizza tramite l'amore coniugale[16].

Stante la nozione di consenso matrimoniale di cui al can. 1081 del codice previgente, che determinava l'oggetto del consenso nella donazione ed accettazione del diritto perpetuo ed esclusivo sul corpo della comparte in ordine agli atti per loro natura idonei alla procreazione[17], l'esclusione del *bonum fidei*, ossia della *unitas*, veniva considerata invalidante il matrimonio soltanto qualora il contraente, nel prestare il consenso, avesse inteso rifiutare l'obbligo di avere rapporti coniugali, per sé atti alla generazione della prole, esclusivamente con la comparte, riservandosi il diritto di compierli anche con un terzo o più persone[18]. Tale concezione affondava le sue radici, oltre che nella concezione di proprietà essenziali, nella definizione di consenso presente nel codice previgente, ossia: "*actus voluntatis quo utraque pars tradidit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*". Conseguentemente la nozione di *unitas* veniva a ricomprendere un duplice profilo: *l'unitas vinculi*, comportante l'obbligo di un unico vincolo

[14] P. Gasparri, *Tractatus de matrimonio*, v. I, Città del Vaticano 1932, pp. 18-19, n. 10: "*Unitatem dicunt bonum fidei seu fidelitatis, quod importat praecipue, ut pars, matrimonio legitime prius non soluto, non praesumat contrahere novum matrimonium, neque cum alia persona rem habeat, sed suis officiis coniugalibus fideliter satisfaciat*".

[15] Cfr. F. X. Wernz – P.P. Vidal, *Ius canonicum*, v. V, Roma 1925, pp. 30-31 n. 27.

[16] Cfr. F. X. Wernz, *Ius decretalium*, Roma 1904, pp. 70-71, n. 52.

[17] Cfr. A D'Auria, *Il consenso matrimoniale,* Roma 2007, p. 24. La dottrina mette in luce che tale visione è stata ampiamente superata nel nuovo Codice anche grazie alla spinta personalistica del Concilio Vaticano II, così che l'istituto matrimoniale viene definito come *foedus*, ossia un'alleanza personale, che abbraccia la vita di due individui concreti (cfr. P. Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1986, p. 23). Ne consegue che il can. 1057 del codice vigente ravvisa l'oggetto nel consenso nella *mutua traditio ac acceptatio*.

[18] Tale formulazione può essere ravvisata, ad es. in: E. Graziani , *Essenza del matrimonio e definizione del consenso*, in Aa. Vv. *La nuova legislazione canonica sul matrimonio*, Città del Vaticano 1986, p. 28. Nella stessa direzione la giurisprudenza afferma che: "*Bonum fidei deest tantummodo saltem unus ex contrahentibus, in matrimonii celebratione, intendit, praeter traditionem et acceptationem iuris ad actus coniugales cum altero contrahente, etiam ius aut obligationem ad actus coniugales cum tertia persona*" (*coram* Canestri, *decisio diei* 15 *iulii* 1941, in R.R.Dec. v. XXXIII, p. 622 n. 3).

matrimoniale, e l'*unitas copulae*, concernente l'esclusività della tradizione del *ius in corpus*[19].

L'applicazione pratica di una simile comprensione dell'oggetto del *bonum fidei* determinava così, se portata alle sue estreme conseguenze[20], forti implicazioni sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Infatti, il 'semplice proposito' da parte del contraente, già al momento delle nozze, di commettere adulterio veniva considerato, benché moralmente riprovevole, di nessun valore giuridico[21] e, allo stesso modo, l'intenzione – o l'effettiva attuazione - di proseguire relazioni adulterine sentimentali e, eventualmente, anche sessuali con terze persone, pure dello stesso sesso, era valutata come non rilevante al fine del configurarsi dell'esclusione di cui si tratta[22].

Tale modo di concepire il *bonum fidei*, totalmente identificato con l'*unità* e con il *ius in corpus*, man mano che il rapporto coniugale veniva interpretato alla luce della spinta personalistica del Concilio Vaticano II[23] diventava sempre meno accettabile e sempre meno adatto ad interpretare la realtà e, quindi, a fungere da criterio

---

[19] Per approfondire la duplice nozione di *unitas vinculi* e *unitas copulae* ed alla giurisprudenza che ne tratta si rimanda a: M. Gas Aixendri, *La exclusión del* bonum fidei *y su prueba. Doctrina y jurisprudencia*, in *Ius canonicum* 51 (2011), pp. 214-216.

[20] La dottrina avverte nell'estremizzazione di tali posizioni la possibilità di uno schematismo tale da svuotare l'esperienza concreta di significazione: cfr. G. Sciacca, *Bonum Fidei*, in *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale*, Città del Vaticano 2009, p. 166.

[21] Per approfondire cfr. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale,* cit., pp. 551-553. Circa le formulazioni dottrinali in merito si richiama: F. X. Wernz – P.P. Vidal, *op. cit.*, p. 553 n. 462: "*qui vere intendit matrimonium i.e. vinculum indissolubile et nihilominus intendit in certis adiunctis mulierem abiicere et alteri adhaerere, is contra fidelitatem peccat, et matrimonium valet; at qui intendat sibi reservare potestetm in certis adiunctis mulierem abiicendi ita ut maneat liber a vinculo ipsius, cum non intendat contrahere vinculum indissolubile, seu ius perpetuum et exclusivum tradere et acceptre, is invalide contrahit, cum voluntas contrahendi matrimonium elidatur per voluntatem ipsi contrariam circa idem obiectum*".

[22] Circa la giurisprudenza in merito al valore quasi nullo dell'adulterio per configurare l'ipotesi di simulazione si può richiamare una *coram* Mattioli, *decisio diei* 30 *octobris* 1953, in R.R.Dec. v. XLV, p. 641 n. 2: "*validitati ergo matrimonii opponitur intentio seu conditio iuris exclusivi traditionem negandi, non ita intentio seu propositum violandi ius traditum vel ipsa iuris violatio per adulterium*". Circa, invece, le relazioni omosessuali e la loro impossibilità a costituire una fattispecie di esclusione del *bonum fidei* si veda: A. C. Jemolo, *Il matrimoni nel diritto canonico*, Milano 1942, p. 212 n. 111, ove l'autore sottolinea che, benchè deprecabile moralmente, nella relazione omosessuale non si darebbe '*illa corporis divisio seu sectio* che si dà nella fornicazione'. La giurisprudenza, dal canto suo, giustifica tale posizione, asserendo che: "*Vitium homosexualitatis [...] per se non repugnant bono fidei, quia perversa haec corporis traditio, quamvis exclusiva, non est ad actus per se aptos ad prolis generationem*" (*coram* Doney, *decisio diei* 14 *decembris* 1953, in R.R.Dec. v. XLV, p. 766 n. 2).

[23] Si ricordi, ad esempio, il dettame conciliare di *Gaudium et spes* n. 49, in cui è richiamato il diritto-dovere alla fedeltà coniugale scaturente dall'esclusività dell'amore e richiesto dallo stesso diritto naturale quale esigenza del dono totale e reciproco dei coniugi al punto da affermarsi che: "*Amor ille mutua fide ratus, et potissimum sacramento Christi sanctius, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio et divortio alienus remanet atque indissolubilem eorum unitatem urgent*".

scriminante nei casi concreti che venivano sottoposti all'esame degli Uditori della Rota Romana.

A tale situazione rispondono, con soluzione di continuità, due sentenze *coram* De Jorio che, negli anni sessanta, riformulano la nozione di *bonum fidei*, svincolandone il concetto dall'identificazione con l'unità del matrimonio.

Nella prima delle due decisioni[24], già a partire dalla formula della concordanza del dubbio "*ob exclusum bonum fidei seu fidelitatis*", ci si trova di fronte ad una sostanziale svolta, cioè alla scelta di non limitare il *bonum* in oggetto alla proprietà essenziale, volendolo estendere anche, attraverso l'utilizzo congiunzione *seu*, ad un *elementum*[25], quello della fedeltà, arrivando così a recuperarne l'originaria concezione agostiniana[26], nel periodo precedente lasciata in secondo piano perché ci si fondava su quella tomista anzi citata.

De Jorio parte, in primo luogo, dal presupposto che i concetti di *bonum fidei* e di *unitas* siano da scindere, attesa la possibilità che una parte possa escludere l'unità e

---

[24] *Coram* De Jorio, *decisio diei* 30 *novembris* 1963, in R.R.Dec. v. LV, pp. 716-725.

[25] È bene sottolineare che è la dottrina – oltre alla giurisprudenza - più recente a mettere in luce come l'esclusione del *bonum fidei* sia da riferirsi non tanto 'alla categoria dell'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio, ma a quella dell'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio' (G. Caserta, *Alcuni rilievi sul valore probatorio dell'infedeltà nelle cause di nullità del matrimonio per esclusione del bonum fidei*, in REDC 67 (2010), p. 734).

[26] Secondo il padre della Chiesa il *bonum fidei* costituirebbe un aspetto costitutivo, od essenziale, del matrimonio, al punto da affermare nel *De Gratia Christi et de peccato originali*, II. 34.39 che: "*propter fidem pudicitiae uxor non habet potestatem sui corporis, sed vir; similiter et vir non habet potestatem sui corporis, se mulier*", così che l'adulterio – ossia la violazione della fedeltà – racchiude in sé un significato non solo materiale ma anche, e soprattutto spirituale, così che i coniugi sono chiamati lla reciproca fedeltà: "*Huc accedit, quia in eo ipso, quod sibi invicem coniuges debitum solvunt, etiamsi id aliquanto intemperantius et incontinentius expetant, fidem tamen sibi pariter debent. Cui fidei tantum iuris tribuit Apostolus, ut eam potestatem appellaret dicens: Mulier non habet potestatem corporis sui, sed vir; similiter autem et vir non habet potestatem corporis sui, sed mulier. Huius autem fidei violatio dicitur adulterium, cum vel propriae libidinis instinctu vel alienae consensu cum altero vel alteracontra pactum coniugale concumbitur; atque ita frangitur fides, quae in rebus etiam corporeis et abiectis magnum animi bonum est; et ideo eam saluti quoque corporali, qua etiam vita nostra ista continetur, certum est debere praeponi. Etsi enim exigua palea prae multo auro paene res nulla est, fides tamen, cum in negotio paleae, sicut in auri sincera servatur, non ideo minor est, quia in re minore servatur. Cum vero ad peccatum admittendum adhibetur fides, mirum si fides appellanda est; verumtamen qualiscumque sit, si et contra ipsam fit, peius fit; nisi cum propterea deseritur, ut ad veram fidem ac legitimam redeatur, id est, ut peccatum emendetur voluntatis pravitate correcta. Tamquam si quisque, cum hominem solus exspoliare non possit, inveniat socium iniquitatis et cum eo paciscatur, ut simul id faciant spoliumque partiantur, quo facinore commisso totum solus auferat. Dolet quidem ille et fidem sibi servatam non esse conqueritur; verum in ipsa sua querela cogitare debet potius in bona vita ipsi humanae societati fuisse servandam, ne praeda iniqua ex homine fieret, si sentit, quam inique sibi in peccati societate servata non fuerit. Ille quippe utrubiqued perfidus profecto sceleratior iudicandus est. At si id, quod male fecerant, ei displicuisset etpropterea cum participe facinoris praedam dividere noluisset, ut homini, cui ablata fuerat, redderetur, eum perfidum nec perfidus diceret. Ita mulier, si fide coniugali violata fidem servet adultero, utique mala est; sed si nec adultero, peior est. Porro si eam flagitii paeniteat et ad castitatem rediens coniugalem pacta ac placita adulterina rescindat, miror, si eam fidei violatricem vel ipse adulter putabit*" (Agostino, *De bono coniugali*, 4. 4).

nello stesso tempo conservare la fedeltà[27]. Nell'esclusione dell'unità si pone, infatti, l'intenzione positiva di riconoscere contemporaneamente a più parti i diritti ed i doveri coniugali, laddove nell'esclusione della fedeltà l'intenzione risulta, invece, negativa, ossia quella di 'non riconoscere' al proprio coniuge il diritto-dovere al rapporto coniugale quale esclusivo[28].

Con la decisione citata si può, quindi, asserire che ci si è trovati di fronte "ad un significativo cambiamento prospettico, di carattere interpretativo, che intende porre in luce l'importanza del diritto esclusivo sul corpo che il nubente concede alla comparte al momento dello scambio del consenso (e non più solamente al diritto esclusivo che il nubente intende concedere ad una terza persona), che comporta un preciso diritto ed un corrispettivo dovere circa il rispetto della fedeltà coniugale"[29].

Tale argomentazione, definibile di 'scissione', viene sviluppata ulteriormente in un'altra sentenza dello stesso Uditore, questa volta suffragata anche da un argomento biblico, ossia il fatto che i patriarchi, pur potendo avere simultaneamente più mogli, erano tenuti al rispetto della fedeltà verso tutte[30]. Infine, un'ulteriore argomentazione a sostegno dell'impossibilità di identificazione tra *bonum fidei* ed unità coniugale è sviluppata nell'ambito della aporia logica che deriverebbe comparando l'atto di volontà posto con l'esclusione ed il suo effetto pratico. Infatti, atteso che dall'impostazione *bonum fidei seu unitas* deriva che l'esclusione si dà soltanto trasferendo il diritto agli atti coniugali, ossia il c.d. *ius in corpus*, anche ad una terza persona, ogni qual volta l'atto positivo di volontà avesse questo oggetto si configurerebbe un 'assurdo psicologico'[31], poiché l'escludente non attua la simulazione allo scopo di costituire più obbligazioni contemporanee, ma per

---

[27] Sotiene il ponente: "*nam quis potest excludere unitatem et insimul sese obligare ad servandam fidem, utique duabus seu tribus, seu aliquibus determinatis foeminis*". Sent. cit. p. 717 n. 3.

[28] Attraverso questa scissione si dà anche il superamento della concezione contrattualistica del matrimonio che vedeva soltanto nel *ius in corpus* l'oggetto del consenso. Per approfondire si veda: P. J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale. tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, Milano 2001, p. 394.

[29] A. D'Auria, *op. cit.*, p. 555.

[30] *Coram* De Jorio, *decisio diei* 13 *iulii* 1968, in R.R.Dec. v. LX, pp. 555 n. 7.

[31] Per l'analisi puntuale dell'argomentazione sostenuta da De Jorio si rimanda a: A. Pawlowski, *Il bonum fidei nella tradizione canonica e la sua esclusione della recente giurisprudenza rotale*, Roma 2002, p. 289.

disattendere l'obbligo della fedeltà verso il proprio coniuge, ossia per essere libero da un legame univoco[32].

La nuova lettura è diventata pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza, tanto che per alcuni autori l'ipotesi di esclusione del *bonum fidei* sarebbe, addirittura, da separare, nella formulazione del dubbio di causa, dall'esclusione dell'unità[33].

Non manca, tuttavia, chi rifiuta tale distinzione, sostenendo nuovamente ed ulteriormente l'identificazione tra unità e *bonum fidei* e cercando un ritorno alla giurisprudenza tradizionale, per il fatto che la nozione di *bonum fidei* proposta da de Jorio e dalla dottrina e giurisprudenza a lui ispirantisi, si fonderebbe su una riduzione del bene in questione alla sola dimensione fisica dell'atto coniugale, estraendolo, in questo modo, da una più ampia visione della sponsalità, così che ogni 'proposito' di commettere adulterio – per lo meno in determinate circostanze – renderebbe nullo un matrimonio[34].

Da quanto finora riferito consegue che l'estremizzazione di una qualsiasi delle posizioni in merito sopra estopsta, qualificanti il *bonum fidei seu unitas* ovvero il *bonum fidei seu fidelitas*, arriverebbe a svuotare di contenuto, fornendone meramente una qualificazione parziale, non solo l'impianto della proprietà, o elemento, essenziale del matrimonio di cui si discute l'esclusione, ma l'essenza stessa del vincolo matrimoniale che si va contrarre. In questo modo andrebbero tratteggiandosi anche una serie di difficoltà pratiche in capo al giudice che è

[32] Così argomenta R. Funghini, *L'esclusione del bonum fidei*, cit., p. 281, citando a sua volta una *coram* de Jorio, *Buscoducen. Decretum confirmationis diei* 4 *februarii* 1976: "*cum exclusio boni fidei patretur ad sese exolvendum ab obligatione contracta, non ad obligationes moltiplicandas*". Allo scopo si veda anche: E. Szpak, *La natura del bonum fidei nella giurisprudenza rotale*, in *Revista Universitas Canonica*, 48 (2015), p. 44-45.

[33] Così si esprime U. Navarrete, *De iure ad vitae communionem*, in *Periodica de re morali canonica* 66 (1977), p. 250. Sulla stessa linea P. Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 112: "la nullità deriva da un atteggiamento radicale proprio di colui che non intende accettare di sentirsi vincolato al principio di fedeltà coniugale, che rifiuta di accordare all'altra parte l'esclusiva dei rapporti intimi, che vuole un matrimonio aperto e quindi sostanzialmente diverso da quello che è proprio della concezione cristiana".

[34] Così C. Burke, *Il contenuto del bonum fidei*, in *Apollinaris*, 64 (1991), pp. 653-654. L'autore, prospettate le difficoltà scaturenti dalla interpretazione del *bonum fidei* scaturente dalla dottrina di di Jorio, arriva ad affermare che l'analisi delle stesse porta a sostenere che: "la tesi tradizionale, a dispetto delle critiche cui è sottoposta, non solo è più coerente con la natura del matrimonio e con la dottrina della Chiesa, ma permette di sottoporre a una analisi giuridica più accurata le vicissitudini della vita umana". Nella stessa linea si muove anche P. A. Bonnet, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 127 che, trattando delle ipotesi di 'simulazione relativa', "tratta dei diritti e obblighi all'unità (*bonum fidei*).

chiamato, nel giudicare la nullità del matrimonio, a distinguere i fatti semplicemente moralmente riprovevoli da quelli giuridicamente rilevanti[35].

Opportunamente la dottrina più recente, dal canto suo, rinviene una stretta correlazione tra unità e fedeltà, così che i due elementi, anche se concettualmente distinti, risultano come intrecciati poiché la seconda concezione deriva dalla prima: esse, infatti, possono definirsi "due punti di vista complementari per la comprensione della stessa realtà"[36], al punto da poter sostenere, insieme ad autorevole dottrina, che "nella *intentio contra bonum fidei* l'esclusione ha per oggetto la fedeltà, e cioè la qualità essenziale della *unitas*[37]".

Mons. Salvatori, nel brevissimo richiamo al diritto sostanziale, cita una *coram* Pompedda del 1973, sembrando essere debitore di tale interpretazione 'conciliatrice', così intendendo l'oggetto dell'esclusione in maniera olistica di tutto il rapporto coniugale, alla stregua della dottrina dello stesso Autore che richiama. Pompedda, infatti, partendo dal presupposto che le questioni in merito all'identificazione tra *bonum fidei* ed *unitas* siano da mantenere in secondo piano, ritiene che, per quel che concerne il capo di nullità in esame, è fondamentale indagare sul diniego all'altro coniuge del diritto esclusivo, anziché "dell'aspetto di concedere il diritto ad una terza persona". In altri termini "*sufficit positiva voluntas non tradendi alteri parti ius exclusivum in proprium corpus*"[38]così da rendersi oggetto di grande considerazione anche il proposito di uno dei nubendi, già prima del matrimonio, di commettere adulterio[39].

---

[35] È questo lo scopo fondamentale dell'azione giudiziale, così come viene definito in una *coram* Sable, *decisio diei* 20 *novembris* 2003, in R.R.Dec. v. XCV, p. 674 n. 9, ossia quello di distinguere ciò che porti alla luce soltanto una perversione del senso morale e ciò che sia giuridicamente rilevante a qualificare un vizio del consenso.

[36] Così H. Franceschi, *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae* 12 (2000), p. 758. La *ratio* di una tale interpretazione risiede nel fatto che, a parere dell'autore, tale bene del matrimonio corrisponde all'esigenza intrinseca della sessualità umana di essere compartecipata in termini di uguaglianza tra uomo e donna.

[37] O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973, p. 131. L'autore, che si dimostra insigne conoscitore dell'esperienza pratica umana, con un grande realismo risulta sì debitore della svolta giurisprudenziale fornita da De Jorio, ma nell'analizzare la differenza tra *ius* e *exercitium iuris* nella valutazione della validità o meno del matrimonio riflette grande sensibilità anche verso tutto il cammino dottrinale e giurisprudenziale percorso, ponendosi domande concrete e volte anche all'attenzione pratica per l'operato giurisdizionale (cfr. p. 134).

[38] *Coram* Pompedda, *decisio diei* 16 *octobris* 1973, in R.R.Dec. v. LXV, p. 649 n. 4; citata nella decisione commentata al n. 5.

[39] M. F. Pompedda, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, pp. 244-245. Il punto di partenza esposto dall'Uditore è teologico, argomentando che nella Legge istituita da Cristo il concetto di fedeltà scisso da quello di unicità del vincolo è inconcepibile.

In tale senso, quindi, la dottrina recentissima compie una sintesi del cammino svolto, sostenendo che il punto di riferimento in base a cui si possa circoscrivere l'oggetto del *bonum fidei* deve essere il *consortium totius vitae*, così che "la fedeltà coniugale esige non solo l'unità dell'istituto matrimoniale, ma anche l'*unitatem personalem*"[40].

Tratteggiato l'oggetto dell'esclusione[41], il Ponente non si sofferma ad analizzare la distinzione tra *ius* e *iuris exercitium*[42], da un lato mostrandosi così aderente alla dottrina più recente che vede in tale distinzione, soprattutto se esasperata, un rischio per la comprensione del significato pieno di donazione sponsale proprio del matrimonio[43]; dall'altro per il fatto che ciò che risulta di maggior importanza è portare alla luce la questione fondamentale, ossia ricerca della vera intenzione dell'asserito escludente e come raggiungerne la conoscenza[44]. Anche nel caso dell'esclusione del *bonum fidei* deve essere dimostrata la *positiva voluntas* dell'asserito simulante, o, per utilizzare lemmi più tradizionali, l'atto positivo di volontà, che, secondo la giurisprudenza consolidata, può essere attuale o virtuale, esplicito od implicito. Infatti, determinato l'oggetto della simulazione, è necessario che questa sia posta attraverso un atto della volontà per cui il nubente sceglie di celebrare un matrimonio non così come richiamato dalla Chiesa, ma *sui placitis*

---

[40] P. Moneta, *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, in *«Iustitia et iudicium» studi in onore di Antoni Stankiewicz*, v. II, J. Kowal – J. Llobell (a cura di), Città del Vaticano 2010, p. 723: l'autore partendo da questa idea, citando una *coram Stankiewicz* del 26 marzo 1987, ritiene che, quindi, l'esclusione del *bonum fidei* venga ad assumere un contenuto più ampio che ricomprenda in sé qualsiasi atteggiamento lesivo della *communio vitae*, così da diventare, in merito, degne di nota altre ipotesi che esulino dalla tradizionale esclusione del diritto o di apposizione di una condizione contraria alla fedeltà (cfr. p. 724). In senso simile si muove anche altra dottrina che ritiene l'esclusione del *bonum fidei* quale atto che può essere posto sia avverso la proprietà essenziale dell'unità che l'elemento essenziale della fedeltà (cfr. E. Vitali – S. Berlingò, *Il matrimonio canonico*, Milano 1994, p. 109).

[41] È bene sottolineare, come P. Bianchi, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998, pp. 121-122, che la problematica derivante dalla definizione dell'oggetto del *bonum fidei* non risulta ancora del tutto risolta, dal momento che permangono delle questioni aperte il cui nocciolo può essere ricondotto alla necessità di comprendere se con esclusione del *bonum fidei* debba comprendersi l'esclusione dell'unità o della fedeltà coniugale, essendo le due concettualmente distinte e non riconducibili l'una all'altra.

[42] Per l'approfondimento in merito si rimanda a: P. A. Bonnet, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., che, addirittura, auspica che tale distinzione sia utilizzata anche in riferimento al *bonum coniugum*; F. Morlot, *Le«bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit. pp. 39-40.

[43] In questo senso P. Moneta, *Spunti di riflessione sulla simulazione del consenso matrimoniale*, cit., p. 723: l'autore si sofferma a spiegare che proprio in virtù dell'esasperazione della dicotomia *ius – iuris exercitium* si rischiava di creare una disparità, nella trattazione delle cause, di tipo maschilista, che avrebbe consentito di valutare il matrimonio di un uomo asserito simulante, che si riservava di commettere adulterio, come valido.

[44] In realtà tale domanda è quella che investe indistintamente la dottrina e la giurisprudenza in merito. Allo scopo si veda F. Morlot, *Le «bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit. pp. 36-37.

accomodatum, poiché voluto come privato di una sua proprietà od elemento essenziale[45].

3. L'esclusione implicita del *bonum fidei*

Nel n. 6 della *pars in iure* il Ponente cita una *coram* Bruno del 1985, in merito alla prova della c.d. simulazione implicita, mostrando grande attenzione alla dottrina ed alla giurisprudenza, meno sviluppata, sull'atto positivo di volontà implicito, che si andrà, quindi, ad approfondire in questa sede.

È bene, allo scopo, mettere subito in luce che, nelle cause di nullità riguardanti la simulazione, l'azione del giudice è volta essenzialmente a conoscere quale sia stata la "*véritable intention de la personne*"[46], che viene identificata, nelle cause riguardanti l'esclusione del *bonum fidei* con la presenza di un "*positiv*us *voluntatis act*us *ad fidelitatis obligationem sese non ligandi*"[47].

La dottrina classica e più risalente, interrogandosi sul significato dell'espressione *actus voluntatis positivus*, già a partire da Gasparri, riteneva che nel consenso simulato coesistessero due atti di volontà tra di loro contrapposti, l'uno diretto a contrarre il matrimonio, l'altro per il quale veniva escluso o il matrimonio stesso od una o più delle sue proprietà essenziali, con la conseguenza che i due atti si annullassero a vicenda[48]. Questa linea dottrinale, benché non esente da critiche[49], ha

---

[45] Questo aspetto è ciò che differenzia la simulazione totale da quella parziale, od esclusione, come anche messo in luce dalla giurisprudenza: "*Qui totaliter simulat nulla havet intentionem contrahendi matrimonium; qui vero excludit unum vel alterum bonum matrimonii vult, e contra, matrimonium contrahere, sed idem intendim upote a se conceptum, nempe vult quid cuius obiectum est aliud ab obiecto in quod, natura sua, matrimonialis consensus fertur*" (*coram* Boccafola, *decisio diei* 14 *maii* 1996, in R.R.Dec. v. LXXXVIII, p. 380 n. 5).

[46] F. Morlot, *Le «bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit., p. 36. L'autore riportate le difficoltà che possono sorgere in merito alla ricerca ed all'analisi di tale volontà conclude poi asserendo che "*la jurisprudence rèpéte depuis toujours que l'exclusion doit être faite pour un acte positif de la volonté qui peut être actuel ou virtuel, explicite ou implicite, et doit évidentemment porter sur l'obligation de la fidélité*" (p. 38).

[47] *Coram* Civili*, decisio diei* 26 *octobris* 2000, in R.R.Dec. v. XCII, p. 597 n. 6. Allo stesso modo la sentenza citata dall'Uditore recita: "*Bonum fidei, quod ex unitate matrimonii profluit, essentialis coniugii proprietas est; si quis igitur, positivo voluntatis actu, illam e nuptiali consensu excludit, mtrimonium irritum facit*" (*coram* Civili, *decisio diei* 24 *iulii* 1985, in R.R.Dec. v. LXXVII, p. 405 n. 3).

[48] Tale dicotomia tra *intentio generalis* di contrarre il matrimonio e la categoria *dell'error privatus,* segnata dall'esclusione di uno dei *tria bona*, affonda la sua radice nella dottrina di Benedetto XIV, così come viene esposta da P. Gasparri, *Tractatus de matrimonio*, v. II, Città del Vaticano 1932, p. 45: "*Ubi contrahentes in ipso matrimonii contractu expressam apposuerunt conditionem de dissolvendo quoad vinculum matrimonium in casu adulterii, iam fieri nequit ut error partiularis absorptus maneat a generali voluntate contrahendi matrimonium, prouti a Christo Domino*

proseguito il suo percorso per arrivare a definirsi nella teoria secondo cui nel caso di simulazione si assisterebbe alla presenza contestuale della volontà generale di contrarre il matrimonio e di quella escludente, attraverso un ulteriore atto positivo di volontà, di un qualche elemento della struttura essenziale dello stesso istituto[50]. Il risultato, in ogni modo, è che quanto effettivamente voluto dal nubente altro non è se non una volontà matrimoniale che non corrisponda più a quella dell'ordinamento canonico, il c.d. *matrimonium suis placitis accomodatum*[51].

Partendo dal risultato anzi descritto, allora, è apparso più convincente per inquadrare le fattispecie concrete parlare di un unico "atto di volontà nel fenomeno simulatorio, concretizzato nell'atto di esclusione"[52], così da risultare chiaro che, nel caso, non è necessario "volere il matrimonio e, in un secondo atto, non volerlo fedele", poiché ciò che si vuole è un matrimonio chiuso al bene della fedeltà[53].

Premessa la necessità di una 'sola' volontà positiva (*intentio*) nella esclusione del *bonum fidei,* è bene prestare attenzione agli elementi di cui questa si compone. La dottrina e la giurisprudenza[54] sono concordi nel sostenere che, in primo luogo, si deve dare l'intervento della *voluntas*, ossia la causa efficiente dell'agire umano e, di conseguenza, anche dell'atto matrimoniale (cfr. can. 1057) ovvero simulatorio (cfr.

---

institutum fuit; sed potius voluntas generalis huiusmodi extinguitur ab errore particulari, qui manifeste praevalet ac dominatur; atque hinc oritur nullitas matrimonii, in quo contrahendo apposita fuit conditio ipsius substantiae contraria".

[49] La dottrina anche più recente arriva a qualificare tale concezione come "*psicológicamente absurdo, ya que en una persona sana no pueden darse simultánamente dos actos de voluntad contradictorios*" (M. Gas Aixendri, *La exclusión del* bonum fidei *y su prueba. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 212).

[50] Cfr. O. Giacchi, *Il consenso*, cit., pp. 94-96; P. A. Bonnet, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit. p. 105: l'autore precisa che nel caso coesistono due volontà che combinandosi danno luogo al risultato definibile finzione o apparenza.

[51] Cfr. A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel* positivus voluntatis actus,in *Periodica de re canonica*, 87 (1998), p. 277.

[52] . A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel* positivus voluntatis actus, in *Periodica de re canonica*, 87 (1998), pp. 277-278: l'autore prosegue spiegando che tale unico atto ha efficacia nel rendere nullo il matrimonio che viene voluto privato di una delle seu componenti essenziali, spiegando che la volontà, attratta da due oggetti contrari (ad es. il matrimonio puro e quello solubile) vituttavia indirizza la sua scelta soltanto su uno di questi.

[53] H. Franceschi, *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit. 782-783. A ciò è bene aggiungere che pur non esasperando il concetto di "doppio atto di volontà", la dottrina, talvolta, riflette sul contrasto tra percezione intellettiva dell'istituto matrimoniale da parte del singolo e la sua attività volitiva, così che nel caso del fenomeno simulatorio la percezione intellettiva che sei tramuta in volontà, che è *intentio contraria* al matrimonio come voluto dal Legislatore canonico. Per approfondire si veda: O. Funagalli Carulli, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, pp. 190-196.

[54] Cfr. A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel* positivus voluntatis actus, cit. pp. 280-282.

can. 1101 §2)[55]. Ne deriva che si debba trattare di una *electio*, che non può essere confusa né con i semplici desideri o inclinazioni né, tanto meno, con la volontà interpretativa[56]. L'elemento della volontà permette di entrare nell'analisi del cuore dell'azione escludente: la presenza di un *actus*, ossia la concretizzazione dell'elemento volontario, al quale si dà forma di *operatio*. Esso, nel campo psicologico, corrisponde alla decisione che viene qualificata a livello antropologico come il passaggio dal conoscere all'agire per mezzo della deliberazione dell'io[57]. L'atto di cui si tratta per avere forza invalidante il consenso deve, infine, essere *positivus*, cioè qualificante e non esprimente la semplice assenza di volontà matrimoniale (*nolle*) per definirsi positivamente come un 'volere il matrimonio' diversamente da come richiesto dal legislatore canonico (*velle non*)[58]. Inoltre, il concetto di positività dell'atto, da parte della dottrina, viene anche collegato alla c.d. 'obiettivazione' della volontà effettiva, che si esprime all'esterno non solo mediante le dichiarazioni ma anche attraverso il comportamento non equivoco che conduce a dimostrare l'intento simulatorio anche in foro esterno[59]. Tale atto di volontà, per costituire una esclusione, viene qualificato dalla giurisprudenza come umano, positivo e fermo[60], e può esprimersi come *actualis* ovvero *virtualis*, cioè posto dal nubente prima della celebrazione e mai revocato[61].

Se requisito per la sussistenza dell'esclusione è l'atto positivo di volontà, quindi nato e posto nel foro interno, consegue che il suo essere esplicito o meno

---

[55] La dottrina infatti sottolinea che allo stesso modo in cui il consenso è prestato per mezzo di un atto umano, così anche l'esclusione di une elemento essenziale di questo deve essere posta per un atto ugualmente umano. Cfr. P.A. Bonnet, *Il bonum fidei nel matrimonio canonico*, in Aa. Vv. *Il* bonum fidei *nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2013, p. 77.

[56] A sottolineare la necessità dell'*electio* è anche la giurisprudenza, ad es. *coram* Bruno, *decisio* 22 *iunii* 1984; *coram* Masala *decisio* 25 *maii* 1987; *coram* Palestro *decisio* 16 *iulii* 1987, *et aliae*.

[57] Cfr. P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté: Le volontaire et l'involontaire*, Paris 1949, p. 163: "*Je me fais unité actuelle et vivante comme mon act*".

[58] Per approfondire si veda: C. Pierini, *Il valore della prova testimoniale nel processi di nullità matrimoniale per l'esclusione del* bonum fidei, Roma 2008, pp. 169-170: l'autrice evidenzia anche in la questione sollevata da parte della dottrina che considera pleonastica la qualificazione di *positivus* al lemma *actus*, risolvendola, sulla base di quanto asserito da A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel* positivus voluntatis actus, cit., p. 282, con la necessità tratteggiatasi di evitare di inserire tra gli atti simulatori anche queli negativi che si caratterizzano per assenza di volontà.

[59] cfr. E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, p. 168.

[60] Così in una *coram* Defilippi, *decisio diei* 22 *iulii* 1999, in R.R.Dec. v. XCI, p. 558-559 n.4: "*quod quidem fit per actus voluntatis, qui his tribus proprietatibus constituitur; scil sit actus a) humanus (seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate); b) positivus (seu reapse posiyus modu actuali vel saltem virtuali tempore celebrationis matrimonii, ideoque efficaciter conexus cun consensu coniugali, cuius obiectum substantialiter definit), c) firmus (ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter)*".

[61] Cfr. *coram* Bruno, *decisio diei* 19 *decembris* 1995, in R.R.Dec. LXXXVII, p. 726 n. 4.

non andrà ad influire né sulla sostanza né sul valore dell'atto stesso, quanto piuttosto sulla dimostrazione della sua esistenza in sede processuale.

In merito, la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel distinguere la c.d. intenzione esplicita da quella implicita, che si manifesta non tanto mediante dichiarazioni bensì attraverso comportamenti concludenti della parte asserita, o sedicente, escludente ovvero attraverso una serie di circostanze che emergono dalla vita del medesimo[62], o, in altre parole, nel caso in cui l'oggetto dell'atto sia tale per cui in esso sia contenuta l'esclusione della proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio[63].

Parte della dottrina, pur discostandosi dalle locuzioni giurisprudenziali che trattano di atto positivo di volontà implicito, ovvero di *intentio* implicita, arriva a presentare la categoria di 'simulazione implicita', con cui si possono intendere un'ampia serie di fattispecie che, pur mancando di dichiarazione esplicita della volontà simulatoria, sono connesse alla stessa al punto da includerla e permettere di qualificare le condotte attuate come escludenti[64]. Ne consegue che anche tale inclusione nella condotta tenuta di un elemento contrastante con il matrimonio canonico debba avere in sé il tratto della positività, ossia essere reale e positiva "*no como simple presunción o interpretación dentro de otra manifestación de voluntad*"[65], così come anche espresso costantemente dalla giurisprudenza, dalla quale si richiede che l'atto che ha per oggetto l'esclusione della fedeltà sia positivo, anche se implicito, e non semplicemente presunto[66]. In altre parole, ciò che è necessario indagare è la

---

[62] Allo scopo si veda: A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale,* cit., p. 420.

[63] Così riferisce M. Gas Aixendri, *La exclusión del* bonum fidei *y su prueba. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 212, rifacendosi ad una *coram* Caberletti, *decisio diei* 22 *iunii* 2006, inedita, n. 4; ovvero una *coam* Staffa *decisio diei* 21 *maii* 1948, in R.R.Dec. v. XL, p. 186 n. 2: "*actus[...] est implicitus si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis continetur*". Allo stesso modo anche J. J. Garcia Failde, *Simuatio totalis matrimonii canonici et metus*, in *Periodica de re canonica*, 72 (1983), p. 251.

[64] Cfr. S. Benigni, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Roma 1999, p. 94. L'autore cerca di elencare una serie di condotte c.d. 'includenti', che contengono in sé un elemento, voluto anche se non consciamente o direttamente, un elemento confliggente con un aspetto essenziale del matrimonio.

[65] L. Gutiérrez Martín, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Salamanca 1990, p. 39. Rientra in quetso concetto la necessità della inequivocabilità degli atti e delle condotte esterne cui si è richiamato prima circa la nozione di positività dell'atto.

[66] Si richiama allo scopo una *coram* Stankiewicz, *decisio diei* 21 *martii* 1997, in R.R.Dec. v. LXXXIX, p. 227 n. 15, ove il ponente spiega la differenza atto implicito che, comunque si pone come un vero atto di volontà, a differenza dell'atto presunto: "*actus implicitus confundi nequit cum actu praesumpto, sicut saepe aliqui contendunt, quippe qui, ex quibusdam assertionibus de adulteriis post nuptias commissis, statim concludunt de existentia positivi voluntatis actus impliciti obligationem fidelitatis excludentis. Nam 'actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur*

presenza di condotte che per loro natura risultano inequivocabilmente rendere noto l'atto positivo della volontà posto dal soggetto ma non espresso verbalmente.

Dal punto di vista processuale, la categoria dell'atto implicito di volontà, o della simulazione implicita, risulta, quindi, fondamentale per dirimere le cause, e quindi mantenere l'azione di giustizia[67], ove manchino totalmente delle dichiarazioni – o c.d. confessioni – dell'asserito simulante, atteso che la 'riserva implicita', consistente nella non inclusione nel consenso di elementi essenziali dell'istituto matrimoniale canonico, è radicata nella *forma mentis* del nubente al punto da configurare una esclusione invalidante il consenso[68]. Ne consegue che, una volta ravvisata la sussistenza di una simulazione implicita, l'assetto probatorio dovrà essere volto con maggior attenzione alla prova indiretta, specialmente alla *causa simulandi remota*[69] ed agli *rerum ac personarum adiuncta*, purché possano essere in grado di permettere che: "*intentio implicita, actualis vel saltem virtualiter perseverans, percipitur, denegandi comparti ius exclusivum in corpus*"[70].

4. La prova dell'*intentio implicita*

La breve disamina sul contenuto essenziale del *bonum fidei* e sulla modalità con cui l'esclusione possa essere messa in atto è volta, secondo il processo

---

exsistentia', quia 'respondet coniecturae plus minusve probabili' nihilque habet 'positivae rationis', dum 'actus implicitus remanet in ordine positivo', et in manifestatione agntis continetur 'realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis' (coram Sabattani, *decisio diei* 29 *octobris* 1963, R.R.Dec. v. LV, p. 706 n. 3)". In questo modo si sottolinea da un lato l'inequivocabilità della condotta, necessaria per configurare la positività dell'atto, e, dall'altro, la differenza tra l'atto implicito, benché incosciente, e quello presunto.

[67] L. Robitaille, *Reflections on the implicit positive act of will*, in *«Iustitia et iudicium» studi in onore di Antoni Stankiewicz*, v. II, cit., p. 798-799: il punto di partenza è che spesso i soggetti vogliono sposarsi ma desiderano un matrimonio diverso da quello proposto dalla Chiesa, pur non riferendo nulla di ciò all'esterno, così che "*we must seek the troth of the situation in order to serve justice*". Solitamente allo scopo si guarda all'atto positivo di volontà attuale ed esplicito, ma quando si tratta dell'atto positivo di volontà implicito esso è quasi totalmente da considerare virtuale, poiché "*the choice entered the person's mind and will at a time prior to consent and continues through to consent because it remains in the will*". In questo senso, dal punto di vista probatorio, prosegue l'autrice, una volta messa in luce la presenza di una atto della volontà virtuale, esso si presume valevole finché non sia revocato così che "*it is not necessary to prove that the act does perdure*".

[68] Cfr. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 422. L'autore spiega anche che il presupposto atto positivo di volontà colpisce in modo mediato e non diretto la dimensione matrimoniale, tuttavia escludendone ugualmente un elemento essenziale.

[69] L. Robitaille, *Reflections on the implicit positive act of will*, cit., p. 799, sottolinea che: "*Judges have to understand what events and moments impacted a person's choice*", così da dover prestare attenzione peculiare a tutto il *background* familiare e sociale in cui l'asserito escludente è cresciuto, nonché quali eventi lo abbiano condotto a scegliere il matrimonio.

[70] *Coram* Bruno, *decisio diei* 24 *iulii* 1985, R.R.Dec. v. LXXVII, p. 406 n. 4.

argomentativo del Ponente che ha mostrato di fare propri i percorsi giurisprudenziali più recenti, *ad certitudinem moralem adipiscendam* (n. 5). L'espressione, che nell'architettura della sentenza potrebbe risultare pleonastica, racchiude in sé non soltanto la definizione di quale sia il livello di convincimento sulla base del quale il Turno ha deliberato[71] - ossia che in esso sia stato escluso qualsiasi dubbio prudente positivo di errore, tanto di diritto quanto di fatto, pur non essendo esclusa la possibilità di contrario[72] - ma anche la modalità sulla cui base si è giunti a tale statuizione, ossia *ex actis et probatis*. L'espressione citata, contenuta nel secondo paragrafo del can. 1608, diventa fondamentale per lo sviluppo del sillogismo svolto dall'Uditore, poiché la coscienza che la sentenza non possa essere emanata solo sulla base di semplici supposizioni, ma debba fondarsi sia sulle "asserzioni e negazioni, petizioni e dinieghi dedotti in giudizio e riferiti negli atti [*acta*]" sia sulle "prove prodotte in giudizio e riferite negli atti [*probata*]"[73], comporta che la valutazione dei singoli mezzi di prova da parte del giudice sia "basata su giudizi di probabilità

[71] Si veda: A. Bettetini, *Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della Chiesa*, Padova 2002, pp. 229-252. L'autore prende le mosse spiegando che la Chiesa, nel giudicare, "si impegna ad emanare e a stabilire giudizi che rispondano, nei limiti della natura umana, a ciò che è vero e giusto, dando così concretezza storica a quel bisogno di giustizia che ognuno porta nel cuore" (p. 229), così che la sentenza data possa spiegare la sua *irrevocabilis robur* non solo per la volonà dell'organo giudicante ma anche per la sua intrinseca verità e razionalità. In questo senso non può sfuggire come il giudice ecclesiastico, nel giudicare secondo diritto, fondi la propria opera nella giustizia che, innestandosi nella *lex aeterna*, corrisponde a verità: è dunque il *favor veritatis* a condurre il giudice nella sua azione, ossia la ricerca, attraverso la *res iudicata* della verità ontologica.

[72] Sulla nozione di certezza morale, per approfondire, si vedano: M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, cit., pp. 515; nonché i pronunciamenti dei pontefici nelle Allocuzioni alla Rota Romana, specificamente quella di Pio XII, *Allocuzione alla Rota Romana dell'1 ottobre 1942*, in *AAS* 34 (1942), pp. 229-341; Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana del 4 febbraio 1980*, in *AAS* 72 (1980), p. 173-177. Se si combina questo disposto con il §4 dello stesso canone, come già sopra accennato, nelle cause matrimoniali, la mancanza della certezza morale porta alla pronuncia "*non constare de matrimonii nullitate*" che, secondo autorevole dottrina, non è tuttavia assimilabile ad una pronuncia *pro vinculo*, sia per il fatto che il *favor matrimonii* (can. 1060) opera indipendentemente dalla causa e dalla pronuncia, sia perché, anche ammesso che sia considerabile una pronuncia *pro vinculo*, lo sarebbe soltanto in merito al capo di nullità dedotto nel dubbio. Ne consegue che la pronuncia ti tale fatta, invece, rimarca l'impossibilità dei giudici di giungere alla certezza morale in merito alla questione loro sottoposta (cfr. G. B. Montini, *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, Roma 2015[4], pp. 436-437).

[73] G. P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, cit., p. 438-440. L'autore spiega che il giudice sia chiamato a valutare tutti gli atti presenti nel processo, poiché deve presumerli come fonte di verità, dall'altro non può dar credito a tutte le affermazioni, quindi dovrà tra gli *acta* riuscire ad ricavare dei *facta* che siano provati, così come, del resto, avviene nella parte in facto della nostra sentenza, ove il ponente, attraverso la *cribatio* definisce le affermazioni del convenuto – *acta* – non provate (cfr. sent. n. 13). Altra dottrina, non meno autorevole, ritiene l'espressione *ex actis et probatis* come un'endiadi, così da potersi chiosare che il giudice decida "sulla base delle prove" (cfr. M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, cit., pp. 516; ovvero: M. J. Arroba Conde, *Risultato della prova e tecnica motivazionale nelle cause matrimoniali*, Città del Vaticano 2013).

attinenti ai fatti"[74]. In questo modo, prima di giungere alla valutazione del fatto generico su cui si fonda il dubbio di causa, ossia la *causa petendi*, è necessario che sia attuato un sillogismo sulle tavole processuali che presentano una serie di singoli fatti, scindendo quelli necessari per giungere alla risoluzione della controversia da quelli fuorvianti[75].

Definito il compito dell'organo giudicante ed il fine perseguito, il Ponente, già nella parte in diritto, affronta un ostacolo che, nel caso concreto, rende difficile il raggiungimento della verità dei fatti, ossia l'atteggiamento ostile del convenuto che "*praesens in iudicio simulationem refellat*", così che "*veritatem facti adipisci potest solummodo per applicationem notui brochardi verbis facta sunt potiora*" (n. 5). In realtà, l'applicazione del brocardo - tipica, secondo la costante giurisprudenza, di qualsiasi giudizio - diviene ancora più importante se riferita alla nozione di simulazione implicita, ove, come si è sopra ricordato, l'atto positivo di volontà escludente è evinto da comportamenti inequivocabili. La conseguenza è che il sillogismo richiesto al collegio, per deliberare con certezza morale, non può essere altro se non quello di tipo 'inferenziale', ossia perseguito attraverso la c.d. 'logica induttiva'[76]. Secondo tale base logica, gli 'enunciati fattuali' delle parti, descriventi fatti, permettono di giungere alla certezza morale richiesta per emanare una sentenza affermativa attraverso l'interconnessione loro attribuita dall'organo giudicante[77]. Fondamentale, per la dimostrazione della sussistenza di un fatto giuridico risulta, così, il ricorso alla prova indiretta, (cfr. nn. 7; 10-13), attraverso il quale si traggono delle "inferenze circa la verità ovvero la falsità degli enunciati relativi ai fatti principali"[78], tanto da condurre l'Uditore ad asserire nella parte in *facto*, dopo aver valutato le circostanze: "*Haec omnia elementa singula*

[74] E. Di Bernardo, *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, cit., p. 493. L'autrice spiega che nella valutazione dei fatti e nel convincimento del giudice scaturente da questi non può darsi uno iato che diverrebbe ostativo alla stessa nozione di certezza morale, ossia convincimento, scaturente *ex actis et probatis*.

[75] cfr. *Ibid.*

[76] Per un approfondimento del concetto di logica induttiva e delle inferenze ad essa relative si rimanda a : R. Festa, *Logica induttiva*, in *Enciclopedia filosofica*, v. VII, Milano 2006, pp. 6641-6660.

[77] Cfr. E. Di Bernardo, *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo canonico*, cit., p. 494. L'autrice, rifacendosi ad autorevole dottrina (cfr. M. Taruffo, *La semplice verità*, Bari 2009, p. 205-207) esplica come gli "enunciati fattuali possono essere descritti ed ordinati su quattro livelli: il primo indicherà gli *enunciati descrittivi* dei fatti principali; il secondo quelli che descrivono i *fatti secondari*; il terzo gli enunciati relativi alle *prove giuste* in giudizio; il quarto livello comprenderà quelle circostanze dalle quali possono trarsi *inferenze* relative alla *credibilità* o meno degli enunciati relativi al terzo livello.

[78] *Ibidem.*

sumpta atque singillatim considerata nullius momenti (vel fere) videri Patres censent, sed collecta atque insimul pensitata satis probantia reperiuntur" (n. 11). Emerge, inoltre, che il Ponente, nel sillogismo probatorio svolto, citando il brocardo "*quae singula non prosunt, collecta iuvant*" (n. 8), abbraccia la concezione della 'natura trascendentale' della prova[79], consistente nel suo non poter essere considerata fine a se stessa ma propedeutica all'introduzione nel processo del 'contraddittorio', ossia "l'esplicarsi delle virtualità e delle potenzialità inesauribili del processo"[80], permettendo che dalla dimostrazione della sussistenza certa di vari fatti giuridicamente rilevanti "*deducitur actus positivus voluntatis clare et invicte demonstratus*" (n. 8).

Se quella enunciata è la causa sia formale che finale del sillogismo probatorio, l'organo giudicante, che è la causa eficiente dello stesso, ha il compito di verificare sia i fatti allegati dalle parti sia la fondatezza delle loro pretese[81] attraverso una valutazione *ex sua coscientia* (cfr. can. 1608 §3). Tale valutazione non può, tuttavia, prescindere dalla comparazione tra le dichiarazioni delle parti ed i fatti desunti, e verificati, in sede di istruttoria processuale, al punto che tale criterio deve essere applicato non soltanto alla valutazione di un'eventuale confessione della parte asserita simulante, ma anche alla determinazione della portata probatoria della *negatio* dell'esclusione sostenuta dalla stessa (n. 5). Principio, questo, che non va minimamente a scalfire quello dell'onere della prova che grava su chi asserisce in giudizio la sussistenza di un fatto (cfr. can. 1526) ma, attesi i livelli degli enunciati fattuali sopra richiamati, lo rafforza. Nel caso specifico, infatti, la strenua asserzione del convenuto di non aver escluso il *bonum fidei* risulta "*minus credibilis quam mulier*" (n. 13), proprio perché, sulla base della valutazione del Turno – fondata sulla dottrina e sulla giurisprudenza[82] -, non è riuscita a interferire su quanto dichiarato[83] e dimostrato[84] dalla parte attrice.

---

[79] S. Berlingò, *Prova e processo matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2011, p. 3: l'autore sottolinea che la prova, ontologicamente, non può mai essere considerato un elemento sufficiente a se steso, ma debba necessariamente essere correlato ad altri teleologicamente ordinati al raggiungimento della dimostrazione di un fatto giuridico.

[80] *Ibid.*

[81] *Ibid.*: l'autore sostiene che la prova debba quindi essere valutata e vagliata dal giudice nella dinamica processuale, atteso il principio guida: "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" (D. 22. 3. 2).

[82] Allo scopo si ricordi come già in F. X. Wernz – P.P. Vidal , *Ius canonicum*, v. VI, Romae 1927, p. 389, n. 449, si affermava che: "*confessio non prodest, si fiat de causa favorabili [...]; item saltem ordinarie vi probandi caret,*

Nella fattispecie in esame, attesa l'impossibilità di rinvenire la presenza di prova diretta, aspetto che, invero, accomuna la maggior parte delle cause concernenti l'esclusione del *bonum fidei*[85], il Ponente raggiunge la certezza morale attraverso la prova indiretta, innestandosi in un percorso già tracciato dalla giurisprudenza sia più risalente[86] che più recente[87], e precisamente facendo uso delle

---

si factum asseveratum redundet in favorem confitentis; debet esse contra se et pro adversario". A ciò bisogna aggiungere che la dottrina, insieme alla giurisprudenza, è unanime nel sostenere che le negazioni in giudizio dell'asserito simulante non costituiscono, nè possono costituire, prova nel giudizio che la simulazione non sia avvenuta, pur rendendone la tesi più debole. Cfr. M. Gas Aixendri, *La exclusión del* bonum fidei *y su prueba. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 225-226.

[83] È bene ricordare che il ponente ha ben chiara la distinzione, all'interno del concetto di *declarationes partium* la differenza tra *confessio iudicialis*, *confessio extraiudicialis* e le *altre dichiarazioni*, comprendendosi in queste ultime tutte le dichiarazioni fatte dalle parti all'interno o fuori del processo canonico, tutte deputate a concorrere e ad incidere sulla formazione della certezza morale (cfr. G. P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, pp. 191-194), che, nel caso specialmente di 'simulazione implicita' avranno particolare rilievo.

[84] Si noti che si occupa di 'simulazione implicita' ricorda che il giudice non deve prestare attenzione particolarmente a ciò che le parti abbiano esplicitato circa il loro matrimonio, quanto piuttosto ciò che queste hanno pensato realmente, cosa evincibile specialmente dal loro comportamento. Cfr. L. Robitaille, *Reflections on the implicit positive act of will*, cit., p. 801.

[85] Così F. Morlot, *Le«bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit., p. 40, ricorda che la dimostrazione di tale esclusione risulta tra le più difficili, specialmente in virtù delle presunzioni legali, a partire da quella del can. 1060, contro cui il giudice deve 'lottare' per arrivare alla certezza morale.

[86] Già nella seconda metà dello scorso secolo ci si può, infatti, imbattere in giurisprudenza che dichiara la nullità per simulazione, nonostante l'opposizione della parte asserita simulante. In una *coram* Bruno, *decisio diei* 13 *maii* 1977, R.R.Dec. v. LXIX, p. 286 n. 5 e 8, trattando dell'esclusione della prole da parte della donna convenuta, si può leggere: "*Haud raro confessio praenuptialis simulantis prorsus desideratur, cum contrhens propositum suum maxima cura comparti celare sategit, ne valde optatum matrimonium amitteret. Hisce in adiunctis absque dubio simulationem comprobare difficile est, et difficultas adhuc augetur quando auctor simulationis auxilium suum in processu denegat; praesumptio enim a can. 1086 §1 statuta expedite elidi nequit. Quod difficile utique denuntiatur, minim impossibile ubi aliae certae probationes praesto sint. [...]Ah has probationes adstruendas maximi est momenti indicia, circumstantias, facta prae et postnuptialia una cum praesumptionibus attente perpendere atque cribare [...]. praefatis praesumptionibus simul in eodem casu occurrentibus, genuina contrahentis intentio manifestatur, et iudices, tranquillo animo, contrariam praesumptionem can. 1086 §1 omnino superatam retinera valent*".

[87] La linea giurisprudenziale che non ravvisa nell'assenza dell'asserito simulante dal giudizio un motivo di impossibilità al raggiungimento della certezza morale è seguita anche dalla giurisprudenza più recente. Allo scopo si citi una *coram* Pinto, *Campiensis seu Limeirensis*, *decisio diei* 13 *iunii* 2104, 123/2014, ove, atteso che nel caso manca la confessione giudiziale del convenuto, che addirittura nega di aver escluso il *bonum fidei*, "*probatio directa nullatenus igitur habetur, quapropter summi ponderis nostro in casu esse videtur probatio indirecta*" (n. 5), così che nella parte in diritto si afferma: "*Particulariter videnda est probatio indirecta, quae completur examine omnium circumstantiarum, antecedentium, concomitantium et subsequentium, quae una cum adminiculis et adiunctis loci, temporis atque personarum concurrunt ad acclaranda facta, quibus adserta simulatio nititur. Certo certius facilius indirecta simulationis probatio inveniri potest in adsertore absolutae libertatis aut in recusante obligationes, qui modo agendi valde "egoistico" pressus videtur, attento contextu suo existentiali in quo tempore consensus versabatur. Nec praeterendum quod adiuncta et adminicula argumentum maximi momenti praebent pro simulatione acclaranda (cf. can. 1679) attento pernoto effato «facta verbis eloquentiora», quoniam voluntas, etsi una, in sua externatione «plures linguas» adhibere potest*" (n. 4). Allo stesso modo una *coram* Salvatori, *Bratislaviensis, decisio diei* 11 *octobris* 2017, 178/2017, ove l'uomo convenuto, asserito escludente, non si è presentato a deporre in giudizio, nella motivazione in diritto si può leggere: "*Media probationis quoad simulationem consensus a iurisprudentia rotali elaborata dividi solent in probationes directas et indirectas. Directae sunt collectae probationes a confessione simulantis et a testibus fide digni confirmatae; indirectae sunt quae verisimiles fiunt adsertiones in iudicium deductae. Enimvero probatio indirecta permittit ut sillogismum probatorium perficiatur et e converso ut probationes cribrentur iuxta illud: verbis facta sunt potiora. Aliquando vero accidit partem simulantem in iudicio se sistere renuisse; quo in casu si non impossibile saltem difficilius simulationem consensus probari posse animadvertendum est.*

praesumptiones[88], regolate nel Codice vigente al can. 1584 e dallo stesso Uditore definite, sulla base della *Regula iuris* XLV, come attività per cui: "*Inspicimus in obscuris quod est verisimils vel quod plerumque fieri consuevit*" (n. 7)[89], attraverso l'utilizzo di un procedimento 'deduttivo' o 'presuntivo'[90].

È per questa ragione che nella motivazione in diritto della sentenza si sviluppa una disamina sul valore delle presunzioni nel diritto canonico, atteso che le medesime rientrano tra i mezzi di prova e, in virtù di questo, sono considerate ai cann. 1584-1586. Citando una *coram* Pompedda[91], l'Uditore non si addentra ad analizzare la problematica distinzione tra *praesumptiones iuris*, che si qualificano come affermazioni protette dal diritto e da scardinare attraverso il sillogismo giudiziale[92], e *praesumptiones hominis*. Queste ultime, infatti, secondo la dottrina si qualificano attraverso la combinazione della 'premessa maggiore', ossia una *regula iuris*, una massima di esperienza ovvero un principio scientifico, con la 'premessa minore', ossia il fatto o l'indizio che si è provato direttamente con gli atti, così che da tale interazione si possa giungere alla 'conclusione', ossia la certezza della sussistenza del fatto controverso ed incerto[93]. In realtà, analizzando attentamente il sillogismo del

---

Attamen «si confessio partis quae dicitur quoddam elementum essentiale e consensu matrimoniali exclusisse deficiat, si facta et depositiones compartis testiumque sint plura, certa atque univoca simulatio probari potest" (n. 6). Emerge una linea giurisprudenziale definita, alla quale il Ponente aderisce, che dà grande valore alle prova indiretta, in assenza di quella indiretta, al fine del raggiungimento della certezza morale sul matrimonio.

[88] Allo scopo si ricorda che la dottrina processuale ha sempre annoverato le *praesumptiones* tra le prove indirette: "*presumptiones, e contra, indirecte in probationem concurrunt, quia proveniunt et deducuntur ex factis non constitutis, ex partium destinatione, ad probationem instruendam*". M. Lega – V. Bartoccetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, v. II, Romae 1950, p. 630, et p. 817.

[89] Cfr. F. Morlot, *Le«bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit., p. 44: l'autore mette in luce come sia sovente, nel tipo di cause in esame attesa la mancata collaborazione della parte asserita simulante, il ricorso alla presunzione *ab homine*, consistenti in una serie di pronunce o di fatti che permettono di raggiungere la certezza morale circa il capo di nullità per cui il matrimonio è accusato.

[90] Nella sistematica della sentenza in esame l'espressione '*probatio deductiva*' non è da intendersi in senso stretto quale modalità del sillogismo probatorio che, pedissequamente applicato, attraverso l'esasperazione della logica, condurrebbe la motivazione della sentenza a dover soprassedere rispetto ad una serie di elementi che risulterebbero non totalmente spiegate, , come argomentato in E. Di Bernardo, , in *Apollinaris*, 77 (2004), pp. 415-453, poiché: "Il contesto eterogeneo nel quale si sviluppa il ragionamento giuridico e soprattutto la rilevanza delle scelte argomentative e conoscitive attuate dal giudice contrasta con la rigidità operativa del modello sillogistico".

[91] *Coram Exc.mo* Pompedda, *decisio diei* 20 *novembris* 1989, R.R.Dec. v. LXXXI, pp. 687-688, nn, 5-6.

[92] Cfr. M. Gas Aixendri, *La exclusión del* bonum fidei *y su prueba. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 229.

[93] Così in: G. P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario, de processibus matrimonialibus*, v. II, cit., 317. L'autore prosegue spiegando che: "la presunzione si basa sul *principio della ragione sufficiente*: un fatto si può ritenere provato se «*plures eaque graves habentur coniecturae seu indicia, quae conglobatim sumpta explicari nequeunt nisi admittatur*» il fatto stesso" (*Id.*, p. 318). Allo stesso modo già la dottrina più risalente e consolidata sosteneva che: "*praesumptiones desumuntur ex indiciis, adiunctis et qualitatibus factorum notis, ex quibus, vel ipsa lex vel mens iudicis coniicit de facto ignoto*". M. Lega – V. Bartoccetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, v. II, cit., p. 817.

Giudice si comprende che ciò che è definito con il lemma 'presunzione' consiste in un giudizio *ex post* su fatti indizianti già raccolti[94], ossia gli *adiuncta* di cui si dice che "*praecipuum possunt constituere argumentum et aliquando etiam concludens*" (n. 7), qualificandosi cronologicamente come posteriore alla raccolta delle prove e non anteriore[95].

Quanto alle circostanze che possono fornire valore alla *praeseumptio hominis* per costituire prova piena, il Ponente (cfr. n. 8), sembra ritenere che queste per portare a presumere l'esclusione debbano essere *praecisa* ed *urgentes*, *certa, determinata* e *coaherentia*, *concordantia* ed *evidentia*, nonché *connexa*[96]. Emerge - a differenza di quanto si poteva rinvenire nella disciplina antecedente al codice del '17[97] - che già a partire dalla prima codificazione il metodo logico fondato sulla *praesumptio hominis* richiedeva di essere applicato con cautela per non incombere nel soggettivismo giuridico[98]. Inoltre, facendo propria la dottrina consolidata della triplice qualificazione delle presunzioni in *leves*, *graves* e *gravissimae*, cui corrisponde una differente forza

[94] Così si esprime I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medioevale e moderna*, Milano, 1995, p. 100.

[95] Cfr. A. Stankiewicz, *Le presunzioni nel processo canonico: la disciplina*, in Aa. Vv. *Presunzioni e matrimonio*, Città del Vaticano 2012, p. 138. Tale sillogismo 'post-suntivo' viene dall'autore ravvisato nel processo canonico quando, ad esempio si confrontano i risultati derivanti dall'acquisione dei mezzi di prova con i relativi fatti sia presunti dalla legge che da accertare nello stesso procedimento.

[96] Tali caratteristiche sono mutuabili già dalla giurisprudenza rotale più risalente: una *coram* Jullien, *decisio diei* 1 *iunii* 1927, R.R.Dec. v. XIX, p. 197 n. 2, ove si sostiene che con la confessione del simulante devono concorrere oltre alla causa della simulazione delle "*circumstantiae antecedentes, concomitantes, subsequentes, quae adeo praecisae et urgentes sint, ut certum moraliter reddant iudicem huius ficti consensus*"; una *coram* Guglielmi, *decisio diei* 24 *octobris* 1934, R.R.Dec. v. XXVI, p. 673 n. 4, ove affermando che la simulazione deve essere evinta dalle circostanze afferma che queste "*sint quidem facta certa et determinata, et cum adserta simulatione coahereant*"; una *coram* Jullien, *decisio diei* 7 *februarii* 1925, R.R.Dec. v. XVII, p. 49 n. 2, in cui si afferma che la causa che ha portato il contraente a prestare un consenso simulato si può evincere "*ex circumstantiis occurrentibus, quae ita concordantes atque evidentes sint, ut ex actis et probatis inducatur moralis certitudo de simulatione ipsa*"; infine una *coram* Jullien, *decisio diei* 13 *novembris* 1925, R.R.Dec. v. XVII, p. 375 n. 3, in cui il ponente ricorda che le prove della simulazione: "*evinci possunt ex dictis, scriptis, factis circumstantiisque omnibus, si ita certe sunt atque inter se connexa, ut inducantur moralis certitudo defectus veri consenso*".

[97] Una tale dottrina asseriva che l'indizio e la presunzione fossero da correlare in modo così stretto così che da essa sorgessero regole generali che tuttavia dovevano essere vagliate ed applicate dal giudice nei singoli casi. Tuttavia la setssa dottrina veniva decisamente criticata dalla giurisprudenza che si ritrovava a dover agire in uno schematismo troppo rigido in un ambito dai contorni così tanto frastagliati, cfr. *coram* Alosio Sincero, *decisio diei* 23 *martii* 1915, R.R.Dec. v. VII, p. 125 n. 8: "*Iamvero nequit certa regula generalis dari, quaenam indicia in singulis casibus specificis suggiciat ad generandam hanc aut illam praesumptionem: ergo nonnisi prudenti arbitrio iudici oportet istud relinquere determinandum*".

[98] Cfr. A. Melillo , *Le presunzioni giudiziali nel diritto canonico*, in *Il diritto Ecclesiastico,* CXIII (2002), p. 721. L'autore mette in luce come il ricorso alle presunzioni, nelle cause di nullità matrimoniale, trovi spazio nell'ambito della coercizione e della simulazione.

probatoria (n. 7)[99], il Ponente nel valutarle come capaci di indurre la certezza morale, si riferisce ad un duplice criterio[100], secondo il quale da un lato è necessario valutare le circostanze, atte a fondare la presunzione, nella loro globalità, atteso che le stesse, se considerate singolarmente, non potrebbero assurgere ad alcun interesse probatorio; dall'altro, come conseguenza del primo aspetto, i fatti possono considerarsi più eloquenti delle parole qualora siano numerosi, certi ed univoci[101].

Richiamando la disciplina generale sulle presunzioni e sul loro valore probatorio, mons. Salvatori, pur non citandolo, mostra una piena adesione ed un chiaro rinvio all'art. 216 §2 dell'istruzione *Dignitas Connubii*, che vieta al singolo giudice di utilizzare presunzioni che contrastino con quelle già statuite dalla giurisprudenza rotale[102]. Egli, pur non elencando nella motivazione in diritto quali siano le *circumstantiae* che la giurisprudenza rotale ritiene tali da fondare la presunzione atta a diventare prova della simulazione[103], le analizza tutte nella motivazione in fatto, traendo dai singoli fatti - ossia la relazione adulterina pre e post nuziale e le difficoltà che sorgevano nella relazione già prima del matrimonio (n. 10) - uniti agli argomenti documentali raccolti - come le *chat* o le *email* presentate dalla convenuta in giudizio[104] - quegli elementi tanto forti da scardinare il *favor validitatis*. In questo modo, attraverso il sillogismo probatorio inferenziale, è stato possibile all'Uditore, partendo dalla *praxis adulterina* del convenuto, solitamente considerata

---

[99] Cfr. M. Lega – V. Bartoccetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, v. II, cit., p. 820, spiega come la presunzione se grave o *vehemens* possa assurgere al valore di prova piena o semipiena.

[100] Viene citato, infatti, F. X. Wernz – P.P. Vidal, *Ius canonicum*, v. VI, Romae 1927, p. 468, n. 520, per indicare come vi sia una cogenza a sostenere la verità di un fatto controverso in presenza di una serie abbondante di indizi, così che: "*praesemptiones, quae aliquam vim in iudicio habeant, eae solae sunt, quas iudex coniicit ex facto certo ac determinato, quod cum eo, de quo controversia est, directe cohaereat*".

[101] Cfr. F. Morlot, *Le«bonum fidei» dans la jurisprudence récente de la Rote*, cit., p. 45. L'autore riporta abbondante giurisprudenza in merito, a cui si rimanda.

[102] Sull'argomento si veda: K. Boccafola, *Le presunzioni giudiziarie della giurisprudenza rotale in materia di simulazione*, in *Presunzioni e matrimonio*, cit., p. 228. L'autore spiega anche il rischio che deriverebbe dalla creazione arbitraria e smisurata di presunzioni a favore della nullità per la stabilità dell'istituto matrimoniale stesso e della, conseguente, uniformità della giurisprudenza.

[103] Per l'approfondimento di questo aspetto si rimanda a: H. Franceschi, *L'esclusione del bonum fidei: i profili probatori*, in *Il bonum fidei nel diritto matrimoniale canonico*, cit. 189-198, con la giurisprudenza dallo stesso citata.

[104] Il valore dei documenti informatici nel costituire sia una dimostrazione dell'infedeltà che dell'esclusione del *bonum fidei* sia dal punto di vista antropologico che canonico, è argomentato in: D. Stasi, *Il concetto di bonum fidei ed i risvolti giuridici sul consenso coniugale in relazione all'utilizzo di internet*, Roma, 2016, pp. 47-50.

dalla giurisprudenza quale *argumentum aequivocum*[105], arrivare a ricostruire, attraverso le motivazioni e le circostanze soggiacenti a tale atteggiamento, la vera volontà dell'uomo, asserito simulante, e definire il matrimonio nullo "*ob exclusum bonum fidei a viro convento*" (n. 14).

5. Conclusioni

In conclusione si può affermare che la sentenza esaminata, pur ponendosi all'interno di una consolidata tradizione giurisprudenziale che considera di valore primario la dimostrazione dei fatti al fine del raggiungimento della certezza morale del giudice, assume uno specifico rilievo per la ricostruzione della prova della simulazione c.d. implicita e delle sue peculiarità, arrivando al raggiungimento della certezza morale con la conseguente dichiarazione di nullità del matrimonio sulla base della sola prova indiretta.

Il ricorso alla figura della simulazione implicita, riconosciuta ma ugualmente poco applicata dalla giurisprudenza, risulta, a livello pratico, quanto mai fondamentale per il giudice che voglia cercare la realtà dei fatti in merito all'accaduto matrimoniale in tutte quelle situazioni in cui i coniugi, per motivi extraprocessuali, portino all'interno dell'aula del Tribunale la loro conflittualità. In questi casi, infatti, è sempre presente il rischio che la contraddittorietà delle dichiarazioni rese dalle parti e dai loro testimoni comporti, poi, una statuizione *iniqua* non solo per gli agenti in giudizio, ma per il Sacramento stesso, sulla cui verità ed esistenza il giudizio di dichiarazione di nullità del matrimonio verte[106].

APOSTOLICUM ROMANAE ROTAE TRIBUNAL – *Vianensis Castelli* – 24 ianuarii 2018 – Salvatori, *Ponente*

Nullità di matrimonio – esclusione del *bonum fidei* – Prova indiretta

[105] *Coram* Sabattani, *decisio diei* 31 *maii* 1985, R.R.Dec. v. LI, p. 503 n. 4.

[106] È questo lo scopo del processo di dichiarazione di nullità del matrimonio, richiamato in: Francesco, *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Mitis Iudex Dominus Iesus*, 8 Settembre 2015, preambolo.

Affinchè sussista l'esclusione del bonum fidei *si richiede un atto di volontà con cui un nubente rifiuti di consegnare all'altro il diritto esclusivo alla fedeltà. Per perpetrare l'esclusione è necessaria la presenza di un atto positivo di volotnà escludente che può essere anche implicito, rinvenibile nel complesso delle circostanze. Per dimostrare l'esclusione il giudice deve comprendere quale sia stata l'intenzione del contraente non soltanto sulla base delle confessioni dell'asserito simulante ma anche attraverso l'analisi delle circostanze da valutarsi con massima diligenza, al punto che queste possano essere considerate anche la prova fondamentale su cui poggiare la certezza morale da raggiungere.*

Omissis. 1. – **Facti species.** – Partes inter se occurrerunt anno 2005, dum mulier actrix munus docentis in Universitate studiorum perficiebat et conventum in eadem Universitate studiis incumbebat. Mutuo capti adlectique amore iuvenes relationem amatoriam instituerunt quae quattuor vix annos ullis sine peculiaribus difficultatibus producta est. Partes distantem domum habebant, qua re alter alterum fine uniusquisque hebdomadis frequentare solummodo poterat. Mense novembri anni 2008 sponsalia celebrata sunt et conventus matrimonium mulieri eodem mense proposuit, quod statim actrix acceptavit.

Dum praeparationes ad matrimonium perficiebantur, primae dissentiones inter partes in conversatione amatoria adfuerunt. Nuptiae die 2 maii 2009 in ecclesia paroeciali Sanctae Mariae dicata, intra fines dioecesis Vianen. Castelli, celebratae sunt.

Iugalis convictus iam ab intinere nuptiarum difficultates passus est, cum vir conventus modum suum sese gerendi erga mulierem de improviso permutavisset. Itinere voluptuario perfecto, eaedem difficultates deminutae non sunt, sed potius auctae. Aestate eiusdem anni transacta, mulier infidelitatem viri prorsus detexit et, viro instante, mense decembri anni 2009 – septem solummodo mensibus a matrimonio vix transactis – separationem decrevit et pariter instituit. Eodem viro petente, sententia civilis divortii inter partes die 18 maii 2010 prolata est. A matrimonio nulla prolis est enata neque mulier unquam gravida facta est.

2. – Mulier recuperandae suae libertatis gratia introductorium libellum – die 26 maii 2011 subsignatum – Tribunali Ecclesiastico Vianen. Castelli competenti ratione loci celebrationis matrimonii porrexit, matrimonium nullitatis accusans.

Tribunal rite constitutum suam agnoscens competentiam, Partibus citatis, dubium hac sub formula die 22 septembris 2011 concordavit: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob gravem defectum discretionis iudicii in utraque parte necnon ob dolum a viro convento patratum et ob totalem simulationem ab eodem viro*.

Excussis partibus ac quattuor testibus – duobus a sola muliere actrice adductis et duobus ex officio inductis –, aliquibus documentis receptis et peritia ex officio iussa atque obtenta, actis publici iuris factis decretoque conclusionis in causa lato, scripturis defensionalibus receptis, omnibus de iure peragendis rite peractis, Iudices Tribunalis primae curae sententiam votis mulieris actricis partim faventem die 29 augusti 2013 tulerunt, edicentem: *affirmative, seu constare de matrimonii nullitate, in casu, ob gravem defectum discretionis iudicii in viro convento dumtaxat*.

Causa iuxta abrogatum can. 1682 § 1 ad Tribunal superius transmissa est. Tribunali legitime constituto et causa ad examen ordinarium rite admissa, dubium hac sub formula die 22 septembris 2014 concordatum est: *an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob gravem defectum discretionis iudicii in viro convento et subordinate ob exclusam unitatem matrimonii ex parte eiusdem viri conventi*. Nulla suppletiva instructione causae peracta et viro convento absente a iudicio declarato, Iudices secundae curae sententiam votis actricis minime faventem die 14 maii 2015 tulerunt, decernentes: *negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob gravem defectum discretionis iudicii in viro convento*. Adnotandum est capita de dolo et de totali simulatione in secundo iudicii gradu derelicta atque caput circa exclusionem unitatis matrimonii in sententia secundi iudicii gradus pertractatum non esse.

3. – Muliere actrice appellante, causa ad N.A.T. pervenit. Turno die 15 martii 2016 constituto, Patrono ex officio parti actrici die 9 maii 2016 ab Exc.mo Decano adsignato, Ponens (cum patrona partis actricis petivisset ut in formula caput gravis defectus discretionis iudicii in viro convento tantum subintelligendum esset) decreto

diei 13 iunii 2016 dubium hac sub formula concordavit: «An constet de matrimonii nullitate, in casu».

Patrona ex officio – aliquibus receptis documentis a muliere actrice et in actis versis – amplificationem dubii quoad exclusionem boni fidei a viro convento postea petivit, sed Ponens decreto diei 3 octobris 2016 ita decrevit: «Quoad vero amplificationem dubii concordationis, sicut in instantia patronae ex officio diei 22 septembris 2016, videbitur post litteras rogatoriales».

Suppletiva instructio causae perfecta est per auditionem solius viri conventi. Litteris rogatorialibus die 30 maii 2017 receptis, acta eadem die publici iuris facta sunt. Patrona ex officio partis actricis iterum instante, amplificatio dubii die 12 iulii 2017 decreto Collegiali accepta est et dubium causae iuxta formulam genericam statutum est et itidem Patres decreverunt: «Iuvat mentem renovare haec capita nullitatis, in formula dubii nuper concordata, sunt intelligenda: *defectus discretionis iudicii ex parte viri conventi in tertia instantia et, tamquam in prima instantia, exclusio boni fidei ex parte eiusdem viri conventi*».

Scripturis defensionalibus receptis atque commutatis, Nobis tandem hodie dubio rite determinato ac modo relato respondendum est.

4. – **In iure.** – *De gravi defectu discretionis iudicii*. Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier vicissim sese tradunt atque accipiunt ad constituendum matrimonium. Iurisprudentia rotalis, cum agatur de consensu, de *actu deliberato* semper loquitur, id est de actu voluntatis procedente ab intellectu cum *cognitione finis* (*Summa Theologiae* I-II, q. 1, a. 1). Haec enim inveniuntur in psychologia thomista, qua semper iurisprudentia N.S.F. usa est.

Enimvero ad defectum discretionis iudicii dimetiendum haec scite adnotentur: «Cum de iuribus et officiis agatur, non sufficiens est capacitas theoretice intelligendi "matrimonium esse consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua sexuali, procreandam" (can. 1096 § 1), sed postulatur insuper capacitas practice ponderandi tum iura et officia matrimonii tum motiva, quae pro matrimonio contrahendo suadent quaeque ad coniugium celabrandum dissuadent. Sufficit tamen capacitas aestimandi, quin requiratur, ut

contrahens de facto illa aestimaverit». Namque: «Defectus discretionis iudicii praeter necessariam capacitatem criticam seu aestimativam requirit etiam sufficientem usum facultatis electivae ita ut subiectus sese determinare valeat ad matrimonium hic et nunc cum determinata persona celebrandum. Uti legitur in una coram Erlebach: "Non requiritur tamen ut quis perfecte aestimare possit omnia et singula quae respiciunt hoc consortium ineundum vel ut perfecta polleat libertate interna. Sufficit ut sibi efformare valeat iudicium practico-practicum relate ad iura et officia matrimonialia essentialia atque minimam necessariam habeat maturitatem psycho-affectivam essneitlia, ita ut pervenire possit ad determinationem suipsius, saltem sub aspectu essentiali, ita ut haec decisio sit actus vere humanus. Hanc ob rem in can. 1095, n. 2 incapacitas agnoscitur solummodo si nupturiens laboret gravi defectu discretionis iudicii. Obiectum formale consensus sumitur heic nonnisi uti obiectum formale essentiale" (sent. diei 25 octobris 2007, RRDec., vol. XCIX, p. 296, n. 4)» (coram Arellano Cedillo, sent. diei 20 ianuarii 2017, *Katovicen.*, A. 12/2017, n. 4). Verum tamen nullitas matrimonii propter hoc caput nullitatis tantum patet «si tales alterationes seu disfunctiones erodunt sive facultatem cognitivam in perceptione iurium et officiorum essentialium matrimonii, sive facultatem criticam et aestimativam in deliberatione et ponderatione indolis devincientis eorundem iurium et officiorum sive facultatem electivam in exercitio libertatis essentialis et effectivae in muto tradendis et acceptandis praefatis iuribus et officiis» (coram Arellano Cedillo, sent. diei 20 ianuarii 2017, *cit.*, n. 5).

Uti par est in causis ob gravem defectum discretionis iudicii ex can. 1095, n. 2 opere periti vel peritorum utendum est. Has quaestiones late ac fusius Hoc Turnus pertractavit in quibusdam recentibus sentiis ad quas nunc remittitur de quaestionibus cum m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* connexis (cf. coram Infrascripto Ponente, sent. diei 18 octobris 2017, *Nictheroyen.*, A. 190/2017, nn. 5-6; coram eodem, sent. diei 18 octobris 2017, *Sedunen.*, A. 191/2017, nn. 6-7; coram eodem, sent. diei 8 novembris 2017, *Sancti Ioannis Portoricen.*, A. 219/2017, n. 6).

5. – *De boni fidei exclusione.* Cum vero pernota quammaxime sint principia de hac exclusione, pauca verba referre heic tantummodo sufficit.

Quoad definitonem huius exclusionis sic invenimus in iurisprudentia N.S.O.: «In eo qui bonum fidei excludit, inspici debet quaedam voluntas sibi effingendi connubium extra et contra doctrinam ac disciplinam Christi et Ecclesiae, atque ita celebrandi nuptias. […] Ideo, saltem in abstracto, bonum fidei ab uno contrahente excludi potest etiam quin ipse positive cogitet de adulterio patrando seu de habenda concubina instar coniugis; sufficit, e contra, positiva voluntas non tradendi alteri parti ius exclusivum in proprium corpus» (coram Exc.mo Pompedda, sent. diei 16 octobris 1973, SRRDec. vol. LXV, p. 649, n. 4). Et quidem positiva voluntas non tradendi alteri parti ius exclusivum in proprium corpus ab actu positivo simulantis dignoscitur, qui probatur iuxta iurisprudentiam N.F. per probationem directam et indirectam, quae unam constituit viam ad certitudinem moralem adipiscendam et tamen non est hyerarchia ponderis omnium probationum (e.g. coram Abbo, sent. 6 februarii 1969, SRRDec., vol. LXI, p. 139, n. 4; coram Huber, sent. 26 novembris 1993, RRDec. Vol. LXXXV, p.725, n.7). Cum vero adsertus simulans in iudicio desit aut – sicut in praesentiarum – ipse praesens in iudicio simulationem refellat, veritas facti adipisci potest solummodo per applicationem noti brochardi *verbis facta sunt potiora.*

Omnes revera declarationes partium, testibus fidedignis suffultae, secundum criterium nuper relatum cordato iudici cribrandae sunt et in casu valet ratiocinatio: «"animus ab operibus operantis dignoscitur... Nam licet ex verbis bene dignoscatur animus et intentio hominis… facta tamen sunt fortiora ad demonstrandum huiusmodi animum quam verba" (Barbosa, Tractatus varii. I. De axiomatibus iuris, Axioma XXVII). Facta tamen talia esse debent quae explicari nequeunt ex motivis post matrimonium ortis, sed tantummodo ex intentione in contrahendo habita» (coram Pinto, sent. diei 9 aprilis 1973, SRRDec., vol. LXV, p. 361, n. 4). Quam ob rem ex ipso criterio, ad verba ipsa simulantis sedulo applicato, non modo confessio eiusdem simulationis suspecta haberi potest, sed contra ipsa negatio, sicut in causa quae hodie est decernenda.

6. – *De implicita exclusione boni fidei.* «In huius generis causis, saepe intricatis, iudex sollicitus esse debet dignoscendi, ex foro externo, praevalentem nubentis

voluntatem. Ut actus positivus habeatur, non necessario requiritur ut boni fidei exclusio sit in pactum deducta aut explicite manifesta, sed sufficit exclusio implicita, ex circumstantiarum complexu clare percepta. Concessio iuris enim non mere theorica sed realis esse debet. Si mulier ante et post matrimonium intimam relationem quodam cum determinato iuvene aut cum pluribus viris absque interruptione coluerit, fortissima exsurgit praesumpio ius exclusum fuisse. Et ideo si peculiaria adiuncta post nuptias non supervenerint, quae prosecutionem aut novarum relationum instaurationem explicare valeant, pro certo haberi debet simulatum consensum intercessisse» (coram Bruno, sent. diei 24 iulii 1985, RRDec. vol. LXXVII, p. 406, n. 4). Hae vero adnotationes magni fiunt ponderis in hodierna factispecie dimetienda sicut melius in sequenti numero dilucidatae sunt.

7. – *De mediis probationis, praesertim de probatione indirecta et de praesumptionibus iuxta solidatam rotalem iurisprudentiam.* Media probationis ad simulationem dimetiendam dividi solere in probationes directas et indirectas pernotum est. Ad probationes indirectas quod spectat, mens ad praesumptiones vertenda est, quae media sunt probationis (cf. can. 1584) et iuxta principium regulae iuris XLV fundatae videntur: «Inspicimus in obscuris quod est verisimilis vel quod plerumque fieri consuevit».

Enimvero «fundamentum super quo constituitur praesumptio est indicium, hoc est factum ex quo ascenditur, per ratiocinium, ad praesumptionem: illud autem distingui solet leve, grave et gravissimum»; insuper «liquido patet praesumptionem fundari in activitate intellectiva, quae, licet ad certam conclusionem devenire nequeat, ad probabilem tamen tuto pede accedit, ita ut ipsius humanae rationis exigentiis non renuntiet. Nucleum veritatis directe non inspicitur: dantur, tantum, quaedam facta, quaedam circumstantiae, quaedam indicia, quae gressus dirigunt ad ipsam veritatem detegendam: sane, non omnimoda certitudine, sed cum probabilitate quae formidinem errandi excudat in prudenti homine» (coram Exc.mo Pompedda, sent. diei 20 novembris 1989, RRDec. vol. LXXXI, pp. 687-688, nn, 5-6; vide ibidem alia elementa maximi momenti).

Ad dimentiendam nullitatem matrimonii haec scite adnotentur: «In genere qualis fuerit contrahentis intentio iudex in foro externo desumet ex adiunctis et circumstantiis maxima diligentia perpensis, sive antecedentibus, sive concomitantibus, sive subsequentibus matrimonium (cfr. ibid., vol. XVII, 1925, p. 62, n. 2, coram Massimi); idest in probanda simulatione legitime recursus fit ad coniecturas (ibid., vol. XVIII, 1926, pp. 254 ss., n. 5, coram Solieri), immo generaliter nonnisi ex eiusmodi coniecturis argui potest aliquem simulavisse (ibid., vol. XIX, 1927, p. 172, n. 5, coram Grazioli» (coram Ewers, sent. diei 13 februarii 1971, SRRDec., vol . LXIII, p. 122, n. 5). Quare iurisprudentia tenet adiuncta et coniecturas maximi esse momenti in pensitandis actis et in certitudine morali adipiscenda. Namque «in causis nullitatis matrimonii definiendis, adiuncta coniugii non sunt consideranda tamquam simplices confirmationes probationis iam aliunde perfectae. Siquidem in quibusdam casibus adiuncta praecipuum possunt constituere argumentum et aliquando etiam concludens (licet non autonomum), prout scite agnoscitur in una diei 18 ianuarii 1968 coram Abbo apteque illustratur in una diei 31 iulii 1925 coram Jullien (cfr. S. R. Rotae Decisiones, 60 [1968], p. 26, n. 9; et 17 [1925], pp. 308-312, nn. 3-9)» (coram Egan, sent. diei 2 martii 1974, SRRDec., vol. LXVI, n. 10., p. 165).

8. – Solam probationem indirectam iudici, ad iudicium ferendum cum morali certitudine, sufficere animadvertendum est, si facta probata et irrefragabilia sint e quibus deducitur actus positivus voluntatis clare et invicte demonstratus. Revera cum probatione deductiva seu praesumptiva utitur, necesse est ut illud *quae singula non prosunt, collecta iuvant* obtemperatum iri, sed secundum quid, et quidem hoc axiomate satisfaciendo: «Tantus enim potest esse cumulus indiciorum ut sufficienter explicari non possit, nisi supposita veritate facti, de quo quaeritur. Totum autem pendet a prudenti aestimatione et persuasione iudicis» (F.X. Wernz – P. Vidal – F. Cappello, *Ius canonicum*, *De processibus*, vol. VI, Romae 1949², p. 485, n. 520). Hic modus ratiocinandi in processibus de matrimonii nullitate declarandis applicatur tum a iurisprudentia N.A.F (e.g. coram Pinto, sent. diei 22 aprilis 1974, RRDec., vol. LXVI, pp. 272-281; coram Exc.mo Pompedda, sent. diei 20 novembris 1989, *ibid.*,

vol. LXXXI, pp. 687-689, nn. 5-9) tum a iurisprudentia S.C. Concilii (Ead., *Resolutio dubii 1 februarii 1868*, in ASS 3 [1867] p. 408, n. 4) et demum tum a iurisprudentia S. Congregationis S. Officii: «Facta enim duplici ratione ostendi possunt, vel per testes aut documenta fide digna, quae facta directe et immediate demonstrent; quae probatio *legitima* dicitur; vel per cumulum, maiorem vel minorem, indiciorum, coniecturarum et praesumptionum, qui cumulus explicari prudenter non posset, si non supponatur factum de quo quaeritur: haec secunda factorum probatio, quamquam non stricto sensu legitima, sed *aequipollens* appellatur, deficiente prima legitimaque probatione, in iudiciis cum quodam prudenti Iudicis arbitrio admitti solet» (S. Officium, *Instructio ad probandum obitum alicuius coniugis «Matrimonii vinculo»*, 13 martii 1868, in ASS 6 [1870] p. 442).

9. – **In facto.** – *De gravi defectu discretionis iudicii in viro convento*. Haec causa Patribus Infrascriptis facilis solutu iam a prima instantia videbatur.

Enimvero perdifficile est pro nullitate huius matrimonii in casu concludere, quippe quia omnia desunt essentialia elementa probatoria ad gravem defectum discretionis iudicii in viro convento in casu demonstrantia. Cum res ex actis clarae omnimodo sint, tota quaestio paucis verbis absolvi potest. Iuxta iurisprudentiam N.F. peritiae omnes in actis fundari debent, ut aliquem quidem habeant probatorium valorem.

At – uti ex actis patet – peritia ex officio immaturitatem in viro improprie detegit, quamquam vero facta gravia et alicuius momenti in ipsis non inveniuntur. Hoc in sensu etiam Tutrix vinculi deputata H.A.T. ratiocinat, quas adnotationes accipiendas esse Patres Infrascripti censent. Namque: «Non pauca ex tabulis processualibus constant quae impediunt quominus actricis thesis morali cum certitudine admittatur: a) nulla ardua facta in relationibus viri cum suae familiae membris adsunt; b) nullum factum praebetur ex quo anomalia sustineri possit; c) nemo, ante nuptias, ullam abnormitatem vel quaedam immaturitatis psychologica affectivae signa in sese gerendi modo conventi notavit [...]; d) nulla gravis abnormitas apparuit quae obstitisset aequae maturationi psycho-affectivae viri; e) non constat virum conventum, tempore praenuptiali ac durante vita coniugali,

curatum fuisse propter aliquam personalitatis deordinationem, neque evincitur eum ad medicorum consilium recurrisse, neque ullum habetur documentum periti in re psychica vel saltem alicuius medici; f) tempore quo nuptiae celebratae sunt vir conventus tricesimum tertium suae aetatis annum agebat».

Qua re – instructione huius causae sic stante – Iudices primae curae in decernendo erravisse quammaxime patet. Namque peritiam ex officio accipiendam non esse Patres censent, quoniam latior praemissis ullo sine dubio omnimodo videtur et quidem in actis non fundata et praesertim in biographia viri et ipsius matrimonii.

Cum peritus ex officio insuper de immaturitate viri loquatur, nullam aliam descriptionem adducit et quidem, in casu, an gravis sit an non; quod adiunctum minimi momenti non est habendum. Quam ob rem Patres Infrascripti hoc de capite iudicium pro vinculo hodie ferunt.

10. – *De exclusione boni fidei a viro convento*. Hoc caput nullitatis Patribus facile solutu minime videtur, quippe quia conventus (adsertus simulans) thesim mulieris tum in primo tum in tertio iudicii gradu strenue obloquitur; in secundo vero coram iudice se sistere renuit.

Patres Infrascripti in cribrandis actis per viam deductivam procedunt, applicando in casu illud *quae singula [demonstrata] non prosunt, collecta adiuvant* (cf. supra nn. 6-8).

a) Probatum est in actis conventum – matrimonio cum actrice pessum ito – relationem cum quadam muliere statim instituisse (postea reverea in uxorem ductam) a qua filios etiam habuisse; vir relationem cum eadem antea matrimonium instruxit atque post matrimonium non franxit. Conventus ipse nomem huius mulieris in iudicio profert et iudices rogati probationem quoque documentalem hac de re adducunt. Haec mulier in iudicium vocata est, sed ea coram iudice se sistere renuit.

b) Ex actis probatum est partes primas difficultates in conversatione amatoria gerenda aliquibus mensibus antea matrimonium solummodo passae sunt (mulier et testes fidedigni hoc in sensu unanimiter corrivant) et hoc accidit tantummodo ob

modum agendi viri conventi omnimodo diversum (mulier et testes particuliaria hac de re referunt). Vir in itinere voluptuario indolem peculiarem patefacit – uti perbene mulier describit – et ipse quoque sexuales intimitates cum comparte frequenter amplius habere non cupit. Difficultates inter partes iam mense iulio eiusdem anni matrimonii magnae factae sunt et eodem in mense mulier infidelitatem viri etiam detegit (mulier hac de re particularia singillatim describit). Mense novembri eiusdem anni partes decisionem rumpendi conviventiam ceperunt, quae mense decembri in actum deducta est. Die 18 maii 2010 – uno fere anno a celebratione matrimonii transacto – sententia civilis divortii inter partes prolata est. Mulierem actricem et eiusdem testes optimum testimonium credibilitatis recipere, diversiomode actorem animadvertendum est, qui – etiamsi asserit se ecclesiam praoecialem frequentare – a parocho suae paroeciae nullum testimonium hac de re recipere potest; quod adiunctum minimi momenti non est existimandum. Mulier demum constans et sibi cohaerens reperitur, vir autem non semper hoc in sensu praedicari potest.

11. – Haec omnia elementa singula sumpta atque singillatim considerata nullius momenti (vel fere) videri Patres censent, sed collecta atque insimul pensitata satis probantia reperiuntur, quippe insuper quia maxime congruentia cum probatione documentali a muliere adducta etiam videntur (agitur verum de quadam "chat" et de quibusdam "e-mail"; de modo quo mulier haec documenta invenit in percontatione sua clare alloquitur), etiamsi revera a viro non recognita: una ex parte hoc imputandum est ad serotinam petitionem completionis eiusdem instructionis, cum omnia acta ad tribunal rogatum interdum missa sint; ex altera ad voluntatem viri: conventus mense octobri 2016 a tribunali rogato percontatus est et mense februarii 2017 ab eodem tribunali, his receptis documentis, altera vice vocatus est, sed ipse hac vice se sistere coram iudice renuit.

12. – Facta omnia supra relata congruentia cum elementis in probatione documentali a muliere actrice adductis reperiuntur, quae sic perbreviter intelligi possunt: infidelitas viri duobus mensibus a celebratione matrimonii ab actricte reperta, plene congruens cum ipsis documentis invenitur; haec infidelitas plene

explicat modum agendi viri antea matrimonium omnino diversum, sicut mulier in actis perbene describit: in quadam epistula dignoscitur relationem viri cum eadem puella – quae nunc is eam in uxorem duxit – quinque mensibus antea matrimonium institutam fuisse; relationem cum eadem puella vir tempore matrimonii coluit; vir eandem puellam in uxorem duxit; vir ab eadem puella filios recenter habuit; quam ob rem documenta a muliere adducta modum agendi viri tempore matrimonii – sic perbreviter ducti – clare explicare videntur, etiamsi vero ipse his de rebus contra sileat. Demum vir mulierem actricem deserit ob eandem puellam et propter eandem rationem divortium ab actrice petiit.

13. – Vir sua ex parte tum in scriptis ad Tribunal missis tum in vadimonio coram Rota peracto haec elementa strenue denegat; sed Patribus vir minus credibilis quam mulier videtur, omnibus actis causae penitus cribratis. Enimvero iuxta effatum iuriprudentiae N.S.F., cum partes obloquantur, biographia ipsius matrimonii criterium princeps ad iudicium ferendum Iudicibus esse debet.

Namque biographia ipsa istius matrimonii non cum verbis a viro in iudicio prolatis, sed cum factis reapse probatis, in iudicio ab eodem ductis, congruens maxime reperitur. Quapropter iudici illud *verbis facta sunt potiora,* ad iudicium ferendum, ob oculos semper habendum est et in casu modus agendi viri implicite denuntiat virum bonum fidei exclusisse, cum matrimonium celebraverit.

Si acta causae demum hac sub perspectiva iterum perleguntur et ictu oculi nunc cribrantur, patet causam nubendi viri conventi sat debilem fuisse (modus agendi viri in contextu matrimoniali haec maxime in lucem affert) et contra causam simulandi eiusdem conventi quammaxime fortem. Patres causam simulandi proximam inveniunt in defectu amoris viri conventi erga mulierem actricem. Has omnes res virum duxisse – sicut perbreviter dictum est – ad consensum simulatum emittendum, sic Patres Infrascripti censent. Quam ob rem – si acta hac sub perspectiva intelliguntur – thesis a patrona ex officio partis actricis, in Restrictu iuris et facti perspicuo modo relata, in casu fit relevans. Tutrix vinculi deputata aptas rationes pro vinculo adducit, sed facta ac circumstantiae omnes, insimul pensitatae,

ad unum ducunt – sic Patribus videtur – ad nullitatem huius matrimonii recognoscendam et quidem hodie propter hoc allatum caput declarandam.

14. – Quibus omnibus cum in iure tum in facto rite perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, pronuntiamus et definitive sententiamus, ad propositum dubium respondentes: *Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum fidei a viro convento dumtaxat; vetito eidem viro convento transitu ad alias nuptias inconsulto Ordinario loci.*

[...]

Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium administris, ut hanc Nostram sententiam notificent omnibus quibus de iure et exsecutioni tradant ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 24 ianuarii 2018.

David Salvatori, *Ponens*

Abstract: Judging the causes of marriage nullity *ob exclusum bonum fidei* we often encounter the practical difficulty of a lake of collaboration of the spouse who has implemented the exclusion. Through the analysis of an unprecedented Rotal sentence, this contribution aims first to analyze the objective content of the *bonum fidei*, distinguishing it from the essential property of the unit. It whwn will explore the subjective act of the exclusion,that is the positive act of will, in its possible dimension of implicit simulation. Lastly it will analyze the probative aspect of this mode of implementation of the simulation showing how, through the use of the circumstances and the presumptive evidence, we can reach moral certainty even in the absence of judicial or extrajudicial confession of the asserted simulant part.

Key words: Rotal jurisprudence; partial simulation; bonum fidei; implicit simulation; evidence; indirect proof; circumstances; presumptions.