***JUS*- ONLINE**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 2/2017

MARTA BERTOLINO 2
Le parole del diritto e le parole della scienza: un difficile dialogo su questioni di prova penale

MARCO ALLENA 35
Nuovo codice doganale e disciplina del valore: alcune riflessioni sulla ricomprensione delle *royalties* alla luce delle novità introdotte

G. MARIA ANTONIETTA FODDAI 61
Reshaping the practice of Justice: the Case of Collaborative Law

PAOLO LEPORE 89
A proposito di presunti vincoli concernenti il '*rei publicae polliceri' ob honorem*

MARIA LUISA BICCARI 114
Diritti fondamentali dell'uomo e diritto romano: tra valori di civiltà e *ius naturale*

FRANCESCA GALGANO 139
Diversità culturale e identità di gruppo nei Cristiani della romanità tardoantica

ROSANNA ORTU 160
Plaut. *Rud.* 975 «*Mare quidem commune certost omnibus*»

MANLIO MIELE 190
Strumento codificatorio ed ordinamento ecclesiale.
Parergo ad una celebrazione dei cent'anni della codificazione piano-benedettina

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Marta Bertolino

Professore ordinario di Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Le parole del diritto e le parole della scienza: un difficile dialogo su questioni di prova penale

SOMMARIO: - 1. Scienza e diritto di fronte alla prova. - 2. La scienza del processo: criteri di scientificità a confronto. - 3. Questioni aperte e rilievi critici a proposito dei giudizi di scientificità e affidabilità scientifica del sapere esperto. - 4. Quale giudice per quale conoscenza specialistica.

1. Scienza e diritto di fronte alla prova**

La scienza viene sempre più spesso invocata dal diritto sia in funzione ricostitutiva di categorie dommatiche più o meno tradizionali sia e soprattutto in funzione di sostegno probatorio in sede processuale. Da quest'ultimo punto di vista si solleva la questione, quanto mai attuale e comune ai diversi rami dell'ordinamento, su quale sia il ruolo da riconoscere al giurista e in particolare al giudice che si confronta con il sapere esperto.

L'interrogativo che si pone allora circa quali saperi per il giudice, nell'ambito penale si è presentato in primo luogo e in termini ineludibili con riferimento al concetto di causa penalmente rilevante e al relativo accertamento. Possiamo dire che è proprio su tali problematiche causali[1] che in Italia il discorso giuridico post-moderno si intreccia indissolubilmente con quello delle scienze empiriche, dando vita ad una svolta decisiva e di non ritorno a favore di un approccio interdisciplinare, che subito va oltre la materia della causalità.

Questo approccio si insinua e dà struttura in particolare allo sforzo di fondare il diritto penale delle garanzie costituzionali. È la stessa Corte costituzionale

---

*Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*
** Destinato agli Scritti in onore di Carlo Castronovo.
[1] Cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 1975, *passim*.

a riconoscerlo, allorché attribuisce un rilievo, anzi una funzione, giuridico-costituzionale alla scienza e ai dati da essa prodotti[2]. Da questo approccio emerge l'esigenza di accertamenti probatori, e quelli causali ne sono un esempio significativo, ancorati a un metodo rigorosamente scientifico e l'inaccettabilità di facili, semplicistiche, spiegazioni probabilistiche. Come scrive attenta dottrina penalistica, «ai tribunali e alle giurie non è permesso pronunciare una sentenza per la quale l'accusato ha commesso probabilmente il reato»[3].

Ciò che occorre è una probabilità altamente qualificata, per il cui conseguimento è necessario affidarsi alla scienza competente e al metodo scientifico. Questo modello probabilistico è quello che viene rivendicato anche per l'accertamento della causalità nella responsabilità civile. Nel ripercorrere lo sviluppo dialettico dottrinale e giurisprudenziale in proposito, la dottrina conclude che «il guadagno consentito dal dibattito sulla causalità, … non va conseguito con il tentativo di imbrigliare con standard arbitrari il libero convincimento, bensì di nutrirlo il più possibile di consapevolezza scientifica perché sia massimamente controllabile»[4]. Questo è il punto d'incontro della causalità civile e della causalità penale, che va al di là della questione delle formule di accertamento di essa, quella dell'"oltre il ragionevole dubbio" in sede penale, quella del "più probabile che no" in sede civile. Formula, quest'ultima, che viene tuttavia contestata da chi non accetta il processo di allontanamento degli elementi della fattispecie della responsabilità civile da quelli della responsabilità penale anche con riferimento all'elemento della causa rilevante. Se, infatti, tutte le leggi scientifiche debbono essere considerate

---

[2] V. S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica,* in *Pol. dir.*, 2 (2015), p. 271, e, da ultimo, E. Cheli, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionali agli indiritzzi della giurisprudenza costituzionale*, in Aa. Vv., *Giurisprudenza e scienza*, Roma 2017, p. 63 e ss. In una prospettiva comparatistica v. F. Benatti, A. Gambaro, *La nozione di scienza nei testi costituzionali e nella giurisprudenza delle corti supreme: un panorama globale, ivi*, p. 15 e ss.

[3] F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, p. 339 e ss., spec. p. 371 s., per il quale l'unico criterio probabilistico praticabile per il giudice rimane quello della probabilità vicinissima a uno.

[4] C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa dir. priv.*, (2008), p. 822.

probabilistiche[5], la causalità risponde a un unitario «giudizio probabilistico nel quale la causalità da risultanza naturalistica o di esperienza …, scade a mera valutazione assistita dal riferimento statistico»[6]. Conseguentemente, sarebbe da scartare l'idea che il processo di sussunzione sotto leggi causali di copertura possa portare al riconoscimento della sussistenza di tale nesso in base ad un diverso standard di prova[7], ossia di un grado di conferma probatoria dell'ipotesi esplicativa, quando sia superata la soglia dell'oltre il ragionevole dubbio per la responsabilità penale e invece quella del "più probabile che no" per la responsabilità civile[8]. Lasciate, insomma, le rive sicure e comuni della causalità naturalistica del positivismo scientifico, il modello moderno della causalità probabilistica non autorizzerebbe comunque un approccio meno rigoroso di accertamento causale quando si tratta della responsabilità civile, in ragione di una discutibile diversità strutturale e funzionale di quest'ultima rispetto alla responsabilità penale. Anche per la causalità in sede civile, una volta assimilata a quella penale, si rivendica dunque una serietà di accertamento che solo la formula della *condicio sine qua non*, applicata con rigore e metodo scientifico, sembra potere assicurare. È infatti proprio «la sussunzione in leggi scientifiche» che «innerva» il libero convincimento del giudice «di saperi che, seppure non possono sostituire l'esperto al giudice nel compito della decisione, non consentono tuttavia a quest'ultimo di ignorare le spiegazioni approntate dal primo»[9].

---

[5] Cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche*…, cit., p. 308.

[6] C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea,* cit., p. 814.

[7] Sui diversi possibili standard probatori, v. M. Taruffo, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, (2016), p. 350 s. e ivi la bibliografia.

[8] In tal senso, invece, F. Stella, *Giustizia e modernità*…, cit., p. 371, secondo il quale «è la regola dell'oltre ragionevole dubbio il criterio di riferimento indispensabile per capire a quali leggi scientifiche il giudice debba far riferimento nella spiegazione causale, nel processo penale; diversamente stanno le cose nel processo civile: qui il criterio di riferimento cambia, perché è costituito dalla regola del più probabile che no, regola che consente perfino il ricorso agli enunciati propri della epidemiologia e della causalità generale quando gli enunciati segnalino un aumento del rischio, nella popolazione, superiore al 50%».

[9] C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, cit., p. 821 s. Dello stesso avviso sembra essere la giurisprudenza, quando afferma: «L'azione civile che viene esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen. e 74 cod. proc. pen; con la conseguenza che nella sede civile, coinvolta per effetto della presente pronunzia, la natura della domanda non muta. Si dovrà cioè valutare incidentalmente l'esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, alla luce delle norme che regolano la responsabilità penale; prima tra tutte

Si tratta di una prospettiva che rimanda ad una più generale dimensione interdisciplinare del diritto, che chiede aiuto ai diversi saperi scientifici e, fra questi, anche a quelli della filosofia della scienza e dell'epistemologia, da quella classica a quella storiografica. È, infatti, quest'ultimo sapere che fornisce al giudice le conoscenze di metodo e di consapevolezza scientifica, necessarie per svolgere corrette valutazioni probatorie e poter così fare affidamento su una scienza nel processo e del processo, che sia veramente "scienza" e non scienza-spazzatura. Si teorizza dunque una costruzione giuridica della scienza[10], che rappresenti per l'organo giudicante la bussola verso decisioni effettivamente al di là di ogni ragionevole dubbio, fondate cioè su prove scientificamente affidabili, al punto che «il dato probatorio acquisito lasci(a) fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili "*in rerum natura*", ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»[11]. Ma, pur con queste precisazioni che dovrebbero chiarire che cosa significhi per la prassi accertamento di responsabilità

---

quella della causalità omissiva alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza sopra richiamata», Cass. 17 marzo 2015, CED 262708 con riferimento alla questione del risarcimento dei danni per colpa medica; conf. Cass. 1 luglio 2016, CED 267730; Cass. 31 ottobre 2016, CED 268517, la quale in particolare ribadisce che «il giudice civile del rinvio è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del diritto penale e non facendo applicazione delle regole proprie del diritto civile».

[10] «Con un volo vertiginoso si può affermare che nell'ultimo decennio si è passati da una scientizzazione del processo penale (e cioè da un dominio della scienza sul processo) ad una processualizzazione del metodo scientifico. E tale evoluzione costituisce una ulteriore conferma di quella che potremmo definire *valenza epistemologica universale* del contraddittorio» (C. Conti, Iudex peritus peritorum *e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, (2008), p. 31).

[11] Cass., 29 luglio 2008, CED 240763; v, anche, Cass., 27 aprile 1995, CED 201152, che a proposito della utilizzabilità del criterio della verosimiglianza e delle massime di esperienza per la tenuta dell'ipotesi accusatoria afferma: «Nella valutazione probatoria giudiziaria – così come, secondo la più moderna epistemologia, in ogni procedimento di accertamento (scientifico, storico, etc.) – è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime d'esperienza. È tuttavia necessario – affinché il giudizio di verosimiglianza sia logicamente e giuridicamente accettabile – che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile. Allorché viene offerto di provare che ciò che appare simile al vero contrasta con il reale accadimento, quando cioè venga dedotta una prova avente ad oggetto proprio la falsificazione/validazione, nel caso concreto, della massima d'esperienza, la mancata ammissione della prova non consente di ritenere logicamente per vero ciò che appare solo verosimile … una conclusione può ritenersi per vera, solo se ha resistito alle spiegazioni alternative»; conf. Cass., 25 novembre 2014, CED 261220.

penale "al di là di ogni ragionevole dubbio", controverso rimane ancora cosa si debba intendere per prova scientifica o scientificamente affidabile[12].

2. La scienza del processo: criteri di scientificità a confronto

Per comprendere meglio il dibattito tuttora in corso sul concetto sostanziale e processuale di prova scientifica sembra utile volgere lo sguardo, oltre che alla prassi italiana, all'esperienza americana, dove da anni il confronto sulla scientificità della prova continua ad essere all'ordine del giorno dell'agenda della ricerca, ma anche di quella dei giudici, che con la prova si confrontano quotidianamente, e che, come anche in Italia, si interrogano su quale debba essere la loro posizione di fronte alla scienza che entra nel processo[13]. Sul punto una risposta sembra ormai unanime: ad essi non si chiede di essere scienziati, ma "custodi del metodo scientifico"[14], e cioè attenti verificatori e consumatori di leggi e di conoscenze scientifiche[15].

Il riconoscimento in questi termini del ruolo del giudice è presente anche nella giurisprudenza italiana; cosa che rende più certa l'idea che questo si possa

[12] Cfr. in proposito, fra la estesa letteratura, da ultimo, M. Taruffo, *La prova scientifica*…, cit., pp. 335 e ss. e ivi la bibliografia; anche G. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2016), p. 1198 e s. Osserva da ultimo come la prova scientifica sia «destinata sempre più a svolgere un ruolo di straordinario rilievo nel ragionamento e nella decisione giudiziale, perché essa si rivela potenzialmente idonea ad accorciare i tempi e gli spazi dei "*percorsi di verità*" e a ridurre l'area del ragionevole dubbio» G. Canzio, *Introduzione*, in M. Bertolino, G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Napoli 2015, p. 16, il quale ricorda anche che le «coordinate del processo penale moderno sono, pertanto, le ipotesi, le prove, i fatti, la verità, il dubbio» (citazione di p. 16).

[13] Sull'importanza delle prove scientifiche che le scienze forensi possono fornire ai giudici al fine di prevenire il rischio di errori giudiziari, che un uso distorto di tali prove o la non affidabilità di esse può provocare, si sofferma anche Barack Obama, v. B. Obama, *Commentary: The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, in *Harvard Law Review*, 130 (2017), p. 660 e ss.

[14] Viene per la prima volta attribuita questa funzione al giudice nella nota sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), sulla quale v. *postea* nel testo, e in particolare il giudice Blackmun usa il temine *gatekeeper*. Ritiene che la sentenza *Daubert* abbia rappresentato inizialmente una modesta rivoluzione politica, ma che col tempo si sia trasformata in una rivoluzione scientifica e che quindi debba essere conosciuta «for the intellectual transformation it imposed on the law» D. Faigman, *The* Daubert *Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science*, in *University of California Law Rev.*, 46 (2013), p. 895 s.

[15] Per aiutare i giudici in questo compito, negli USA, è stato redatto un importante manuale, che dovrebbe insegnare come affrontare le diverse questioni scientifiche; su di esso e in generale sulle soluzioni introdotte per la formazione ed educazione scientifica dei giudici americani si rinvia alla sintesi di S. Arcieri, *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il* Reference Manual on Scientific Evidence, in *Dir. pen. cont.,* 6 marzo 2017; Id, *La* National Commission on Forensic Science (NCFS). *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti – Parte II*, *ivi*, 20 marzo 2017.

annoverare fra le acquisizioni della modernità. D'altra parte, è la più recente Cassazione ad ammettere che la nozione del giudice "peritus peritorum" è «ormai obsoleta e di assai dubbia credibilità. In effetti, l'antico brocardo esprime un modello culturale non più attuale e, anzi, decisamente anacronistico, quanto meno nella misura in cui pretenda di assegnare al giudice reale capacità di governare il flusso di conoscenze scientifiche che le parti riversino nel processo, ove invece una più realistica impostazione lo vuole del tutto ignaro di quei contributi, che sono il frutto di un sapere scientifico che non gli appartiene e non può – né deve – appartenergli»[16]. Ma, prosegue la Corte, la presa d'atto di questa «legittima ignoranza» del giudice non significa «acritico affidamento», che comporterebbe «sostanziale rinuncia al proprio ruolo, mediante fideistica accettazione del contributo peritale, cui delegare la soluzione del giudizio e, dunque, la responsabilità della decisione». Ciò premesso, i giudici di legittimità, riconosciuto che «non esiste una sola scienza, portatrice di verità assolute ed immutabili nel tempo, ma tante scienze o pseudoscienze …», concludono affidando al giudice il compito di controllore della prova scientifica, quale garante di un risultato che possa essere considerato attendibile. A tal fine, si chiede al giudice di verificare proprio la «scientificità del metodo adoperato», oltre al margine di errore, all'obiettiva valenza ed attendibilità

[16] Cass., 7 settembre 2015, CED 264863, pp. 33 s., imp. Knox e altri; mentre Cass., 13 dicembre 2010, CED 248943, imp. Cozzini e altri, non sembra voler rinunciare alla definizione del giudice come *peritus peritorum*, là dove afferma che «il giudice è effettivamente, nel senso più alto, *peritus peritorum*: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo»; su tale esplicita determinazione del principio *iudex peritus peritorum* operata dalla Corte, v., da ultimo, G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica,* in *Dir. pen. cont*., 8 maggio 2017. In dottrina, sulla problematicità della tradizionale funzione del giudice come *peritus peritorum*, che rappresenta un paradosso, poiché «prima il giudice domanda il parere ad un esperto, perché riconosce di essere tecnicamente impreparato a risolvere un certo problema, ma quando si tratta di valutare se il parere fornitogli sia corretto, il giudice ritorna inspiegabilmente ad essere competente, anzi più competente di colui al quale ha appena chiesto aiuto ammettendo la propria ignoranza», v. L. Masera, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello* iudex peritus peritorum, in *Corr. merito*, (2007), p. 351 e ss., il quale, peraltro, ritiene che la scelta a favore di un esperto da affiancare al giudice neutrale rispetto alle parti sia la scelta migliore, soprattutto quando vi sia una forte discordanza fra i pareri dei consulenti di parte. L'accertamento peritale garantirebbe, infatti, «che la carenza di specifica preparazione tecnica del giudice non lo induca a fare affidamento sulla tesi di un esperto che, nella sua qualità di consulente di parte è giocoforza indotto a rappresentare in termini appunto "di parte" lo stato della conoscenza scientifica». Conseguentemente, si riconosce la possibilità astratta di un giudizio scientifico *super partes*, rispetto al quale ricade sul giudice il compito «di verificare se *in concreto* il giudizio del suo perito sia davvero affidabile» (citazione di p. 354 s). V. anche nota seguente.

del risultato conseguito e all'attendibilità soggettiva di chi sostenga tale risultato. In breve, il giudice deve assumere il ruolo di custode: egli «scrutina e, se del caso, recepisce le informazioni rese da un esperto in giudizio sotto la sorveglianza di altri esperti»[17].

In queste affermazioni riecheggiano le parole del diritto dei giudici americani delle note sentenze *Daubert*, *Kuhmo*, *Joiner*[18]. In particolare, com'è noto, è con la sentenza *Daubert* del 1993 che si affronta in maniera sistematica e razionale la questione della validità scientifica delle prove presentate sotto forma di pareri di esperti, da sottoporre alla giuria per la decisione finale sulla responsabilità o meno dell'autore. È in tale occasione che si riconosce al giudice il compito di controllore e di custode dell'affidabilità scientifica di tali saperi, di c.d. *gatekeeper*, compito che egli può e deve esercitare utilizzando i seguenti e ormai famosi criteri di scientificità[19]: la verificabilità e falsificabilità della teoria; la c.d. *peer review*, cioè la pubblicazione e diffusione delle ricerche e delle teorie che si vogliono accreditare all'interno del processo; la conoscenza del tasso, del margine di errore della teoria da impiegare; e, infine, la generale accettazione della teoria da parte della relativa comunità scientifica, il *Frye test* introdotto nel 1923[20]. La decisione *Joiner* del 1997 rappresenta

---

[17] G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*…, cit., e ivi la bibliografia, al quale si rinvia per un'attenta analisi del ruolo superperitale del giudice e dei possibili, diversi modi di comprenderlo. Sottolinea l'importanza del contraddittorio sulla scienza, poiché «la ricostruzione scientifica più plausibile è quella che "resiste all'urto del contraddittorio tra gli esperti"», anche C. Conti, Iudex peritus peritorum…, cit., p. 30 e ss., che sottolinea che, se la valutazione è «il tallone d'Achille della prova scientifica», il rimedio «consiste nel valorizzare al massimo il contraddittorio con i consulenti tecnici». In giurisprudenza v. Cass. 15 dicembre 2016, CED 268555.

[18] *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals,* cit.; *General Electric v. Joiner* (1997); *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (1999).

[19] A questi criteri ne andrebbe aggiunto un quinto, elaborato nella decisione finale della vicenda *Daubert v. Merrel Dow Pharm.,* quello relativo al fatto che il lavoro scientifico su cui si fonda il parere esperto è estraneo alla causa, non è stato cioè realizzato ai fini del processo, perché se così fosse sarebbe per sua natura meno affidabile rispetto ad una ricerca indipendente, cfr. S. Haack, *The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience*, in *Humana.Mente J. Philosophical Studies*, 28 (2015), p. 52.

[20] *Frye v. United States*, 293 F. 1013 D.C. Cir. 1923. Come è noto, per il *Frye test* bastava che la spiegazione esperta fosse accettata come valida dalla comunità scientifica di riferimento. La *Frye Rule* è stata giudicata da esperta dottrina «*conservative in intent*», in quanto introdotta al fine di escludere idee scientifiche non testate e altamente speculative, rinviando al settore di competenza per il giudizio, ma anche «*very flexible*», per non dire «*easily manipulated*», in particolare se il campo scientifico di riferimento viene delimitato. Mentre, se pure con la decisione *Daubert* i giudici intendevano liberalizzare lo standard di ammissibilità della prova esperta, gli effetti derivanti dall'applicazione dei fattori *Daubert, Joiner* e *Kumho* avrebbe reso alla fine tale

una delle prime applicazioni di tali criteri per scrutinare, in maniera indipendente e senza atteggiamenti deferenziali verso l'esperto che lo ha redatto, l'affidabilità del parere specialistico, mentre la sentenza *Kuhmo* di qualche anno successiva estende l'ambito di operatività dei criteri a tutte le discipline tecniche[21].

Da queste sentenze derivano i criteri di scientificità che anche in Italia sono al centro del dibattito dottrinale e che la giurisprudenza italiana ha accolto in importanti sentenze precedenti a quella del 2015 appena richiamata, come la già ricordata sentenza Cozzini del 2010[22] o la più recente sentenza Cantore del 2013[23]; ma vale la pena ricordare anche la sentenza Raso, a Sezioni unite del 2005[24], in tema di imputabilità. In esse leggiamo significative "istruzioni" metodologiche su come il giudice debba confrontarsi con il sapere esperto[25].

È, peraltro, nella decisione del 2010 che troviamo, com'è noto, un esplicito rinvio ai criteri Daubert e una integrazione degli stessi per risolvere situazioni in cui «vi siano tesi in irrisolto conflitto». Nella consapevolezza dell'immanenza in tali situazioni del rischio per il giudice di rifugiarsi in argomentazioni sorrette da un uso retorico della scienza, i giudici di legittimità invitano la prassi che si accosta al sapere scientifico ad "ancorare" le decisioni a sicure "bitte", che per la Corte sono costituite da alcuni criteri irrinunciabili. Secondo la Corte infatti «per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi

---

standard non meno ma più restrittivo nelle cause civili, e molto meno in quelle penali, cfr. S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 48 e 59, alla quale si rinvia per una chiara e completa ricostruzione della vicenda americana in tema di prova scientifica. Ritiene che i criteri *Daubert* abbiano introdotto uno standard maggiormente flessibile rispetto al criterio della generale accettazione della regola *Frye*, nella dottrina italiana, da ultimo, A. Corda, *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale,* in *Ragion pratica,* (2016), p. 367, al quale si rinvia per una descrizione del concetto di neuroscienze e dei rapporti fra queste ultime e il diritto.

[21] Su tali sviluppi e in generale sulla sentenza *Daubert*, la letteratura sia nazionale che internazionale è ormai molto estesa. Per una sintetica ricostruzione della vicenda, v., fra le più recenti, S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 45 e ss.; nella letteratura italiana, cfr. M. Taruffo, *La prova scientifica*…, cit., p. 335 e ss.

[22] Cass., 13 dicembre 2010, cit.

[23] Cass., 29 gennaio 2013, in *Riv. it. med. leg.*, (2013), p. 1419 e ss., imp. Cantore.

[24] Cass., sez. un., 8 marzo 2005, CED 230317, imp. Raso.

[25] Sull'atteggiamento della giurisprudenza italiana verso i criteri *Daubert* prima della sentenza Cozzini del 2010, v. P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri* Daubert *sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza,* in *Dir. pen. proc.*, (2011), p. 1341 e ss.

fattuali sulle quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove». E, si conclude: «D'altra parte, in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti»[26].

---

[26] Cass., 13 dicembre 2010, cit.; conf. Cass., 8 maggio 2014, CED 262139, imp. Negroni e altri. E, da ultimo, Cass., 9 marzo 2016, CED 267567, imp. Minichini: «In tema di responsabilità per colpa medica, qualora sussistano, in relazione a pluralità di indagini svolte da periti e consulenti, tesi contrapposte sulla causalità materiale dell'evento, il giudice, previa valutazione dell'affidabilità metodologica e dell'integrità delle intenzioni degli esperti, che dovranno delineare gli scenari degli studi e fornire adeguati elementi di giudizio, deve accertare, all'esito di una esaustiva indagine delle singole ipotesi formulate dagli esperti, la sussistenza di una soluzione sufficientemente affidabile, costituita da una metateoria frutto di una ponderata valutazione delle differenti rappresentazioni scientifiche del problema, in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Altrimenti potendo concludere per l'impossibilità di addivenire ad una conclusione in termini di certezza processuale». Parla di «manifesto metodologico» a proposito della sentenza Cozzini F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in M. Bertolino, G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica*…, cit., spec. p. 69 e ss., nel ricostruire il dibattito probatorio della giurisprudenza penale in tema di morti da amianto.

È proprio nella sentenza appena esaminata che la giurisprudenza italiana sembra voler mettere compiutamente a frutto gli insegnamenti della prassi americana, integrandoli, per risolvere complesse questioni probatorie. E, fra quelli accolti, il criterio che risulta trovare maggiore successo e al quale sembra riconoscersi una particolare forza persuasiva anche fra i giudici italiani rimane ancora quello del preponderante, condiviso consenso della comunità scientifica[27]. è, questo, d'altra parte, il criterio che per anni, a partire dalla decisione *Frye*, ha fatto da guida ai giudici americani e che non viene dunque messo da parte, ma affiancato da nuove regole metodologiche di giudizio che, alla fine, dovrebbero confortarlo, nel senso di confermare l'affidabilità scientifica di un sapere che già "circola" e ha trovato accoglimento nella comunità scientifica.

Interessanti anche le "istruzioni" della sentenza Cantore. In essa, ricordando la qualificata giurisprudenza della Suprema corte (il riferimento è alla sentenza Cozzini), i giudici di legittimità denunciano apertamente «i pericoli che incombono» nel campo della valutazione giuridica delle informazioni scientifiche nei seguenti termini: «la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche. Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico». Ciò significa per la

[27] Cfr., anche, Cass., 8 maggio 2014, cit., che rimprovera ai giudici di merito una valutazione non sufficientemente rigorosa circa la scientificità della tesi esplicativa alla fine da essi accolta, proprio in quanto ritenuta che, «pur con qualche riserva, sia più convincente e persuasiva e comunque espressione di un sapere scientifico più largamente condiviso». Per una critica alla sentenza Cozzini, in quanto avrebbe fatto proprio il criterio del caso *Frye,* preferendolo di fatto agli altri, così svilendo il ruolo del parere del perito a «mero "punto di vista personale"», qualora esso non si collochi entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso, cfr. C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano 2012, p. 177 e ss.

Corte che, sotto il profilo metodologico, «il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio»[28].

Un approccio metodologico di tal genere era peraltro già stato accreditato e fatto proprio, e forse per la prima volta in termini così chiari e decisi, dalle Sezioni unite del 2005, che, nell'affrontare la spinosa e controversa questione del concetto di infermità ai fini dell'esclusione o diminuzione della capacità di intendere e di volere, raccomandavano al giudice di «fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accettate, più condivise, finendo col costituire generalizzata (anche se non unica, unanime) prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici: e tanto va considerato senza coinvolgere, d'altra parte, e più in generale, ulteriori riflessioni, di portata filosofica oltre che scientifica, circa il giudizio di relatività che oggi viene assegnato, anche dalla comunità scientifica, alle scienze in genere, anche a quelle una volta considerate assolutamente "esatte", del tutto pacifiche e condivise (nel tramonto "dell'ideale classico della scienza come sistema compiuto di verità necessarie o per evidenza o per dimostrazione", come è stato autorevolmente scritto), vieppiù tanto rilevando nel campo del sapere medico».

---

[28] Cass., 29 gennaio 2013, cit. Come osserva M. Taruffo, *La prova scientifica*…, cit., p. 343 e ss., se pure la qualificazione di scientificamente valida data a una specifica informazione può non essere sempre sufficiente «per stabilire che quella informazione è attendibile, e quindi veritiera», ciò non impedisce che «tale qualificazione sia *necessaria* perché essa possa essere considerata come una base adeguata per la decisione sui fatti … Il criterio della validità scientifica delle prove che vengono utilizzate in giudizio conserva una importanza decisiva, se non altro nel senso di limitare l'ambito di queste prove, escludendole in tutti i casi in cui esse sono scientificamente *non valide*». Peraltro, l'A. richiama un rapporto pubblicato nel 2009 negli Stati Uniti dal *National Research Council*, dal quale si evince che fra tutte le tecniche riconducibili al denominatore comune di *forensic science*, solo ad alcune, come il test del DNA e l'analisi tossicologica e delle droghe, può essere riconosciuta validità scientifica. Per tutte le altre si tratterebbe in realtà di una «valutazione soggettiva che l'esperto formula su determinate circostanze». Stando così le cose, per queste tecniche forensi occorrerebbe escludere la loro idoneità «a produrre vere e proprie prove».

3. Questioni aperte e rilievi critici a proposito dei giudizi di scientificità e affidabilità scientifica del sapere esperto

Tuttavia, anche i criteri di scientificità richiamati dalle Corti sembrano vacillare e rivelarsi inadeguati a fornire il sostegno necessario al giudice per lo svolgimento del ruolo di fruitore di sapere scientifico. «Detto altrimenti: resta il dubbio che un compito così impegnativo sia gestibile da un giudice pur consapevole e attento»[29]. E, infatti, lo statuto epistemologico originato dalla sentenza *Daubert* in realtà presta il fianco a critiche anche di segno opposto e mostrerebbe tutta la sua debolezza proprio là dove di esso il giudice sembrerebbe avere più bisogno e cioè nei casi di incertezza scientifica insuperabile[30]. Specie in tali casi, giustamente, si dubita che possa «chiarire il processo ciò che la scienza non riesce a fare al suo interno», e i noti criteri epistemologici si rivelano inutilizzabili al fine di aiutare l'organo giudicante a vagliare il sapere scientifico, che comunque «rimane una preziosa risorsa da utilizzare con vaglio critico accresciuto, ma pur sempre nel rispetto dei principi di garanzia e delle regole di giudizio»[31]; con la conseguenza che, quando «la scienza è divisa a metà o si è in presenza di un sapere scientifico ancora pioneristico e controverso non c'è modo di approdare, nel processo, a una certezza logico-razionale idonea a reggere il peso morale di una condanna penale»[32].

---

[29] F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*…, cit., p.76. Cfr., anche M. Taruffo, *La prova scientifica*…, cit., p. 346: «… risulta evidente che la determinazione del valore probatorio di una prova scientifica è di regola un'operazione tutt'altro che semplice, essendo necessario verificare sia la validità scientifica del metodo impiegato dall'esperto, sia la correttezza del procedimento usato nel caso specifico».

[30] «In effetti, quando il contrasto si registra anche nella più ristretta cerchia degli studi maggiormente accreditati, non sembra che esso possa essere superato dal giudice in modo convincente» (F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*…, cit., p. 77). Non solo, ma occorrerebbe essere consapevoli anche del fatto che solo alcuni dei criteri *Daubert* possono essere applicati anche all'area delle scienze umane, come rileva da ultimo M. Taruffo, *La prova scientifica*…, cit., p. 342, il quale, in questa situazione, sottolinea la necessità del rispetto della regola metodologica secondo la quale «la scientificità delle conoscenze che vengono utilizzate nel processo per l'accertamento dei fatti deve essere verificata *sia* con riferimento ai criteri epistemologici generali, *sia* con riferimento alla corretta applicazione dei paradigmi che valgono nella singola area di ricerca». V. anche *postea* nota n. 52.

[31] F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*…, cit., p. 78.

[32] F. Giunta, *Ibid.*: «In assenza di evidenze idonee a far propendere per una delle tesi in conflitto, l'impossibilità della spiegazione scientifica in termini di certezza razionale cede il passo alla regola di giudizio che risolve il dubbio a favore della persona indagata o imputata».

Di questo sembra prendere atto recente giurisprudenza di merito che, a proposito della questione fortemente controversa a livello scientifico delle cause delle morti per esposizione a polveri di amianto, afferma che, quando allo stato attuale della conoscenza non esiste una legge scientifica in grado di spiegare il decorso causale tipico, risulta «impossibile giungere ad una spiegazione della causalità individuale dell'evento tumore concretamente considerato. Gli attuali modelli scientifici costituiscono modelli matematici che valgono in relazione alla mortalità generale ma sono inidonei per l'indagine individuale sulla causalità di un reato di evento»[33]. In questi difficili contesti probatori, dunque, si ammette che nemmeno i criteri epistemologici elaborati dalla prassi sia americana che italiana sono in grado di condurre il giudice a superare la soglia del ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato. Questa conclusione lascia però insoddisfatta altra parte della giurisprudenza, che, di fronte alla gravità degli eventi imputati, fa un uso strumentale dei criteri epistemologici determinati nella sentenza Cozzini, proprio al fine di negare il dubbio scientifico. Si contrabbanda così per verità scientifica quella che al massimo si può definire verità giurisprudenziale o scientismo giuridico, al fine di giustificare una sentenza di condanna[34].

Anche se su altro fronte, il dibattito sulla "scienza Daubert" nel processo non è peraltro meno acceso negli Stati Uniti d'America, dove, come apertamente riconosciuto dalla dottrina, «il sistema legale ha sempre trovato la testimonianza esperta problematica»[35]. In questo Paese, la denuncia della inadeguatezza dei criteri

---

[33] Trib. Torino, 2 febbraio 2016, in *Riv. it. med. leg.*, (2016), p. 791 e ss. con nota di M. Miglio. Anche nel caso di specie si trattava di un evento morte correlato all'inalazione di fibre di amianto.

[34] V., ad es., Cass., 27 agosto 2012, CED 255585, che avrebbe in realtà «solo formalmente cercato di rispettare i canoni che impongono una valutazione della "correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere scientifico", ma in realtà» avrebbe rinunciato del tutto «a quello sforzo di rigorosa verifica, di instancabile critica da condursi attraverso le prove di resistenza … che la Corte Cozzini aveva indicato» (C. Sassi, *Il Giudice ed il caso Fincantieri Cantieri Navali: un solo apparente rispetto del ruolo di custode del metodo scientifico*, in *Riv. it. med. leg.*, (2013), p. 302). Cfr. ancora F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*…, cit., p. 83, il quale evidenzia come il «cuore pulsante della prova scientifica» sia costituito proprio dal fatto che il problema scientifico sia sì aperto, ma nel senso che, grazie anche ai criteri *Daubert*, sia affrontabile, cioè risolubile.

[35] S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 41. V. anche F. Benatti, A. Gambaro, *La nozione di scienza*…, cit. p. 22 e ss.

Daubert a fornire al giudice una conoscenza scientifica tale da garantire decisioni di condanna che superino lo standard probatorio dell'oltre il ragionevole dubbio è chiara e puntuale. Essa arriva, prima di tutto, da un fronte particolarmente qualificato, quello di filosofi della scienza come Susan Haack[36]. A chi si occupa di epistemologia e di filosofia della scienza infatti lo stesso modello *Daubert* proposto dalla Corte suprema americana nel 1993 è apparso «come una proposta confusa e alquanto imbarazzante», che «nasce da alcuni errori e fraintendimenti, dati anzitutto da una mescolanza di piani»[37]. Così, per la Haack la *Daubert Rule* sarebbe insufficiente, se non addirittura inaffidabile, se si considera che, ad esempio, il criterio del consenso generalizzato in un campo «è un indicatore di attendibilità tanto meno robusto quanto più il campo in questione è debole»; che chiedere ai giudici di vagliare l'attendibilità di qualsivoglia tipo di conoscenza specialistica, tecnica o abilità impone loro un onere per cui sono mal equipaggiati e che comunque, essendo troppi i campi di *expertise* potenzialmente rilevanti sotto il profilo giuridico, non vi sarebbe «modo di far essere … i giudici al passo con ogni tipo di testimonianza esperta con cui potrebbero confrontarsi»; che nella sentenza *Daubert* si fa confusione fra attendibile e scientifico, e ciò avrebbe sviato l'attenzione delle corti da quello che avrebbe dovuto essere un fatto ovvio: «*non tutti* gli esperti scientifici sono attendibili – alcuni sono onestamente in errore, altri incompetenti, altri si ingannano da soli e probabilmente alcuni sono disonesti; e *non solo* i periti scientifici sono attendibili». In breve: «non tutta la testimonianza scientifica esperta è attendibile, né tutta la testimonianza attendibile è scientifica»; che, infine, suggerendo «che una testimonianza esperta è resa scientifica dall'uso del "metodo

[36] Cfr. S. Haack, *Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte suprema americana*, in *Ars interpretandi*, (2006), p. 306; cfr. anche S. Haack, *Federal Philosophy of Science: A Deconstruction – and a Reconstruction*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, (2010), p. 410 e ss.

[37] S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano trad. it. 2015, p. 176.

scientifico" per arrivare alle proprie conclusioni, Daubert ha generato una preoccupazione sterile e a volte risibile per la "metodologia"»[38].

La Corte di *Daubert*, nel tentativo di rintracciare una metodologia scientifica capace di garantire, se rispettata, risultati affidabili, si sarebbe così «collocata su un instabile amalgama degli approcci molto diversi di Popper e Hempel, nessuno dei quali, tuttavia, è in grado di soddisfare la richiesta»[39]. Questa combinazione delle tesi verificazioniste, della conferma, di Hempel, con quelle falsificazioniste, della smentita, di Popper avrebbe generato «un serio malinteso sul ruolo delle scienze nella ricerca in generale, rivelato dall'identificazione operata dalla corte fra "scientifico" e affidabile»[40]. In altre parole, il primo dei fattori, che sarebbe il risultato della sfortunata confusione del giudice Blackmun (autore dell'opinione di maggioranza dei giudici in *Daubert*) fra "affidabile" e "scientifico", rifletterebbe una parziale incomprensione o meglio un malinteso su cosa si debba intendere per metodo scientifico; il secondo criterio rifletterebbe l'idea sbagliata che la pubblicazione sottoposta al giudizio dei pari sia un indice della diffusa accettazione del quarto criterio della vecchia regola *Frye*. Il terzo, se pure può apparire utile per risolvere alcune questioni, come ad esempio quella delle prognosi di pericolosità, sarebbe significativamente muto sulla percentuale di tasso di errore conosciuto o

---

[38] S. Haack, *ivi*, p. 148 e ss., spec. p. 177.

[39] S. Haack, *Prova ed errore*…, cit., p. 320; v., anche, S. Haack, *Federal Philosophy of Science*…, cit., p. 412 e ss.

[40] S. Haack, *Prova ed errore*…, cit., p. 306. Cfr. anche R. J. Allen, *A Note To My Philosophical Friends About Expertise And Legal Systems*, in *Humana.Mente J. Phil. Studies*, 28 (2015), p. 84 s., che parla di un approccio «schizofrenico» della sentenza, che rimanda a questioni di affidabilità che in realtà non dovrebbero avere nulla a che fare con le controversie filosofiche sulla conoscenza e verità, perché la testimonianza esperta può essere affidabile, ma falsa. Ciò che conta nel processo non sarebbe infatti se le dichiarazioni, in particolare dell'esperto, hanno una base di conoscenza, ma se il giudice può valutarle consapevolmente e così raggiungere una ragionevole spiegazione del fatto. Insomma, le «divagazioni» della Corte *Daubert* su conoscenza, scienza e metodo scientifico in realtà si risolverebbero nella richiesta al giudice di preoccuparsi che la testimonianza sia svolta sulla base di qualcosa di affidabile, richiesta che indirizzerebbe verso il problema epistemologico del sistema legale.

potenziale in grado di rendere la testimonianza esperta troppo inaffidabile per essere ammessa[41].

Insomma, non esisterebbe un "metodo scientifico" nel senso assoluto della Corte: non ci sarebbe «un unico modo razionale di inferire o una procedura di ricerca usata da tutti gli scienziati e solo dagli scienziati"». Non solo, ma la valutazione di "non scientifico", precisa ulteriormente la Haack, implicherebbe «una critica epistemica tanto generica quanto è generico un apprezzamento epistemico quale "scientifico"»[42]. In conclusione, «la filosofia della scienza della corte di *Daubert* è confusa", né le decisioni successive della Corte suprema, *Joiner* e *Kumo*, avrebbero chiarito le cose»[43]. Anzi, a queste ultime andrebbe rimproverato di aver portato avanti un'opera di decostruzione del decalogo epistemologico introdotto dalla decisione del 1993; con la conseguenza che il giudice, quando deve verificare la credibilità di un parere esperto, si imbatte nello stesso tempo in una molteplicità di problemi, trovandosi di fronte a «*a perfect epistemological storm*»[44].

Forse una ragione di tale confusione potrebbe essere rintracciata nel fatto che la prospettiva epistemologica in realtà si è trasformata in una vera e propria "epistemologia giudiziaria", elaborata dalle Corti americane con il principale obiettivo di mettere i giudici in grado di affrontare e meglio controllare i casi loro

---

[41] Per queste osservazioni critiche, v. S. Haack, *The Expert Witness*..., cit., p. 51, la quale ritiene «deprorevole» che questi fattori abbiano ormai trovato riconoscimento anche in recenti edizioni di dizionari giuridici americani, nelle voci "conoscenza scientifica", "metodo scientifico" e "falsificabilità".

[42] S. Haack, *ivi*, p. 315.

[43] S. Haack, *ivi*, p. 323.

[44] S. Haack, *The Expert Witness…,* cit., p. 42: a partire dalla terza decisione della trilogia *Daubert* «le corti federali sono lasciate con una grande responsabilità e con un'ampia discrezionalità nella selezione della testimonianza esperta, in tutta la sua pressoché illimitata varietà, ma con poche sostanziali linee guida su come fare tale valutazione» (citazione della p. 55). Secondo S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 56, un piccolo passo in avanti, epistemologicamente parlando, sarebbe stato compiuto nelle nuove regole federali sulle prove del 2000, FRE 702, nelle quali si prevede che il giudice non guardi solo al pedigree della testimonianza esperta, ma anche alla sua applicazione, anche se l'incantesimo delle parole rituali "affidabile", "affidabilità", "sufficiente", non fornisce alcuna guida ai giudici su come, nel caso specifico, selezionare i pareri esperti presentati. V. anche D. Faigman, *The* Daubert *Revolution and the Birth of Modernity*…, cit., p. 911, che definisce l'opinione epistemologica della sentenza *Daubert* «*a cornucopia of confused messages*».

sottoposti[45], in particolare quelli in cui la giustizia penale si confronta con «verità fattuali – verità fattuali che, sempre più spesso, le Corti possono scoprire solo affidandosi alla scienza»[46]. In tale prospettiva, l'epistemologia giudiziaria assicura al giudice «l'uso degli strumenti della teoria della conoscenza finalizzato alla soluzione dei problemi della prova giudiziaria. In altre parole: trattazione della natura, delle forme, delle fonti, dei metodi e dei requisiti di correttezza della ricognizione processuale dei fatti giuridicamente rilevanti»[47].

Ma la debolezza del modello epistemologico delle corti americane emerge anche se si considera che, diversamente dall'opinione comune, la *Daubert Rule* rappresenterebbe in vero una liberalizzazione dello standard di ammissibilità della prova scientifica rispetto alla regola *Frye*, fino ad allora in vigore, della generale accettazione della teoria da parte della comunità scientifica. La Corte *Daubert*, come evidenzia ancora una parte della dottrina statunitense[48], avrebbe in realtà indicato una serie di fattori in sé non decisivi, che possono essere, anche separatamente, presi in considerazione dal giudice per accertare la validità scientifica del parere esperto. Questi fattori, però, non solo non avrebbero lo scopo di rendere più rigoroso il giudizio sulla *scientific evidence*, ma non sarebbero da considerare né definitivi né un test di ammissibilità. Essi dovrebbero semplicemente orientare per un'indagine sui principi e sulla metodologia e non sulle conclusioni. In estrema sintesi, occorrerebbe abbandonare la visione mitologica e divenuta popolare che la *Daubert Rule* abbia trasformato il giudice nel ruolo di controllore, di *gatekeeper* della prova esperta, in grado di escludere dal processo la c.d. scienza-spazzatura o pseudo-scienza, la *junk*

---

[45] D. Faigman, *ivi*, p. 910 e ss.; cfr., anche, F. Benatti, A. Gambaro, *La nozione di scienza*…, cit., p. 22.
[46] S. Haack, *Prova ed errore*…, cit., p. 324.
[47] G. Carlizzi, *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: Note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, in *Criminalia,* (2015), p. 606.
[48] S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*…, cit., p. 148.

science[49]. Anzi, la Corte avrebbe fallito nel compito di delineare un chiaro standard di accettazione della prova in quanto scientifica[50].

Insomma, il panorama giudiziale americano post-*Daubert* «sarebbe stato contaminato da decisioni sull'ammissibilità dei pareri esperti inconsistenti e carenti sotto il profilo delle argomentazioni». Il risultato finale sarebbe un regime della prova esperta, i cui criteri «sono difficili da prevedere, essi variano da corte a corte, da giudice a giudice, e in essa è possibile escludere pareri che meriterebbero di essere presentati alla giuria e ammetterne invece altri che non lo meriterebbero».[51]

E la ricerca empirica sembrerebbe confermare questa conclusione, se è vero che i suoi risultati indicherebbero una notevole disparità sul modo di percepire e di applicare i criteri *Daubert* da parte dei giudici americani, i quali, tra l'altro, non sarebbero nemmeno riusciti a mettersi d'accordo se tali criteri impongano un regime probatorio più restrittivo rispetto a quello della decisione *Frey*[52]. Sotto quest'ultimo

---

[49] Secondo S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 50, nota n. 35, l'espressione *junk science* ricorda per analogia quella di *junk food*, espressione quest'ultima che viene utilizzata per indicare quegli alimenti che appaiono e profumano come un vero cibo, ma che non hanno alcun valore nutrizionale.

[50] K. Berman et al., *Daubert Turning 20: Junk Science Replaced by Junk Rulings?*, in *ABA Section of Litigation Annual Conference*, April 18-20, (2012), p. 1 e ss., i quali tra l'altro sottolineano come nella sentenza *Daubert* non viene mai usata l'espressione "junk science", mentre la parola "gatekeeper" compare solo tre volte e non significativamente nella decisione.

[51] K. Berman et al., *Daubert Turning 20*…, cit. Cfr., anche, S. I. Gatowski et al., *Asking the gatekeepers: A national survey of judges on judging expert evidence in a post-Daubert world,* in *Law and Human Behavior*, 25(5) (2001), p. 433 e ss.

[52] Cfr. D. Faigman, *The* Daubert *Revolution and the Birth of Modernity*…, cit., p. 911 e ss., il quale osserva che in realtà la maggiore o minore elasticità, permissività del test di scientificità e dunque l'essere liberale o conservatore, non dipende dalla natura intrinseca di esso, ma deriva dalla tipologia di evidenza da valutare. Questo perché secondo Faigman «la vera rivoluzione della sentenza *Daubert* sta nella visione scientifica del mondo che essa accoglie». Infatti, l'approccio metodologico di *Frye* alla scienza sarebbe di deferenza, poiché il giudice deve solo cercare una risposta alla domanda se le basi scientifiche, il metodo scientifico sul quale si fonda il parere esperto è generalmente accolto dalla comunità scientifica di appartenenza. A tal fine chi giudica non necessita di approfondite conoscenze scientifiche, «basta che sappia contare». L'approccio alla scienza della sentenza *Daubert* imporrebbe invece al giudice di conoscere i metodi e i principi che caratterizzano la scienza, altrimenti non può svolgere il ruolo di *gatekeeper* del metodo scientifico. Alla luce di tali premesse, l'A. osserva che se la prova appartiene a un campo tradizionalmente scientifico, dove sono presenti una metodologia e una raccolta dei dati e un confronto anche acceso fra gli scienziati, l'applicazione dei fattori *Daubert* porterebbe ad uno standard di ammissibilità del parere esperto più aperto rispetto a quello della generale accettazione di *Frye*. Questo perché il test *Daubert* offre al giudice la possibilità di verificare la validità dei metodi e dei principi sottostanti il parere senza essere vincolato al criterio del consenso generalizzato, che, là dove il dibattito è acceso e in continua evoluzione, è difficile da raggiungere. Diversamente per i campi tradizionalmente non scientifici o meno scientifici, dove non esiste o non esiste

profilo, tali studi empirici concorderebbero sul fatto che, se per un verso lo statuto della sentenza *Daubert* avrebbe in vero innalzato lo standard di giudizio dell'ammissibilità di una prova in quanto scientifica, almeno per quanto riguarda in particolare le cause civili, per altro verso i giudici non utilizzerebbero spesso i fattori di affidabilità suggeriti dalla decisione. In breve, i giudici del dopo *Daubert* sarebbero più consapevoli del loro ruolo di *gatekeepers*, essendo più scrupolosi nella valutazione probatoria, ma la svolgerebbero sulla base di propri, personali criteri di ammissibilità. E ciò a causa del fatto che molti giudici non hanno ben compreso lo statuto epistemologico della decisione del 1993 e non sono quindi in grado di applicarlo per distinguere l'evidenza ammissibile da quella inammissibile. L'effettivo rapporto fra i fattori epistemologici e l'effetto di un innalzamento del livello di ammissibilità nel singolo caso rimane quindi ancora da chiarire, anche se alla sentenza *Daubert* andrebbe comunque riconosciuto il merito di aver "educato" le corti ad una maggiore acribia probatoria[53].

Ciò che invece è chiaro è il disorientamento delle corti americane sulla percezione della sentenza *Daubert*. Dai risultati delle indagini empiriche emerge infatti che il 32% dei giudici intervistati crede che i criteri epistemologici di *Daubert* abbiano innalzato gli standard di valutazione delle prove scientifiche, mentre il 23% ritiene esattamente il contrario. Il 36%, poi, dichiara invece che nulla è cambiato, e il rimanente 11% afferma di non essere ancora in grado di stabilire quale sia stato l'impatto della sentenza *Daubert*[54]. Non solo, ma secondo altri studi non sussisterebbero ormai dubbi circa il fatto che l'introduzione della regola della

---

ancora una consolidata metodologia di raccolta e organizzazione dei dati, né un dibattito vigoroso di continuo confronto. Applicare il test *Daubert* a tali settori porterebbe ad uno standard di ammissibilità del parere esperto più rigoroso e severo rispetto a quello offerto dal test *Frye*. In questi settori, conclude l'A., come quello della psicologia e della psichiatria clinica o dell'identificazione personale attraverso le impronte digitali, il giudice infatti non potrebbe utilizzare i criteri *Daubert*, mancando i dati, ma potrebbe applicare solo il *Frye* test, che qui si rivelerebbe più permissivo nel fissare la soglia di ammissibilità della prova "scientifica".

[53] Per tutte queste osservazioni, v. A. L. Vickers, *Daubert, Critique and Interpretation. What Empirical Studies Tell us About the application of Daubert*, in *U. S. F. Law Rev.*, (2005), p. 109 e ss., spec. p. 136 e ss.

[54] J. Wagenheim, *The Disparate Treatment of Neuroscience Expert Testimony in Criminal Litigation*, in *J. Health Care L. & Pol'y S-1,* 15 (2012).

necessaria affidabilità del parere esperto avrebbe fatto ricadere sui giudici «un compito scoraggiante, poiché ora sarebbero costretti a decidere complesse questioni di prova esperta»[55]. Un compito di ricerca della verità che sarebbe stato reso ancora più difficile dal fatto che la Corte *Daubert* ha sottolineato la flessibilità dei criteri di scientificità da essa elaborati. Con la conseguenza di un'applicazione di essi secondo modalità differenti in ragione del tipo di prova richiesto e di una scelta del criterio da utilizzare nel caso di specie strettamente correlata alla percezione da parte del singolo giudice che alcuni tipi di prove sono più scientifici di altri. A tale proposito si richiamano diversi studi dai quali sarebbero risultate le seguenti differenze nell'applicazione dei criteri *Daubert*: di questi criteri il più menzionato è quello della generale accettazione[56], seguito da quello della falsificabilità e della *peer review* e pubblicazioni; ai criteri *Daubert* si farebbe appello con più frequenza nei processi civili per danni tossicologici; in questi processi i fattori di giudizio della falsificabilità e della *peer review* e pubblicazione sarebbero utilizzati in misura doppia rispetto alle cause in cui si tratta di questioni psicologiche, psichiatriche o di risarcimento; in queste ultime i criteri maggiormente utilizzati sarebbero quelli del tasso di errore e della generale accettazione; infine, rispetto alle altre cause, in quelle di natura psicologica o psichiatrica i fattori *Daubert* non sarebbero frequentemente richiamati e, quando lo sono, la preferenza va al criterio della generale accettazione[57].

Queste risultanze empiriche confermano dunque le affermazioni di attenta e competente dottrina, secondo le quali l'invito della sentenza *Daubert* rivolto ai giudici, ma anche agli avvocati, di diventare «*more sophisticated consumers of science*» sarebbe in realtà rimasto largamente insoddisfatto. Questi protagonisti del processo continuerebbero ad essere, in media, ampiamente a digiuno di nozioni matematiche,

---

[55] Cfr. B. Vallabhajosula, *Murder in the Courtroom. The cognitive Neuroscience of Violence*, Oxford 2015, p. 151.

[56] Secondo A. L. Vickers, *Daubert, Critique and Interpretation*…, cit., p. 146 ciò sarebbe da attribuire alla modifica culturale che ha interessato i giudici per la funzione pedagogica esercitata su di essi dalla sentenza *Daubert*.

[57] A. L. Vickers, *ivi*, p. 152.

oltre ad avere una scarsa conoscenza delle caratteristiche basilari del metodo scientifico[58].

Constatato tutto ciò, la conclusione che si dovrebbe trarre è che la costruzione scientifica della decisione *Daubert* non si fonderebbe su regole tratte dall'epistemologia scientifica, ma sarebbe piuttosto il risultato di un processo di giurisdizionalizzazione della scienza, in cui le sfide fondamentali sorte dall'utilizzo dei dati scientifici per le decisioni giudiziali sono rimaste irrisolte, e la trasposizione di questi ultimi nel processo resterebbe una questione confusa e aggrovigliata, in attesa ancora di essere districata. Un esempio di tale confusione viene tratto dalla giurisprudenza americana in tema di accertamenti causali. A proposito di essi, rileva competente dottrina, viene utilizzato il concetto di «eziologia differenziale» per descrivere l'approccio metodologico che dovrebbe caratterizzare questo tipo di accertamento e che dovrebbe portare a distinguere, differenziare, appunto, la causa penalmente rilevante dalle altre cause o condizioni alternative scartate nel caso di specie. Ma quella di «eziologia differenziale», pur valida in sé, è una espressione

---

[58] Così D. J. Faigman, C. Lesikar, *Organized Common Sense: Some Lessons from Judge Jack Weinstein's Uncommonly Sensible Approach to Expert Evidence*, in *Depaule Law Review*, 64 (2015), p. 421 e ss., i quali rilevano come nelle mani di giudici scientificamente sofisticati un test come quello di *Daubert*, che lascia significativo spazio nella sua applicazione, potrebbe invece rivelarsi un poderoso strumento per fare giustizia, favorendo, ad esempio, decisioni di clemenza nelle cause civili in cui la legge è iniqua o la scienza non è di quelle migliori, e, di contro, orientare a favore di decisioni rigorose nelle cause penali, quando l'attività investigativa forense non è accurata o non accreditata ovvero quando l'esperto afferma più di quanto la scienza possa provare. Ma, nelle mani di giudici scientificamente non sofisticati, un test che lascia ampio spazio applicativo può portare a soluzioni ingiuste e alla perpetuazione dello *status quo*. Tuttavia, un dato sembrerebbe certo: il mandato di *gatekeeping* conferito ai giudici dalla sentenza *Daubert* sarebbe stato svolto in maniera più rigorosa nei processi civili, in particolare a svantaggio dell'attore, rispetto a quelli penali, dove avrebbe trovato una applicazione meno rigorosa a vantaggio della pubblica accusa. Con particolare riferimento alla povertà di intuizioni che caratterizzerebbe il ragionamento statistico-probabilistico dei non esperti, v. O. Sallavaci, *The impact of Scientific Evidence on Criminal Trial. The Case of DNA Evidence,* London-New York 2014, p. 113 s: studi in tema di *legal decision making* sarebbero arrivati alla conclusione che la valutazione delle probabilità provoca reali problemi negli uomini di legge, in particolare negli avvocati, e questi problemi persistono anche quando questi soggetti hanno ricevuto una formale e consistente formazione matematica. Non solo, ma altri studi ancora avrebbero dimostrato che la prova statistica è più facilmente sottostimata che sovrastimata e ciò dipenderebbe dalla sua complessità ed astrattezza, dalla sua insufficienza a fornire una spiegazione causale e dalla sua tendenza alla generalizzazione anziché alla individualizzazione esplicativa. V, peraltro, per un'applicazione di un teorema matematico-probabilistico, quello di "Bayes", nella giurisprudenza italiana, Trib. Milano, sez. G.I.P., 18 giugno 2015, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2015, con commento di J. Della Torre, *Il "teorema di Bayes" fa capolino al Tribunale di Milano.*

coniata dalle corti che non trova riscontro, come il concetto ad essa sottostante di causa, fra gli scienziati e che postula una metodologia ancora da spiegare[59].

Ma il modello epistemologico elaborato dalla prassi americana si esporrebbe anche alla critica di non offrire uno specifico criterio per aiutare il giudice nel difficile compito del passaggio dal piano della valutazione generale ed astratta della scientificità della spiegazione esperta all'applicazione di essa al caso concreto. Si tratta della problematica questione della traslazione dalla generalizzazione alla individualizzazione e viceversa secondo un procedimento fondato su verifiche, come la scienza esige che sia, tenendo conto delle particolarità del fatto da giudicare, come è accaduto soprattutto in materia di accertamenti causali e in special modo là dove si discute di responsabilità medica[60]. Questa annosa e controversa questione rimanda dunque a questioni di metodo. Quello della scienza è infatti un procedere sperimentale che va dalla base empirica oggetto di sperimentazione alla formulazione della teoria a carattere generalizzante, poiché scopo della scienza è di capire i fenomeni associandoli per categorie generalizzanti. Quello del diritto parte invece dalla regola generale, la norma, che deve, con l'apporto, ove necessario, del sapere esperto, inverarsi nel caso individuale e concreto. Ma perché questo apporto sia valido occorre che anche l'esperto applichi e sia in grado di applicare la sua teorica al caso concreto. Infatti, «la verifica di affidabilità e di attendibilità scientifica della prova non è un giudizio generale ed astratto, bensì orientato in funzione delle concrete esigenze probatorie dettate dalla realtà dei fatti oggetto di indagine»[61].

---

[59] Cfr. D. Faigman, C. Lesikar, *Organized common Sense*…, cit., p. 425 e ss., spec. p. 436 e ss., p. 447, espressione che alle corti sarebbe apparsa più puntuale e che viene da esse utilizzata al posto di quella di "diagnosi differenziale", inizialmente utilizzata per identificare sia la malattia che la sua causa, significato questo peraltro né medico né scientifico.

[60] Questione ben nota alla Cassazione e affrontata in termini innovativi da Cass. sez. un., 11 settembre 2002, CED 222139, imp. Franzese.

[61] M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.* (2006), p. 219; cfr., anche, Id., *Diritto (penale) e scienze empirico sociali*, in A. Quadrio (a cura di), *Psicologia e problemi giuridici, Milano* 1991, p. 95: «A complicare ulteriormente le cose contribuisce la fondamentale *diversità di scopo*: eminentemente conoscitivo quello delle scienze empirico-sociali, etico-valutativo quello della scienza giuridica. Non solo quindi due modelli logici differenti, ma anche due scopi differenti che sembrano limitare incisivamente le possibilità di cooperazione».

Questa «fondamentale sconnessione fra il modo in cui lo scienziato si accosta al mondo empirico e il modo in cui lo fanno le corti»[62] e i rischi ad essa collegati sono peraltro ben presenti anche a quella dottrina statunitense che ricorda come, se gli scienziati sono impegnati a raccogliere dati, studiando gruppi, campioni di soggetti, per arrivare ad affermazioni generali, queste generalizzazioni siano utilizzate dai giudici per fare affermazioni particolaristiche, sui singoli casi. Questa divergenza metodologica o «*basic tension*» fra orientamento scientifico al raggruppamento di dati empirici e il *decision making* delle corti viene chiamato il *G2i problem*[63]. Esso rende ancora più complessa la traduzione dei dati scientifici nel linguaggio del diritto in vista della decisione.

D'altra parte, anche nella diversità di linguaggio è stata individuata una fonte di reali difficoltà di comprensione, di comunicazione fra scienza giuridica e scienza specialistica, come emerge dal fatto che, ad esempio, «certi concetti sono utilizzati dalle scienze empirico-sociali in termini empirico-descrittivi, mentre nel linguaggio giuridico assumono un significato, a torto o a ragione, puramente normativo»[64] oppure, ancora, dal fatto che «standard legali come "capacità volitiva" e "impulso irresistibile" sono per uno scienziato neurocognitivo privi in sé di qualsiasi

---

[62] D. Faigman, *Organized Common Sense*…, cit., p. 422 e s.. «Mentre la scienza tenta di scoprire gli universali nascosti nei particolari, le corti tentano di scoprire i particolari nascosti negli universali» (D. Faigman, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law,* New York 1999, p. 69).

[63] Acronimo di *Group to individual*, cfr. D. Faigman, J. Monahan, C. Slobogin, *Group to individual (G2i). Inference in Scientific Expert Testimony*, in *U. Chicago Law Rev.*, 81 (2014), p. 417 ss; D. Faigman, *Evidentiary Incommensurability: A Preliminary Exploration of the Problem of Reasoning from General Scientific Data to Individualized Legal Decision-Making*, in *Brooklyn Law Rev.*, 75 (2010), p. 1115 e ss.; D. Faigman, *Organized Common Sense*…, cit., p. 435 e ss., dove in particolare sottolinea come l'intero movimento della medicina basata su evidenze possa essere interpretato come un tentativo di sistematizzare e di migliorare il G2i; v., anche, da ultimo, dello stesso, *The Challenge of Scientific Expert Testimony in the 21st Century: Neuroscience as Case-In-Point*, in M. Bertolino, G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica*…, cit., p. 31 e ss. Con specifico riferimento alla psichiatria forense, v. C. E. Fisher, D. Faigman, P. S. Appelbaum, *Toward a Jurisprudence of Psychiatric Evidence: Examining the Challenges of Reasoning from Group Data in Psychiatry to Individual Decisions in the Law,* in *UMiamiLRev.*, 69 (2015), p. 685 e ss. A proposito dei dati neuroscientifici, v. G. Sartori, A. Zangrossi, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di psicologia*, 4 (2016), p. 699 e ss.

[64] Cfr. M. Bertolino, *Diritto (penale) e scienze empirico sociali*…, cit., p. 94, spec. p. 96. V., anche, G. Calabresi, *Scienza e diritto: tre osservazioni*, in Aa. Vv., *Giurispreudenza e scienza*, cit., p. 770.

significato»[65]. Come lo sono, d'altra parte, per il giurista, e per il giudice in particolare, molti dei concetti e delle definizioni di saperi specialistici. Per far fronte a queste difficoltà e poter così instaurare un proficuo dialogo si propone l'introduzione di una «"lingua franca", che rappresenti un ponte sull'abisso concettuale che esiste fra le diverse discipline»[66].

4. Quale giudice per quale conoscenza specialistica

Se pure sconfortanti, anche queste conclusioni dovrebbero comunque fare parte dei saperi del giudice, soprattutto se si considera che sempre più spesso chi giudica ha bisogno dell'aiuto dell'esperto per il moltiplicarsi di questioni tecnico-scientifiche che entrano nel processo penale[67]. Si pensi, per fare ancora un esempio, a quella da ultimo sollevata circa la affidabilità del testimone c.d. oculare, dalle cui affermazioni spesso dipendono le sorti dell'imputato. Ebbene, le scienze sociali e cognitive hanno ormai da tempo evidenziato, grazie alla elaborazione di una teorica dei numerosi errori, in particolare cognitivi e di memorizzazione, in cui possono incorrere i testimoni oculari, come tale testimonianza sia tutt'altro che affidabile. Se a questa teorica si riconosce lo statuto di scientificità, come ha fatto di recente anche la Corte suprema dell'Illinois nel 2016, anche quella relativa all'attendibilità della identificazione del colpevole attraverso la prova dichiarativa diventa una questione

---

[65] D. Faigman, *The Challenge of Scientific Expert Testimony*…, cit., p. 30. Cfr., anche, U. Fornari, *Ragionamento giuridico e ragionamento forense: tra convenzioni ed evidenze*, in *Rass. it. crim.*, (2015), p. 109, il quale osserva come i periti, i consulenti «devono procedere a un non facile, discutibile e controverso abbinamento tra categorie cliniche e categorie giuridiche, divergenti per significato, per statuto epistemologico, per obiettivi e fini perseguiti».

[66] D. Faigman, *The Challenge of Scientific Expert Testimony*…, cit., p. 31. Cfr, anche, O. Sallavaci, *The Impact of Scientific Evidence on Criminal Trial. The Case of DNA Evidence,* London, New York 2014, p. 112 e ss., p. 182 s., che evidenzia come molti dei problemi di valutazione delle prove scientifiche nascano proprio dal linguaggio che l'esperto utilizza nella presentazione delle prove di tal genere e dalla complessità dei concetti coinvolti. Tutto ciò avrebbe trasformato il linguaggio del processo e avrebbe contribuito alla creazione nel processo di una «forma ibrida di linguaggio».

[67] Mentre si «riduce sempre più lo spazio per l'impiego di leggi scientifiche di tipo universale (cioè, universalmente valide) ed emerge la contestabilità di appaganti criteri scientifici per la valutazione di dati probatori tradizionalmente o prasseologicamente reputati indiscutibili …; e aumenta corrispondentemente l'impegno del giudice, che sempre meno può fare completo affidamento su un sapere esterno al processo» (G. Ubertis, *Prova scientifica e giustizia penale*…, cit., p. 1198 s.). Cfr., anche, S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*…, cit., p. 8.

tecnico-scientifica di competenza del sapere esperto. L'*expert testimony* diventa dunque ammissibile anche in questa materia, poiché ora il giudice sembra poter fare affidamento su una teoria che viene riconosciuta in grado di spiegare scientificamente perché la prova dichiarativa oculare può non essere affidabile[68]. Cosa che senza quella teoria si poteva solo presumere, ma non asseverare. Se tale apertura significa riconoscere la validità scientifica del sapere esperto anche in siffatta materia, allora anche questo dovrebbe fare parte del bagaglio culturale del giudice, nel senso quantomeno di conoscenza dei possibili rischi di una condanna ingiusta sulla base della sola testimonianza oculare di identificazione dell'autore del reato.

Tuttavia, se guardiamo ancora all'esperienza americana, ma non solo ad essa, ci rendiamo subito conto anche di come il giudice possa facilmente trovarsi in difficoltà quando si confronta con il sapere specialistico, anche perché, come denuncia ancora attenta dottrina epistemologica[69], gli esperti troppo spesso, «piuttosto che far luce sulle questioni fattuali oggetto del caso», le confondono od oscurano. Il giudice deve dunque essere attrezzato. Attrezzato per uscire vincitore dalla "guerra" fra gli esperti, che sorge per la presenza di testimonianze esperte fra loro in competizione, e che quasi sempre si accende nel processo, allorché emergono questioni tecnico-scientifiche complesse o incerte; attrezzato per districarsi nella giungla della ormai grande varietà di materie che possono essere

---

[68] Cfr. National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, *Review of Proposals for Research on Statistical Methodologies for Assessing Variables in Eyewitness Performance,* Washington DC 2016, nella cui introduzione si riporta il dato che nel 75% dei casi in cui l'imputato è stato scagionato grazie alla prova del DNA, vi era stata una erronea identificazione da parte di un testimone oculare. Nell'ordinamento italiano la valutazione circa la credibilità/veridicità del testimone *ex* art. 192, co. 1 c.p.p. spetta in via esclusiva al giudice, essendo precluso qualsiasi accertamento tecnico secondo Cass., 22 agosto 2011, CED 251087, per la quale il divieto di perizia psicologica sull'imputato di cui all'art. 220, co. 1 c.p.p. si estende anche alla persona offesa dal reato «per identità di fondamento giustificativo, che è quello di evitare indagini somatiche in una valutazione che spetta soltanto al giudice»; per Cass., 4 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, (2007), p. 4675 e Cass., 28 settembre 1995, *ivi*, 1997, p. 2174, il divieto di perizia psicologica non sarebbe invece operativo per la valutazione della credibilità della testimonianza quando il testimone è la persona offesa dal reato. In questo caso si tratterebbe di fornire al giudice specifiche competenze tecnico-scientifiche, senza, peraltro, demandare al perito la verifica dell'attendibilità del testimone.

[69] S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*…, cit., p. 115.

oggetto di pareri esperti. A tale proposito, è ancora la stessa dottrina a rilevare come il ruolo che questi esperti svolgono nel processo possa essere anche «travolgente», e come sia possibile trovare «di fatto, esperti in praticamente tutto, da far venire l'imbarazzo della scelta»[70]. Così, nei processi americani si rintracciano «esperti in asbestosi, ricostruzione di incidente, progettazione di automobili, autenticazione di opere d'arte, macchie di sangue, segni di morso …, violenza domestica, adesivi dentali …, pericolosità futura …, progettazione di sedie da giardino pieghevoli ecc.». Ebbene, nel «sistema della giustizia penale incontriamo non solo analisti del DNA, esaminatori di impronte digitali, specialisti in documenti e calligrafia, esperti di segni lasciati da strumenti ecc., ma anche (tra molti, molti altri) psichiatri che depongono circa la sindrome da stress post-traumatico, la sindrome della donna maltrattata, la sindrome del trauma da stupro, la sindrome della gestione dell'abuso sessuale su minore, ecc., e psicologi che depongono sulle debolezze della testimonianza oculare e della memoria»[71].

La situazione si presenta negli stessi termini in Italia? Sarà questo anche il nostro destino? Forse il nostro sistema processuale penale, in cui il giudice mantiene ancora un importante ruolo da protagonista, potrà fungere da provvidenziale rimedio contro un destino di inadeguatezza delle parole del diritto nel confronto con quelle della scienza che entra nel processo.

Ma, come può allora il giudice districarsi nella selva della scienza con l'aiuto della scienza, se è emerso che quello della generale accettazione può essere di poco o nessun aiuto come criterio di affidabilità di una spiegazione scientifica quando la comunità di riferimento è essa stessa debole, ristretta, fortemente divisa al suo interno e proiettata alla realizzazione dei propri interessi? Se è emerso che far ricadere sui giudici il compito di verificare l'affidabilità di qualsivoglia conoscenza o tecnica specialistica significa imporre loro un compito per il quale essi sono "mal

[70] S. Haack, *ivi*, p. 116.
[71] S. Haack, *ivi,* p. 114 e s.; Id., *The Expert Witness*…, cit., p. 40 e s.

equipaggiati"? Se è emerso che, data la infinita varietà dei campi specialistici, le linee-guida di affidabilità di cui il giudice dispone non sono altro che formule certo plausibili, ma che alla fine si risolvono in un vuoto invito per il giudice "a fare la cosa giusta"?[72]. Per far fronte a tale situazione, è la stessa dottrina che l'ha denunciata a fare una proposta, fra le altre, che appare particolarmente interessante. E cioè quella di cercare soluzioni per rinforzare, migliorare la pratica della scienza forense, prima che essa valichi la soglia dei tribunali, anziché cercare di controllare l'ammissibilità del parere esperto o di andare alla ricerca di errori o infedeltà del parere una volta che esso è entrato nel processo. Dunque, un tentativo di miglioramento alla fonte, che non è rinvenibile nei criteri *Daubert*, né nelle sentenze successive[73].

Su questa posizione sembra convergere la dottrina italiana, che indica come strada da proseguire quella «del miglioramento qualitativo delle consulenze che fanno ingresso nel processo penale»[74]. Pur con specifico riferimento alla scienza medico-legale e al problema della causalità, questa dottrina, alla luce dell'importanza crescente della consulenza tecnica ai fini del ragionamento probatorio, pone «la produzione e l'ingresso nel procedimento penale soltanto di evidenze di qualità» fra

---

[72] Per queste e altre osservazioni critiche, v. S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 63 e ss.

[73] V. S. Haack, *The Expert Witness*…, cit., p. 61 s., la quale ricorda che lo stesso *National Research Council (NRC)* delle *National Academies of Science (NAS)* nel 2009 ha pubblicato per la prima volta un volume intitolato *Strenthening Forensic Science in the United States*, in cui vengono indicate le regole da seguire per migliorare la qualità del lavoro forense fin dall'inizio. Questa iniziativa ha portato alla istituzione nel 2013 della *National Commission on Forensic Science*; a un *report* del *Subcommittee on Science* su cosa si debba fare per dare attuazione alle raccomandazioni del NRC, nel 2014; e nello stesso anno alle raccomandazioni del *National Institute of Standards and Technology* in tema di presentazione della testimonianza esperta. Ma, nonostante queste iniziative, conclude l'A., non sembra che i sostanziali cambiamenti proposti siano già diventati una realtà.

[74] O. Di Giovine, *La causalità tra scienza e giurisprudenza,* in *Riv. it. med. leg.*, (2016), p. 47 s. Ma già M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*…, cit., p. 217 ss, spec. p. 220, che, in materia di perizia psichiatrico-forense, ricorda come anche a livello internazionale sia sempre più sentita la necessità di criteri guida per lo svolgimento della perizia, tanto che la medicina forense in particolare psichiatrica è «sempre più impegnata non solo nella definizione delle metodologie da utilizzare in sede peritale, ma, soprattutto, nella elaborazione di una *Checkliste*, che incontri il massimo consenso anche fra i giuristi, in modo da diventare la base comune per la valutazione della qualità delle perizie». Condizioni irrinunciabili per pareri esperti di qualità rimangono comunque: scientificità del metodo; trasparenza metodologica, chiarificazione preliminare delle procedure e delle conoscenze o premesse scientifiche che l'esperto intende seguire. V. anche Id., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano 1990, p. 471 e ss. Con riferimento all'esperienza inglese, v. O. Sallavaci, *The impact of Scientific Evidence on Criminal Trial*…, cit., p. 188 e s.

le premesse indispensabili di tale ragionamento e chiarisce che, perché tali evidenze siano di qualità, occorre che «l'evidenza sia oggettiva, ripetibile e falsificabile». Affinché ciò si realizzi, secondo questo indirizzo, «il contributo in questo momento più importante e delicato al recupero delle garanzie penalistiche … proviene proprio dal lavoro di non penalisti, ed in particolare da chi, nell'ambito della medicina legale, sta cercando in modo sistematico (seguendo un preciso progetto culturale) non solo di raccomandare, ma di fissare fattivamente le condizioni o comunque di avviare un discorso strutturato sul metodo per fare della medicina legale una scienza "forte"»[75]. In tale contesto, occorre prendere atto che i fattori *Daubert* e gli indici ad essi collegati della sentenza Cozzini finirebbero con l'occupare ormai le retrovie del sistema probatorio. Quelle appena riportate sarebbero infatti da considerare «indicazioni operative» che, «oggettivizzando il sapere medico legale, rendendolo riproducibile e quindi controllabile, sopravanzerebbero le indicazioni della già evocata sentenza Cozzini, che, sulla scia della Daubert … raccomanda al giudice una valutazione critica quanto all'ingresso delle consulenze nel processo», e aiuterebbero a contenere il rischio, «oggi molto concreto, che il richiamo a questo *leading case* … si risolva in un esercizio di sterile retorica giudiziaria»[76]. In via generale, ciò che si invoca sarebbe dunque «una cultura scientifica autenticamente protesa alla ricerca di standard e metodologie condivise»[77]. Mentre, con particolare riferimento alla psichiatria, se per un verso si riconosce lo sforzo per l'«adozione di un approccio scientifico che utilizza procedure standardizzate e riproducibili al fine di ottenere

[75] O. Di Giovine, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*…, cit., p. 48.

[76] Così, da ultimo, O. Di Giovine, *ivi*, p. 49, la quale rileva come, almeno in tema di causalità, il diritto abbia svolto la sua funzione conformativa solo fino ad un certo momento storico, fino a quando cioè «ha finito col dipendere sempre più dalla scienza, reclamando anche un fondamento realistico. Un diritto svincolato dalla natura delle cose, oggi non sarebbe "sostenibile"» (citazione di p. 54).

[77] Così S. Ferracuti, *Neuroscienze forensi, ulteriori problematiche*, in *Giornale italiano di psicologia*, (2016), p. 725 s., a proposito del diffondersi dei test mentali in ambito forense a cui non ha corrisposto un pari diffondersi di una tale cultura. L'A., rilevando i diversi limiti metodologici anche con riferimento ai test neuropsicologici e sottolineando l'apporto positivo in chiave di incremento diagnostico e di informazioni dotate di maggior precisione al fine della diagnosi che le tecniche neurologiche potrebbero fornire, auspica l'introduzione di «una qualche forma di supervisione o coordinamento da parte delle Società Scientifiche e degli Ordini». Altrimenti, secondo l'A. «si corre il serio rischio di riprodurre quanto già avvenuto con i test mentali, da cui le tecnologie delle neuroscienze non differiscono concettualmente sotto il profilo epistemologico quando collocate in ambito giudiziario».

dati il più possibile oggettivi che possano contribuire al processo diagnostico e all'iter clinico», per altro verso, con specifico riguardo al «campo della psichiatria forense», si sottolinea che «suddetto approccio potrà consentire di ridurre la grande discrezionalità soggettiva alla quale si assiste molto spesso in ambito peritale»[78].

Ma, prima di ciò, perché i rimedi proposti siano efficaci occorrono giudici preparati, in particolare quando si tratta di confrontarsi con saperi di scienze emergenti, dalle quali possono scaturire nuove prove o nuove tecniche, come ad esempio quelle neuroscientifiche. Come quelle causali, le prove neuroscientifiche sono attualmente al centro di un coinvolgente e difficile dibattito, non solo perché al sapere neuroscientifico si deve il riaccendersi del confronto sulla capacità di autoderminazione dell'uomo e dunque sulla libertà d'azione come fondamento della responsabilità penale[79], ma anche perché tali scienze hanno offerto nuove chiavi di lettura del comportamento umano, come fenomeno complesso che si sottrae a comode semplificazioni.

Nel panorama italiano il sapere neuroscientifico irrompe con ritardo e con ritardo entra nelle aule giudiziarie, come testimoniano alcune note vicende in particolare in tema di imputabilità penale[80]. Per confrontarsi anche con tale sapere, che sulla scena statunitense è da anni invece presente e fatto proprio dalle corti, i giudici devono essere formati e devono poter disporre degli strumenti cognitivi e metodologici appropriati, senza lasciarsi abbagliare dal fascino che la prova neuroscientifica può esercitare sul laico per la sua intrinseca oggettività. Attraverso

---

[78] P. Pietrini, S. Pellegrini, *Neuroscienze e psichiatria forense*, in *Giornale italiano di psicologia,* (2016), p. 762.

[79] Esula dai fini del presente lavoro la questione neuroscientifica sulla libertà del volere dell'uomo, per un approfondimento della quale, v., ad esempio, E. Demetrio Crespo, M. Maroto Calatayud, *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid 2013, p. 3 e ss.; nella dottrina italiana, per una recente e attenta ricostruzione del dibattito in proposito, cfr. C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, p. 16 e ss. e ivi la bibliografia; con particolare riferimento a questioni di inimputabilità per infermità di mente, v. B. Weißer, *Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach par. 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?*, in *GA*, (2013), p. 26 e ss.

[80] Per una rassegna di tale giurisprudenza, cfr. M. Bertolino, *Il vizio di mente tra prospettive neuroscientifiche e giudizi di responsabilità penale*, in *Rass. it. crim.*, (2015), p. 89 e ss.; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*…, cit., p. 189 e ss.

tecniche, come ad esempio quella di neuro-immagine, l'esperto, infatti, è in grado di presentare al giudice immagini del cervello e delle sue patologie strutturali e funzionali. Ma queste immagini da sole non spiegano le ragioni del comportamento criminale, che è il risultato di una complessa attività mentale che fino ad ora nessuna fotografia del cervello è riuscita a fissare. Perché nessuna tecnica neuroscientifica è capace di "leggere la mente" e di offrire accesso diretto alle funzioni cognitive[81]. Se problematica rimane dunque ancora la forza probatoria di tali tipi di prove, sulla cui ammissibilità si continua peraltro a controvertere[82], nemmeno però si può ignorare l'importante contributo che esse possono comunque dare al giudice per l'accertamento di elementi del reato, come il dolo, la colpa, l'imputabilità, o per l'accertamento della veridicità della prova dichiarativa[83]. In questi ambiti probatori,

---

[81] Come osservano, da ultimo, M. Pardo, D. Patterson, S. Moratti, *The gathering of and use of neuroscientific evidence in criminal trials in the United States. Compatibility with the 4th and 5th Amendments and with Due Process*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., (2014), p. 41 e ss. Peraltro, sulla base di recenti studi empirici è stata formulata l'ipotesi che la forza irresistibile delle neuroscienze deriverebbe proprio dal "cervello come motore della mente" (*the brain-as-engine-of-mind hypothesis*). Secondo questa ipotesi, la gente riconoscerebbe alle neuroscienze un ruolo privilegiato nella spiegazione dei fenomeni psichici, non per la sua natura di scienza "reale", quanto piuttosto per essere la scienza più pertinente per spiegare la mente, così D. Fernandez-Duque e altri, *Superfluous Neuroscience Information Makes Explanations of Psychological Phenomena More Appealing*, in *J. of Cognitive Neuroscience*, 27, 5 (2014), p. 926 e ss., per i quali quindi «*the allure of neuroscience bias*» sarebbe concettuale, specifico della neuroscienza e non attribuibile al prestigio della disciplina. In breve, questo *bias* deriverebbe dal fatto che la gente comune crede che il cervello sia la migliore spiegazione dei fenomeni mentali.

[82] Per una recente critica alle tecniche neuroscientifiche, che vengono considerate problematiche e da non prendere per "oro colato", cfr. C. Umiltà, *Limits of cognitive Neuroscience (Why it wout take a much more neuroscience in order to have a sensible neuro-law)*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., (2014), p. 14 e ss. Esprime dubbi sulle capacità di conoscenza delle neuroscienze L. Lombardi Vallauri, *Conclusioni*, in *Riv. fil. dir.*, (2014), p. 151, per il quale «le potenzialità terapeutiche e manipolatorie delle neuroscienze sembrano a tutt'oggi molto più promettenti, in bene e in male, delle loro potenzialità di vera e propria, esplicativa, conoscenza». Preconizza che «una rivoluzione silenziosa colpirà il giudice, che si vedrà progressivamente espropriato del suo libero convincimento e del ruolo - cui è tanto affezionato - di *peritus peritorum*» F. M. Iacoviello, *Le neuroscienze forensi: un progresso pericoloso*, in *Giornale italiano di psicologia*, (2016), p. 752, il quale ritiene che la perizia psichiatrica classica, se «è certamente inaccurata», tuttavia «aveva il vantaggio di essere dominabile da parte del giudice»; cfr., anche, O. Di Giovine, *Prove di dialogo tra neuroscienze e diritto penale*, *ivi*, p. 722, la quale osserva che, pur essendo «innegabile che il giurista nutra scetticismo/gelosia verso saperi specialistici da lui non dominabili» come quello neuroscientifico, quando però si tratta di indagine sull'elemento soggettivo, «le nuove tecniche possono solo migliorarla, iniettandovi dosi di falsificabilità e quindi di oggettività: elementi dei quali il diritto penale sente peraltro forte bisogno». Sulla forza persuasiva della spiegazione neuroscientifica in ragione del suo riscontro oggettivo, v., da ultimo, G. Sartori, A. Zangrossi, *Neuroscienze forensi*…, cit., p. 697 e ss., secondo i quali «la dimostrazione della presenza di una patologia cerebrale (ad es. un tumore) è un dato oggettivo incontestabile in una valutazione sulla imputabilità di un autore di reato».

[83] Fra le indagini più recenti, v. A. Corda, *La prova neuroscientifica*…, cit., p. 355 e ss.; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*…, cit., p. 189 e ss.; M. Bertolino, *Prove neuropsicologiche di verità penale*, in *Dir. pen.*

nessuno è disposto a negare infatti il significativo contributo che le nuove prove scientifiche possono fornire al giudice; in termini però non assoluti ma relativi e integrativi. Nel senso che, come ormai concordemente riconosciuto, i dati neuroscientifici rimandano a realtà, cerebrale e genetica, che non possono essere ignorate ma che devono essere utilizzate «a integrazione, non certo a sostituzione della costruzione clinica e della valutazione forense»[84]. Si tratta di un approccio clinico integrato che trova ampio consenso nella comunità neuroscientifica. Esso si inserisce nel contesto più generale della relativizzazione della scienza e del suo contributo in ambito forense e consente agli stessi neuro-esperti di affermare che attualmente quello che le neuroscienze offrono «è la possibilità di rafforzare l'evidenza dell'esistenza di difetti di mente già dimostrati, fornendo un altro pezzo del puzzle, piuttosto che un'evidenza a sé stante, diventando, quindi, uno strumento importante nell'ambito etico e forense»[85].

Di tutto questo occorre essere ben consapevoli e deve esserlo in particolare il giudice, il quale deve essere prima di tutto formato al rispetto della conoscenza scientifica e del rigore del metodo scientifico[86]. Ma anche l'esperto deve essere

---

cont., 8 gennaio 2013; a proposito di dolo, M. Donini, *Il sapere scientifico come limite o come incentivo alla normativizzazione del dolo?*, Relazione al Convegno "Verità e scienza nel diritto e nel processo penale. Categorie, metodi di accertamento e nuove tecnologie", Corte suprema di cassazione, Roma 16 febbraio 2017 e F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova 2016, p. 81 e ss.

[84] U. Fornari, *Ragionamento giuridico e ragionamento forense*…, cit., 112. In senso conf. v. G. Sartori, A. Zangrossi, *Neuroscienze forensi*…, cit., p. 702 e ss. Questa posizione è peraltro già presente in quella giurisprudenza che, confrontandosi con il sapere esperto neuroscientifico, dichiara che le «neuroscienze non si sostituiscono alla valutazione comportamentale e clinica di un soggetto, ma possono integrare l'accertamento della sua capacità di intendere e di volere, accrescendone il grado di affidabilità come prova scientifica nel processo penale» (Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, (2012), p. 246 e ss., con nota di G. Messina). Per l'apertura ad un paradigma integrato di valutazione dello stato mentale dell'imputato ai fini del riconoscimento dell'infermità mentale di cui agli artt. 88 e 89 cod. pen., prima dell'irrompere delle neuroscienze nel processo penale, v. Cass., sez. un., 8 marzo 2005, cit., in *Dir. pen. proc.,* (2005), p. 842 e ss., con nota di M. Bertolino.

[85] G. Sartori, P. Pietrini e altri, *Implicazioni forensi in un caso di pedofilia acquisita*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., (2014), p. 86: «Per arrivare a questo è importante che l'integrazione delle evidenze neuroscientifiche nel procedimento legale avvenga senza *bias*, in un modo che sia logico e scientifico». Ritiene che «le neuroscienze cognitive avranno sempre più spazio nel processo» e che questo «inevitabile progresso porta con sé inevitabili pericoli» e fra questi quello principale della mancanza del «dialogo tra scienza e processo» F. M. Iacoviello, *Le neuroscienze forensi*…, cit., p. 754.

[86] «Le mancanze dei giudici non sembrano essere cognitive, ma informative. I giudici e i giurati non hanno conoscenze su molte cose, come scienza e tecnologia, ma non vi è ragione per cui essi non possano

"educato" a rispettare «il proprio ruolo di scienziato» che «aiuta il giudice nella decisione»[87]. Perché ciò avvenga, occorre prima di tutto abbandonare l'idea primitiva «dell'esperto-sciamano, nell'autorevolezza del quale il giudice vede la garanzia di scientificità della valutazione …»; pretendere che l'esperto forense affini «le proprie tecniche e il proprio sapere»[88] e risponda alle pretese del diritto con la consapevolezza dei presupposti ideologici e assiologici che le sorreggono; ritenere comunque irrinunciabile il rispetto del principio di autonomia e indipendenza, in particolare metodologica, del sapere esperto nel processo e per il processo. Tutto ciò per evitare che il confronto con un sapere altro, invece che essere un indispensabile ausilio, si risolva in un fallimento per la giustizia, e in particolare di quella penale, in un avallo dell'«angoscia nichilistica di un libero convincimento che sembra una mera

---

adeguatamente controllare i settori rilevanti» (R. J. Allen, *A Note To My Philosophical Friends*…, cit., p. 81 s.). «Il problema, come accade quasi sempre, è innanzitutto pedagogico e organizzativo: se i giudici fossero messi in condizione, sin dalla fase universitaria, di intensificare e diversificare la loro formazione, avessero un carico di lavoro equilibrato e operassero in sezioni "competenti" per tipi di questioni specialistiche …, forse incarnerebbero coralmente l'immagine del giudice-custode, così confermandone il carattere di semplice ideale regolativo, anziché di sconfortante utopia» (così, da ultimo, G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*…, cit.). V. anche C. Guarnieri, *La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa,* in *Criminalia*, (2015), p. 369, il quale a proposito della attuale situazione italiana osserva: «Innanzitutto, le nuove modalità di formazione continua assicurano un più efficace aggiornamento del magistrato nei confronti di un sistema normativo in continuo mutamento, un'esigenza oggi sempre più pressante. Si è poi sviluppata una formazione giudiziaria più specifica, meglio adatta ai nuovi e più complessi compiti che il giudice si trova oggi ad affrontare e che l'università spesso non è sempre in grado di fornire». Secondo l'A, poi, la crescente contaminazione in atto fra discipline giuridiche e non porterebbe, «almeno potenzialmente, ad una maggiore apertura culturale, a una maggiore capacità di rendersi conto delle complessità insite nelle decisioni giudiziarie». Tutto ciò, conclude l'A, nella speranza di rendere meno probabili casi, «dove parecchi magistrati hanno mostrato forti limiti di comprensione dei caratteri attraverso cui le conoscenze scientifiche … debbano essere validate». V., anche, *retro*, note n. 15 e 58.

[87] M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema dell'infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2006), p. 559. U. Fornari, *Ragionamento giuridico e ragionamento forense*…, cit., p. 113: «Chi esercita attività di perito o di consulente deve essere consapevole che ogni valutazione psicoforense (e/o criminologica) svolge semplice funzione di supporto delle decisioni giudiziarie». Cfr. anche *Le linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, in *Ind. Pen.*, 2014, p. 617, dove nel capitolo relativo alla scienza nel processo si legge: «7. All'esperto non deve essere richiesto di esprimersi, nemmeno indirettamente, circa l'accadimento e la dinamica dei fatti. In tal senso, esistono strumenti scientifici finalizzati alla valutazione della qualità del racconto, ma non alla veridicità del narrato rispetto al fatto storico».

[88] M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto*…, cit., p. 559 e ss. Su questioni di metodologia peritale in particolare psichiatrica e in generale sui rapporti fra giudice e perito, cfr., anche, della stessa, *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, (1988), p. 236 e ss. e, da ultimo, U. Fornari, *Ragionamento giuridico e ragionamento forense*…, cit., p. 109 e ss. Per indicazioni su come verificare da parte del giudice la forza probatoria («*robustness*») del parere esperto secondo una metodologia attenta alla competenza, alla motivazione, alla forza argomentativa interna ed esterna e alla rilevanza, cfr. C. Dahlman e altri, *Robust Trust in Expert Testimony*, in *Humana.Mente J. Phil. Studies*, 28 (2015), p. 17 e ss., spec. p. 21 e ss.

"scatola vuota"»[89] e in ulteriore conferma dell'attuale assolutismo giudiziario, intorno al quale ruota l'universo penalistico della tarda modernità[90].

Key words: scientific evidence, expert witness, judicial epistemology, decision making, reasonable doubt.

Abstract: If science is increasingly invoked in law as a function of evidence support in the proceedings, what is ever present and common to the various branches of legal order is the question of the role to be recognized to the jurist and in particular to the judge when confronted with the expert knowledge. The question that arises then on what knowledge is proper to the judge, in the criminal process, was presented in the first place and in terms inescapable with reference to the concept of criminally relevant cause and related investigation. In this context, an interdisciplinary approach is being established, which immediately goes beyond the matter of causality, in an attempt to asses criminal liability "beyond any reasonable doubt". But for this to be accomplished it is necessary that the judge be a careful verifier and consumer of scientific knowledges and laws, assuming the role of gatekeeper of scientific method to be used in the courtroom.

[89] C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, cit., p. 821, che richiama l'espressione di F. Stella, *Il giudice corpuscolariano,* Milano 2005, p. 199.

[90] Così F. Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, (2015), p. 383 e ss., il quale giustamente rileva come questo essere del diritto «autarchicamente giudiziario» comporti che «il tipo di formazione e selezione degli operatori del diritto contribuisce in modo determinante a connotare l'ordinamento giuridico».

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Marco Allena

Professore associato di Diritto tributario, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza

Nuovo codice doganale e disciplina del valore: alcune riflessioni sulla ricomprensione delle *royalties* alla luce delle novità introdotte

SOMMARIO: - 1. Introduzione: nuovo Codice Doganale e determinazione del valore in dogana. - 2. La disciplina del valore: cenni. - 3. *Royalties* e diritti di licenza nel nuovo Codice: le condizioni per includerli nel valore da dichiarare in Dogana. - 3.1. Non inclusione delle *royalties* nel prezzo effettivamente pagato o da pagare e corresponsione delle stesse "in relazione alle merci da valutare". - 3.2. Il terzo requisito: il pagamento delle *royalties* come "condizione di vendita" della merce. - 3.3. Le operazioni tra soggetti collegati. - 4. Imprescindibilità della analisi delle singole fattispecie al fine di verificare in quali casi il pagamento delle *royalties* sia "condizione di vendita". - 5. Criteri alternativi e forfettizzazione degli elementi in dogana. - 6. Inclusione delle *royalties* nel valore in dogana alla luce del nuovo Codice e giurisprudenza di merito, in attesa di pronunce della Cassazione.

1. Introduzione: nuovo Codice Doganale e determinazione del valore in dogana.

La determinazione del valore delle merci in importazione[1], in relazione alla partecipazione dei diritti di licenza (le c.d. *royalties*) al valore tassabile, è uno degli argomenti maggiormente delicati della materia doganale.

L'attenzione ad esso dedicata è peraltro piuttosto recente, e ciò spiega, accanto ad un incremento della dottrina in materia soprattutto negli ultimi anni, l'assenza, ad oggi, di pronunce della Cassazione[2].

Una trattazione del tema non può prescindere da alcuni cenni al nuovo Codice Doganale, stanti le grandi novità dallo stesso introdotte[3].

---

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

[1] Per un inquadramento generale del tema, si veda P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano 2015; S. Armella, *Diritto doganale*, Milano 2015; E. Varese, *Dazi e regimi doganali nell'Unione Europea*, Torino 2012; A. Pezzinga, *La legge doganale comunitaria e nazionale coordinata e commentata*, Milano 2000; A. De Cicco, *Legislazione e tecnica doganale*, Torino 1999; U. Calderoni, *Valore in dogana delle merci. Nozioni e tecnica del suo accertamento*, Padova 1955.

[2] Fonte: archivio sentenze Cassazione Civile, *De Jure*, Giuffrè.

Con l'entrata in vigore, il 1 maggio 2016, del Regolamento UE n. 952/2013[4], del Regolamento di Esecuzione n. 2015/2447, del regolamento Delegato n. 2015/2446 e del Regolamento Delegato Transitorio n. 2016/341, il nuovo *corpus* del diritto doganale unionale è finalmente esecutivo, con tutto il carico di novità che accompagna la recente disciplina legislativa[5].

Tra le principali novità del nuovo impianto normativo si può menzionare la modifica del sistema della rappresentanza in dogana[6], così come il perseguimento dell'obiettivo di semplificazione e razionalizzazione dei regimi doganali applicabili alle merci, con particolare riguardo al nuovo regime di perfezionamento attivo[7]; e ancora, non si possono dimenticare le modifiche alla disciplina dell'AEO, che ha accresciuto enormemente l'importanza nel nuovo sistema doganale del relativo status, che nei prossimi anni diventerà indispensabile per gli operatori economici che vorranno rimanere competitivi sul mercato europeo. Per incentivare l'adozione dello status di AEO, infatti, il codice unionale prevede numerose agevolazioni agli operatori, sia in relazione alla riduzione dei controlli fiscali da parte dell'Agenzia

---

[3] Per una panoramica della previgente disciplina, ci si permette di rinviare al nostro M. Allena, *Royalties e valore in dogana*, in *Diritto e pratica tributaria*, 5 (2014), I, pp. 865-880; nonché al nostro *I Diritti di licenza* in M. Scuffi, G. Albenzio e M. Miccinesi (a cura di), *Diritto Doganale, delle Accise e dei Tributi ambientali*, Milano 2014, parte II, capitolo XI.

[4] È pur doveroso precisare che stante il disposto dell'art. 288, comma primo, del Reg. UE n. 952/2013 gli articoli 2, 7, 8, 10, 11, 17, 20, 21, 24, 25, 31, 32, 36, 37, 40, 41, 50, 52, 54, 58, 62, 63, 65, 66, 68, 75, 76, 88, 99, 100, 106, 107, 115, 122, 123, 126, 131, 132, 138, 142, 143, 151, 152, 156, 157, 160, 161, 164, 165, 168, 169, 175, 176, 178, 180, 181,183, 184, 186, 187, 193, 196, 200, 206, 207, 209, 212, 213, 216, 217, 221, 222, 224, 225, 231, 232, 235, 236, 239, 253, 265, 266, 28, 273, 276, 279, 280, 281, 283,284, 285 e 286 trovano applicazione già a decorrere dal 30 ottobre 2013.

[5] Esso costituisce il punto di arrivo dell'evoluzione dell'unione doganale e della stessa Unione Europea dalla sua prima costituzione ad oggi, dopo le importanti tappe dei regolamenti n. 2913/92, n. 2454/93, n. 993/01 e n. 648/05. Per un commento sull'evoluzione segnalata e sull'entrata in vigore delle disposizioni del nuovo Codice, cfr. *Diritto Doganale, delle Accise e dei Tributi ambientali*, in M. Scuffi, G. Albenzio e M. Miccinesi (a cura di), Milano 2014.

[6] Si veda, anche per una generale panoramica sulle novità introdotte dal nuovo Codice, F. Cerioni, *Entrato in vigore il codice doganale dell'Unione Europea*, in *Corr. Trib.*, 46 (2013), p. 3648.

[7] Si veda B. Ferroni, M. Trabucco, *I regimi doganali: cosa cambia con il nuovo Codice doganale dell'Unione*, in *Il Fisco*, 40 (2014), p. 3693.

delle Dogane sia in tema di velocizzazione del processo di sdoganamento delle merci[8].

L'implementazione delle misure di favore nei confronti dell'AEO conferma anche il decisivo passo delle Agenzie fiscali verso i contribuenti nell'ottica di un rapporto tra dogane e operatori fondato sulla cooperazione tra le parti, riducendo di conseguenza i costi di controllo e di *enforcement* delle norme unionali.

Infine, merita menzione l'introduzione di ulteriori procedure doganali semplificate[9].

Resta ancora irrisolto il tradizionale conflitto tra valore in dogana e *transfer pricing*: le due discipline presentano regole ispirate a finalità tra loro opposte, con la conseguenza che in presenza di un unico prezzo la medesima operazione *intercompany* può talora presentare valori diversi[10].

Di conseguenza, tentativi di convergenza devono per il momento ancora essere gestiti localmente dai singoli Paesi[11]: a tal proposito l'Amministrazione italiana ha dato prova di un notevole dinamismo[12], e non sono mancati impulsi degni di nota da parte degli organismi internazionali[13].

---

[8] Per un approfondimento sul procedimento autorizzativo, si vedano il par. 6, nonché gli allegati nn. 1 e 2, della Circolare n. 5/D/2017 del 21 aprile 2017.

[9] Sulle quali, per approfondimenti, si rinvia a B. Ferroni, M. Trabucco, *Procedure doganali semplificate: le prospettive del nuovo Codice*, in *Il Fisco*, 36 (2014), p. 3547.

[10] Per approfondimenti sul rapporto tra *transfer pricing* e valore in dogana, si veda, S. Armella, *Diritto doganale*, Milano 2015, p. 263 e ss.; ancora, A. Marchesi, M. Zanda, *Politiche di transfer pricing e valore del gruppo multinazionale*, Milano 2001.

[11] Sul punto, vedi B. Ferroni, *La convivenza (ancora difficile) tra valore in dogana e* transfer pricing, in *Il Fisco*, 24 (2014), p. 2379; ancora, M. Fabio, Transfer pricing *e valore doganale: un'intesa possibile fra due diverse prospettive*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 6 (2015).

[12] Si fa rifermento alla Circolare n. 16/D del 6 novembre 2015, frutto di una collaborazione fra Agenzia delle dogane con l'Agenzia delle entrate, nel tentativo di semplificazione dei due sistemi. Per una panoramica completa sulla Circolare citata, si rinvia a S. Armella, L. Piemontese, *L'Amministrazione finanziaria riconosce i valori di "*transfer pricing*" anche ai fini doganali*, in *Corr. Trib.*, 3 (2016), p. 199. Sulla prassi amministrativa internazionale, si veda D. Avolio, B. Santacroce, E. Sbandi, Transfer pricing *e valore in dogana: le linee guida dell'ICC di Parigi*, in *Corr. Trib.*, 31 (2012), p. 2396.

[13] Cfr. M. Fabio, "Transfer pricing*" e valore doganale: le istruzioni della Organizzazione Mondiale delle Dogane*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 11 (2015).

Nemmeno è stata risolta, in sede di discussione in merito al (meglio, in vista del e successivamente al) nuovo codice unionale, la annosa *querelle* sulla natura dell'IVA all'importazione[14]. Sul punto è intervenuta la sentenza della Corte Europea di Giustizia nel caso *Equoland*[15], che ha riconosciuto l'IVA all'importazione come tributo interno, sottolineando che il meccanismo dell'inversione contabile (c.d. *reverse charge*) integra una modalità di effettivo assolvimento dell'imposta.

Modifiche importanti, che avranno conseguenze notevoli sul sistema, hanno toccato anche il valore in dogana[16].

Ci occuperemo in questa sede di uno degli ambiti di tale disciplina, e vedremo le novità apportate dal nuovo codice doganale alle norme sulla ricomprensione delle *royalties* nel valore delle merci da dichiarare in dogana.

Tale tema dava luogo, già nel precedente sistema normativo, a diverse discussioni, che né la dottrina né la giurisprudenza di legittimità hanno avuto il tempo di risolvere.

L'approvazione e l'entrata in vigore del nuovo Codice rappresentano dunque un'ottima occasione per fare il punto su una delle tematiche più interessanti in materia, vale a dire la ricomprensione, nella dichiarazione del valore in dogana, dei corrispettivi e diritti di licenza (ossia le c.d. *royalties)*.

Per comprendere le novità apportate dalla nuova disciplina unionale delle *royalties* non si può non partire dall'analisi delle norme in tema di "valore in dogana"[17], alla luce appunto delle novità del nuovo Codice.

---

[14] In sede di accertamento doganale volto a recuperare a tassazione le *royalties* era infatti prassi contestare, oltre il maggior dazio, anche l'IVA all'importazione sui diritti di licenza, anche se l'imposta fosse già assolta dall'importatore attraverso il c.d. *reverse charge* o in via ordinaria, innescando così un fenomeno di duplicazione dell'imposta.

[15] Cfr. Corte Europea di Giustizia, sent. 17 luglio 2014, C-272/13. Per un approfondimento sul contenuto e gli effetti della pronuncia, si rinvia ad S. Armella, L. Ugolini, *Gli effetti della sentenza "Equoland" sul trattamento IVA delle "royalties"*, in *Corr. Trib.*, 38 (2014), p. 2975.

[16] Si veda, S. Armella, L. Mannarino, *Nuovo codice doganale dell'Unione: cosa cambia nelle regole sul valore doganale*, in *Corr. Trib.*, 19 (2016), p. 1507.

2. La disciplina del valore: cenni.

La disciplina unionale in tema di valore in dogana delle merci[18] è ricompresa nel Codice Doganale Unionale (CDU) di cui al Reg. Ue 952/13, con particolare riferimento agli artt. da 69 a 76, e nel Regolamento di esecuzione 2015/2447 (R.E.), oltre che nel Regolamento Delegato 2015/2446 (RD) e nel Regolamento Delegato Transitorio 2016/341[19].

In particolare, l'art. 70 del CDU, nel disciplinare il metodo di determinazione del valore basato sull'analisi del valore di transazione, qualifica al primo paragrafo quest'ultimo – base primaria per il calcolo del valore in dogana delle merci – come "il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato" [20].

Al secondo paragrafo dell'art. 70 viene ulteriormente precisato che il prezzo effettivamente pagato o da pagare è "il pagamento totale che è stato o deve essere effettuato dal compratore nei confronti del venditore, per le merci importate, e comprende tutti i pagamenti che sono stati o devono essere effettuati, come condizione della vendita delle merci importate." La necessaria ricomprensione nella valorizzazione della merce della totalità dei pagamenti, da effettuarsi come condizione di vendita, comporta, come opportunamente rilevato dalla Circolare n. 5/D/2017 del 21 aprile 2017, che tale dato sia ora elemento essenziale della "base

---

[17] Per la speculare tematica dell'assolvimento del tributo doganale e delle connesse garanzie, si veda A. Marcheselli, *La riscossione dei diritti doganali, tra tutela degli interessi finanziari della UE, efficienza dei mercati e diritti fondamentali*, in *Dir. e pratica Trib.*, 1 (2014).

[18] Per le relative procedure di determinazione dell'obbligazione doganale, si veda F. D'alfonso, *Nuovo Codice Doganale: immissione in libera pratica*, in *Pratica fiscale e professionale*, 37 (2016), p. 36.

[19] La previgente normativa sull'inclusione dei diritti di licenza sul valore in dogana è rintracciabile nell'art. 32, comma primo, lett. *c)* del Reg. CEE n. 2913/1992 (CDC) e negli artt. da 157 a 162 delle Disposizioni Attuative (DAC-CDC). Rilevante è inoltre il documento TAXUD 800/2002-IT approvato dal Comitato del Codice Doganale e revisionato nel 2007. Per una panoramica, si veda B. Santacroce, E. Sbandi, R. Lupi, *Royalties "integratrici del prezzo" e valore in dogana*, in *Dialoghi Tributari*, 3 (2012).

[20] Diversamente, l'art. 29, comma primo, del Reg. CEE n. 2913/1992 disponeva che: "Il valore in dogana delle merci importate è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando siano vendute per l'esportazione a destinazione del territorio doganale della Comunità, previa eventuale rettifica effettuata conformemente agli articoli 32 e 33 (…)".

primaria per il valore in dogana delle merci" (art. 70, paragrafo 1, CDU) in forza degli artt. 73, lett. *a)* e 70, paragrafo 2, CDU. Al contrario, nel previgente CDC, quello che a tutti gli effetti risulta essere un principio cardine del "valore in dogana" era relegato a mero ruolo di "aggiustamento" da addizionare a tale valore (artt. 32 e ss. CDC).

Al fine della applicazione del valore di transazione devono ricorrere tutte le condizioni seguenti:

"a) non devono esistere restrizioni per la cessione o per l'utilizzazione delle merci da parte del compratore, oltre a una qualsiasi delle seguenti:

i) restrizioni imposte o richieste dalla legge o dalle autorità pubbliche nell'Unione;

ii) limitazioni dell'area geografica nella quale le merci possono essere rivendute;

iii) restrizioni che non intaccano sostanzialmente il valore in dogana delle merci;

b) la vendita o il prezzo non devono essere subordinati a condizioni o prestazioni per le quali non possa essere determinato un valore in relazione alle merci da valutare;

c) nessuna parte dei proventi di qualsiasi rivendita, cessione o utilizzazione successiva delle merci da parte del compratore deve ritornare, direttamente o indirettamente, al venditore, a meno che non possa essere operato un appropriato adeguamento;

d) il compratore e il venditore non devono essere collegati o la relazione non deve aver influenzato il prezzo."

Diversamente opereranno i metodi secondari di determinazione del valore in dogana, di cui all'art. 74, ai sensi del quale "quando il valore in dogana delle merci non può essere determinato a norma dell'articolo 70, si prendono in considerazione, nell'ordine, le lettere da a) a d) del paragrafo 2, fino alla prima di queste lettere che consente di determinarlo. L'ordine di applicazione delle lettere c) e d) del paragrafo 2 è invertito se il dichiarante lo richiede.

Il valore in dogana, ai sensi del paragrafo 1, è:

a) il valore di transazione di merci identiche, vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione ed esportate nello stesso momento o pressappoco nello stesso momento delle merci da valutare;

b) il valore di transazione di merci similari, vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione ed esportate nello stesso momento o pressappoco nello stesso momento delle merci da valutare;

c) il valore basato sul prezzo unitario al quale le merci importate, o merci identiche o similari importate, sono vendute nel territorio doganale dell'Unione nel quantitativo complessivo maggiore a persone non collegate ai venditori; oppure

d) valore calcolato, eguale alla somma:

i) del costo o del valore delle materie e delle operazioni di fabbricazione o altre, utilizzate per produrre le merci importate;

ii) di un importo rappresentante gli utili e le spese generali, pari a quello che comportano generalmente le vendite di merci della stessa qualità o dello stesso tipo delle merci da valutare, realizzate da produttori del paese di esportazione per l'esportazione a destinazione dell'Unione;

iii) del costo o del valore degli elementi di cui all'articolo 71, paragrafo 1, lettera e). 3. Se il valore in dogana non può essere determinato a norma del

paragrafo 1, esso viene determinato, sulla base dei dati disponibili nel territorio doganale dell'Unione, mediante mezzi ragionevoli compatibili con i principi e con le disposizioni generali:

a) dell'accordo relativo all'applicazione dell'articolo VII dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio;

b) dell'articolo VII dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio;

c) del presente capo."

Ulteriore elemento di novità è rappresentato dalla precisazione contenuta nel Regolamento di esecuzione n. 2447/2015, recante, per l'appunto, le modalità di applicazione delle disposizioni del CDU, con particolare riguardo al momento della rilevanza del valore in dogana.

In particolare, l'articolo 128 R.E. precisa che il valore di transazione delle merci vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione è fissato al momento dell'accettazione della dichiarazione doganale sulla base della vendita avvenuta immediatamente prima che le merci venissero introdotte in tale territorio doganale.

È perciò rilevante, a fini doganali, l'ultima vendita internazionale effettuata prima che le merci entrino nel territorio doganale dell'Unione. Come precisato dalla Commissione Europea nel documento TAXUD/B4/2016 n. 808781, è necessario che la stessa sia realmente una "vendita per l'esportazione" (c.d. *last sale rule principle*), essendo irrilevante la c.d. "vendita nazionale"[21].

---

[21] Ossia una vendita intervenuta tra acquirente e venditore in ambito comunitario, dal momento che si qualifica come priva delle caratteristiche di una vendita per l'esportazione nell'UE. Cfr. L. Ugolini, *Il nuovo valore di transazione nel CDU e la disciplina delle "royalties"*, in *Corr. Trib.*, 47-48 (2016), p. 3678.

Nel caso in cui le merci siano vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, non prima di essere introdotte in tale territorio doganale, ma mentre si trovano in custodia temporanea o sono vincolate a un regime speciale diverso dal transito interno, dall'uso finale o dal perfezionamento passivo, il valore di transazione è determinato sulla base di tale vendita (art. 128, paragrafo 2, R.E.).

Nell'ipotesi appena menzionata le merci, al momento dell'ingresso nel territorio doganale dell'Unione, non sono dichiarate per essere immesse in libera pratica, ma saranno poste in custodia temporanea o vincolate ad un regime speciale per il quale il pagamento dei diritti rimane sospeso[22].

Sul punto, la Circolare n. 5/D/2017 chiarisce che nell'ipotesi di cui al paragrafo 1 dell'art. 128 R.E. il calcolo del valore deve arrestarsi al momento precedente anche all'eventuale introduzione in deposito. Diversamente, nel caso contemplato dal paragrafo 2 della medesima disposizione, il calcolo del valore/base imponibile si sposta fino al momento della materiale estrazione dal deposito, presentando come fattura di accompagnamento quella avvenuta in regime sospensivo e, quindi, seppur all'interno del territorio doganale dell'Unione, della vendita allo Stato estero immediatamente precedente l'estrazione con contestuale immissione in libera pratica e/o immissione in consumo.

All'art. 129 R.E. vi è l'ulteriore specificazione per cui il prezzo effettivamente pagato o da pagare "comprende la totalità dei pagamenti eseguiti o da eseguire come condizione della vendita delle merci importate dal compratore a una delle seguenti persone:

a) il venditore;

b) un terzo a beneficio del venditore;

---

[22] L. Ugolini, *Ibid.*

c) un terzo collegato al venditore;

d) un terzo quando il pagamento a quest'ultimo è effettuato per soddisfare un obbligo del venditore".

I pagamenti possono essere fatti, per via diretta o indiretta, anche mediante lettere di credito e titoli negoziabili.

Con il CDU è stato, quindi, ridefinito il concetto di valore di transazione, considerata base primaria per il valore in dogana, con il graduale venir meno della c.d. *first sale rule*, per cui a rilevare sarà d'ora in poi solo l'ultima vendita avvenuta prima dell'introduzione della merce nel territorio della UE.

3. *Royalties* e diritti di licenza nel nuovo Codice: le condizioni per includerli nel valore da dichiarare in Dogana.

Con preciso riferimento al nostro tema, occorre premettere che il Codice non fornisce una definizione di "*royalties* e diritti di licenza".

A tal riguardo, pertanto, si può richiamarne la definizione generica individuata nell'articolo 12, secondo paragrafo, del Modello OCSE di convenzione sul reddito e sul patrimonio (2014), tale per cui essa ricomprende: "i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi comprese le pellicole cinematografiche e le registrazioni per trasmissioni radiofoniche e televisive, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, nonché per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche e per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico (comunemente definite "*know-how*")" [23].

[23] La definizione ricalca la versione previgente dell'art. 12, par. 2, dell'OECD "*Model Double Taxation Convention on income and on capital*" (1977).

Tale definizione, già utilizzata dalla previgente normativa, chiarisce che *royalties* e diritti di licenza costituiscono compensi corrisposti per una serie di diritti immateriali.

Il Codice e gli atti di esecuzione dello stesso, tuttavia, non fanno distinzione tra i vari diritti.

I versamenti di *royalties* e diritti di licenza non vengono a costituire l'oggetto di specifiche disposizioni, ma piuttosto rientrano nelle disposizioni generali dell'articolo 71 del CDU e 136 del R.E., norme a cui si deve pertanto fare riferimento.

Come confermato anche dalle recenti prese di posizione dell'Agenzia delle Dogane, notevole e decisiva importanza assumono in materia i contratti tra le parti, la cui interpretazione sarà fondamentale da ogni punto di vista (così, da ultimo, anche la Circolare n. 8/D/2016)[24].

Ora, l'art. 71, paragrafo 1, lett. *c)* del CDU dispone che per la determinazione del valore in dogana ai sensi del disposto di cui al sopra descritto art. 70, il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci importate è integrato dai "corrispettivi e i diritti di licenza relativi alle merci da valutare, che il compratore, direttamente o indirettamente, è tenuto a pagare come condizione della vendita delle merci da valutare, nella misura in cui detti corrispettivi e diritti di licenza non siano stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare"[25].

In altre parole, ai sensi dell'art. 71, paragrafo 1, lett. *c)* del CDU le *royalties* vanno incluse nel valore in dogana solo qualora sussistano tre condizioni concorrenti:

---

[24] Cfr. F. D'Alfonso, *Il valore doganale*, in *Pratica fiscale e professionale*, 35 (2016), p. 30.

[25] La disposizione citata riproduce il contenuto del previgente art. 32, comma primo, lett. *c)* del Reg. CEE n. 2913/1992. Per una panoramica sulle relative "linee guida" dell'Agenzia delle dogane espresse dalla Circolare 21/D/2012, si rinvia a A. Marocco, L. De Angelis, *La daziabilità delle royalties corrisposte per l'utilizzo dei marchi*, in *Fisc. e Comm. Int.*, 4 (2013), p. 29.

1) non siano state già incluse nel prezzo effettivamente pagato o da pagare; *e*

2) si riferiscano alle merci da valutare; *e*

3) l'acquirente sia tenuto a pagarle, o direttamente o indirettamente, come "condizione di vendita" delle merci da valutare.

Tale disciplina va integrata dall'art. 136 del Regolamento di Esecuzione (UE) n. 2015/2447 (adottato dalla Commissione Europea il 24 novembre 2015).

In particolare, a mente dell'art. 136 citato, alle merci importate sono connessi corrispettivi e diritti di licenza se i diritti trasferiti nell'ambito dell'accordo relativo alla licenza o ai corrispettivi sono "incorporati nella merce".

Non è invece determinante il metodo di calcolo dell'importo dei corrispettivi o dei diritti di licenza.

Esaminiamo dunque le tre condizioni di cui all'art. 71, paragrafo 1, lett. *c)*, partendo dalle prime due e soffermandoci su alcune particolarità.

3.1. Non inclusione delle *royalties* nel prezzo effettivamente pagato o da pagare e corresponsione delle stesse "in relazione alle merci da valutare".

Come precisato dal doc. TAXUD/B4/2016 n. 808781, un riferimento diretto alle merci importate è particolarmente chiaro quando le merci stesse costituiscono l'oggetto del contratto di licenza, riportando a titolo esemplificativo il caso in cui vengano importate merci che incorporano il marchio per il quale viene pagato il diritto di licenza, per cui quest'ultimo deve essere considerato come correlato alla merce importata.

Sulla base degli orientamenti esistenti, sempre richiamati nel documento TAXUD/B4/2016 n. 808781, al fine di stabilire se un corrispettivo sia correlato o

meno alla merce oggetto della valutazione, occorre innanzitutto determinare che cosa il licenziatario riceva a fronte del versamento.

La norma introduce una presunzione semplice, prevedendo che qualora il metodo di calcolo dell'importo di un corrispettivo o di altro diritto di licenza si basi sul prezzo delle merci importate, si presume, salva prova contraria, che il pagamento di tale corrispettivo o diritto di licenza si riferisca alle merci oggetto della valutazione.

Il menzionato art. 136 R.E., al terzo paragrafo, disciplina l'ipotesi in cui i corrispettivi o i diritti di licenza si riferiscano solo in parte alle merci da valutare, riferendosi in parte ad altri ingredienti o componenti aggiunti alla merce successivamente alla loro importazione, oppure ad attività o servizi successivi all'importazione, prevedendo che venga effettuato un "opportuno adeguamento".

Il successivo paragrafo 4 dell'art. 136 R.E. precisa le ipotesi in cui i corrispettivi e i diritti di licenza debbano essere considerati condizione della vendita delle merci importate, per cui dovranno essere inclusi nel valore doganale all'importazione se risulti soddisfatta in via alternativa una delle condizioni in esso previste, per le quali rinviamo al successivo paragrafo.

A mente della disposizione citata è appena il caso di rilevare come sia del tutto irrilevante a tal riguardo il Paese in cui è stabilito il destinatario del pagamento dei corrispettivi e o dei diritti di licenza.

Nel caso in cui il soggetto che importa i beni corrisponda le *royalties* non al venditore extracomunitario, ma ad un terzo, può ragionevolmente rilevare – a prescindere dall'analisi dei contratti di vendita – l'ipotesi di cui alla lett. *c)*, paragrafo 4, art. 136, R.E., ossia che le merci non possono essere vendute all'acquirente o da questo acquistate senza versamento dei corrispettivi o dei diritti di licenza a un licenziante.

3.2. Il terzo requisito: il pagamento delle *royalties* come "condizione di vendita" della merce.

Al pari del previgente Codice, anche nell'attuale disciplina la maggiore complessità consiste nello stabilire quando il pagamento delle *royalties* debba essere una "condizione per la vendita", alla luce dell'esame dei profili richiamati nel precedente paragrafo.

A tal fine, non è ad esempio necessario che il contratto di compravendita tra l'importatore e il venditore extracomunitario preveda espressamente che la fornitura possa essere interrotta nel caso in cui l'importatore/licenziatario non versi le *royalties* al licenziante.

Nei casi in cui le *royalties* siano versate non al venditore, ma ad un soggetto terzo, ai fini della loro inclusione nel valore in dogana è sufficiente che a richiedere il pagamento dei corrispettivi sia un soggetto "collegato" al venditore[26].

Occorre precisare che risulta superato il piuttosto complesso sistema normativo pregresso, di cui agli artt. 157 e ss. Reg. CEE 2454/1993, vigente ora l'unica disposizione in materia di cui all'art. 136 R.E.

Tale disciplina applicativa, come confermato anche dalla Agenzia delle dogane e dei Monopoli con la circolare 8/D/16, stabilisce che il pagamento delle *royalties* è da includere nel valore anche quando non è richiesto espressamente dal venditore o da persona ad esso legata, unica condizione invece imposta dal previgente art. 157 par. 2, delle DAC.

---

[26] In altre parole, se il licenziante è comunque "legato" al venditore, la condizione in parola può ritenersi integrata. Sulla rilevanza del concetto di "controllo" nella previgente disciplina, cfr. P. Massari, *"Royalties" e diritti di licenza nella giurisprudenza di merito, in attesa di pronunce di legittimità*, in *Corr. Trib.*, 16 (2014).

Come accennato in precedenza, l'articolo 136, par. 4 R.E., dispone che "Le royalties e i diritti di licenza sono considerati pagati come condizione della vendita delle merci importate quando è soddisfatta una delle seguenti condizioni:

(a) il venditore o una persona ad esso collegata chiede all'acquirente di effettuare tale pagamento, o

(b) il pagamento da parte dell'acquirente è effettuato per soddisfare un obbligo del venditore,o

(c) le merci non possono essere vendute all'acquirente o da questo acquistate senza versamento delle royalties o dei diritti di licenza."

Una rilevante novità della nuova normativa è rappresentata proprio dalla circostanza per cui tali condizioni, a differenza di quelle previste dal previgente CDC, non devono sussistere congiuntamente: sicché oggi è sufficiente che sia soddisfatta una soltanto di esse perché le *royalties* debbano essere incluse nel valore doganale dei beni importati[27].

Con riguardo al primo dei tre presupposti, esso si considera integrato solo qualora un soggetto controlli direttamente o indirettamente l'altro (art. 127, par. 1, lett. *e)* R.E.), vale a dire quando il primo sia in grado di esercitare, di diritto o di fatto, un potere di costrizione o di orientamento sul secondo[28].

Quanto al concetto di "persone legate", ripreso dall'art. 143 delle DAC e oggi trasfuso nell'art. 127 R.E., con specifico riguardo alla locuzione "imporre orientamenti", la recentissima Circolare n. 5/D/2017 chiarisce che il concetto di collegamento non varia rispetto al passato, in considerazione del fatto che l'endiadi

---

[27] Cfr. L. Ugolini, *Il nuovo valore di transazione nel CDU*…, cit., p. 3678.

[28] Con la precisazione che rimane irrilevante – come era in relazione al concetto di "persone legate" espresso dalle DAC – il mero controllo sulla qualità della produzione, che rientra nella normale prassi commerciale. Cfr. ancora L. Ugolini, *Il nuovo valore di transazione nel CDU*…, cit.

formata dalle parole "costrizione" e "orientamento" è ora semplicemente rimodulata nella locuzione "imporre orientamenti"[29].

In merito al terzo presupposto, esso rappresenta una novità, dal momento che la disposizione fa espresso riferimento sia al fornitore sia "all'acquirente", e non tiene più conto della circostanza che il venditore richieda il pagamento dei diritti di licenza[30].

In adesione agli attuali orientamenti espressi dalla Agenzia delle Dogane a seguito della recente novella, il criterio da applicare per stabile se il valore in dogana debba o meno essere integrato dalle *royalties*, nei termini sopra descritti, consiste essenzialmente nel capire se il venditore può vendere o se il compratore può comprare le merci senza pagare *royalties* o diritti di licenza.

La sussistenza di tale condizione non deve necessariamente essere esplicita, potendo al contrario risultare anche in modo implicito. Ciò significa che la mancata specificazione, nell'accordo di licenza, in merito alla circostanza di subordinare la vendita delle merci importate al pagamento di un corrispettivo o di un diritto di licenza, non esclude di per sé che tali corrispettivi debbano integrare il valore in dogana.

Ulteriore profilo da tenere in considerazione è dato dall'articolo 136, par. 4 lett. *c)* R.E., laddove chiarisce, rendendolo esplicito, il fatto che le *royalties* sono, per definizione, pagate al proprietario dei diritti concessi in licenza (licenziante) e vengono versate dall'acquirente delle merci.

---

[29] Tale affermazione non è priva di conseguenze; infatti, come chiarito dalla circolare richiamata, rimane valevole quanto espresso dalla precedente Circolare n. 16/D/2015 in tema di accordi infragruppo.

[30] In altri termini, secondo la nuova disposizione, potrebbe ravvisarsi una "condizione di vendita" implicita quando, in caso di mancato pagamento delle *royalties* da parte del licenziatario, il contratto di licenza preveda che il fornitore non possa più vendere la merce all'importatore o quest'ultimo non possa più acquistarla. Cfr. L. Ugolini, *Il nuovo valore di transazione nel CDU*…, cit.

Tale disciplina, del resto, rispecchia il Commento n. 25.1 del TCCV – Comitato tecnico del valore in dogana.

Con tale precisazione, la norma indica che le condizioni delle disposizioni di vendita si basano su impegni vincolanti assunti, sia dall'acquirente che dal venditore. Ciò dimostra che il criterio della "condizione di vendita" non si riferisce soltanto alle condizioni imposte dal venditore a se stesso ma anche imposte all'acquirente.

Quest'ultimo profilo riflette altresì il disposto del citato articolo 71, par. 1 lett. *c)* CDU, che precisa: "royalties e diritti di licenza relativi alle merci da valutare che l'acquirente deve pagare come condizione di vendita delle merci da valutare".

3.3. Le operazioni tra soggetti collegati.

Il CDU e il R.E. dedicano una disciplina specifica alle operazioni tra soggetti collegati.

Ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 3, lett. *d)* del CDU, difatti, il valore di transazione si applica, tra l'altro, purché il compratore e il venditore non siano collegati o la relazione non abbia influenzato il prezzo. In particolare, le operazioni tra soggetti collegati trovano nell'articolo 134 Reg. n. 2447/2015 la loro disciplina applicativa[31].

In primis, nella norma viene previsto che quando tra il compratore e il venditore vi sia un collegamento, al fine di determinare se tale legame non abbia influenzato il prezzo della transazione, ove necessario, sono esaminate le circostanze proprie della vendita ed è data al dichiarante/importatore la possibilità di fornire

[31] Il previgente art. 160 delle Disposizioni di Attuazione del Reg. CEE 2913/1992 (DAC-CDC) utilizzava il termine "persone legate", per la cui nozione era tassativamente prevista dall'art. 143 delle DAC-CDC, sul presupposto che esista un "controllo rilevante sul piano giuridico di una società nei confronti dell'altra". Per una panoramica sul punto, si veda P. Massari, *"Royalties" e diritti di licenza…,* cit.; ancora, D. Avolio, B. Santacroce, F. Sbandi, *Il concetto di "persone legate" e il concetto di qualità nell'accertamento di valore in dogana*, in *Corr. Trib.*, 25 (2012).

ulteriori informazioni particolareggiate eventualmente necessarie in merito a tali circostanze.

Ad ogni modo, è comunque prevista la valutazione delle merci secondo il metodo di cui all'articolo 70, paragrafo 1, CDU se il dichiarante dimostra che il valore di transazione dichiarato è estremamente vicino a uno dei seguenti valori assunti come criteri, determinati allo stesso momento o pressappoco allo stesso momento:

a) il valore di transazione in occasione di vendite, tra compratori e venditori che non sono legati in alcun caso particolare, di merci identiche o similari per l'esportazione a destinazione del territorio doganale dell'Unione;

b) il valore in dogana di merci identiche o similari, determinato a norma dell'articolo 74, paragrafo 2, lett. *c)*, CDU;

c) il valore in dogana di merci identiche o similari, determinato a norma dell'articolo 74, paragrafo 2, lett. *d)*, CDU.

Tali valori devono essere utilizzati su richiesta del dichiarante, e non sostituiscono il valore di transazione dichiarato.

Lo stesso art. 134 R.E. precisa che al momento di stabilire il valore di merci identiche o similari, si debba tener conto dei seguenti elementi:

a) le differenze dimostrate tra i livelli commerciali;

b) le quantità;

c) gli elementi elencati all'articolo 71, paragrafo 1, del codice;

d) i costi sostenuti dal venditore in occasione di vendite in cui venditore e compratore non sono collegati, se tali costi non sono sostenuti dal venditore in occasione di vendite tra soggetti collegati.

I valori assunti come criteri devono essere utilizzati su richiesta del dichiarante; ad ogni modo la norma prevede che tali valori non sostituiscono il valore di transazione dichiarato.

Tali circostanze assumeranno, pertanto, concreto rilievo e dovranno essere opportunamente considerate per le operazioni che dovessero avvenire tra i diversi soggetti, al fine di individuare il metodo di valutazione del valore in dogana delle merci, presupposto cui farà seguito l'eventuale inclusione delle *royalties* versate a terzi licenziatari.

4. Imprescindibilità della analisi delle singole fattispecie al fine di verificare in quali casi il pagamento delle *royalties* sia "condizione di vendita".

Come anticipato nei paragrafi precedenti, la corresponsione delle *royalties* è da ritenersi "condizione di vendita" qualora dal legame tra le componenti negoziali dei contratti di compravendita e i contratti di licenza emerga che "le merci non possono essere vendute all'acquirente o da questo acquistate senza versamento delle royalties o dei diritti di licenza", con ciò venendo in rilievo non solo i vincoli che il venditore impone a se stesso, ma anche all'acquirente.

A tal fine, dovrà pertanto ipotizzarsi se l'operazione commerciale nel suo complesso possa o meno avvenire a prescindere dal versamento dei diritti di licenza[32].

È a questo proposito che diventa determinante, nelle varie fattispecie, la specifica analisi dei contratti di compravendita, secondo quanto precisato dal Commento n. 25.1 del TCCV – Comitato tecnico del valore in dogana, in tema di *royalties* e diritti di licenza a terzi.

[32] Basti pensare, ad esempio, alla vendita di un prodotto contrassegnato da un marchio di fabbrica.

E infatti il Commentario, al punto 8, nella determinazione se una *royalty* o diritto di licenza costituisca condizione di vendita dei beni da valutare qualora le *royalties* siano pagate a parti terze non legate al venditore, rileva come ciò dipenda da una revisione di tutte le circostanze della vendita e dell'importazione dei beni.

Secondo il Comitato Tecnico alcuni fattori che dovranno essere presi in considerazione nel determinare se il pagamento delle *royalties* o dei diritti di licenza sia una condizione della vendita sono: il richiamo alla *royalty* o al diritto di licenza nei contratti di vendita o nei documenti connessi; il riferimento alla vendita dei beni nei contratti di licenza; la possibilità che, secondo i termini dei contratti di vendita o dei contratti di licenza, i contratti di vendita possano essere risolti come conseguenza della risoluzione dei contratti di licenza, qualora il compratore/importatore non paghi la *royalty* o il diritto di licenza al licenziante (ciò infatti indicherebbe il legame tra il pagamento del diritto di licenza o della *royalty* e la vendita dei beni da valutare); la presenza di una clausola nel contratto di licenza che indichi che qualora le *royalties* o i diritti di licenza non siano pagati, il produttore non potrà produrre o vendere i beni incorporanti la proprietà intellettuale all'importatore; l'esistenza, nel contratto di licenza, di clausole che consentano al licenziante di gestire la produzione o la vendita tra il produttore e l'importatore (vendite per l'esportazione nel paese dell'importazione) secondo criteri che oltrepassino il mero controllo qualità.

È soltanto da un attento esame della rispondenza di tali profili all'interno delle singole fattispecie che potranno riscontrarsi i punti di contatto tra i casi concreti e gli indicatori del Commentario 25.

Infatti, da una parte e innanzitutto, si può ragionevolmente ritenere che l'Amministrazione Finanziaria fondi su tali indici la sussistenza del pagamento della *royalty* o del diritto di licenza come condizione di vendita dei beni da valutare; dall'altra, e in secondo luogo, la qualità e la quantità degli indicatori di cui essa potrebbe avvalersi sembrano idonee a sostenere che in determinati casi le *royalties* debbano integrare il valore in dogana dei beni.

5. Criteri alternativi e forfettizzazione degli elementi in dogana.

Occorre evidenziare che in linea generale, qualora i dubbi sul valore in dogana non dovessero essere superati dalle informazioni supplementari fornite all'Autorità, diventerebbero applicabili i criteri alternativi, che sostanzialmente non si discostano da quanto previsto nel previgente CDC e che consistono nel valore di meri identiche o similari, nel valore basato sul prezzo unitario al quale le merci importate sono vendute nel territorio doganale dell'Unione, nonché nel valore calcolato sulla base dei costi diretti o indiretti di produzione.

Va precisato che costituisce elemento innovativo del CDU la previsione della possibilità di richiedere all'Autorità Doganale la forfettizzazione degli elementi del valore e dello stesso valore di transazione. In particolare, all'art. 73 del Codice sono previste semplificazioni nella determinazione degli importi che costituiscono parte del valore in dogana oltre che degli elementi aggiuntivi e diminutivi sulla base di criteri specifici e in presenza di autorizzazione dell'Autorità Doganale.

Tale sistema di semplificazione del valore può risultare particolarmente utile in tema di diritti di licenza e *royalties*, atteso che la quantificazione di questi potrebbe non essere nota al momento dello sdoganamento, maturando solo in caso di effettiva vendita delle merci recanti i marchi in licenza (dipendendo dal cd. fatturato netto).

In particolare, in tali casi potrebbe risultare utile l'opzione, che andrà valutata con particolare cautela ed attenzione, consistente nella richiesta all'autorità doganale per l'autorizzazione al calcolo semplificato ai sensi dell'art. 73 CDU.

Ai sensi di quest'ultima norma, difatti, le autorità doganali possono autorizzare su richiesta la determinazione dei seguenti importi sulla base di criteri specifici, se non sono quantificabili alla data di accettazione della dichiarazione in dogana: si tratta degli importi che formano il valore di transazione (e che non possono essere quantificati all'atto dell'espletamento delle formalità doganali) e degli

importi che devono essere inclusi o non devono essere considerati quali elementi del valore in dogana.

Va inoltre considerata l'ulteriore circostanza per cui i diritti di licenza non attengono sempre a tutte le merci importate, essendo compresa una quota di prodotti non venduti, resi o giacenti nei magazzini non coperti dai contratti di licenza.

La procedura semplificata di cui all'art. 73 CDU pertanto potrebbe rivelarsi in tali ipotesi uno strumento tecnico di portata rilevante e innovativa.

Tale procedura, tuttavia, richiede per la propria attivazione la presenza congiunta di una serie di condizioni. Innanzitutto, che l'applicazione del procedimento di cui all'art. 166 del CDU, ovvero la dichiarazione semplificata (con tale procedura le dichiarazioni doganali possono vedere indicato il valore solo in un momento successivo, restando la bolletta "sospesa" per un periodo determinato intercorrente tra la data di introduzione della merce nell'UE e quelle di conoscenza e comunicazione degli importi delle *royalties*) comporti, nel caso concreto, un costo amministrativo notevole; in secondo luogo, che il valore in dogana determinato non differisca in modo significativo da quello determinato in assenza di autorizzazione.

La concessione dell'autorizzazione in parola è inoltre subordinata ad ulteriori requisiti: che il richiedente soddisfi il criterio di cui all'art. 39 lett. *a)* CDU, ovvero il requisito soggettivo utile per ottenere lo status di Operatore Economico Autorizzato; l'utilizzazione di un sistema contabile compatibile con i principi contabili generalmente accettati e applicati nello Stato Membro in cui è tenuta la contabilità e che faciliterà i controlli doganali mediante *audit*; la disponibilità di un'organizzazione amministrativa corrispondente al tipo e alla dimensione dell'impresa, adatta alla gestione dei flussi di merci nonché di un sistema di controllo interno in grado di individuare le transazioni illegali o irregolari.

Ora, è evidente che la possibilità fornita dall'art. 73 CDU di addivenire, in presenza di tutti i presupposti e requisiti accennati, ad un accordo con l'Autorità doganale, consentirà una gestione operativamente efficiente delle operazioni di sdoganamento, fornendo la possibilità di un criterio di calcolo certo ed evitando complesse procedure di differimento di revisione dell'accertamento o di differimento della determinazione del valore.

6. Inclusione delle *royalties* nel valore in dogana alla luce del nuovo Codice e giurisprudenza di merito, in attesa di pronunce della Cassazione.

La ricomprensione delle *royalties* nel valore imponibile in dogana è stata oggetto sino ad ora di limitati interventi giurisprudenziali, come già accennato.

Quanto ai presupposti per l'inclusione dei diritti di licenza nel valore in dogana, con riguardo ai requisiti espressi dall'art. 71 del CDU e, precedentemente, dall'art. 32 del Reg. CEE n. 2913/1992, la giurisprudenza ha ribadito che affinché rientrino nel valore doganale anche le *royalties* è necessario che sussistano tre condizioni fondamentali: il rapporto tra il fornitore estero e la casa madre con cui l'azienda in considerazione abbia stipulato un accordo infragruppo, il pagamento delle *royalties* riferibile alle merci oggetto di valutazione ed infine il pagamento delle stesse come condizione di vendita delle merci dai fornitori[33].

In particolare, si rileva che le *royalties* devono essere corrisposte come una condizione di vendita della merce, e a tal fine è sufficiente che a richiedere il pagamento sia un soggetto "legato" al venditore[34], arrivando però ad escludere tale legame in relazione all'obbligo di rispettare elevati standard qualitativi imposti dal licenziante.

---

[33] Cfr. Comm. Trib. Prov. di Milano, Sentenza n. 4871 del 28 maggio 2015.

[34] La giurisprudenza riferita all'art. 143 delle DAC-CDC che tale legame ricorresse anche in tutti i casi di "controllo indiretto", inteso come qualunque forma di controllo rilevante sul piano giuridico di una società nei confronti dell'altra. Cfr. Sentenza Comm. Trib. Prov. di Firenze del 6 marzo 2009, n. 31/IX/09; in senso conforme, sempre della stessa Commissione, Sentenza n. 40/XIX/2009 del 17 marzo 2009.

Alle medesime conclusioni era giunta la Commissione tributaria regionale di Milano, secondo la quale il controllo di qualità e le determinate condizioni di lavoro imposte ai fabbricanti devono essere valutate nel proprio complesso, e non necessariamente implicano un controllo gestionale del licenziante sulle società stesse[35].

Tuttavia tale requisito sussisterebbe ogniqualvolta il contratto di licenza conferisca al licenziante il potere, ad esempio, di procedere all'approvazione dei modelli o di fissare le condizioni di prezzo[36].

Più di recente, la giurisprudenza ha affermato che la somma pagata dalla società importatrice a titolo di *royalty* per lo sfruttamento dei marchi di fabbrica a un soggetto terzo, completamente estraneo, non avendo alcun controllo e/o rapporto con le ditte fornitrici, è irrilevante ai fini della determinazione del valore doganale delle merci, in quanto tale pagamento non rappresenta condizione di vendita e, pertanto, non è soggetto a imposizioni di confine, come dazi o IVA[37].

Sempre in merito alla nozione di "condizione di vendita delle merci da valutare", la Commissione regionale milanese ha affermato che essa deve essere intesa come *conditio* in base alla quale il venditore è disposto ad autorizzare la vendita dei prodotti solo in presenza del pagamento dei diritti di licenza[38]. I giudici hanno altresì ribadito che per integrare una "condizione di vendita", il controllo di fatto non può limitarsi ad un mero controllo di qualità della merce prodotta con il marchio soggetto a licenza, ma deve assumere la forma di un vero e proprio potere

---

[35] Cfr. Comm. Trib. Reg. di Milano, Sentenza n. 3 del 18 gennaio 2013, sulla quale si veda P. Massari, *"Royalties" e diritti di licenza…,* cit., p. 1268.

[36] Si fa riferimento al caso "Giochi Preziosi", deciso da Comm. Trib. Prov. di Milano con Sentenza 16 febbraio 2011, n. 39/31/11, e Sentenza 1 marzo 2011, n. 51/31/11; entrambe tuttavia riformate in appello da Comm. Trib. Reg. della Lombardia con Sentenza n. 74 del 24 maggio 2013 e Sentenza n. 174 del 19 novembre 2013. Cfr. P. Massari, *"Royalties" e diritti di licenza…,* cit.

[37] Cfr. Comm. Trib. Prov. di La Spezia, Sentenza n. 613 del 29 maggio 2015. Per un commento, si veda, diffusamente, F. Cerioni, *L'esclusione delle "royalties" del valore in dogana tra strategie aziendali elusive e incertezze dei giudici tributari*, in *Corr. Trib.*, 30 (2015), p. 2349.

[38] Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sentenza n. 658 del 4 febbraio 2016.

di interdizione dell'attività del licenziatario, finalizzato allo specifico interesse patrimoniale del licenziante al pagamento delle *royalties*. In senso conforme, una pronuncia successiva della medesima commissione aggiunge che la verifica in parola debba risultare non solo facendo riferimento alle clausole espresse nel contratto, ma anche dalle note che le parti si sono trasmesse[39].

Da ultimo, ancora la Commissione tributaria regionale della Lombardia ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla questione. In riferimento agli art. 32, comma primo, lett. *c)* del Reg. CEE n. 2913/1992 e all'art. 157 delle DAC, ora artt. 71 CDU e 136 R.E. consegue che, "ove nel prezzo dei beni pagato o da pagare dal compratore non fosse incluso il corrispettivo e i diritti di licenza questi debbono essere inclusi nel "valore in dogana" se l'importo versato o da versare a tale titolo si riferisce ai beni specificamente sottoposti a valutazione e se il venditore in assenza di tale ulteriore onere del compratore non avrebbe effettuato la vendita".

Con particolare riguardo all'ipotesi in cui il titolare dei diritti sul bene non sia il venditore ma un terzo, l'importo del corrispettivo e del diritto di licenza va incluso nel "valore in dogana" dei beni sottoposti a valutazione solo se è lo stesso venditore o persona ad esso legata ad indicare all'acquirente la necessità di effettuare il pagamento a una terza persona. Quanto al riferimento alla nozione di "persona ad esso legata", o "collegata", per usare la nuova terminologia dell'art. 136, par. 4, R.E., la Commissione ribadisce che debba trattarsi di un soggetto avente un collegamento con il venditore "che lo legittima ad esprimersi in termini vincolanti nel negozio giuridico in questione nei confronti del compratore"[40].

Sebbene non vi siano orientamenti consolidati in materia, e in assenza di giurisprudenza di legittimità, non si può fare a meno di rilevare come le sentenze di merito si fondino tutte su un'attenta ricostruzione dei rapporti contrattuali in essere

[39] Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sentenza n. 846 del 29 giugno 2016.
[40] Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sentenza n. 271 del 31 gennaio 2017.

e sui vari elementi fattuali, indispensabili appunto ai fini della valutazione dei rapporti intercorrenti fra le parti. L'esame del dato contrattuale rappresenta infatti l'elemento decisivo alla luce del quale stabilire, in ciascun singolo caso, l'imponibilità delle *royalties* corrisposte[41].

Va da sé che, a maggior ragione alla luce della entrata in vigore del nuovo Codice, diventa quanto mai importante una presa di posizione della Cassazione, indispensabile per fornire elementi di certezza in un ambito così rilevante.

Keywords: duties, royalties, custom, value, Union Customs Code, condition of sale.

Abstract: This work analyses the impact of the new Union Customs Code on the determination of the imported goods custom value, especially in relation to royalties and licence fees. The paper is trying to critically establish the main points at issue. At the present time, the courts decisions on the question are increasing, as well as legal theory research papers and Customs Agency consideration, but there isn't yet Supreme Court decision.

[41] Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sentenze n. 2321 del 26 maggio 2015, n. 4947 del 25 settembre 2014, n. 174 del 19 novembre 2013; conforme, Comm. Trib. Prov. Di Pisa, sentenza n. 179 del 26 aprile 2016.

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

G. Maria Antonietta Foddai

Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Sassari

Reshaping the practice of Justice: the Case of Collaborative Law

SOMMARIO: - 1. Toward a Paradigm of Participatory Justice. - 2. Collaborative Law. - 3. The Origins of Collaborative Law. - 4. The Canadian Experience of Collaborative Family Law and the 'limits' of Mediation. - 5. Collaborative law in Europe: the French Case; - 5.1. Lawyer-Assisted Negotiation in Italy. - 6. How Lawyers are reshaping the Practice of Justice. - 7. In Search of a New Professional Identity: concluding observations.

1. Toward a Paradigm of Participatory Justice

In their analyses, European legal scholars often refer to a "legal crisis" to underscore how the law has difficulty representing and regulating new phenomena that are radically changing the international scene[1]. One might say this crisis is paradoxical because it appears that the legal field is growing and that there is a new spectrum of actors and institutions that are redefining its content, practice and confines[2]. What appears to be in crisis, however, is a certain way of viewing the law as a rational order centered around the State and legislation as the only source of law.

The crisis affects also justice understood as a tool for the effective vindication of rights. It has eclipsed the traditional trial as it has become inadequate in fulfilling social expectations[3]. It has also driven a new sense of vitality into the

---

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

[1] Among numerous publications on this subject, see T. Hagan, *The End of Law?* Oxford, 1984; B. De Sousa Santos, *Law: a Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society* 14, 3 (Autumn 1987), p. 279 e ss.; in Italian literature, see N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma 2005, third ed.; P. Rossi (ed.), *Fine del diritto?*, Bologna 2009; M. Vogliotti (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino 2008.

[2] See. S. Cassese, who notes that in Italy over the past fifty years, the number of judicial decisions has increased tenfold, the number of lawyers fivefold, and new law school graduates threefold. The conclusion is that the production and delivery of law is increasing. *Eclissi o rinascita del diritto*?, in P. Rossi (ed.), *Fine del diritto?*, cit., p. 29 e ss., (p. 29).

[3] See M. Cappelletti, (ed.) *Access to Justice*, Alphen aan der Rijn-Milan, 1978, I; J.G. Belley, *Une justice de la seconde modernité: proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile*, in *McGill Law Journal*, 46

system as consensual and participatory models have brought new principles, practices and actors onto the justice scene over the past thirty years[4].

We are before the progressive crumbling of a justice paradigm based on the State's monopoly on the law and on judgment. The emerging new one has yet to be fully defined, but is nonetheless beginning to take shape with distinctive features such as belief in legal pluralism and participatory dispute resolution tools[5].

The ways in which different legal systems have responded to the rise of alternative dispute resolution methods (ADR) sheds light onto the different countries' interpretation of the relationship between two different paradigms of justice and on the strategies they have employed to redefine their delivery of justice in response to the changing needs of their citizens.

The recent example of collaborative law, which renders the ethical principles of participation and cooperation in dispute resolution legally relevant, is quite telling. On one hand, it reflects the need for autonomy and participation which pervades contemporary society: on the other, it reveals how difficult it is for institutions to

---

(2000-2001), p. 317 e ss.; M. Delmas-Marty, *Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, in J. Clam and G. Martin (éds.), *Les Transformations de la Régulation Juridique*, Parigi 1998, p. 209 e ss.; L. Lalonde, *Les Modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice ?* in *Revue de Prévention et de Règlements des Différends*, 1, n. 2 (2003), p. 17 e ss. See also R. Caponi, *« Just Settlement » or « Just about Settlement » ? Mediated Agreements : a Comparative Overview of the Basics*, in *Rabels Zeitschrifts*, 79 (2015), p. 117 e ss. (p. 125).

[4] See the chapter in *Journal of Empirical Legal Studies*, devoted to the crisis of the trial, entitled *The Vanishing Trial*, 1, n.3, (November 2004), incl. articles by M. Galanter, *The Vanishing Trial: an Examinations of Trials and Relate Matters in Federal and State Courts*, p. 459 e ss.; M. Friedman, *The Day Before Trial Vanished*, p. 689 e ss. See also L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2 (2016), p. 715 e ss.

[5] See S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Firenze, 1946 second ed.); R. Macdonald, *L'Hypothèse du Pluralisme Juridique dans les Sociétés Démocratiques Avancées*, in *Revue de Droit Université de Sherbrooke* (*R.D.U.S.*) 33, 1-2 (2002-2003), p. 135 e ss. On renewed interest for legal pluralism, see. J. Vanderlinden, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 21 (1989), p. 149 e ss.; F. Viola, *Il Rule of Law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, in M. Vogliotti (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., pp. 96-128; also see essays in V. Ferrari, P. Ronfani, S. Stabile, (eds.), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milano 2001.

develop new justice policies which grant citizens decisional autonomy and ensure effective safeguarding of rights[6].

This article illustrates the new phenomenon of collaborative law; its origins in the United States and Canada and the translation of its principles in Europe. The specific cases of France and Italy, which have both recently introduced forms of negotiation inspired by collaborative law principles, are discussed. These two cases are particularly interesting, not only because these nations have a civil law system dominated by a model wherein the decision, and not a negotiated agreement, takes center stage, but also because of the way they have integrated this new tool within their procedural systems and of the new role played by lawyers in the justice scene.

The Italian example provides food for thought. In Italy, there is a gap between the representation of a model of justice still founded on the trial and the practice of a brand of justice increasingly drawn to extra-judicial tools[7]. Over the past twenty years, legislators have introduced consensual tools such as mediation and negotiation in an effort to lift some of the burden from the courts. The formalization of these tools, the failure to appropriately train mediators and attorneys, and insufficient awareness-raising with the public are among the causes of the thus far poor success of consensual justice methods. They have been depicted as exceptions in the judicial system that only serve to reinforce the dominant model instead of bringing about a new conceptual framework in which to resolve disputes and protect rights.

This lack of success is perhaps at the origin of a March 2016 Ministry of Justice initiative: the establishment of a Commission tasked with proposing an organic reform of dejurisdictionalization tools, with particular attention to mediation, assisted negotiation and arbitration. The Commission, which has recently

---

[6] See C. Kessedjian, *Le droit international collaboratif*, Paris 2016,

[7] See R. Caponi, *The Performance of the Italian Civil Justice System: an Empirical Assessment*, in *The Italian Law Journal*, 2 (2016), p. 15 e ss.

concluded its activities, preserves the initial normative structure and proposes several changes designed to expand access to extra-judicial tools[8]. What is noteworthy, however, is that for the very first time Italian lawmakers have addressed the issue of harmonizing the traditional judicial model with consensual and participatory forms of justice. In the open building yard of the Italian justice scene[9], this may represent a first real step towards the definition of a new paradigm of participatory justice.

2. Collaborative Law

Collaborative law has recently joined the list of extra judicial conflict resolution tools based on a consensual and participatory approach[10].

The term "collaborative law" refers to a consensual dispute resolution method in which the involved parties, assisted by their attorneys, are active in seeking a solution to their conflict. This practice, which is part of the informal justice sphere, excludes the presence of an impartial third party who facilitates an agreement - an element that has come to characterize models of alternative justice such as mediation and conciliation and is part of the commonly recognized image of alternative justice.

The novelty of this approach with respect to other extra judicial tools is that it breaks away from the assumption there must be three actors.

---

[8] This is a quick overview of the Committee's report, newly submitted to the Ministry of Justice-Study Committee for the development of organic discipline and reform of dejurisdictionalization tools, with particular attention to mediation, assisted negotiation and arbitration. Policy proposals and illustrative notes, January 18th, 2017, www. https://www.giustizia.it/giustizia/ (20 march 2017).

[9] See S. Chiarloni, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giurisprudenza Italiana*, Maggio 2015, pp. 1257-1263.

[10] D. A. Hoffman, *Colliding Worlds of Dispute Resolution: Toward a Unified Theory of ADR*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2008, 1, pp. 11-44; Hoffman distinguishes between Collaborative law and Collaborative Practice: "In this article I use the term "Collaborative Practice" as opposed to "Collaborative Law", because the practice has grown to include not only lawyers but also mental health professionals, financial professionals, child specialists, and coaches.", p. 44, n. 3.

Although it resonates with negotiation, which unfolds through a discussion led by the involved parties' attorneys, collaborative law differs insofar that it combines the binary structure of negotiation with a formal ethical commitment to forego procedural strategy in favor of honest dialogue aimed at reaching a consensual resolution to the dispute at hand.

A distinguishing trait of this practice, born in the context of family law[11], is the drafting of a preliminary agreement known as "participation agreement", in which the parties and their lawyers commit to resolving the controversy at hand in a collaborative manner, sharing relevant information, respecting confidentiality and behaving in an honest, fair manner during negotiation[12].

The participation agreement contains an exclusion clause which provides that, in case of failure of the consensual process, the lawyers cannot represent their clients in a court of law for the same dispute and must withdraw if the case is not settled[13]. This distinguishes collaborative law from all other consensual controversy resolution methods commonly employed in the field.

Macfarlane argues that with collaborative law one moves from tasking a single attorney with working on extra-judicial solutions to asking all lawyers involved in a given case to commit to exclusively using consensual modes of conflict resolution[14]. In fact, the agreement must be signed by the involved parties

---

[11] T. Barton, Collaborative Divorce: a Model for Effecting Problem-Solving and Prevention, in *Harvard Negotiation Law Review*, Dec. 2009, http://www.hnlr.org/category/collaborative-law/ (march 2017): "Collaborative Law" is tipically used as a synonym phrase for "Collaborative Divorce" because to date the model of collaborating lawyers representing **diffe**rent parties has been employed almost exclusively in divorce settings." (footnote n. 4).

[12] S. M. Gutterman, J.D, M. A., and a Panel of Collaborative Law Experts, *Collaborative Law. A New Model for Dispute Resolution*, Denver (Colorado), 2004. See also D.C. Reynolds and D. F. Tennant, *Collaborative Law. An Emerging Practice*, in *Boston Bar Journal*, 45, 5 (November/December 2001), p. 1 e ss.

[13] The "*Participation Agreement*" form is available on the *Global Collaborative Law Council* website, http://www.collaborativelaw.us/articles/GCLC_Participation_Agreement_With_Addendum.pdf (26 September, 2016).

[14] J. Macfarlane, *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): a Qualitative Study of CFL Cases,* Department of Justice Canada, 2005, (http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/), p. 5 (September 2016).

as well as by their attorneys, who commit to forego formal legal action to resolve the dispute. In collaborative law – continues Macfarlane – a lawyer has the sole task of advising his/her client and illustrating extra-judicial, consensual and negotiation-based solutions[15].

As Peppet stated, there is no single contractual arrangement that represents collaborative law, but there are different types of collaborative documents that could "create several possible contractual configurations depending on what, exactly, the lawyers and clients sign and what, exactly, those documents say."[16].

According to the literature, some of the most salient founding elements of a collaborative law agreement include:

- Lawyers are forbidden to represent their client in litigation after a failed negotiation attempt. This safeguards the negotiation-based approach from the risk of the parties pursuing legal action against each other in order to force a conclusion. If the parties are to face each other in a court of law for the same dispute, new lawyers must represent them[17].

- The voluntary, timely and thorough sharing of all information deemed relevant for pursuing conflict resolution[18].

- The active participation of all parties involved in the dispute. Although the lawyers play a fundamental role in the negotiation phase, the ultimate decision is left

---

[15] J. Macfarlane, *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): a Qualitative Study of CFL Cases*, cit., "The legal services provided by counsel are limited to advice and representation regarding the non-litigious resolution of the conflict, focusing solely on developing a negotiated, consensual outcome", p. 4.

[16] S. R. Peppet, *The Ethics of Collaborative Law*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2008, pp. 131-161, (p. 134; 140-141).

[17] D. Hoffman P. Tesler, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, in B. Roth (ed.), *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, New York 2002, chapter 41; p. 2 e ss. (p. 2).

[18] S. M. Gutterman, J.D, M. A., and a Panel of Collaborative Law Experts, *Collaborative Law. A New Model for Dispute Resolution*, "In collaborative law (…) focus is on full, voluntary disclosure and interest-based narrative, not positional problem solving", cit., p. 32.

up to the parties, which must be actively committed to quickly finding a resolution to their dispute[19].

- An ethical commitment to acting on good faith and with honesty. This does not mean that the discussion cannot be heated or intense confrontation in which all options are considered; it does however, require an atmosphere of frankness, openness, and mutual trust wherein a cooperative approach replaces procedural strategizing[20].

3. The Origins of Collaborative Law

The history of collaborative law is quite recent and dates back to the early 1990s when Stuart Webb, a family attorney from Minneapolis, began to devise a new approach based on collaboration rather than competition between the conflicting parties. His method, which eventually turned into a legal model, involved a series of meetings between the parties and their attorneys aimed at reaching an agreement without going before a judge[21]. The first problem Webb considered was the danger of parties falling back into strategic solutions if negotiation failed. His solution was establishing that the lawyers could not go from being collaborative to competitive and would thus need to relinquish their clients should they choose to move their dispute into a traditional court of law.

As he discussed the clear distinction between trial lawyers and expert negotiator-lawyers, Webb argued that this division gives rise to a series of

---

[19] D.C. Reynolds and D. F. Tennant, *Collaborative Law. An Emerging Practice*, cit., p. 1.

[20] S. R. Peppet, *The Ethics of Collaborative Law*, cit., p. 133: "Most fundamentally, Collaborative Law has the potential to be a relationship-preserving process, rather than relationship-destroying.".

[21] See. S. Webb and R. Ousky, *The Collaborative Way to Divorce: The Revolutionary Method that Results in Less Stress, Lower costs, and Happier Kids Without Going to the Court*, New York, 2007, «As a divorce litigator I'd felt for a long time that I was living in a siege mentality, merely waiting for the next battle to start, and finally I got to the point where I was ready to quit the practice of law. I enrolled in a college and was to ready to start educating myself for a new career when I had a last thought about practicing law: "If I'm actually willing to quit been a lawyer, why don't I at least see whether there's some out-of-the-box way I can look at things. Maybe there's a better way of handling divorce". So I began experimenting different ways to approach family law practice» (p. 6).

advantages with regard to the methods and end result of the process they facilitate[22]. Without the alternative of a trial, lawyers concentrate exclusively upon the negotiation phase and on a single goal: reaching a satisfactory agreement as opposed to garnering a victory in court. This entails the utilization of different skills and methods that not all attorneys necessarily possess, such as the ability to analyze a case from multiple perspectives and various problem-solving techniques, all applied in the relaxed atmosphere of planned meetings between all involved parties[23].

The new stance has given rise to a series of ethical and legal questions regarding the role of attorneys and adequate defense of the parties' interests[24] and stimulated a debate that served to further define and strengthen the specificity of the approach[25].

With the support of the *Texas Collaborative Law Institute of Texas*, one of the most active organizations in the promotion of collaborative law, the *Texas Collaborative Law Council* was established in 2004[26]. Its aim was to apply the collaborative process to commercial and civil disputes, train lawyers in the practice, inform the public about its benefits, and preserve its integrity[27]. To this end, a protocol was established for lawyers committing to a collaborative process as well as a draft of the preliminary participation agreement[28].

---

[22] See S. Webb, *Stuart's Webb Letters to Sandy Keith*, Chief Justice of the Minnesota Supreme Court, http://www.collaborativelaw.us/articles/Webb_ltr_re_Collaborative_Law_1990.pdf (26 September, 2016)

[23] See. R. W. Rack, Jr., *Settle or Withdraw: Collaborative Lawyering Provides Incentive to Avoid Costly Litigation*, in *ABA Dispute Resolution Magazin*e 8 (Summer 1998), p. 1 e ss.

[24] See S. R. Peppet, *The Ethics of Collaborative Law*, cit.: "Collaborative lawyers use contract to alter the contours of the lawyer-client relationship, and in doing so those contracts themselves become the locus for ethical inquiry." p. 131. See also J. E. Thomas, *The Ethical Implications of collaborative Law*, (2013). *Collaborative law*. Paper 2.http://www.civiljustice.info/collab/2 (march 2017).

[25] See. C. M. Fairman, *A Proposed Model Rules for Collaborative Law* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 21 (2005), p. 73 e ss.; in response to Fairman see. J. Lande, *Principles for Policymaking about Collaborative Law and Other ADR Processes* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 22 (2007), p. 619 e ss.

[26] See the Institute's website: http://www.collablawtexas.com/ (september 2016)

[27] L. Maxwell, *The Development of Collaborative Law*, in *Alternative Resolutions* 16, 3-4 (Summer/Fall 2007), p. 22 e ss. (p. 23).

[28] D. Hoffman and P. Tesler, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, cit., p. 5.

The essential elements of the process are the identification of the aims and interests of the parties, a full and thorough sharing of relevant information, effective communication, reinforcing both parties' capacity to make fair decisions, upholding confidentiality, and maintaining good faith in negotiation.

As the practice became more popular and valued by professionals in the field, there was a push to regulate *Collaborative Law*. The rise in lawyers' organizations specializing in collaborative law has led to the legal changes that introduced collaborative law models in the legal system of Texas, North Carolina and California[29].

4. The Canadian Experience of Collaborative Family Law and the 'limits' of mediation

In Canada, collaborative law practices grew in popularity around the late 1990s and gradually became a veritable new judicial trend[30]. The novel approach drew enough attention in the legal world that in 2005 the Canadian Ministry of Justice published a study of collaborative justice cases in the United States and Canada between 2001 and 2004.

The paper, titled "The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law: A Qualitative Study of CFL Cases", examined the chief ethical, practical and conceptual questions raised by CL and analyzed the notable changes that it engendered in professional practice as well as in the client-attorney relationship[31]. The author recognized that the traditional trial as a tool for resolving family conflict

---

[29] See S. M. Gutterman, *Collaborative Law. A New Model for Dispute Resolution*, Denver – Colorado, 2004; *Introduction*, cit., p. 3 e ss.

[30] See D. Chartrand, Y. Proulx, P. Roberge, L. Woodfine, *Le droit collaboratif* in *Justice participative. Collection des habilités 2013-2014*, Montréal 2013, p. 133 e ss.

[31] J. Macfarlane, *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): a Qualitative Study of CFL Cases,* cit.. See also J. Macfarlane, *Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project*, in *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2004), p. 179 e ss.

was in crisis and evidenced the limited number of families who sought legal counsel during disputes[32].

Based on a series of interviews conducted in Canada and the United States, Macfarlane highlighted the exponential rise of collaborative family law as one of the most salient innovations in the field in the previous 25 years. Although its distinguishing feature is the limitations imposed upon the attorney's role in the form of required commitment to seeking only negotiation-based and extra-judicial solutions, the new practice was embraced enthusiastically by professionals in the field, who began championing it as an efficient, swift method associated with high rates of client satisfaction[33].

McFarlane's paper also outlined the different expectations and motives steering legal professionals and their clients towards collaborative law practices. The former tend to believe that collaborative law allows for legal practice that is more in line with their personal values compared to the traditional model focused on trial proceedings and strategic negotiation. Not only did the attorneys tend to reject a competitive approach as inadequate in handling family disputes, they also expressed dissatisfaction with family mediation when compared to collaborative practices, which were favored by the majority of the interviewees.

Collaborative law therefore seemed to emerge as a third channel for dispute resolution- an alternative to both litigation and mediation. A series of factors related to professional identity and roles were behind the positive response most North American and European attorneys had to the new model[34]. The study evidenced

---

[32] See M. Galanter *The Vanishing Trial: an Examinations of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, cit.

[33] T. Barton, *Collaborative Divorce: a Model for Effecting Problem-Solving and Prevention*, in *Harvard Negotiation Law Review*, http://www.hnlr.org/2009/12/collaborative-divorce-a-model-for-effective-problem-solving-and-prevention/ , Dec. 2009 (march 2017).

[34] See. D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative*, in *Il Foro italiano*, 1 (2015), p. 28 e ss. (p. 29); T. Calfapietro, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile*, in *Minorigiustizia*, 1 (2015), p. 146 e ss., (p. 147). For the North American

that clients seek their attorneys' advice in choosing an appropriate family conflict resolution tool and they steered away from the traditional trial. They also expressed some reservations about mediation specifically because in this practice lawyers have a more marginal consulting role while in collaborative practice they play an active, decisive role in defending the client's interests. Their positive expectations focused on reduced costs, a swifter process, and a more constructive channel for resolving a family crisis with benefits including personal growth and greater protection of children involved[35]. The report also pointed out some limitations of the new model. If on one hand collaborative law appears to provide an avenue for reaching lasting agreements that are both fair and satisfactory, on the other it presents several problems with regard to lawyer training, costs, and the fact that in case of failure of negotiation the overall length of the dispute process may double as it moves to a traditional trial.

One of the most interesting points in the report concerns the relationship between collaborative law and mediation, which, in spite both having developed in a collaborative framework, often appear to be at odds. This issue has been confirmed by several studies conducted in across the now vast landscape of ADR in many countries. As Hoffman argues: "in the world of dispute resolution, we are sadly coming into an era in which an alarming divisiveness has emerged. [...] Some divorce mediators dismiss Collaborative practice as an "oxymoron" and too expensive. Some Collaborative practitioners dismiss mediation as a "lesser" process and too expensive. Some Collaborative practitioners argue that only in Collaborative practice and not in mediation – is it possible to get to the "deeper places", beyond mere

situation, see W. Schwab, *Collaborative Lawyering: a Close Look at an Emerging Practice,* in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4-3 (2004), p. 351 e ss.

[35] J. Macfarlane, *The Emerging Phenomenon of Collaborative Family Law (CFL): a Qualitative Study of CFL Cases,* cit., p. 24.

settlement, wherein the disputing parties can achieve the greatest understanding and resolution"[36].

In Hoffman's vision, as well as in Macfarlane's, one of the first sources of tension among the 'alternative practitioners' is an economic one, as evidenced by a clear division between lawyers and mediators. This is made even clearer by the fact that collaborative lawyers who do not practice mediation are its main critics and, conversely, mediators who do not utilize collaborative practices tend to criticize them. This phenomenon does not seem to occur when lawyers offer both mediation and collaborative practice services to their clients as well as arbitration and other conflict resolution tools.

In this changing landscape of justice where new professional competencies are developing and a new social equilibrium is being delineated, lawyers clearly play an increasingly key role as dispute resolvers. This trend is confirmed by an analysis of the French and Italian examples.

5. Collaborative law in Europe: The French Case

The collaborative law phenomenon has reached Europe, as evidenced by the establishment of various relevant professional associations in multiple countries and by the 2015 birth of the *European Network for Collaborative Practice*[37].

In France, in addition to the birth of collaborative law associations, changes have taken place at the institutional level with the introduction of the North American-inspired "*Convention de procédure participative*". The *Loi Beteille n. 2010-1609* of Dec. 22nd, 2010, which came into effect on January 23nd 2012, adds a new title XVII to the third book of the civil code at art. 37 specifically addressing the

---

[36] D. A. Hoffman, *Colliding Worlds of Dispute Resolution: Toward a Unified Theory of ADR*, cit., p. 14.

[37] D. Lopez Eychenié, *Etre ou devenir un professionnel collaboratif européen du XXIème siècle*, in *Village de la Justice* (10 mars 2015), http://www.village-justice.com/articles/Etre-devenir-Professionnel,19144.html (September 2016).

"*Convention de procédure participative*" regulated by articles 2062-2068. Art. 2062 refers to the convention on participatory justice thus: "la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend"[38].

The new legal instrument, which turns out to be particularly well-suited for family disputes[39], is also applicable to any controversy involving available rights.

Its main tenets include mandatory assistance by lawyers and the opportunity to equate whole or partial agreements reached through collaborative practice with judicial decisions (art. 2066)[40].

Unlike in Italian law, wherein an attempt at extra-judicial conciliation is mandatory prior to a hearing before a judge, in France utilizing this method is wholly voluntary. The parties, in fact, can freely choose whether to pursue collaborative or judicial avenues after consulting with their attorneys and considering their options.

It is particularly noteworthy that the "participatory" practice taken into consideration by French lawmakers differs from its American and Canadian counterparts in that it allows the same lawyer who assists a client during a collaborative process to represent him/her in court if they do not reach an agreement. In this case, the stark distinction between a collaborative/negotiation-

---

[38] Article 2062 code civil, modified by Loi n. 2010-1609 du 22 décembre 2010 - art. 37.

[39] Law 2016-1547 of November 18th, 2016 also modified divorce proceedings. Art. 50 establishes that in case of reciprocal consent of parties, divorce can be finalized by them with the assistance of their lawyers before a notary public. Par. 1 : «*Du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*». See H. Fulchiron, *Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*, in *La Sémaine juridique. Édition générale*, 48 (2016), p. 1267.

[40] See. J. Bonnard, *Les nouveaux privilèges des avocats: fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné* », (2011), <halshs-00654252 version 1-2011>, p. 11 http:// halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00654252 (september 2016).

based approach and a competitive/judicial one- a defining characteristic of Collaborative Law- is missing.

As noted by many French scholars, there is a fundamental difference between "*Droit Collaboratif*" and "*Convention de procédure participative*". "On dit que la procédure participative française est parente du droit collaboratif nord-américain. C'est une mystification. Dans le droit collaboratif, les avocats sont tenus de se désengager de la procédure dès lors que l'une des parties rompt le pacte en saisissant le juge, mais également s'ils ont le moindre doute quant à la volonté réelle de leur client ou de l'autre partie d'avancer efficacement dans la négociation. Mieux encore, la signature de la charte leur interdit, en cas d'échec de la procédure, de représenter ultérieurement l'une quelconque des parties dans le cadre d'une procédure contentieuse. Enfin, il est convenu que les éléments d'information échangés au cours de la procédure collaborative ne peuvent être utilisés dans une éventuelle procédure contentieuse ultérieure. Aucun de ces éléments essentiels n'est repris dans la procédure participative qui est plutôt un moyen de mettre en état le règlement d'un différend dans le but de le régler à l'amiable ou sinon de faciliter un règlement juridictionnel rapide."[41].

The political logic behind this decision by French lawmakers emerges from the 2008 Guinchard Commission[42], which encouraged the development of alternative dispute resolution methods and proposed the use of a "participatory, attorney-assisted negotiation process"[43]. In addition to outlining the chief tenets of

---

[41] H. Croze, J.-C., V° *Procédure participative*, in *Procédure formulaire,* «fasc. 20 : Procédure participative », 18 décembre 2016, n° xxxx., p. 2. See also, B. Desarnauts, *L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique. Édition Générale*, 2014, 36, p. 1562.

[42] *Commission sur la répartition de contentieux*, The Commission, chaired by Prof. Serge Guinchard was asked by the French Ministry of Justice to conduct a study on better practice in dividing judicial competencies. The ensuing report was titled *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, in *La Documentation Française*, 1 (2008), p. 342 e ss., http://www.ladocumentationfrancaise.fr/ouvrages/9782110072771-l-ambition-raisonnee-d-une-justice-apaisee (26 september, 2016).

[43] Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, cit., p. 169. Also see S. Guinchard, *L'évitement du juge civil* in J. Clam, G. Martin, (éds.), *Les transformations de la régulation juridique*, cit., 221-228.

collaborative law, the report focuses specifically on the exclusion clause in the preliminary agreement undersigned by the parties and the attorneys. While this acts as a catalyst for participants to commit to swift and efficient action geared towards conflict resolution, it is also its weakness: a failure in negotiation inevitably leads to further time and money expenditure in litigation[44].

According to the Commission, imposing such a constraint on the attorney's role is paramount to a limit in access to justice. For this reason, the Report explicitly refers to collaborative law as inspiration for a new model, but it also levels significant criticism against it: "Le droit collaboratif constitue une forme de recherche transactionnelle contractualisée, faisant intervenir, en sus des parties, leurs avocats. À cet égard, il apparaît particulièrement intéressant de s'en inspirer, pour inciter les parties à la résolution négociée de leur différend, tout en préservant davantage leur accès effectif à la justice. Tel est l'objet de la proposition de la commission tendant à créer en France une procédure participative de négociation assistée par avocat"[45].

In addition to this policy argument, less noble criticism has been leveled against collaborative law by legal professionals, who feel that the current norms create an undue advantage for lawyers. By prescribing the obligatory assistance of lawyers in the participatory process, the *Loi Beteille* effectively excludes other professionals, such as notaries, who might otherwise been qualified to act as expert negotiators[46]. Perhaps this underlying ambiguous factor explains the very limited success the process has had in France so far. The report on access to justice within family disputes prepared by the Senators Tasca and Mercier refers to Ministry data indicating that in 2013 only 7 agreements resulting from a completed participatory

---

[44] S. Guinchard, *Ibid*: "Lorsque l'accès à la justice est en jeu, il paraît difficilement acceptable de raisonner en termes de «tout ou rien» et de placer en situation d'échec insurmontable tous ceux qui ne seront pas parvenus à un accord total".

[45] S. Guinchard, *Ibid.* See observations by M. Georgetti, *Negoziazione assistita*, Milano 2015, p. 6.

[46] See J. Bonnard, *Les nouveaux privilèges des avocats : fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, cit., p. 11.

process were judicially ratified. Tasca and Mercier argue that the excessive cost associated with the process may also discourage French citizens from undertaking this new venture[47].

The *Convention de procédure participative*'s lack of success should not overshadow the impressive effort put forth by French lawmakers attempting to reform their civil justice system. Law 2016-1547 of November 18th, 2016, aptly titled "la Justice du XXI siècle" is particularly interesting. This law, which has been called "ambitious" because of its breadth, changes various aspects of civil justice. The objective outlined in title II of the law "*Favoriser les modes alternatifs de règlements des différends*", which is the final step of a larger process encompassing the introduction of participatory justice that began decades ago, is of particular interest here. The eight articles that make up title II of this law include all alternative conflict resolution tools, including arbitration, participatory processes and mediation. Lawmakers focused particularly on the latter and established a new professional figure: administrative justice mediator. As highlighted by Clay, the justice model fostered by this law is not the trial, but rather avoidance of the trial[48]. In fact, art. 4 established a mandatory form of conciliation for claims involving less than 4000 Euros, introducing a precondition that prevents recourse before a judge. The same measure is taken for family mediation, which is nevertheless due to be further studied until December 2019 in selected courts. Participatory procedure is modified by art. 9 of the law, which states that this measure can be sought even when a trial has begun, and not just before its start. As stated by Clay "Cela modifie la perspective car la

[47] Rapport d'information n° 404 (2013-2014) de Mme Catherine Tasca et M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 février 2014, «Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges», http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-4041.html#toc5.(26 September 2016).

[48] T. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle ». Loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016*, in *La semaine Juridique- Édition gènèrale*, 48 (2016), pp. 2219-2237.

procédure participative n'est plus conçue comme une procédure préalable, mais comme une vraie « autre » procédure, une procédure « alternative »"[49].

5.1. Lawyer-Assisted Negotiation in Italy

Over the past few years, collaborative law practices have made their way to Italy, especially in the family law sphere. The renewed attention on consensual approaches heralded the establishment of the *Istituto italiano di diritto collaborativo* in 2010 by a group of lawyers trained in the American *Collaborative Law* model, followed by the *Associazione Italiana dei professionisti collaborativi* in 2014[50].

As the collaborative approach became increasingly popular in legal practice, Italian lawmakers introduced "Assisted negotiation by a lawyer" (clearly inspired by the French model) in an attempt to streamline dispute resolution and respond to pressing demands by lawyers.

The new legal instrument is regulated by law decree n. 132 of September 12th, 2014 (converted into law n. 162/2014 in effect as of February 9th, 2015) calling for "Urgent dejurisdictionalization measures and other interventions for the definition of standing issues in the civil legal process", geared towards funneling a significant number of civil controversies into alternative resolution procedures. The legislator's choice of the term "dejurisdictionalization" has been criticized because it implies the weakening of the judicial protection of rights[51]. However, this awkward neologism[52], according to Luiso, could be interpreted in two different ways. In the first, 'dejurisdictionalizing' means unburdening judges of certain tasks whilst preserving

---

[49] T. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle »,* cit.

[50] See. T. Calfapietro, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile*, cit., p. 147.

[51] C. Punzi et Al., *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino 2015, p. 3 e ss.; C. Consolo, *Un D.L. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della "Degiurisdizionalizzazione*", in *Il Corriere Giuridico*, 10 (2014), p. 1073.

[52]M. Libertini wrote: "unpronounceable word", *La "Degiuridizionalizzazione*", in *Federalismi.it*, 18 (2014), p. 2 (20 march 2017); D. Cerri *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione"(trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti*), in *Judicium*, 7 ottobre 2014, www.judicium.it (20 march 2017).

their decision-making function, which involves resolving disputes using rules that govern the future conduct of the parties. In as second interpretation, however, the term has a positive significance in that it indicates that there are extra-judicial tools capable of producing the same results obtained by the court system. This clearly includes assisted negotiation[53].

Assisted negotiation therefore takes its rightful place among Alternative Dispute Resolution instruments, which Italian lawmakers look to with high expectations but scarce attention[54]. While in some respects the Italian version of negotiation is reminiscent of collaborative law, in other ways it steers away from its nature; just like its French counterpart, it appears to be a hybrid institution that cannot come to the rescue of our country's languishing justice system[55].

The process depends on the establishment of a preliminary agreement defined as "an agreement through which the parties commit to cooperate in good faith and with honesty in order to resolve a dispute in an amicable manner with the assistance of their lawyers" (art. 2)[56]. Just like France, Italy also failed to uphold the founding principle of collaborative law, instead preferring to adopt a form of negotiation that draws inspiration from collaborative values whilst guaranteeing legal representation during both the negotiation and judicial phases (if applicable) and allowing lawyers to oversee the entire dispute resolution process.

---

[53] F. P. Luiso, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, vol. IV, pp. 649-674.

[54] Law decree n. 132 of September 12, 2014, "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", amended with law n. 162 of November 10, 2014 and published in the Gazzetta Ufficiale n. 261 of November 10, 2014. See. G. Scarselli, *Luci ed ombre sull'ennesimo progetto di riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia,* (10 september 2014) http://www.questionegiustizia.it/articolo/luci-e-ombre-sull-ennesimo-progetto-di-riforma-del-processo-civile_10-09-2014.php (26 september 2016).

[55] Highly critical of the law, S. Chiarloni argues that Italian lawmakers recklessly imitated the French example without taking its clear failure into account. In *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, cit., p. 1259.

[56] See S. Delle Monache, *Profili civilistici della "negoziazione assistita"*, in *Giustizia civile*, 1 (2015), p. 105 e ss.

Art. 2 refers to values that underpin the collaborative approach, such as honesty and good faith informing a cooperative attitude of all parties involved. Art. 9 establishes the importance of confidentiality, regulating it similarly to civil and commercial mediation[57]. However, these guidelines appear to be much blander, compared to the ethical paradigm driving the North American model, which insists that these principles exist as an obligatory prerequisite for the collaborative process to move forward[58].

Compared to the French version, the Italian institution of negotiation has the added element of a condition of entertainability for all disputes concerning compensation for damages resulting from circulating vehicles and boats as well credit collection up to 50,000 Euros (art.3)[59]. In this respect, the discipline of mandatory assisted negotiation is the same as that concerning mandatory mediation[60].

In addition to the mandatory model, the law provides a voluntary one (art. 2) concerning claims to available rights and an indication regarding "consensual resolution of separation, termination of civil effects or dissolution of marriage, changes in the terms of a separation or divorce agreement" (art. 6). The latter provision regarding family disputes is an important innovation for Italian citizens insofar that it introduces a viable alternative to the previously unavoidable judicial trial and entrusts lawyers with a primary role[61]. In fact, attorneys are called to guarantee the legality of the acts, effectively not only shouldering their traditional duty to represent the client, but also taking on responsibilities formerly reserved to judges, such as ensuring the legal validity of concluding agreements, which have the

---

[57] See. D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative*", cit., p. 15-16.

[58] See C. M. Fairman, *A Proposed Model Rules for Collaborative Law*, cit., p. 75.

[59] Art. 3 D.L. nº 132/2014.

[60] F. P. Luiso, *La negoziazione assistita*, cit., p. 663.

[61] See E. Quadri, *Procedure consenssuali di separazione personale e divorzio: un decreto-legge da rimeditare*, in *Giustiziacivile.com*, 5 (2014), www.giustiziacivile.com (January 2017).

same legal weight as corresponding judicial decisions[62]. As established by art. 5 of the decree, the concluding agreement of a negotiation process is considered an executive enforcement order and can grant entitlement for the registration of a judgment lien. In the case of negotiation concerning a family dispute, the final agreement must be examined by the State's Attorney in order to confirm its validity and to ensure that the best interest of minors, or legally incompetent persons, or economically dependent children, has been safeguarded.

While experts have been critical of other assisted negotiation hypotheses (from art. 2 on), calling them an unnecessary addition to the judicial system redundant with mediation, Art. 6 (which allows couples to finalize divorce without going to court) has been met with widespread approval, though some have argued this diversion will only marginally unburden the courts[63]. This new approach has been hailed as a means for citizens to exercise their right to undo marriage ties in a swifter, less formal way[64], but it has also met with a degree of suspicion because of the autonomy it enjoys in dealing with issues involving minors - which have traditionally been handled by judges alone. According to Dalfino, lawmakers should have excluded issues concerning children or requiring a judge's ratification, because the State Attorney's final approval appears to be insufficient protection of the minors' rights[65].

While mediation is overseen and managed by the Ministry of Justice, which regulates sites licensed to provide mediation services, negotiation entrusts legal

---

[62] See art. 6, comma 3°, Decree n.132 2014, *"Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"* coordinated converted into Law 10 novembre 2014, n. 162 and published in the *Gazzetta Ufficiale* n. 261 of 10 Novembre 2014, n. 132.

[63] S. Chiarloni, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, cit., pp. 1259-1260. F. P. Luiso, *La negoziazione assistita*, cit., p. 665.

[64] See E. D'Alessandro, *Negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profili di interesse processualcivilistico*, in *Minorigiustizia*, 4 (2015), pp. 156-164.

[65] See D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, cit., p. 25. F. Fradeani, E. Picozzi, D. Martorano, R. Fava, *Il processo civile dopo il decreto legge 12 settembre 2014 n. 132: ciò che resta tra degiurisdizionalizzazione, sommarietà e depositi telematici,* Roma 2014, p. 54 e ss.

professionals with the entire responsibility for the practice, its monitoring, and data gathering. In fact, lawyers are the true and only protagonists in the new system: not only do they undersign the agreement, notarize the parties' signatures and vouch for the agreement's conformity with the law and public order, but they also forward a copy to the competent local legal Bar Association. In fact, it is the National Bar that forwards case documentation to the Ministry. Except for specific instances, the cases never go through judicial offices: an entire proceeding is opened and closed outside of the courtroom and before individuals who are not judges.

After this brief analysis of the subject, a question arises: what can be left of this collaborative approach and how can the ethics of honesty, communication and non-strategic action that ought to favor consensual solutions survive and thrive in this bureaucracy and formality laden "alternative justice" system? In addition to traditional education, newly formed lawyers ought to be trained in negotiation and collaborative law; these methods and principles are not routinely taught in university programs[66]. The law does not currently set down any specific accreditation system for the practice of this delicate procedure. This seems like a clear and urgent priority when it comes to family law, "wherein a lawyer is not simply the client's attorney but is in fact responsible for favoring conciliation between the spouses and ensuring that the resulting negotiated agreement is valid, in line with the law, and in the best interest of minors, legally incompetent persons or economically dependent children"[67].

6. How Lawyers are Reshaping the Practice of Justice

As illustrated by our discussion, collaborative law announces a new protagonist in the alternative justice scene: the lawyer.

---

[66] It is the issue tackled by J. Macfarlane, *Culture Change – A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2 (2002), p. 251 e ss.

[67] M. Georgetti, *Negoziazione assistita*, cit., p. 31.

Over the last thirty years, the legal profession has undergone significant transformation in order to ad apt to changes in the system and in social demands[68]. Lawyers have developed new professional competence and there has been a progressive shift towards problem resolution through dialogue with one's client in a collaborative, negotiation based manner. This requires us to redefine some of the key ethical principles in the legal profession[69]. The need has arisen for lawyers to question the traditional ethical stance based on a "Sporting theory" of justice[70]. Professional training must also adapt to a new consensual model, which includes "pre" and extra-judicial practices and cultivates respect for the decisional autonomy of the parties as well as attention to the client's best interest.

This change is closely linked with the crisis of the trial and the rise in popularity of new legal practices in which lawyers play a key role as facilitators of justice. In his famous essay "*The Vanishing Trial*", Galanter pointed out that alternative dispute resolution practices such as mediation and negotiation have begun to eclipse the leading role of the trial in the United States. According to Galanter, the drastic reduction in the number of cases resolved by trial is due to both a shift towards alternative resolution systems and a change in ideology experienced by many lawyers, judges and disputing parties[71].

The transformation underway implies a crisis in some of the root beliefs that have characterized the legal profession in contemporary times, such as that the lawyer's chief goal is his/her client's victory, that the emotional context of a dispute does not affect its management, and that the client should speak as little as possible,

---

[68] J. Macfarlane, *The New Lawyer: How Settlement Is Transforming the Practice of Law*, Vancouver 2008; See also G. Cosi, *La responsabilità del giurista,* Torino 1998; M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002.

[69] See the Symposium proceedings dedicated to *The Collision of Two Ideals: Legal Ethics and the World of Alternative Dispute Resolution*, in *Ohio State Journal of Dispute Resolution,* 21 (2005).

[70] See R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, 29 (1906), p. 405 e ss. (p. 410).

[71] M. Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trial and Related Matters in Federal and State Courts*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 1, 3 (2004), p. 459 e ss. (p. 460).

leaving the lawyer to intervene, lest the agreed upon strategy be compromised. These are some of the distinguishing features of the dominant model of our judicial culture aptly described by Pound in 1906 by comparing two lawyers facing off in a courtroom to football players competing on a field[72].

After all, in European and particularly Italian university classrooms, students are still taught that the trial is the chief method used to resolve disputes and that the legal profession and its ethical tenets must develop within and not outside of the courtroom[73]. New graduates are disappointed and sometimes shocked when they realize that disputes as they studied them in legal manuals have little to do with the real world of conflict in which lawyers must grapple with the changing demands of their clients.

As argued by Macfarlane, "The traditional conception of the lawyer as "rights warrior" no longer satisfies client expectations, which center on value for money and practical problem solving rather than on expensive legal arguments and arcane procedures"[74]. The lawyer of the future will have to be a skilled communicator, a creative and persuasive negotiator, a problem solver who understands teamwork and is an excellent listener with his/her client. This does not mean that the warrior lawyer model will disappear, but it is inevitable that just as conflict and conflict resolution take many forms, so the legal profession must broaden to appropriately respond to the people's needs[75].

7. In Search of a New Professional Identity: Concluding Observations

---

[72] R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., p. 413.

[73] See V. Zeno Zencovich *Come insegnare il diritto,* Torino 2004.

[74] J. Macfarlane, *Evolution of the New Lawyer: How Layers are Reshaping the Practice of Law*, in *Journal of Dispute Resolution*, 1, 6 (2008), p. 61 e ss. (p. 7).

[75] J. Macfarlane, *Evolution of the New Lawyer: How Layers are Reshaping the Practice of Law*, cit., p. 81.

As discussed, the rise of new collaborative practices is largely owed to the initiative of lawyers who responded to signs of change in traditional legal practice and growing public dissatisfaction with the justice system[76].

Even more than other extra judicial resolution practices, collaborative law highlights the change, the role of lawyer is undergoing, as a promoter of justice. It stands as an alternative to both traditional negotiation and to mediation. While negotiation has always been widely used in the legal profession, it is the ethics of collaboration that truly characterizes this new practice based on principles of dialogue, honesty, confidentiality. It shifts away from the traditional view of the lawyer's role as competitive.

It is even more interesting to note that the majority of collaborative lawyers are also moving away from mediation. Although the latter's principles are the same as collaborative law's, the different role played by the lawyer in safeguarding the client's interests makes mediation less appealing for attorneys. Stuart Webb, who invented Collaborative Law, interestingly wrote: "One of the aspects of mediation that I feel is a weakness is that it basically leaves out input by the lawyer at the early stages (sometimes that's an advantage!). By that I don't mean adversarial, contentious lawyering, but the analytical, reasoned ability to solve problems and generate creative alternatives and create a positive context for settlement."[77].

In Italy, many authors share in Webb's viewpoint. A recent reform in the legal profession in 2012 and the subsequent change in the legal ethics code underscore the shifting social function of the lawyer as facilitator of justice instead of a mere participant in its formally correct administration[78]. Many lawyers believe

---

[76] See D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative",* cit.

[77] S. Webb, *Stuart's Webb Letters to Sandy Keith*…, cit.

[78] L. 31 dicembre 2012 n. 247, titled "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense". See T. Calfapietro, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile,* cit., p. 147. As indicated by

that mediation, as it is currently structured, does not offer clients the same security and protection that adequate legal counsel can afford from the very start of the process. In most models, lawyers enter the scene when mediation has already taken place and the main points of the agreement have been drawn up with the mediator's assistance. In this view, however, the resolution of conflict is separated from its legal settlement.

What lawyers want is to have their competence recognized with regard to managing conflict in all its dynamics alongside the client, if need be with the aid of other specialized professionals such as psychologists. While this argument can be valid for certain mediation models practiced in the USA and Canada, it is not really applicable to the Italian model of mediation introduced by lawmakers with decree n. 28 of 2010 and later amended in 2013[79]. Indeed, the reformed Italian law (art. 8 sect.1) orders mandatory assistance by attorneys in mandatory mediation: so they assist their clients since the beginning of the mediation process and they can participate both in conflict management and agreement formulations. It is however noteworthy that the same law recognizes lawyers as "mediators", reduces the number of required training hours, and allows bar associations to establish mediation centers with a simplified procedure[80].

Calfapietro, professional ethics change as the focus moves to "responding to society's changing needs: the lawyer lives in the same community he/she lives in, and his/her behavior must contribute to its identity.

[79] Legislative Decree 4 march 28/2010 implementing Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. The Constitutional Court's December 6th, 2012 decision n. 272, declared unconstitutional the first paragraph of art. 5 of decree nr. 28/2010, which regulated mandatory mediation as a condition of admissibility of claims in broad ranges of situations. Legislators turned their attention to mediation again with Law n. 98 of August 9th, 2013 and reintroduced a new mandatory form. On one hand, this law again made mandatory mediation a condition of admissibility for filing lawsuits: on the other, it transformed judge-ordered mediation by granting him/her the power to directly require disputing parties to attempt mediation-based resolutions and suspend legal recourse, until they comply. For a comment on the first formulation of decree see R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. leg. 4 marzo 2010 n.28)*, in *Il foro italiano*, II (2010), vol. CXXXV, pp. 89 ss; F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione*, Bologna 2013.

[80] See F. Ferraris *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento 'revitalizzato'*, in *I contratti*, 10 (2013), p. 951 e ss.

According to some scholars, this critical attitude towards mediation shared by most North American and European lawyers conceals a power struggle within the new market of extra judicial conflict resolution tools that is redefining the legal field and professional identities within it[81]. It therefore appears that *Collaborative Law* is a new alternative to both the trial and its competition-driven professional distortions, and to mediation, which spotlights the mediator and relegates the lawyer to a marginal role in the conflict resolution process. In spite of lawmaker's special attention to the national Bar association's pressure leading to regulation of mediation legislation, the practice is viewed with suspicion by most Italian lawyers, especially because of its reliance on that "*tiers istruit*" [82] who is an unwelcome guest in the exclusive club of Italian law.

It is thus the central role given to lawyers, the true protagonists, which determines the success of collaborative law and the positively warm reception it has encountered throughout Europe[83].

In Italy, the legal motion that led to the regulation of assisted negotiation was championed by a group of lawyers' associations and regional bar associations[84]. In spite of this, the same lawyers who passionately supported this initiative harshly criticized assisted negotiation. They called out against its excessive formalism[85], as evidenced by the numerous cases of nullity due to failure to meet exacting procedural or timing rules; they pointed out the insufficient training received by lawyers, who did not learn specific "collaborative" negotiation skills; they lamented the instrument's auxiliary function with respect to the trial (a criticism also leveled

---

[81] See. J. Bonnard, *Les nouveaux privilèges des avocats: fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, cit., p. 11. See also, D. A. Hoffman, *Colliding Worlds of Dispute Resolution: Toward a Unified Theory of ADR*, cit., p. 16.

[82] See M. Serres, *Le tiers-Instruit*, Paris 1992.

[83] B. Desarnauts, *L'avocat et le droit collaboratif…*, cit., p. 1562.

[84] See D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative*, cit..

[85] Chiarloni has defined this as "an unnecessarily complicated procedure", cit., p. 1261.

by legal theorists), as illustrated by its expressly stated purpose of unburdening the courts[86].

As had previously occurred with mediation, whose interesting history sets the background for these observations, [87] Italian lawmakers treated assisted negotiation like the latest addition to the justice landscape instead of analyzing the causes of the system's crisis and considering which principles ought to drive its new direction. The chosen purpose of assisted negotiation, in fact, appears to be that of making access to the trial difficult through useless formalism and inflated costs instead of facilitating access to justice - one of the European Union's long- standing political priorities[88].

In this light, it is significant that in March 2016 the Ministry of Justice established a Commission, chaired by Professor Guido Alpa,[89] tasked with devising an organic reform of extra-judicial tools, with particular attention to mediation, assisted negotiation and arbitration. The ensuing report, deposited on January 18th, 2017, clearly illustrates the delineated functions of ADR within our legal system: fostering access to justice, resolving small claims with alternative tools and unburdening the mainstream justice system in order to make it more efficient. The Commission also mentions an additional function- namely bringing together disputing parties, bettering relationships and decisional autonomy- but expressly excludes it from its formal objectives. As the report reads: "in Italy, ADR has been largely conceptualized as either a tool to prevent disputes by resolving them legally

---

[86] M. Zumpano, *Le alternative alla giustizia tradizionale: lo stato dell'arte e le prospettive*, in *Questione Giustizia*, 1 (2015), http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/1/le-alternative-alla-giustizia-tradizionale_lo-stato-dell-arte-e-le-prospettive_215, 107-112 (p.108) (26 september 2016).

[87] See M. A. Foddai, "Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada. Spunti di riflessione per l'Italia", in Id. (ed.) *Il Canada come laboratorio giuridico*, Napoli, 2013, pp. 81-116 (p. 115).

[88] See J. Tymowski, *The Mediation Directive. European Implementation Assessment* http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA(2016)593789_EN.pdf (20 march 2017).

[89] Ministerial Decree 7/3/2016 establishing a "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione (dejurisdictionalisation), con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato".

or as a pre-trial effort that ends up being the start of a process that eventually leads to the traditional courtroom"[90].

The Commission's work, which took into consideration to complexity of the Italian and European legal scene, also includes several modest suggestions aimed at encouraging the use of arbitration, judge-delegated mediation and, in the case of assisted negotiation, the opportunity of being assisted by the same lawyer[91]. The latter proposal, which had previously been rejected, was justified with an economic rationale.

While assessing the effects of the Commission's work on the legal landscape may be premature, we can conclude with two brief observations on the report. The first is that it does not concern itself with a political justice project that seriously considers the principles of consent and participation championed by ADR as both efficient and just dispute resolution tools. The crisis in our justice system is implicitly treated as an endemic disease caused by organizational inefficiency gripping our nation instead of the symptom of an inadequate paradigm that needs to be revised at its core. The second observation is that for the first time Italian lawmakers explicitly delved into the issue of harmonizing the judicial model with consensual forms of dispute resolution. This can perhaps be considered the first step in the development of a new political view of justice in Italy.

Keywords: Collaborative Law, Lawyers, Alternative Dispute Resolution, Assisted Negotiation, Practice of Justice.

Abstract: Collaborative Law is a new form of Alternative Dispute Resolution in which the parties and their lawyers try to resolve a legal dispute without going to court. The cornerstone of the collaborative approach is the "collaborative commitment" which requires that, if the case is not

[90] Commission chaired by prof. G. Alpa, *Proposte normative e note illustrative*…, cit., p. 5.
[91] See observations by S. Delle Monache, *Profili civilistici della "negoziazione assistita"…,* cit., p. 120.

settled, lawyers cannot represent their client in litigation concerning the same dispute. Through the analysis of the collaborative law, this article illustrates the new role played by lawyers in the international justice scene, especially in Italy. Over the past twenty years, Italian legislators have introduced consensual means such as mediation and negotiation with the aim of reducing procedural burden of the courts. Nevertheless, the consensual justice still has a long way to go. This article discusses the main reasons for this relative lack of success and highlights prospects for reform.

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Paolo Lepore

Ricercatore di Diritto romano, Università degli Studi dell'Insubria

A proposito di presunti vincoli concernenti il '*rei publicae polliceri*' *ob honorem*

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Lo scopo dell'indagine. - 3. Le fonti che rilevano. - 3.1. Le fonti risalenti al III sec. d.C. - 3.2. Le fonti risalenti all'ultimo decennio del II sec. d.C. - 4. Osservazioni di sintesi.

1. Premessa

Il presente contributo trae sollecitazione intellettuale da alcune enunciazioni che ricorrono nella monografia di François Jacques: "*Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain (161-244)*"[1]. Queste costituiscono una netta e argomentata presa di distanza dall'orientamento dottrinale secondo cui le *pollicitationes ob honorem*[2] ('*decretum vel decernendum*'[3])[4], nel corso del II sec. d.C., più esattamente, tra l'età antonina e quella dei Severi[5], avrebbero, in modo

---

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

[1] Fr. Jacques, *Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain (161-244)*", Ecole Française de Rome, Palais Farnèse, Roma 1984.

[2] Ossia rivolte ad una *res publica* e 'motivate' o dall'assunzione, da parte dello stesso *pollicitator* o di un soggetto terzo a costui 'legato', di un *honor* ('*decretum*') o dalla prospettiva di 'favorire' tale eventualità ('*decernendum*'). Sull'argomento, anche per le opportune indicazioni di carattere bibliografico, v. P. Lepore, «Rei publicae polliceri». *Un'indagine giuridico-epigrafica, Seconda edizione riveduta e ampliata*, Milano 2012.

[3] L'espressione ricorre in D. 50.12.1.1 (Ulp. l. sing. *de officio curatoris rei publicae*); v. P. Lepore, *ivi*, *praecipue* p. 179 e ss.

[4] La medesima funzione identificativa connota anche i sintagmi *pro honore*, *honoris causa*, *in honorem* e la causale *ob* seguita dal sostantivo esplicativo dell'*honor* in accusativo. Va, inoltre, detto come la qualificazione «*ob honorem*» della *pollicitatio*, si possa, altresì, derivare: *a*) dall'impiego di una delle seguenti formulazioni: "*amplius ad* (*super*, *praeter*) *honorariam* (*legitimam*) *summam pollicitus est* (*promisit*)" – "*inlata summa honoraria* (*legitima*) *pollicitus est* (*promisit*)" – "*ampliata* (*duplicata*, *triplicata* etc.) *summa honoraria pollicitus est* (*promisit*)" – "*ex summa honoris pollicitus est* (*promisit*)" (il versamento, da parte del *pollicitator*, di una determinata *summa honoraria vel legitima*, attestato dalle locuzioni in parola, sembra rappresentare la prova evidente della riconducibilità della promessa alla *causa honoris* – *b*) dal ricorrere della sottolineatura "*in anno honoris*" (l'espressa riconduzione del "*rei publicae polliceri*" al periodo di esercizio dell'*honor* appare significativa della sussistenza di uno preciso legame tra l'assunzione della carica pubblica e la promessa e, quindi, del carattere *ob honorem* di quest'ultima) – *c*) dall'attribuzione al promittente della qualifica di *candidatus*. Sul punto, anche per quanto concerne l'interscambiabilità delle espressioni verbali *polliceri* e *promittere*, nonché dei corrispondenti sostantivi, per indicare il '*rei publicae polliceri*', v. P. Lepore, *ivi,* pp. 47 e ss., *praecipue* 143 e ss.

[5] V. A. Ibba (a cura di), Uchi Maius *2. Le iscrizioni,* Collana diretta da Mustapha Khanoussi e Attilio Mastino, Sassari 2006, p. 102.

progressivo, perso il loro tratto originario e distintivo di manifestazioni evergetiche[6] del tutto 'libere' e 'spontanee' e avrebbero assunto – in parallelo con l'accrescersi

---

[6] Il termine evergetismo rappresenta un neologismo, utilizzato per la prima volta in modo tecnico da A. Boulanger nel lontano 1923 [A. Boulanger, *Aelius Aristides et la sophistique dans la province d'Asie au II siècle de notre ére*, Paris 1923]. Da allora un numero sempre crescente di saggi e di monografie, di colloqui e di volumi miscellanei è stato dedicato a questo concetto e, nell'ambito degli studi sul mondo romano, la nozione è stata sottoposta ad un tale processo di allargamento da assumere un valore omnicomprensivo. L'elencazione che segue comprende solo alcuni degli innumerevoli contributi che negli ultimi decenni hanno riguardato *ex professo* l''evergetismo romano', ad essi rinvio per ulteriori approfondimenti bibliografici: R. Frézouls, *Evergétisme et construction urbaine dans les Trois Gaules et les Germanies*, in *Revue du Nord*, 66 (1984), p. 27 e ss.; Id., *Évergétisme et construction publique, étude comparative: la VIIe Région et la Narbonnaise*, in *Atti del convegno Studi Lunensi e prospettive sull'Occidente romano*, Lerici, settembre 1985, Centro Studi Lunensi 1987, p. 211 e ss.; Id., *Évergétisme et construction publique en Italie du Nord* (*Xe et XIe régions Augustéennes*), in *La città nell'Italia settentrionale in età romana. Morfologie, strutture e funzionamento dei centri urbani delle Regiones X e XI*…, cit., p. 179 e ss.; G. Bodei Giglioni, *Lavori pubblici ed evergetismo privato*, in S. Settis (a cura di), *Civiltà dei romani. La città, il territorio, l'impero*, Milano 1990, p. 99 e ss.; M. Le Glay, *Évergétisme et vie religieuse dans l'Afrique romaine*, in *L'Afrique dans l'Occident romain (Ier siècle a.v. J.-C. - IVe siècle ap. J.-C.). Actes du colloque organisé par l'École Française de Rome sous le patronage de l'Institut National d'Archéologie et d'Art de Tunis (Rome, 3-5 décembre 1987)*, Roma 1990, p. 77 e ss.; J.-L. Ferrary, *De l'évergétisme hellénistique à l'évergétisme romain*, in *Actes du Xe Congrès International d'épigraphie gracque et latine*, Nîmes, 4-9 octobre 1992 (édités par M. Christol et O. Masson), Paris 1997, p. 199 e ss.; C. Virvoulet, *L'apport des sources littéraires à l'étude de l'évergétisme à Rome et dans les cités d'Italie à la fin de la République*, *ivi*, p. 227 e ss.; S. Panciera, *L'evergetismo civico nelle iscrizioni latine di età repubblicana*, *ivi*, p. 249 e ss.; G. Alföldy, *Evergetismus und Epigraphik in der Augusteischen Zeit*, *ivi*, p. 293 e ss.; W. Eck, *Der Evergetismus im Funktionzusammengang der Kaiserzeitlichen Staadte*, *ivi*, p. 305 e ss.; C. Lepelley, *Évergétisme et épigraphie dans l'Antiquité tardive: les provinces de langue latin*, *ivi*, p. 335 e ss.; Ch. Rouché, *Benefactors in the Late Roman Period: The Eastern Empire*, *ivi*, p. 353 e ss. V. anche E. Melchor Gil, *Evergetismo y distribuciones en la Hispania romana*, in *Florentia Iliberritana. Revista de estudios de antigüedad clásica* 3 (1992), p. 375 e ss.; Id., *Evergetismo en la Hispania Romana*, Córdoba 1993, *passim* (Tesis Doctoral publicada en microfichas); Id., *Evergetismo annonario y alimenta en Hispania Romana*, in *Veleia* 10 (1993), p. 101 e ss.; Id., *Construcciones cívicas y evergetismo en Hispania Romana*, in *Espacio, tiempo y forma*. Serie II, *Historia antigua* 6 (1993), p. 443 e ss.; Id., *El mecenazgo civico en la Bética. La contribucion de los evergetas al desarrollo de la vida municipal*, Córdoba 1994, *passim*; Id., *Construcciones sacras y evergetismo en Hispania Romana*, in *Preactas del III Congreso Peninsular de Historia Antigua*, Vitoria 1994, p. 673 e ss.; Id., *Consideraciones acerca del origen, motivación y evolución de las conductas evergeticas en Hispania romana*, in *Studia Histórica, Historia Antigua* 12 (1994), p. 61 e ss.; Id., *Evergetismo testamentario en la Hispania romana: legados y fundaciones*, in *MHA*. 15-16 (1994-1995), p. 219 e ss.; Id., *Consideraciones sobre la munificencia civica en la Bética romana*…, cit., p. 157 e ss.; Id., *Las elites municipales hispanorromanas a fines de la república y en el alto imperio: ideología y conductas sociopolíticas*, in *Hispania. Las provincias hispanas en el mundo romano*, eds. J. Andreu Pintado, J. Cabrero Piquero, I. Rodà de Llanza, Tarragona 2009, p. 397 e ss.; P. Le Roux, *Epigrafia ed evergetismo: la Spagna nel II-III secolo d.C.*, in M. Pani (a cura di), *Epigrafia e territorio Politica e società. Temi di antichità romane*, vol. III, Bari 1994, p. 175 e ss.; F. Gascò, *Evergetismo y conciencia civica en la parte oriental del imperio*, in *Habis* 26 (1995), p. 177 e ss.; E.M. Morales Rodriguez, "*Evergetas y paisaje urbano en los municipios flavios de la provincia de Jaén*", in *Universidad de Granada*, *Florentia Iliberritana. Revista de estudios de antigüedad clásica* 8 (1997), p. 361 e ss.; H. Galsterer, *Aspetti finanziari nel mondo antico: evergetismo e fiscalità nelle città romane*, in *Atti della Accademia Roveretiana degli Agiati* (Classe di Scienze umane. Classe di Lettere ed Arti), 248 (1998), p. 75 e ss.; H.El. Kentaoui, *L'activité évergétique en Afrique romaine sous le Haut-Empire, Étude Epigraphique*, Paris 1998, *passim*; S. Lefebvre, *Donner, recevoir: les chavaliers dans les hommages publics d'Afrique*, in *L'ordre équestre. Histoire d'une aristocratie* (*IIe siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.*), Actes du colloque international organisé par S. Demougin, H. Devijver et M.T. Raepsaet-Charlier (Bruxelles-Leuven, 5-7 octobre 1995), Roma 1999, p. 513 e ss.; Ead., *Les hommages publics rendus aux membres de la famille impériale de la mort de César à la mort de Domitien* (*Regiones I, IV et V*), in M. Cébeillac-Gervasoni (ed.), *Les élites municipales de l'Italie péninsulaire de la mort de César à la mort de Domitien entre continuité et rupture. Classes sociales dirigeantes et pouvoir central*, Roma 2000, p. 267 e ss.; J. Andreu Pintado, *Munificencia publica en la provincia Lusitania: una sintesis de su desarrollo entre los siglos I y IV D.C.*, in *Conimbriga* 38 (1999), p. 31 e ss.; Id., *Munificencia y munificentes. Riqueza y manifestaciones de riqueza*

delle aspettative e delle pretese nutrite dalle comunità cittadine nei confronti dei notabili – carattere di obbligatorietà morale se non anche giuridica[7].

Le riferisco, cercando di 'privilegiare' la citazione testuale, limitando, cioè, il ricorso alla traduzione in italiano solo a fronte di specifiche esigenze di organicità espositiva e/o di sintesi.

Il convincimento di base è da Jacques così espresso: "Que les promesses *ob honorem* se soient répandues au point d'être généralisées et moralement obligatoires est admis sans preuve" [p. 691]; "Aucun document ne pose l'obligation de promettre; est seulement légale celle d'exécuter … la pollicitation reste un ajout librement consenti, au moins aux yeux de la loi" [p. 701]. Rispetto ad esso lo studioso osserva: "À moins de dénier toute représentativité aux documents conservés, il faut admettre une progression des munificences *ob honorem*; par ailleurs, on ne peut nier le lien entre l'évergétisme et l'essor monumental des villes africaines. À moins de tomber dans la contradiction, on ne soutiendra pas que les pollicitations devinrent obligatoires – même moralement – dès l'époque antonine; sinon comment s'expliqueraint les nuances constatées en Afrique entre les divers règnes? De même, la répartition chronologique au IIIe siècle est trop irrégulière pour que, conservant,

---

de las élites en la provincia Lusitania, in *Économie et territoire en Lusitanie romaine*. Actes et travaux réunis et presents par J.-G. Gorges et F. Germán Rodríguez Martin, Madrid 1999, p. 453 e ss.; Id., *La participación de las elites en la mejora urbanística y el equipamiento ornamental de sus ciudades entre Tiberio y Trajano: el ejemplo de la provincia Lusitania*, in C. Castillo, F.J. Navarro, R. Martínez, *De Augusto a Trajano. Un siglo en la Historia de Hispania*, Pamplona 2001, p. 238 e ss.; Id., *Munificencia pública en la provincia Lusitania (siglos I-IV d.C.)*, Zaragoza 2004; J.F. Rodríguez Neila, E. Melchor Gil, *Evergetismo y cursus honorum de los magistrados municipales en las provincias de Bética y Lusitania*…, cit., p. 139 e ss.; E. Melchor Gil, D. Pérez Zurita, *La concesión de honores publicos a magistrados y decuriones en las ciudades de la Bética*, in *Florentia Iliberritana. Revista de estudios de antigüedad clásica* 14 (2003), p. 173 e ss.; M. Domingo Gygax, *Les origines de l'évergétisme. Échanges et identités sociales dans la cité grecque*, in *Mètis* 4 (2006), p. 269 e ss.

[7] V., in particolare, J. Marquardt, *De l'organisation financière chez les romains*, in Th. Mommsen, J. Marquardt, *Manuel des antiquités romaines*, vol. X, Paris 1888, p. 268; P. Veyne, *Deux inscriptions de Vina*, in *Karthago. Revue d'archéologie africaine* 9 (1958), p. 95; Id., *Il pane e il circo. Sociologia storica e pluralismo politico* [trad. ital. di *Le pain et le cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Paris 1976], Bologna 1984, pp. 14, 195, 199; M. Le Glay, *Taxatio et autonomie municipale d'après une nouvelle inscription de Cuicul en Algérie*, in *Akte des IV Internationalen Kongresses für griechische und lateinische Epigraphik* (Wien, 17-*bis* – 22 September 1962), Wien 1964, p. 228; Id., *Évergétisme*…, cit., p. 78; P. Garnsey, *Taxatio and pollicitatio in Roman Africa*, in *JRS*. 61 (1971), pp. 118, 128 e s. V. anche L. Robert, *Études anatoliennes. Recherches sur les inscriptions grecques de l'Asie mineure*, Paris 1937, p. 550 nt. 6; V. A. Ibba (a cura di), Uchi Maius *2*…, cit., p. 102.

la thèse initiale, on repousse à Septime Sévère le moment où les pollicitations furent exigées pour tous les honneurs. L'hypothèse que tout notable donnait en plus de la somme honoraire (ossia della somma di denaro che era legalmente dovuta da chi avesse assunto una carica pubblica[8] e il cui importo variava a seconda della località e dell'*honor*[9]) lors de chaque élection ne résiste pas à l'examen le plus simple. En Afrique, les dons consistaient essentiellement en statues et en monuments: ils se devaient de témoigner de façon visible et pérenne de la munificence du notable. Tous étaient donc, de quelque manière, commémorés par une inscription. Ainsi les dons en numéraire étaient-ils mentionnés dans des *tituli*, le monument les portant étant parfois d'une valeur inférieure à la somme versée, – au point qu'on se demandera si la statue offerte n'était pas alors un prétexte, sa base permettant d'évoquer une plus grande munificence. Dans le même esprit, les évergésies antérieures étaient reppelées dans les épigraphes, ainsi que le versement des sommes honoraires, pourtant obligatoires" [pp. 727-728]. Proseguendo in tale direzione,

---

[8] Sulle *summae honorariae* (*vel legitimae*) come ordinarie entrate del bilancio cittadino v., per tutti, W. Langhammer, *Die rechtliche und soziale Stellung der Magistratus municipales und der Decuriones in der Übergangsphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates (2-4 Jh. der romischen Kaiserzeit)*, Wiesbaden 1973, p. 105 e ss. con bibliografia e R. Duncan-Jones, *The Economy of the Roman Empire. Quantitatives studies*[2], Cambridge 1982, p. 147 e ss.; v. anche A. Bourgarel-Musso, *Recherches économiques sur l'Afrique romaine*, in *Rev.Afr.,* 75 (1934), p. 399 e ss. [= *Les Cahiers de Tunisie*, vol. XVII, nr. 107-108]; J.M. Serrano Delgado, *Status y promocion social de los libertos en Hispania Romana*, Sevilla 1988, p. 135 ss. Non sembra potersi condividere l'ipotesi formulata da A. Beschaouch, *Mustitana. Recueil des nouvelles inscriptions de Mustis, cité romaine de Tunisie* I, in *Karthago. Revue d'archéologie africaine,* 14 (1965-1966), secondo cui "la somme honoraire est une promesse que fait le candidat élu aux honneurs municipaux en entrant en fonction [p. 157], la pollicitation étant l'élargissement de cette promesse [p. 160] [v. anche *Taxatio et élections municipales en Afrique romaine*, in *RHDFE,* 45 (1967), p. 483 e ss.]; come è stato, correttamente, osservato, "cette présentation implique un confusion entre *summa honoraria et pollicitatio*, puis entre *pollicitatio et adiectio*"; così Fr. Jacques, *Le privilège de liberté*…, cit., p. 689 nt. 92. In ordine alla necessità di distinguere tra la (o le) prestazione(i) oggetto di *pollicitatio ob honorem* e la corresponsione, legalmente imposta, della *summa honoraria vel legitima* v., anche, R. Duncan-Jones, *ivi*, p. 86 e ss.; J.F. Rodríguez Neila, E. Melchor Gil, *Evergetismo y cursus honorum de los magistrados municipales en las provincias de Bética y Lusitania*, in C. Castello, F.J. Navarro, R. Martínez, *De Augusto a Trajano. Un siglo en la Historia de Hispania*, Pamplona 2001, p. 145 e s.; E. Melchor Gil, Summae honorariae *y donaciones* ob honorem e*n la Hispania romana*, in *Habis* 25 (1994), p. 193 e ss.; Id., *Aportaciones pecuniarias de los notables locales a las finanzas municipales de las ciudades hispanas*, in *Sociedad y economía en el Occidente Romano*, eds. C. Castillo, J.F. Rodríguez Neila, F.J. Navarro, Pamplona 2003, p. 199 e ss.

[9] Sul variare dell'ammontare della *summa honoraria* (*vel legitima*) rispetto alle singole magistrature e alle diverse realtà locali v., in particolare, R. Duncan-Jones, *The Economy*…, cit., *passim*; Id., *Costs, aoutlays and summae honorariae from Roman Africa*, in *PBSR*, 30 (1962), p. 47 e ss.; Id., *Equestrian Rank in the Cities of the African Provinces under the Principate: an epigraphic survey of costs in Roman Italy*, in *PBSR.,* 35 (1967), p. 226 e ss.; P.-A. Février, *Approches du Maghreb romain. Pouvoirs, différences et conflits* I, Aix-en-Provence 1989, p. 197 e ss.

Jacques rimarca, altresì, che "si les notables avaient dû offrir un don en plus de la somme honoraire lors de chaque fonction, on rencontrerait une certaine homogénéité" di ripartizione delle *pollicitationes* tra le diverse tipologie di *honor* e, in forma e in misura analoga, tra le diverse province e le diverse città; ma – conclude lo studioso – né l'una né l'altra di queste 'attese' omogeneità emergono dall'esame della documentazione epigrafica. Anzi da questa è dato ricavare un quadro di segno, sostanzialmente, opposto, ove a predominare è la difformità quantitativa delle *pollicitationes*, sia rispetto all'*honor* 'di riferimento' sia rispetto alla 'distribuzione' territoriale [p. 729 ss.].

2. Lo scopo dell'indagine

Queste parole di François Jacques sono state riprese e fatte proprie da diversi autori[10]. Si è trattato, però, di adesioni che, per quanto convinte, non sono state accompagnate dallo sviluppo di argomenti logico-interpretativi e/o dall'enucleazione di elementi di carattere testuale originali e, quindi, ulteriori rispetto a quelli individuati da Jacques.

---

[10] Valga, esemplificativamente, il richiamo adesivo operato da E. Melchor Gil (*Pollicitationes ob honorem y ob liberalitatem en beneficio de una res publica, su reflejo en la epigrafía latina*, in Revista General de Derecho Romano 5, diciembre de 2005, p. 12 dell'estratto): "Varios investigadores, tras analizar la epigrafía norteafricana, plantearon la existencia de un proceso evolutivo en las donaciones *ob honorem*. Para ellos, la obligatoriedad de la *summa honoraria* y el afán de competición existente entre los miembros de las élites municipales hizo que determinados notables locales quisieran distinguirse realizando una *pollicitatio*. La frecuente realización de *pollicitationes* por parte de magistrados y sacerdotes hizo que éstas llegasen a hacerse moralmente obligatorias, lo que motivó la aparición de una donación complementaria, la *ampliatio* o *adiectio*, para que los evergetas pudiesen destacar su munificencia. Como acertadamente señaló F. Jacques, hemos de rechazar esta idea de evolución pues no tenemos prueba alguna de que las *pollicitationes* llegaran a convertirse en obligatorias. Si las teorías de P. Veyne y P. Garnsey [v. le opere citate *supra* in nt. 7] fuesen correctas, en cualquier ciudad del Imperio tendrían que haberse realizado entre mil cien y mil cuatrocientas donaciones *ob honorem*, en un período comprendido entre el 138 y el 235 d. de C., y esta práctica habría dejado una importante huella en la epigrafía, especialmente de las poblaciones que han conservado buena parte de su patrimonio epigráfico hasta nuestros días, pero este hecho no se ha producido. Por lo señalado, podemos afirmar que la obtención de un cargo público no implico tener que realizar una *pollicitatio ob honorem*, ya que éstas siempre fueron realizadas de forma libre y voluntaria". dello stesso Autore: *Evergetismo en la Hispania romana*…, cit., pp. 33, 48, 81; Summae honorariae *y donaciones* ob honorem…, cit., p. 203; *Consideraciones acerca del origen, motivación y evolución de las conductas evergeticas*…, cit., p. 61 e ss.; *Consideraciones sobre la munificencia civica en la Bética romana*, in *Elites hispaniques* (textes réunis par M. Navarro Caballero et S. Demougin avec la collaboration de Fr. Des Boscs-Plateaux), Bordeaux 2001; *Las elites municipales*…, cit. V., inoltre, J. Andreu Pintado, *Munificencia pública en la Provincia Lusitania (siglos I-IV d.C.)*, il quale, però – se ho ben inteso – non esclude che "en época tardía, a partir de los Severos, se generalizó … la obligatoriedad legislada de los actos evergéticos" (p. 21).

Proprio a questo risultato ambisce il presente lavoro: fornire ragioni di evidenza alle enunciazioni di Jacques, nella prospettiva di consolidare il 'respingimento' dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui, come si è detto, nel corso del II sec. d.C., le *pollicitationes* collegate al conseguimento degli *honores* avrebbero finito per connotarsi quali atti moralmente se non anche giuridicamente obbligatori.

In tale prospettiva s'intende – è il caso di precisarlo sin da ora – procedere a evidenziare e a valorizzare alcuni, specifici indicatori di carattere testuale, i quali, nel ricorrere, in misura significativa, in seno alla documentazione epigrafica, non mancano di figurare anche in quella tecnico-giuridica di matrice giurisprudenziale.

3. Le fonti che rilevano

L'attenzione sarà focalizzata sulle seguenti iscrizioni: CIL. VIII.4482 – CIL. VIII.12006 = CIL. VIII.12007 = Eph. V.293 = Eph. V.1212 – CIL. VIII.14370 = Eph. VII.247 = ILTun. 1212 = BCTH. (1886), p. 109 = BCTH. (1932-1933), p. 497 – CIL. VIII.16322 = Eph. VII.299 – CIL. VIII.19121 = AE. 1888, 140 = ILAlg. II, 6486 = ILS. 4479 – CIL. VIII.26590 = CIL. VIII.1495 = BCTH. (1907), p. ccxxx, nr. 1 – AE. 1917-1918, 43-44 = BCTH. (1917), p. 339 e s., nr. 66 – AE. 2004, 1876[11].

Verrà, altresì, in specifico rilievo un passo tratto dal libro quarto dei *Differentiarum Libri* di Erennio Modestino, che è stato tramandato dal Digesto di Giustiniano, quale nono frammento del dodicesimo titolo del libro cinquantesimo; questo titolo, recante la rubrica '*De pollicitationibus*', è, comunemente, considerato la '*sedes materiae*' del '*rei publicae pollicerì*'[12].

---

[11] V. anche CIL. VIII.8466 = IRAlg. 3268 e AE. 1968, 586, su cui *infra* nt. 38.

[12] V. F. Regelsberger, *Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts*. II: *Die Pollicitation und das Versprechen eines Beitrags zu einem gemeinnützigen Zweck*, in *Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für R. von Jhering zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum am 6. August 1892*, Leipzig 1892 (rist. anast. Aalen 1973). Sul punto v., inoltre, R. Worms, *De la volonté unilaterale considerée comme source d'obligations en droit romain et en droit francais*, Paris 1891, p. 42; più di recente, J. San Juan Sanz, *La «pollicitatio» en los textos jurídicos romanos*, Madrid 1996, p. 117.

3.1. Le fonti risalenti al III sec. d.C.

In ragione della databilità al III sec. d.C. – ad un periodo, quindi, nel quale il presunto processo che avrebbe determinato la 'trasformazione' delle *pollicitationes ob honorem* da atti liberi e spontanei in atti obbligatori (quantomeno sul piano morale), avrebbe rappresentato un fatto compiuto – è il caso di considerare, innanzitutto, le seguenti iscrizioni: CIL. VIII.26590 = CIL. VIII.1495 = BCTH. (1907), p. ccxxx, nr. 1, databile tra il 205 e il 261 d.C. e proveniente da *Thugga*; AE. 1917-1918, 43-44 = BCTH. (1917), p. 339 e s., nr. 66, databile al 5 gennaio 222 d.C. e proveniente da *Uzelis* – CIL. VIII.19121 = AE. 1888, 140 = ILAlg. II, 6486 = ILS. 4479, riferibile al 211-212 d.C. e proveniente da *Sigus*; CIL. VIII.12006 = CIL. VIII.12007 = Eph. V.293 = Eph. V.1212, databile tra il 10 dicembre 211 e il 9 dicembre 212 d.C. e proveniente da *Vazi Sarra*; AE. 2004, 1876, databile al 202 d.C. o in un anno immediatamente successivo e proveniente da *Bulla Regia*.

Si muove, quindi, da

CIL. VIII.26590 = CIL. VIII.1495 = BCTH. (1907), p. ccxxx, nr. 1[13]

Asiciae Victoriae / fl(aminicae) Thuggenses ob muni/[f]icientiam (sic!) et singula/rem liberalitatem eius / in rem p(ublicam) quae ob flamonium / [V]ibiae Asicianes fil(iae) suae (sestertium) C / mil(ia) n(ummum) pollicitast ex quorum re/[d]itu ludi

[13] Cfr. CIL. VIII.26591: Asiciae Victoriae coniugi / ob munificentiam liberalem et singulare[m in civitatem] / et patriam s[u]am, quae probo animo et exem[plari virtute] / ter summam flamonii perp(etui) / sui honorari[am ampliaverit] / etiam filiae suae Asicianes singulari sple[ndore ob flam(onium)] / (sestertium) C mil(ia) n(ummum) patriae suae donaverit ex [quorum red(itu) dec(urionibus) / utrius(que) ordinis sportulae curiis e[pulum et universo] / populo gymnasia praestentur lud[ique scaenici dentur] / statuam quam uterq(ue) ordo decr[evit] / resp(ublica) mun(icipi) s(e)pt. aur. lib.Thugg. posu[it].

scaenici et sportulae / decurionibus darentur d(ecreto) d(ecurionum) / utriusque ordinis posuer(unt)[14] [*Thugga*, a. 205 - 261 d.C.[15]].

Rispetto alle nostre finalità dimostrative presenta particolare interesse l'uso che nel testo lapideo viene fatto della sottolineatura "*ob munificentiam et singularem liberalitatem*". Questa, infatti, esprime, in modo diretto ed esplicito, in termini di munifica generosità (*munificentia*) e di liberalità (*liberalitas*) del tutto eccezionale (*singularis*)[16] il fatto che la flaminica *Asicia Victoria* – ritratta e celebrata nella statua la

---

[14] Sull'iscrizione v. G. Wesch-Klein, *Rechtliche aspekte privater stiftungen während der Römischen Kaiserzeit*, in *Historia,* 38 (1989), p. 180; Id., *Liberalitas in rem publicam. Private Aufwendungen zugunsten von Gemeiinden im römischen Afrika bis 284 n. Chr.*, Bonn 1990, p. 237 e s., nr. 16; J.L. Ramirez Sadaba, *Gastos suntuarios y recursos económicos de los grupos sociales del Africa romana*, in *Estudios de Historia Antigua* 3, Oviedo 1981, p. 44 nt. 45; M. Khanoussi, L. Maurin (éds.), *Dougga, fragments d'histoire. Choix d'inscriptions latines éditées, traduites et commentées* (*Ier-IVe siècles*), Bordeaux-Tunis 2000, p. 188 e ss.; v. anche G. Le Bras, *Les fondations privées du Haut Empire*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 3, Palermo 1936, p. 39 nt. 113; R. Duncan-Jones, *The Economy*…, cit., p. 102, nr. 253; C. Zaccaria, *Testimonianze epigrafiche relative all'edilizia pubblica nei centri urbani delle Regiones X e XI in età imperiale*, in *La città nell'Italia settentrionale. Morfologia, strutture e funzionamento dei centri urbani delle Regiones X e XI*. Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze dell'Antichità dell'Università di Trieste e dall'École Française de Rome (Trieste 13-15 marzo 1987), Trieste-Roma 1990, p. 134 nt. 14; T. Kotula, *Les curies municipales en Afrique romaine*, Wroclaw 1968, p. 38, nr. 80; A. Magioncalda, *L'epigrafe da Mactar di C. Sextius Martialis (CIL VIII 11813)*, in A. Mastino (a cura di), *L'Africa romana. Atti del IX convegno di studio*, vol. I, Nuoro, 13-15 dicembre 1991, Sassari 1992, p. 273 e ivi nt. 45; v., inoltre, J. Voet, *Commentariorum ad Pandectas Libri Quinquaginta*, vol. VI, Bassani 1828, p. 372 e s.; J.C. Rockwell, *Private Baustiftungen für die Stadtgemeinde auf Inschriften der Kaiserzeit im Westen des römischen Reiches*, Jena 1909, p. 20, nr. 77; B. Laum, *Stiftungen in der griechischen und römischen Antike. Ein Beitrag zur antiken Kulturgeschichte*, vol. I, Leipzig 1914, p. 197, nr. 32; L.A. Thompson, *"Uterque ordo" in Inscriptions of "Municipium Thuggense"*, in *Latomus,* 24 (1965), p. 153; H.-G. Pflaum, *Titulature et rang social sous le Haut-Empire*, in *Recherches sur les structures sociales dans l'antiquité classique* (Caen, 25-26 avril 1969), Paris 1970, p. 183; M.S. Bassignano, *Il flaminato nelle province romane dell'Africa*, Roma 1974, p. 198 nrr. 21-22; Id., *Le flaminiche in Africa*, in A. Buonopane, Fr. Cenerini (a cura di), *Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica. Atti del II Seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica, Verona, 25-27 marzo 2004*, Bologna 2005, p. 410 e s.; J.M. Serrano Delgado, *Status y promocion social de los libertos*…, cit., p. 143 nt. 258; N. Hayashi, *Die pecunia in der pollicitatio ob honorem*, in *Klio* 71 (1989), p. 387; L. Ladjimi Sebaï, *A propos du flaminat féminin dans les provinces africaines*, in *MEFRA*., 102 (1990), p. 672; S. Aounallah, *Une nouvelle inscription de Vina, Cap Bon* (*Tunisie*), in A. Mastino (a cura di), *L'Africa romana. Atti del IX convegno di studio*, vol. I, …, cit., p. 308, nt. 35.

[15] V. C. Poinssot, M. Licinius Rufus patronus pagi et civitatis Thuggensis, in BCTH., (1969), p. 252 nrr. 6-7; M.S. Bassignano, *Il flaminato*…, cit., p. 198, nrr. 21-22.

[16] Sui sostantivi *liberalitas* e *munificentia* (nonché sul termine affine *largitio*), v., per tutti, I. Hellegouarc'h, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris 1963. V., inoltre, B.H. Warmington, *The municipal patrons of Roman Africa*, in *PBSR*., 22 (1954), p. 39 e ss.; L. Harmand, *Un aspects social et économique du monde romain. Le patronat sur les collectivités publiques des origines au Bas-Empire,* Paris 1957; A. Giardina, *Amor civicus. Formule e immagini dell'evergetismo romano nella tradizione epigrafica*, in A. Donati (a cura di), *La terza età dell'epigrafia*, *Colloquio AIEGL – Borghesi*, *Bologna, ottobre 1986*, vol. 86, Faenza 1988, p. 67 e ss.; P.-A. Février, *Approches du Maghreb romain. Pouvoirs, différences et conflits*, vol. I, Aix-en-Provence 1989, p. 207 e ss.; M. Le Glay, *Évergétisme*…, cit., p. 84 G. C. Picard, *La civilisation de l'Afrique romaine,* Paris 1990², p. 32 e s. nt. 53; E. Forbis, *'Liberalitas and Largitio': Terms for Private Munificence in Italian Honorary Inscriptions*, in *Athenaeum,* 81 (1993), p. 483 e ss.

cui base ha tramandato l'epigrafe in esame – si fosse resa autrice di una *pollicitatio*[17] concernente l'elargizione, a beneficio della *res publica* di *Thugga*, della somma di 100.000 sesterzi, il cui *reditus* annuo avrebbe dovuto essere, periodicamente, destinato all'allestimento di *ludi scaenici* e alla predisposizione di donativi in denaro (*sportulae*) a beneficio dei decurioni della città[18].

Laddove, poi, si consideri che la *pollicitatio* risulta essere stata formulata da *Asicia Victoria* "*ob flamonium filiae suae*", quindi in diretto rapporto con l'assunzione del flaminato da parte della di lei figlia, *Vibia Asicianes*[19], ecco che la sottolineatura in parola finisce per rappresentare un indicatore di carattere testuale significativamente ostativo rispetto alla possibilità di presupporre l'esistenza di un vincolo, anche solo morale, a promettere (e ciò senza considerare l'ammontare della somma oggetto della *pollicitatio* – non a caso, come si è visto, in apposizione al sostantivo *liberalitas* ricorre l'aggettivo '*singularis*' – di ben dieci volte superiore alla *summa honoraria*, pari a

---

[17] Circa il riconoscimento alle donne della facoltà di '*rei publicae polliceri*' rileva la statuizione "*Non tantum masculos, sed etiam feminas, si quid ob honores pollicitatae* ('*pollicitae*' *edd.*), *sunt, debere implere sciendum est*", che ricorre in D. 50.12.6.2 (Ulp. 5 *de officio proconsulis*); sul punto v. P. Lepore, «Rei publicae polliceri»…, cit., p. 86 e ss.

[18] L'ipotesi che la *pollicitatio* concernesse una prestazione avente carattere continuativo, da realizzarsi '*semper*», '*quodquod annis*', '*quotannis*', '*omnibus annis*', '*in perpetuum*', e alla quale doveva essere destinato il *reditus* (*usurae, incrementum*) annuo prodotto da una determinata somma di denaro, rappresenta un'eventualità tutt'altro che infrequente. A tale contesto vanno, ad esempio, riferite le *pollicitationes* attestate da: Dougga 34 = CIL. VIII.26482 = CIL. VIII.1503 + CIL. VIII.15532 + CIL. VIII.26483 + CIL. VIII.26484 = AE. 1904, 118 = AE. 1906, 12 = AE. 1914, 157 = ILAfr. 516 = BCTH. (1887), p. 52, nr. 11, CIL. VIII.26485 + CIL. VIII.26595a + CIL. VIII.26631 + CIL. VIII.26635 = AE. 1904, 517 = ILAfr. 517 = BCTH. (1905), p. 282 s., nr. 1 – CIL. VIII.26590 = CIL. VIII.1495 = BCTH. (1907), p. ccxxx, nr. 1 – CIL. IX.23 = ILS. 6472 – AE. 1928, 26 = ILTun. 769 = BCTH. (1928-1929), p. 48 – CIL. XIV.2112 = AE. 1983, 181 = ILS. 7212 = FIRA. I, nr. 46, p. 291 – Magioncalda 5 = AE. 1894, 148 = ILS. 6468 = Barnabei, NAcc. (1894), p. 18 e ss. – AE. 1993, 468 = AE. 1994, 426a – CIL. XI.3303 = ILS. 154. In argomento, v., per tutti, E. Melchor Gil, *Evergetismo testamentario*…, cit., p. 101 e ss.; A. Magioncalda, *L'età dei beneficiari nelle «fondazioni» alimentari private per l'infanzia durante l'alto-impero*, in *SDHI,* 61 (1995), p. 327 e s.; Id, *Donazioni private a fini perpetui destinate alle città. Esempi dalla documentazione latina in età imperiale*, in *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente. Actes de la Xe Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain*, Rome, 27-29 mai 1996, Roma 1999, p. 175 e ss., *praecipue* p. 186 nt. 61; S. Mrozek, *Le fonctionnement des fondations dans les provinces occidentales et l'économie de crédit à l'époque du Haut-Empire romain*, in *Latomus,* 59 (2000), p. 327 e ss. e ivi altre citazioni bibliografiche.

[19] In ordine al '*rei publicae polliceri*' *ob honorem* '*alieni*', ossia alla possibilità che a formulare la *pollicitatio* fosse un soggetto diverso dal destinatario dell'*honor* (è quanto, per l'appunto, avviene in CIL. VIII.26590 = CIL. VIII.1495 = BCTH. (1907), p. ccxxx, nr. 1, ove – come si è visto – a promettere è *Asicia Victoria* "*ob flamonium filiae suae*"), rileva la sottolineatura "*Si quis sui alienive honoris causa opus facturum se in aliqua civitate promiserit*", che ricorre in D. 50.12.14 (Pomp. 6 *epistularum et variarum lectionum*). Sul punto v. P. Lepore, «Rei publicae polliceri»…, cit., p. 67 e ss.

10.000 sesterzi, dovuta, in base alla legge, a *Thugga*, da chi fosse stato chiamato a rivestire la carica di flamine)[20].

Formulata '*ob honores coniunctos*' (*decurionatus et magistratus*) è la *pollicitatio* di cui dà conto

AE. 1917-1918, 43-44 = BCTH. (1917), p. 339 e s., nr. 66

> Herculi invicto sac(rum) / conservatori domini n(ostri) / [[Imp(eratoris) Caes(aris) M(arci) Aureli / Antonini Pii Felicis Aug(usti)]] / M(arcus) Clodius L(uci) f(ilius) Q(uirina tribu) Fidus mag(ister) / quaest(ura) func(tus) am(a)tor patriae / statu(a)m cum base qu(a)m die / III Nonar(um) Ianuar(iarum) sua liberali/tate pollicitus est inlatis / praeterea r(ei) p(ublicae) honorariis / summis decurionatus et mag(istratus) / et ob eius dedicationem edi/to die ludorum scenico/rum sua pecun(ia) fecit idemq(ue) / dedicavit l(ocus) d(atus) d(ecreto) d(ecurionum) // promissa III Nonas / Ianuar(ias) Grato [[et / Seleuco]] co(n)s(ulibus) / dedicata [[Antonino / IIII et Alexandro co(n)s(ulibus)]][21] [*Uzelis*, a. 5 gennaio 222 d.C.].

A *polliceri* il 5 gennaio del 221 d.C. ("*promissa*[22] *III Nonas Ianuarias Grato et Seleuco consulibus*") sarebbe stato tale *Marcus Clodius Fidus*, il quale si sarebbe così impegnato ad innalzare una *statua cum base* in onore di Ercole Invitto nella città di *Uzelis*. Egli avrebbe 'onorato' tale prestazione nel 222 d.C. (a proposito della statua si precisa, infatti, che fu "*dedicata Antonino IIII et Alexandro consulibus*"), collocando la statua nel luogo messo a disposizione dai *decurioni* ("*locus datus decreto decurionum*") e provvedendo, altresì, ad allestire, in occasione della *dedicatio*, una giornata di *ludi scaenici* ("*et ob eius dedicationem edito die ludorum scenicorum*").

---

[20] V. *supra* nt. 9.

[21] Sull'iscrizione v. P. Veyne, *Deux inscriptions de Vina*…, cit., pp. 96 e ivi nt. 6, 103; G. Wesch-Klein, *Liberalitas*…, cit., p. 336 e s., nr. 1.

[22] V. *supra* nt. 4.

Posto che la riferibilità di tale promessa all'assunzione da parte di *Marcus Clodius Fidus* di ben due *honores*: *decurionatus et magistratus* e, quindi, il carattere '*ob honores coniunctos*' della stessa si può, legittimamente, fare discendere – pur in assenza del 'comune' sintagma '*ob honorem*' seguito dal sostantivo esplicativo dell'*honor* in genitivo (o di altra formula, sostanzialmente, equivalente) – dalla sottolineatura "*inlatis praetera rei publicae honorariis summis decurionatus et magistratus*" – ossia dall'esplicita attestazione del fatto che la *pollicitatio* sarebbe stata accompagnata dalla corresponsione da parte dello stesso promittente delle *summae honorariae* legalmente dovute a *Uzelis* in rapporto all'assunzione del decurionato e, verosimilmente, della carica di *magister pagi*[23] – riveste un peso del tutto specifico, rispetto agli intendimenti dimostrativi qui perseguiti, il ricorrere della locuzione "*sua liberalitate*" in apposizione all'espressione verbale "*pollicitus est*". Essa presenta, infatti, l'attitudine a connotare la *pollicitatio* '*ob honores coniunctos*' di *Marcus Clodius Fidus* in termini di 'libera' e 'spontanea' espressione di manifesta generosità.

Proseguendo in ordine cronologico, viene in rilievo

CIL. VIII.19121 = AE. 1888, 140 = ILAlg. II, 6486 = ILS. 4479

Deo patrio / Baliddiri Aug(usto) / sacrum / Q(uintus) Tadius Q(uinti) fil(ius) / Quirina (tribu) Victor / statuam aeream / quam ob honorem / flamonii divi Seve / ri castelli Siguitani / pollicitus erat fac / turum a se ex (denariis) DL ampli/ficata liberalitate / ex (denariis) mille cum base / Tadii / Victor Iunior et / Saturninus et / Honorata et Fe/lix filii et here/des eius dederunt / dedicaverunt l(ocus) d(atus) d(ecreto) d(ecurionum)[24] [*Sigus*, a. 211-212 d.C.].

---

[23] V. anche CIL. VIII.6339 = ILS. 3669 ove ricorre l'espressione "*ob honorem magistratus sui*".

[24] Sull'iscrizione v. P. Veyne, *Deux inscriptions de Vina*…, cit., pp. 94 nt. 4, 97; Fr. Jacques, *Le privilège de liberté*…, cit., pp. 490 e 740; R. Duncan-Jones, *Costs*…, cit., p. 84, nr. 89; P. Garnsey, *Taxatio and pollicitatio*…, cit., p. 124 nt. 42; M.S. Bassignano, *Il flaminato*…, cit., p. 265, nr. 1; J.L. Ramirez Sadaba, *Gastos*

L'iscrizione ha per 'protagonisti' tale *Quintus Tadius Victor* e i di lui figli ed eredi *Victor Iunior, Saturninus*, *Honorata* e *Felix*. Il primo si sarebbe reso autore di una *pollicitatio* "*ob honorem flamonii divi Severi castelli Siguitani*" (il fatto che l'*honor flamonii* riguardi il divinizzato Settimio Severo comporta la necessità di datare l'iscrizione a dopo il 211 d.C.[25]), avente ad oggetto l'erezione di una statua di bronzo (*statua aerea*) *Deo patrio Baliddiri Augusto*, per l'importo di 550 denarii ("*ex denariis DL*" = 2200 sesterzi); gli altri avrebbero provveduto a dare esecuzione alle volontà paterne facendo realizzare la statua con l'aggiunta di una base ("*cum base*"), dandole collocazione nel luogo ad essa destinato dall'*ordo decurionum* ("*locus datus decreto decurionum*") e provvedendo, altresì, alla relativa *dedicatio* ("*dedicaverunt*"), il tutto per un esborso complessivo pari a mille denarii (= 4.000 sesterzi): "*ex denariis mille cum base Tadii Victor Iunior et Saturninus et Honorata et Felix filii et heredes eius dederunt dedicaverunt locus datus decreto decurionum*".

Di particolare valenza, per quanto qui più rileva, il fatto che a qualificare l'intervento dei *filii* ed *heredes* di *Quintus Tadius Victor*, sotto il profilo del 'rapporto' con la di lui *pollicitatio ob honorem flamonii*, ricorra la locuzione "*amplificata liberalitate*".

Posto che essa opera, specificamente, nella prospettiva di evidenziare l'*ampliatio pecuniae* di cui *Victor Iunior, Saturninus*, *Honorata* e *Felix* si sarebbero resi autori (come si è visto, costoro avrebbero sborsato 440 denarii [= 1.800 sesterzi] in più di quelli che il loro padre aveva riversato nella *pollicitatio*), non si può fare meno di notare come, proprio per il fatto di instaurare un rapporto comparativo tra il valore della promessa formulata da *Quintus Tadius Victor* (550 denarii = 2200 sesterzi) e i costi effettivamente sostenuti nel dare esecuzione alla stessa dai di lui figli ed eredi (1.000 denarii = 4.000 sesterzi), finisca per ricomprendere sotto la

---

suntuarios y recursos económicos…, cit., p. 41 nt. 20; G. Camodeca, *Iscrizioni nuove o riedite da Puteoli, Cumae, Misenum*, in *AION*., 3 (1996), p. 167 nt. 129.

[25] V. R. Duncan-Jones, *Ibid.*

qualificazione di *liberalitas* e, quindi, per ricondurre all'interno del medesimo contesto di generosità e di spontaneità connotante l'*ampliatio pecuniae* realizzata da *Victor Iunior, Saturninus*, *Honorata* e *Felix*, anche l'agire del loro *pater* e, perciò, anche la *pollicitatio ob honorem flamonii* da lui formulata.

Si passa a considerare

CIL. VIII.12006 = CIL. VIII.12007 = Eph. V.293 = Eph. V.1212

[P]ro salute Imp(eratoris) Caes(aris), divi Septimi Severi [p]ii Ara[b(ici)], Adiabe[nic]i Parthici maximi Brit[an]nici maximi fil(ii), divi M(arci) Antonini Pii Germanici Sarmatici nepot(is), divi Antonini Pii / pronep(otis), divi Hadriani abnep(otis), divi Traiani Parthici et divi Nervae adnepot(is), M(arci) Aureli Antonini Pii Felicis, principis Iuventutis, Augusti / Parthici maximi Brittann[i]ci (sic!) max(imi), pont(ificis) max(imi), trib(unicia) potest(ate) XV, imp(eratoris) II, co(n)s(ulis) III, p(atris) p(atriae), et Iuli[ae] Domnae Augustae piae Felicis, matris Aug(usti) et castrorum et senatus totiusq(ue) domus divinae, / P(ublius) Opstorius Saturninus, fl(amen) p(erpetuus), sac(erdos) Merc(uri), cum patriae suae Vazitanae triplicata summa fl(amonii) p(erpetui) HS III m(ilium) n(ummum) aedem Mercurio Sobrio pollicitus fuisset, ampliata liberalitate eandem aedem / cum pronao et ara fecit et ob dedicat(ionem) aepulum (sic!) et gymnasium ded[it, lo]c(o) dat(o) d(ecreto) d(ecurionum). Idem iam ant(e) hoc ob honorem XIpr(imatus) aed[e]m Aesculapio deo promissam bassil(icam) (sic!) coh(a)erent(em) multiplicata pec(unia) fecit[26] [*Vazi Sarra*, a. 10 dicembre 211-9 dicembre 212 d.C.].

[26] Sull'iscrizione v. Fr. Jacques, *Le privilège de liberté*…, cit., pp. 691 nt. 103, 715 e ivi nt. 289, 738; A. Mastino, *I Severi nel nord Africa* (con la collaborazione di N. Benseddik, A. Beschaouch, G. Di Vita-Evrard, M.

Qui il 'protagonista' è tale *Publius Opstorius Saturninus*. Costui, corrisposta una somma di denaro pari a tre volte l'ammontare della *summa honoraria* dovuta nella città di *Vazi Sarra* per il *flamonium perpetuum*, si sarebbe reso autore di una *pollicitatio* con la quale avrebbe assunto l'impegno di erigere un'*aedes* in onore di *Mercurius Sobrius*; quindi, in un secondo momento, '*ampliata liberalitate*', avrebbe provveduto a fare realizzare l'*aedes* con un pronao e un'ara e a collocarla nel luogo concesso dal consiglio dei decurioni ("*loco dato decreto decurionum*"), offrendo, altresì, in occasione della *dedicatio* un banchetto (*epulum*) e un *gymnasium* (l'iscrizione menziona un'ulteriore *pollicitatio*, peraltro antecedente a quella appena richiamata, anch'essa finalizzata alla realizzazione di un'*aedes*, ma in onore di *Aesculapius* e *ob honorem XIprimatus*, e seguita da una *multiplicatio pecuniae*, funzionale a consentire la realizzazione, oltre che dell'*aedes*, di una *basilica* costruita in aderenza, *cohaerens*).

Viene immediato rimarcare il ricorrere nel testo della locuzione '*ampliata liberalitate*'. Essa va in parallelo, quanto a significato e rispetto al contesto in cui figura calata, con l'"*amplificata liberalitate*" di CIL. VIII.19121 = AE. 1888, 140 = ILAlg. II, 6486 = ILS. 4479. Anche in questo caso l'attitudine qualificatoria di cui è capace il termine *liberalitas* si estende a ogni 'momento' dell'iniziativa assunta da *Publius Opstorius Saturninus* a beneficio della *res publica* di *Vazi Sarra*. Ad esserne

---

Khanoussi, R. Rebuffat), in *XI Congresso Internazionale di Epigrafia Greca e Latina*, Roma, 18-24 settembre 1997. *Atti*, vol. II, Roma 1999, p. 378; v. anche R. Cagnat, P. Gauckler, *Les monuments historiques de la Tunisie*, vol. I. *Les monuments antiques*, Paris 1898, p. 66 e ss.; H. Jouffroy, *La construction publique en Italie et dans l'Afrique Romaine*, Strasbourg 1986, pp. 254, 266, 271; G. Wesch-Klein, *Liberalitas*…, cit., p. 257 e s., nr. 1; S. Belkaia, *Les structures politiques pré-romaines dans les cités de la future Byzacène*, in A. Mastino, P. Ruggeri (a cura di), *L'Africa Romana. Atti del X convegno di studio, Oristano, 11-13 dicembre 1992*, vol. II, Sassari 1994, p. 1078 e ss., nr. 13; J. Gascou, *La politique municipale de Rome en Afrique du Nord*, II. *Après la mort de Septime-Sévère*, in *ANRW*., II.10.2 (1982), p. 281 nt. 323; Id., *A propos d'une inscription de Furnos Minus* (*CIL, VIII, 14751 + ILT, 1267*), in *ZPE*., 113 (1996), p. 150 e ss.; Id., *Remarques sur les undecimprimi*, in *AntAfr.* 34 (1998), p. 98 [= *Hommages à G. Souville*, vol. II, Paris 1998]; G.G. Fagan, *Gifts of gymnasia: a test case for reading quasi-technical jargon in latin inscriptions*, in *ZPE*., 124 (1999), p. 272, nr. 9; v., inoltre, C. Pallu de Lessert, *Fastes des provinces Africaines* (*Proconsulaire, Numidie, Maurétanies*) *sous la domination romaine*, vol. I, Paris 1896, p. 251; B.E. Thomasson, *Die Statthalter der römischen Provinzen Nordafrikas von Augustus bis Diocletianus*, vol. II, Lund 1960, p. 110 e ss.; M.S. Bassignano, *Il flaminato*…, cit., p. 98 e ss., nrr. 3, 4; M. Khanoussi, A. Mastino, *Nouvelles découvertes archéologiques et épigraphiques à Uchi Maius (Henchir ed-Duâmis, Tunisie)*, in *CRAI*., 144 (2000), p. 1285; A. Saastamoinen, *On the Local Characteristics of Latin Building Inscriptions in Roman North Africa*, in A. Akerraz, P. Ruggeri, A. Siraj, C. Vismara (a cura di), *L'Africa romana. Mobilità delle persone e dei popoli, dinamiche migratorie, emigrazioni ed immigrazioni nelle province occidentali dell'Impero romano. Atti del XVI convegno di studio, Rabat, 15-19 dicembre 2004*, vol. III, Roma 2006, pp. 1918 nt. 22, 1924 nt. 48; A. Ibba (a cura di), Uchi Maius *2*…, cit., p. 121.

connotata non è solo l'*ampliatio pecuniae* ma, innanzitutto, la stessa *pollicitatio*, nella quale tra l'altro – il dato viene ben rimarcato – *Publius Opstorius Saturninus*, in vista della realizzazione dell'*aedes* in onore di *Mercurius Sobrius*, avrebbe riversato una somma di denaro pari al triplo di quella che, a *Vazi Sarra*, era dovuta a titolo di *summa honoraria* per l'assunzione della carica di flamine 'perpetuo' ("*triplicata summa flamonii perpetui*").

Peraltro, analogamente a quanto osservato a proposito di CIL. VIII.19121 = AE. 1888, 140 = ILAlg. II, 6486 = ILS. 4479, proprio la sottolineatura "*triplicata summa flamonii perpetui*" dà modo di ascrivere l'assunzione da parte di *Publius Opstorius Saturninus* della carica di *flamen perpetuus* a specifico 'motivo' della *pollicitatio* e, quindi, di attribuire a quest'ultima carattere *ob honorem*.

L'attenzione va ora focalizzata su

AE. 2004, 1876

[Imp(eratori) C]aes(ari) M(arco) Aurelio Antoni[n]o / [Aug(usto) P]io, principi iuventutis, / Imp(eratoris Caes(aris) / L(uci) Septimi Severi Pii Perti/nacis Aug(usti) Arab(ici) Adiab(enici) Parthic(i) max(imi) / fil(io), divi M(arci) Antonini Pii Germ(anici) [Sarm(atici)] / nepoti, divi Antonini Pii pronepoti, di[vi] / Hadr(iani) abnep(oti), divi [Tr]aiani Parthici et / divi Nervae adne[po]ti, / sede[m---]L cum s[ta]tua / togata [[--- et filius ?]] eius / Q(uintus) Domitius L. fil(ius) Quir(ina) Pudens, IIvir [---] / liberalitate pollicitus, sua [pecunia ? / summa]m ? quo[que ? hon]or(ariam) IIvi[r(atus) ---][27] [*Bulla Regia*, a. *post* 201 d.C.].

[27] Sull'iscrizione v., per tutti, M. Khanoussi, A. Mastino, *Il culto della gens Septimia a Bulla Regia: Settimio Severo e Caracalla in tre basi inedite degli Agrii, dei Domitii e dei Lollii*, in M.G. Angeli Bertinelli, A. Donati (a cura di), *Epigrafia di confine confine dell'epigrafia*, *Atti del Colloquio AIEGL – Borghesi 2003*, Faenza 2004, p. 390 e ss., *praecipue* p. 401 e s.

Posto che il testo, si presenta assai mutilo e sconta, perciò, evidenti difficoltà di lettura, che ne rendono problematica l'interpretazione, sembrano potersi accogliere, rispetto alla linea 14, per noi di specifico interesse, le integrazioni proposte da Mustapha Khanoussi e da Attilio Mastino sulla scorta di un suggerimento di Angela Donati[28] e, di seguito, recepite dall'Anneé Epigraphique, da cui si cita, per cui si avrebbe: "*summam quoque honorariam IIviratus*".

Ora, queste parole sono, immediatamente, precedute dalla menzione di una *pollicitatio* ('*pollicitus*').

Ascritta ad un notabile di *Bulla Regia* (il cui nominativo non è, però, dato conoscere, essendo stato eraso in antico, probabilmente in conseguenza di una *damnatio memoriae*[29]) e, quasi certamente, al di lui *filius* e duoviro *Quintus Domitius Pudens* ("*et filius eius Quintus Domitius … Pudens, IIvir*") e riferita all'allestimento con fondi privati ('*sua pecunia*') di una statua togata, raffigurante l'imperatore Caracalla[30], e della relativa *sedes*, ossia del monumento sul quale o nel quale doveva essere inserita ("*sedem … cum statua togata*"[31]) – la *pollicitatio* in parola (stante l'integrazione qui accolta della linea 14 del testo epigrafico) risulta essere stata accompagnata dal versamento della *summa honoraria* che a *Bulla Regia* era dovuta dagli eletti al duovirato. A fronte di ciò, appare legittimo, assumere, anche in questo caso, il carattere *ob honorem*, per l'appunto *IIviratus*, della promessa.

Il ricorrere, poi, dell'ablativo '*liberalitate*' quale apposizione di '*pollicitus*' appare del tutto in linea con quanto è emerso dai testi esaminati e, in particolare, da AE.

---

[28] V. *ivi*, p. 393 nt. 45.

[29] Sul punto v. *ivi*, p. 401 secondo il quale la circostanza della *damnatio memoriae* sarebbe "da mettere forse in relazione con avvenimenti interni alla colonia di *Bulla Regia*".

[30] Statua, forse, celebrativa dell'assunzione da parte dell'Imperatore della toga virile (ricevuta nel 2012 d.C.), del consolato dallo stesso rivestito nel 202 d.C. o delle nozze che lo unirono Plautilla, celebrate, con buona probabilità, nell'aprile del 202 d.C.; così *Ivi*, p. 402 e s., ove si osserva, altresì, come sembri "meno probabile che la statua togata potesse essere realizzata prima del 202, prima che Caracalla avesse assunto ufficialmente la toga virile, magari più semplicemente in relazione con una generica *veneratio Augusti* all'interno dell'Augusteo".

[31] Sul possibile significato da ascrivere al sostantivo *sedes* v. *ivi*, p. 396 e ss.

1917-1918, 43-44 = BCTH. (1917), p. 339 e s., nr. 66, ove – come si è visto – si ha la locuzione "*sua liberalitate pollicitus est*". Di riflesso, le considerazioni ivi svolte trovano qui naturale estensione.

La databilità al III sec. d.C. accomuna alle iscrizioni fin qui richiamate D. 50.12.9. Il passo – tratto dal libro quarto dei *Differentiarum libri IX* di Erennio Modestino – per il fatto di richiamare i contenuti normativi di una costituzione attribuita agli, ormai divinizzati e, quindi, defunti, imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla ("*divi Severus et Antoninus rescripserunt*"), va, necessariamente, ascritto ad un anno successivo al 217 d.C. (ma, al tempo stesso, non posteriore al 240 d.C. circa, termine *ad quem*, comunemente accolto, della pubblicazione dei *Differentiarum libri IX* [32]).

> D. 50.12.9 (*Modestinus libro quarto differentiarum*): Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rem publicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri: heredem vero eius ob honorem quidem facta promissione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri divi Severus et Antoninus rescripserunt. sed et ipsum donatorem pauperem factum ex promissione operis coepti quintam partem patrimonii sui debere divus Pius constituit.

Ho già avuto occasione di soffermarmi diffusamente sul dispositivo di D. 50.12.9, ciò anche nella prospettiva di fornire dimostrazione di come sia da correggere la lettura 'tradizionale' che vede nell'inciso "*ob id vero, quod opus promissum*[33] *coeptum est*" il 'momento' di 'trapasso' dal '*rei publicae polliceri' ob honorem* (a

---

[32] V. U. Agnati, *Un frammento delle* Differentiae *di Modestino nelle* Differentiae *di Isidoro?*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente: Romani e Goti - Isidoro di Siviglia*, Dogana (Repubblica di San Marino) 2012, p. 133. V. anche G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino 2009, p. 71.

[33] V. *supra* nt. 4.

cui farebbere riferimento tutta la prima parte del frammento, sino a "*in solidum*") a quello *non ob honorem*, per cui a tale 'tipologia' avrebbe riguardo tutta la restante parte del brano, compresa, quindi, la costituzione *divorum Severi et Antonini* (quanto alle ragioni sia di ordine logico-sistematico sia di carattere sintattico-grammaticale che presiedono alla correttezza di tale conclusione e, quindi, all'assunzione della piena unitarietà di D. 50.12.9 a fronte dell'univocità *ob honorem* del '*rei publicae polliceri*' disciplinato, mi permetto di fare generico rinvio alla trattazione che ho svolto in altra sede[34]).

Alla luce di tali presupposti assume specifica rilevanza – a fronte del percorso dimostrativo in corso – la sottolineatura "*si bona liberalitati solvendo non fuerint*". Essa – nell'esprimere la condizione alla quale, stante Modestino, la già menzionata costituzione *divorum Severi et Antonini* avrebbe introdotto un'attenuazione di responsabilità a beneficio dell'*heres extraneus* e dei *liberi*, nell'eventualità che i beni ereditari non fossero stati sufficienti a coprire i costi dell'*opus* fatto oggetto di *pollicitatio* (come si è detto da ritenersi *ob honorem*) da parte del *de cuius* e sempre da costui avviato ad esecuzione (l'*heres extraneus* e i *liberi* erano esentati dall'obbligo di ultimare l'*opus*, potendo, in alternativa, rimettere alla *res publica* la *quinta*, il primo, la *decima*, i secondi, *pars patrimonii defuncti*; "*si bona liberalitati solvendo non fuerint*, *extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri divi Severus et Antoninus rescripserunt*") – finisce, infatti, per qualificare (ancora una volta si riscontra l'impiego del sostantivo *liberalitas* ('*liberalitati*')) la *pollicitatio* in parola quale manifestazione 'libera' e 'spontanea' di generosità.

3.2. Le fonti risalenti all'ultimo decennio del II sec. d.C.

Precedono solo di pochi anni l'inizio del III sec. d.C. CIL. VIII.14370 = Eph. VII.247 = ILTun. 1212 = BCTH. (1886), p. 109 = BCTH. (1932-1933), p. 497

[34] P. Lepore, «Rei publicae polliceri»…, cit., *praecipue* p. 92 e ss.

e CIL. VIII.4482, databili, rispettivamente, al 196 d.C., la prima, proveniente da *Avedda*, e al biennio 193-194 d.C. la seconda, proveniente da *Tubunae*.

Le si considera in sequenza.

> CIL. VIII.14370 = Eph. VII.247 = ILTun. 1212 = BCTH. (1886), p. 109 = BCTH. (1932-1933), p. 497
>
> [Imp(eratori) Caes(ari) L(ucio) Septimio / Seve]ro Pio Pertinaci / [Au]g(usto) Parth(ico) Arabico Par/(thico) Adiabenico tr(ibunicia) p(otestate) IIII / [I]mp(eratori) VIII co(n)s(uli) II pr[oco](n)s(uli) / [.] L(ucius) Alfius Secundus f(lamen) p(erpetuus) statu/as equestres [dua]s ex (sestertium) / XII (milibus) n(ummum) quae L(ucius) Alfius Felix pa/ter eius duplicata summa / honoraria f(lamonii) p(erpetui) ex sua libera/litate promiserat per/missu ordinis po[su]it[35] [*Avedda*, a. 196 d.C.].

Anche in questo caso la riferibilità al contesto elettorale della *pollicitatio* – formulata da *Lucius Alfius Felix* ma adempiuta, '*permissu ordinis*', dal di lui figlio, il *flamen perpetuus Lucius Alfius Secundus*, e avente ad oggetto due statue equestri (per la cui realizzazione risultano essere stati spesi 12.000 sesterzi) – risulta non dal ricorrere della 'consueta' espressione *ob honorem* seguita dall'indicazione dell'*honor* in genitivo (o da altra analoga locuzione), bensì dalla sottolineatura concernente la *duplicatio* della *summa honoraria flamoni perpetui* ("*duplicata summa honoraria flamoni perpetui*") di cui si sarebbe reso autore *Lucius Alfius Felix* all'atto della *pollicitatio*. Egli, così facendo, ossia vincolandosi a corrispondere una somma di denaro pari al doppio di quella che ad *Avedda* era dovuta *ex lege* da chi si trovava ad assumere il

[35] Sull'iscrizione v., in particolare, Fr. Jacques, *Le privilège de liberté*…, cit., p. 737 e ss.; v. anche A. Beschaouch, *Mustitana*…, cit., p. 161; P. Garnsey, *Taxatio and pollicitatio*…, cit., p. 124 nt. 42; v., inoltre, R. Villers, *Essai sur la "pollicitatio" ad une "res publica"*, in *RHDFE*., 18 (1939), p. 14 nt. 4; R. Duncan-Jones, *Costs*…, cit., pp. 86, nr. 127, 104, nr. 369; M.S. Bassignano, *Il flaminato*…, cit., pp. 205, nr. 1 e 206, nr. 1; N. Hayashi, *Die pecunia*…, cit., p. 386; Uchi Maius *2*…, cit., p. 121.

flamonium perpetuus, avrebbe garantito la disponibilità di una somma (i 12.000 sesterzi) sufficiente alla realizzazione delle due statue, costituenti l'oggetto 'diretto' della sua promessa.

Il fatto, poi, che alla forma verbale "*promiserat*"[36], espressiva, per l'appunto, della *pollicitatio* formulata da *Lucius Alfius Felix*, si accompagni, qualificandola sotto il profilo volontaristico, il termine *liberalitas*, declinato all'interno della locuzione "*ex sua liberalitate*", non lascia dubbio alcuno in ordine alla legittimità di riferire all'agire di *Lucius Alfius Felix* gli stessi caratteri ascritti alle evergesie 'protagoniste' nei testi lapidei considerati, oltre che in D. 50.12.9.

Passando a

CIL. VIII.4482

Divo Commod[o] / Imp(eratori) Caes(ari) L(uci) [Sep]/timi Severi P[ii] / Pertinacis / Aug(usti) Arabici / Adiabenici [fra]/tri Q(uintus) C[a]lp[urni]/us Q(uinti) [f(ilius)] pal--- /cus ------- statua[m ob] hon(orem) / IIvir(atus) quam ex / sua liberali/tate promi/sit posuit i/demq(ue) ded[ic(avit)] [*Tubunae*, a. 193-194 d.C.]

qui la locuzione *ob honorem* seguita dal genitivo *IIviatus* è sufficiente (anche, cioè, in mancanza questa volta, di qualsiasi riferimento alla relativa *summa honoraria* (a questo punto, forse avvertito come superfluo) a connotare la promessa, formulata da tale *Quintus Calpurnius* e avente ad oggetto una statua raffigurante l'imperatore Commodo (peraltro, la qualifica di *divus* attribuita a quest'ultimo, '*Divo Commodo*', e attestantene la divinizzazione *post mortem*, induce a ritenere che il posizionamento e la *dedicatio* della statua siano intervenuti quando egli era già defunto).

[36] V. *supra* nt. 4.

Anche in questo caso, poi, alla formula verbale '*promisit*'[37], espressiva della *pollicitatio*, figura apposta la locuzione '*sua liberalitate*' ("*statuam ob honorem IIviratus quam ex sua liberalitate promisit*"), a fronte della quale appare legittimo 'leggere' (anche) la *pollicitatio ob honorem IIviratus* di *Quintus Calpurnius* in termini di spontanea e munifica espressione evergetica[38].

---

[37] V. *supra* nt. 4.

[38] Meritano, altresì, di essere richiamate due iscrizioni, la cui attitudine dimostrativa, rispetto al tema che ci occupa, sconta la loro riferibilità cronologica, ossia il fatto che esse risalgano ad anni in cui, secondo quanto asserito dai fautori del processo di 'trasformazione' delle *pollicitationes ob honorem* da atti liberi e spontanei in atti obbligatori (quantomeno sul piano morale), questo si sarebbe trovato nella sua fase iniziale o sarebbe stato, comunque, ancora in itinere. Si tratta di:

AE. 1968, 586, databile al settembre del 117 d.C. e proveniente da *Mustis*: Aescula[pio Au]g(usto) sacrum. Pro salute / [Imp(eratoris) C]aes(aris) Traiani Hadriani Part(hici) Aug(usti), p(atris) p(atriae), C(aius) Iulius M(arci) f(ilius) Cor(nelia tribu) Placidus, o[b honor(em) flam(onii) / perp(etui)] cum (sestertium) X (milia) in opus munificentiae promisisset et ob honor(em) (duum)vir(atus) (sestertium) II (milia), ad[iecta a se] / [ampl]ius pecunia, templum cum statuis (tribus), marmoribus, picturis exornavit, [item, ad / or]namentum templi Plutonis, urceum et lancem ex arg(enti) p(ondo) (sex) fecit idemq(ue) ded(icavit). [D(ecreto) d(ecurionum)] (sull'iscrizione v. P. Garnsey, *Taxatio and pollicitatio*…, cit., p. 126 e s.; H. Jouffroy, *La construction publique*…, cit., pp. 211 e 217; G. Wesch-Klein, *Liberalitas*…, cit., p. 143 e s., nr. 2; A. Beschaouch, *Mustitana*…, cit., pp. 157 e ss., 159, 170 e s., nr. 2; Id., *Taxatio et élections municipales*…, cit., p. 485 e s.; Fr. Jacques, *Le privilège de liberté*…, cit., p. 716; v. anche R. Duncan-Jones, *The Economy*…, cit., p. 107, nr. 332b; M.S. Bassignano, *Il flaminato*…, cit., pp. 126, nr. 4 e 128, nr. 4; J.L. Ramirez Sadaba, *Gastos suntuarios y recursos económicos*…, cit., p. 41 nt. 22; N. Hayashi, *La pollicitatio ob honorem de Trajano*, in *Estudios de dret romà i d'història del dret comparat en homenatge a Ramon D'Abadal i de Vinyals pel seu centenari*, Barcelona 1989, p. 116 [= *Studies in Roman Law and Legal History in honour of Ramon D'Abadal i de Vinyals on the occasion of the centenary*]; Id., *Die pecunia*…, cit., pp. 385, 387; F. Hurlet, *Pouvoir des image, images du pouvoir impérial. La province d'Afrique aux deux premiers siècles de notre ère*, in *MEFRA*. 112 (2000), p. 347 nt. 186; Id., *Relecture de fragments épigraphiques du Musée de Sousse. Une nouvelle dédicace à Antonin le Pieus*, in M. Khanoussi, P. Ruggeri, C. Vismara (a cura di), *L'Africa romana. Lo spazio marittimo del Mediterraneo occidentale: geografia storica ed economia. Atti del XIV convegno di studio, Sassari, 7-10 dicembre 2000*, vol. III, Roma 2002, p. 1690; M. Khanoussi, A. Mastino, *Il culto della gens Septimia*…, cit., p. 394 nt. 51; A. Saastamoinen, *On the Local Characteristics of Latin Building Inscriptions*…, cit., p. 1924 nt. 48);

CIL. VIII.8466 = IRAlg. 3268, databile al 156 d.C. e proveniente da *Sitifis*: Imp(eratori) Caes(ari) / divi Hadr(iani) fil(io) di/vi Trai(ani) Part(hici) nepoti / divi Nervae pronep(oti) / T(ito) Aelio Hadr(iano) Antonino / Aug(usto) Pio pont(ifici) max(imo) trib(unicia) / pot(estate) XVIIII Imp(eratori) II co(n)s(uli) IIII p(atri) p(atriae) / L(ucius) Petronius M(arci) f(ilius) Arniensis (tribu) / Ianuarius aed(ilis) ex (sestertium) VI (milibus) n(ummum) quae / in ornamentum civita/tis ex liberalitate sua ob / honorem aed(ilitatis) praeter / legitimam summam / promiserat d(edit) d(edicavit)q(ue) (sull'iscrizione v. N. Hayashi, *Die pecunia*…, cit., p. 387; J. Iglesias-Redondo, *La "pollicitatio"*, in *Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid [s.d., ma 1994], p. 500 nt. 30; v. anche R. Villers, *Essai sur la "pollicitatio" ad une "res publica"*…, cit., pp. 14 nt. 4 e 17 nt. 1; J. Marquardt, *De l'organisation financière*…, cit., p. 267 nt. 6; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*[4], Milano 1953, p. 570 nt. 3; J.M. Serrano Delgado, *Status y promocion social de los libertos*…, cit., p. 137 e ivi nt. 223; E. Forbis, *'Liberalitas and Largitio'*…, cit., p. 487 nt. 21; E. Melchor Gil, *Pollicitationes ob honorem y ob liberalitatem*…, cit., p. 5; F. Bertoldi, *Le promesse unilaterali in diritto romano*, in *Promesses et actes unilatéraux, 7èmes journées d'études, Poitiers-Roma TRE*, Poitiers, 12 et 13 juin 2009, dirr. M. Boudot, P.M. Vecchi, D. Veillon, Poitiers 2010, p. 7).

Quanto a AE. 1968, 586, rispetto ai nostri interessi dimostrativi rileva, in particolare, l'impiego che il testo fa della forma dativa '*munificentiae*' in apposizione alla forma verbale '*promisisset*' [v. *supra* nt. 4], espressiva della *pollicitatio* con la quale il *duumvir* e *flamen perpetuus Caius Iulius Placidus*, si sarebbe impegnato a

4. Osservazioni di sintesi

Gli esiti conclusivi a cui è possibile giungere non rappresentano altro che la sommatoria degli esiti parziali emersi e 'dichiarati' al termine dell'esame condotto su ciascuna delle fonti epigrafiche considerate e su D. 50.12.9.

Essi si ricompongono all'interno di un quadro unitario e coerente, capace di confermare e di rafforzare la correttezza delle enunciazioni di François Jacques, da cui ha preso avvio il presente contributo.

Si tratta di un quadro all'interno del quale emerge una serie d'indicatori di carattere testuale, costituiti da sintagmi e locuzioni connotati dal ricorrere dei sostantivi *liberalitas* e/o *munificentia*. Questi – per il fatto di figurare in apposizione a forme promissorie identificative di *pollicitationes* espressamente qualificate come *ob honorem* o, comunque, riconducibili a tale tipologia in forza di altre, ugualmente evidenti e probanti sottolineature (quali la menzione della corresponsione della

---

corrispondere al *municipium* la somma di 12.000 sesterzi, somma destinata alla realizzazione di un *opus*, '*in opus*' (in effetti, sempre dal testo lapideo, si apprende che i 12.000 sesterzi – integrati, dallo stesso *Caius Iulius Placidus*, con una somma della quale non risulta esplicitato l'ammontare, "*adiecta a se amplius pecunia*" – sarebbero serviti ad ornare con tre statue, con rivestimenti in marmo e con pitture, il tempio cittadino consacrato ad Esculapio, "*templum cum statuis tribus*, *marmoribus*, *picturis exornavit*", e ad 'arredare' il *templum Plutonis* di un orcio e di un piatto d'argento del peso di sei libbre, "*item*, *ad ornamentum templi Plutonis*, *urceum et lancem ex argenti pondo sex fecit idemque dedicavit*"). La qualificazione di munifica evergesia sottesa alla locuzione in parola concerne, infatti, una *pollicitatio* posta in diretta relazione con il duovirato e il flaminato perpetuo ossia con i due *honores* rivestiti da *Caius Iulius Placidus*, dal momento che riguardo ai 12.000 sesterzi si esplicita, testualmente, che 10.000 furono promessi *ob honorem flamonii perpetui* e i restanti 2.000 *ob honorem duumviratus* ("*ob honorem flamoni perpetui cum sestertium X milia in opus munificentiae promisisset et ob honorem duumviratus sestertium II milia*"). Il dativo '*munificentiae*' assolve, quindi, la stessa funzione definitoria dell'"*ob munificentiam*" che ricorre in all'interno del sintagma che si è sottolineato ricorrere in e alla quale possono riferirsi le medesime considerazioni.

Quanto a CIL. VIII.8466 = IRAlg. 3268, l'attenzione va soffermata sull'espressione "*ex liberalitate sua ob honorem aedilitatis praeter legitimam summam promiserat*". Essa – avente come soggetto l'edile *Lucius Petronius … Ianuarius* e come oggetto, a quanto sembra, una statua in onore dell'Imperatore Antonino Pio, per l'erezione della quale sarebbero stati riversati nella *pollicitatio* e, di seguito, spesi 6.000 sesterzi ("*ex sestertium VI milibus nummum quae in ornamentum civitatis ex liberalitate sua ob honorem aedilitatis praeter legitimam summam promiserat* [v. *supra* nt. 4] *dedit dedicavitque*")– attesta, ancora una volta l'utilizzo del sostantivo *liberalitas* ("*ex liberalitate sua*") per qualificare una *pollicitatio ob honorem*, per l'esattezza *ob honorem aedilitatis*, che, non è un caso, si sottolinea, altresì, essere intervenuta "*praeter legitimam summam*", quindi, in aggiunta alla corresponsione della *summa honoraria*, ossia in aggiunta alla somma di denaro legalmente dovuta a *Sitifis* da chi avesse assunto l'edilità, corresponsione, quest'ultima, rispetto alla quale la formula '*ex liberalitate*' o altra formula di valore equivalente non avrebbe potuto legittimamente impiegarsi non avendo la stessa carattere evergetico, ma integrando un vero e proprio obbligo *ex lege*.

summa honoraria o di una somma parametrata a quest'ultima e rappresentante rispetto ad essa una *ampliatio sive multiplicatio*) – finiscono per 'esaltare' il carattere di munifica liberalità e di spontanea generosità di tali *pollicitationes* e, quindi, per evidenziare la natura evergetica delle stesse.

É di tutta evidenza l'ostacolo che si viene così a frapporre alla possibilità di 'insistere' nella 'direzione', intrapresa da una parte della dottrina, di ascrivere al '*rei publicae polliceri*', quantomeno a quello *ob honorem*, quella trasformazione – sostenuta da una parte della dottrina – per cui, tra il II e l'inizio del III sec. d.C., esso avrebbe perso il proprio tratto originario e distintivo di manifestazione del tutto 'libera' e 'spontanea' e avrebbe assunto carattere di obbligatorietà, morale se non anche giuridica.

Valga solo aggiungere la seguente precisazione, alla quale mi sento in dovere a fronte del modo in cui Paul Veyne, proprio all'atto di affermare che "la pollicitation" da "geste spontané de remerciement … est devenu moralement obligatoire", ha sottolineato come, ciononostante, "les pollicitateurs, dans les inscriptions, continuent à se prévaloir de leur promesse comme d'une *liberalitas*. C'est que, si les bénéficiaires avaient vite fait de faire de la générosité un devoir et de prendre le donateur au mot, ce dernier tenait à affirmer le caractère spontané de sa promesse"[39].

Lo studioso coglie, quindi, il dato testuale: la ricorrenza del sostantivo *liberalitas* – anche se, va detto, manca di 'rivestirlo' di 'concretezza', quantomeno attraverso esemplificazioni, e senza distinguere tra promesse *ob honorem* e promesse *non ob honorem* – solo che ritiene di poterlo 'annullare' nella sua rilevanza e nelle sue implicazioni di carattere interpretativo. La spiegazione che egli propone (peraltro, in termini del tutto apodittici) è, infatti, volta ad assumere il dato in parola quale 'manifestazione' della consapevole e dolosa attività di 'falsificazione' posta in essere

[39] P. Veyne, *Deux inscriptions de Vina*…, cit., p. 95.

dai *pollicitatores* al fine di dissimulare l'obbligatorietà (quantomeno morale se non anche giuridica) connotante il loro agire.

Per quanto la veste del tutto congetturale dell'assunto di Veyne esima, di per sé, da qualsiasi tentativo di confutazione (e ciò anche limitando ogni attenzione al dato epigrafico, il solo preso a riferimento dallo studioso; prescindendo, quindi, dalle indicazioni fornite da D. 50.12.9, rispetto alle quali non è dato ipotizzare falsificazione di sorta), è d'uopo rimarcare come ad inficiarlo vi sia uno dei caratteri distintivi della gran parte delle fonti epigrafiche, in particolare di quelle onorifiche e celebrative, quali, per l'appunto, sono quelle 'collegate' al '*rei publicae polliceri*': la (loro) destinazione pubblica.

Si tratta di testi che erano destinati a fare bella mostra di sé in luoghi visibili ai più, sottoposti alla lettura e al giudizio di tutta la comunità e, di conseguenza, ad un rigoroso controllo sociale, che derivava dal loro proporsi quale messaggio pubblico, rivolto, innanzitutto, ai contemporanei e, quindi, passibile d'immediata verifica. In ragione di ciò, essi dovevano essere non solo chiari ma anche fededegni; chiunque, infatti, avrebbe potuto riconoscere e denunciare pubblicamente le loro inesattezze ed imprecisioni e svelarne le falsità[40].

Stando così le cose, è facile immaginare che qualsiasi tentativo dei *pollicitatores* di distorcere la realtà non sarebbe, di certo, sfuggito all'attenzione e alla 'censura' della collettività, finendo così per risultare del tutto controproducente (eventualmente, anche in vista della partecipazione ad ulteriori 'campagne elettorali').

È, dunque, impensabile che costoro potessero spingersi a fornire una falsa rappresentazione del loro agire e, di riflesso, delle loro persone, facendo passare per generosamente elargito ciò che, in realtà, era dovuto, in quanto espressione di un vero e proprio obbligo (morale, se non anche giuridico).

---

[40] Così, *ex multis*, A. Sartori, *Parlano anche i sassi. Per un'interpretazione dell'Epigrafia latina*, Milano 2001, p. 6; S. Giorcelli Bersani, *Epigrafia e storia di Roma*, ristampa, Roma 2017, p. 24.

Keywords: evergetism, *pollicitatio ob honorem*, *liberalitas*, *munificentia*.

Abstract: The paper draws arguments logical-interpretative from some, specific textual indicators, derived from the examination of various inscriptions, as well as D. 50.12.9, in the perspective to critically discuss the thesis, supported by several Authors, second which, between II and the III^ century A.D., the pollicitationes ob honorem would have, progressively, seen to fail their original and distinctive feature of 'free' and 'spontaneous' manifestations, assuming moral, if not legal, character.

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Maria Luisa Biccari

Assegnista di ricerca in Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Urbino 'Carlo Bo'

Diritti fondamentali dell'uomo e diritto romano: tra valori di civiltà e *ius naturale*.

SOMMARIO: - 1. I diritti umani nell'esperienza giuridica romana attraverso il pensiero di Giuliano Crifò. - 2. I diritti umani nella prospettiva del *ius naturale*.

1. I diritti umani nell'esperienza giuridica romana attraverso il pensiero di Giuliano Crifò.

«… a me pare che l'analisi della realtà romana mostri già la giusta direzione di una dottrina dei diritti fondamentali. Quella realtà si rispecchia ad esempio nello *ius libertatis* di Sallustio e negli *iura libertatis* di Cicerone, nell'endiadi *ius et libertas*, nell'affermazione che la *libertas* deve essere preferita all'*amicitia*, e che insieme, si trova sullo stesso piano dei *bona necessaria*, come la vita e le relazioni familiari. Essa si rispecchia nella protezione di *pudor et verecundia* (Cic. *de fin*. 4.18), quella *verecundia* che è strettamente legata all'*amicitia*, nei valori della *dignitas* e dell'*existimatio*, così come al campo di applicazione ad esempio dell'*actio iniuriarum* o dell'*actio legis Aquiliae*. Si tratta di diritti di cui ogni cittadino può godere: *aequitas iuris id est libertas*»[1]. In queste

---

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

[1] La citazione è di G. Crifò, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Roma 1984, p. 315. Va subito detto che il tema della libertà è stato un terreno di indagine molto caro a Giuliano Crifò; si possono citare, per fare solo un esempio, le parole con cui Leo Peppe, alla Tavola Rotonda 2012 dell'Accademia Romanistica Costantiniana ("Una vita nell'università, una vita per l'università. Commemorazione scientifica di Giuliano Crifò") ricordava la vita scientifica di questo grande studioso: «… ritengo che il nòcciolo più interno, il cuore di tutta la vita scientifica di Crifò sia la coppia libertà/diritto in relazione alla persona umana: cioè la libertà dell'individuo esaminata e ricercata non solo e non tanto in termini politici, quanto bensì soprattutto nella sua dimensione specificatamente giuridica e storico-giuridica» (L. Peppe, *Giuliano Crifò giuspubblicista, ovvero la persona e la città*, in C. Lorenzi, M. Navarra (a cura di), *XII Quaderni di lavoro dell'Accademia Romanistica Costantiniana. Tavola Rotonda 2012. Spello, 27 e 28 giugno*, Napoli 2013, pp. 21 e ss.). Alla giornata di lavori della Costantiniana intervenivano, oltre a Leo Peppe, Sandro Angelo Fusco con la relazione "Giuliano Crifò e il diritto romano privato"; Giovanni Negri, "Giurisprudenza e retorica, fulcro della ricerca"; Francesco Petrillo, "Giuliano Crifò. La notazione scientifica su Emilio Betti per l'ermeneutica giuridica contemporanea"; Nicola Palazzolo, "Giuliano Crifò, docente di Storia". Ed ancora Giorgio Bonamente, Lietta De Salvo e Antonio Palazzo con "Crifò giurista storico"; tra gli studiosi stranieri,

parole sembra possa sintetizzarsi un aspetto della ricerca di Giuliano Crifò che percorre tutta la sua vicenda scientifica, dagli inizi, dedicato proprio alla riflessione sui diritti dell'uomo, caparbiamente ricercati ed indagati nella loro dimensione storico-giuridica già dall'esperienza romana.

È noto che un'attenzione concreta, filosofica e scientifica ai diritti umani, intesi come diritti da attribuire alla persona, e quindi da tutelare proprio perché connessi alla qualità di essere umano[2], prende corpo solo nel XVII-XVIII secolo quando la cultura illuministica da un lato, l'indipendenza americana e la rivoluzione francese dall'altro, portano alla realizzazione di quelle carte in cui per la prima volta si concedono e riconoscono all'uomo, per il solo fatto di essere tale, dei diritti: «Si tratta dei primi documenti con valore politico e giuridico – scrive Alessandra Facchi – che trasformano i diritti in diritti umani, cioè riconoscono ai diritti soggettivi una portata universale, attribuendone la titolarità all'uomo, senza specificazioni»[3]. Così la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776[4], con la quale ai cittadini, in funzione della loro felicità[5], si garantiscono la libertà mediante l'acquisto e il possesso della

---

nella sezione "Oltre il confine: ricordi dello studioso e dell'amico", Hans Ankum, Manuel J. García Garrido, Dieter Nörr, Jean-Michel Carrié, Shigeo Nishimura.

[2] In questa direzione potrebbe allora essere letta la definizione di diritti fondamentali proposta da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma 2001, p. 5, secondo cui tali sono quei diritti soggettivi di cui devono essere titolari tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone o di cittadini; precisando che deve intendersi «per "diritto soggettivo" qualunque aspettativa positiva (a prestazione) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per "*status*" la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio».

[3] A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna 2007, p. 48. Un'interessante raccolta delle carte e dichiarazioni storiche dei diritti, dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215 alla Costituzione dell'Impero Germanico del 1919, è quella redatta a cura di Mariani Marini e Vincenti a completamento del Codice dei diritti umani e fondamentali pubblicato dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura nel 2011. Vedi V. Mariani Marini, U. Vincenti (a cura di), *Le carte storiche dei diritti. Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative*, Pisa 2013.

[4] Secondo G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 615 e ss., la Dichiarazione della Virginia del 1776 e, più in generale, tutte le carte americane sono i primi documenti con valore politico e giuridico, che attribuiscono all'uomo, senza specificazione alcuna, la titolarità dei diritti soggettivi e in cui dunque si esprime «l'idea di una legislazione la cui forma logica è la proporzione universale che vale quale sia il soggetto».

[5] «Noi riteniamo che sono per sé stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la vita, la libertà, e la ricerca della felicità»: con queste parole la carta americana riconosce, in modo del tutto originale, il diritto alla

proprietà, la rappresentanza politica, l'*habeas corpus*, la libertà religiosa e la libertà di stampa. Così la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che sancisce l'eguaglianza nei diritti, l'eguaglianza di fronte alla legge, il principio di legalità, l'irretroattività della legge penale, la presunzione di innocenza, ed ancora la proprietà privata, la libertà personale e religiosa, la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni, il diritto alla sicurezza e il diritto di resistenza all'oppressione.

Non vi è dubbio che i diritti umani fondamentali abbiano trovato una delle loro esplicazioni più significative proprio grazie a queste Dichiarazioni[6].

Ma, pensando ad una storia dei diritti dell'uomo precedente rispetto a quella che in senso moderno avrebbe origine nel XVII-XVIII secolo, è possibile parlare di tali diritti anche in rapporto al mondo antico e in specie a quello romano?

Adalbert Polacek in un convegno dell'Accademia Romanistica Costantiniana del 1987, dedicato a 'I problemi della persona nella società e nel diritto del tardo Impero', esordisce proprio con la domanda: «conoscevano i Romani antichi regole o regolamenti che noi chiamiamo diritti dell'uomo?»[7]. Il sistema sociale romano – osserva in quella occasione lo studioso – prevedeva senza dubbio alcuni diritti

---

ricerca della felicità come un fine che lo Stato deve perseguire per il bene dei cittadini. Sul punto E.N. Cahan, *Madison and the Pursuit of Happiness*, in *New York University Law Review*, 27 (1952), pp. 265 e ss., parla di ricerca della felicità come «carattere saliente del costituzionalismo americano»; ma v. anche, più recente, A. Trampus, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Roma 2008; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma 2009; C.N. Conklin, *The origins of the Pursuit of Happiness*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 7 (2015), pp. 195 e ss.

[6] Merita richiamare la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, la Carta dei diritti fondamentali del 2000, il Trattato di Lisbona del 2009 e le numerosi altre convenzioni stipulate, sia a livello internazionale che europeo, proprio con il fine di promuovere l'affermazione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone (ne sono un esempio la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979, la Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989, o ancora la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori emigranti e dei membri delle loro famiglie del 1990 e la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze razziali del 1995, ecc.).

[7] A. Polacek, *Diritti dell'uomo nell'epoca costantiniana: cenno storico, sociologico e metodologico*, in *AARC, VIII, Convegno Internazionale, Spello-Perugia 29 sett. - 2 ott. 1987*, Perugia 1990, pp. 95 e ss. Importanti suggestioni si trovano già nei contributi dello studioso *Ius est ars aequi et boni (Randbemerkungen zum Mythos von der Funktion des Rechts)*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. II, Milano 1982, pp. 25 e ss. e *Human Rights. The secret Legacy of Antiquity*, in J. Roset Esteve (a cura di), *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. II, Madrid 1988, pp. 1009 e ss.

personali (individuali), quali *ius suffragii*, *ius honorum*, *ius connubii*, *ius commercii*, *ius sacrorum*, *auspiciorum et sacerdotium*, il diritto di asilo, ma in primo luogo, erano diritti di cui poteva godere solo quella ristretta cerchia di persone rappresentata dai *cives* liberi maggiorenni e, in secondo luogo, più che di diritti propriamente detti, si trattava di prerogative connesse allo *status libertatis* e *civitatis*. Infatti – spiega – «la *libertas* non era un diritto formale, ma bensì un fatto, una realtà, immediatamente connessa con la *civitas*»[8]. D'altro canto lo stesso studioso non ignora come quella società romana, in apparenza fortemente ancorata ad un certo dogmatismo legale, per dare risposta alle esigenze delle circostanze della quotidianità concreta avesse riconosciuto per esempio alla donna la possibilità di partecipare alla vita politica ed economica o, ancora, di ricoprire cariche e funzioni pubbliche[9]: altri diritti individuali, dunque, di cui titolari erano anche le donne. Proprio questa riflessione sul divario tra diritto formale e vita reale, tra diritti che formalmente spettavano solo ai *cives* liberi maggiorenni e diritti che nella realtà potevano essere riconosciuti anche alle donne e

---

[8] A. Polacek, *Diritti* …, cit., p. 99.

[9] Fra i tanti esempi che si potrebbero fare un caso emblematico è sicuramente quello di Ortensia, che con un abile discorso pronunciato nel 42 a.C. davanti ai triumviri Marco Antonio, Ottaviano e Marco Emilio Lepido, riuscì a far valere le ragioni delle donne contro una pesante tassazione che avrebbero dovuto subire per finanziare la guerra civile allora in atto. In tal senso F. Cenerini, *La donna romana: modelli e realtà*, Bologna 2009, p. 61 afferma che «le parole di Ortensia sembrano la più lucida descrizione della carta dei diritti e dei doveri delle donne romane, se mi si passa l'espressione, secondo l'ideologia tradizionale, che mi pare essere anche l'unica tramandata dalle fonti …». Ed è interessante a questo punto anche solo accennare come la necessità di proclamare diritti delle donne, meritevoli di specifica tutela, sia divenuta, in epoche più moderne, un obiettivo prioritario di numerose carte dei diritti: dalla Convenzione sui diritti politici delle donne (1952); alla Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (1967); alla CEDAW (1979); alla Dichiarazione contro la violenza sulle donne (1993); alla Carta europea per l'uguaglianza e la parità delle donne e degli uomini nella vita locale (2006); alla Carta europea per le donne (2010).

Sulla condizione giuridica della donna si veda, fra i tanti, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1981; L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984; e ancora E. Cantarella, *La vita delle donne*, in A. Momigliano, A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma, 4, Caratteri e morfologie*, Torino 1989, pp. 95 e ss.; Id., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996; nonché, più recenti, M.P. Baccari, *Alcune osservazioni sulla condizione della donna nel sistema giuridico romano*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di L. Labruna*, vol. I, Napoli 2007, pp. 253 e ss.; G. Rizzelli, *Représentations féminines, lieux communs et droit dans la Rome antique*, in D. Curtotti, C. Novi, G. Rizzelli (a cura di), *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto Femmes, civilisation et systèmes juridiques*, Milano 2007, pp. 59 e ss.; F. Mercogliano, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *Teoria e storia del Diritto Privato*, Rivista telematica (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), 4 (2011); P. Giunti, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index*, 60 (2012), pp. 342 e ss.

ai minorenni, porta il Polacek ad affermare che «anche i Romani crearono fatti, analoghi a quelli a cui i moderni diedero il nome collettivo di diritti dell'uomo. I Romani non sentivano la necessità di farlo. La loro concezione della vita viveva con le regole e le istituzioni sussistenti»[10].

Pure con le cautele derivanti dalla consapevolezza che nel mondo romano mancava un vero elenco dei diritti dell'uomo («Rome n'a jamais dressé de catalogue des droits. Elle s'est d'ailleur moins préoccupée de proclamer des droits que d'en assurer le respect»)[11], Jean Gaudemet ritiene comunque che già in Roma antica fossero presenti i diritti umani. In particolare, sulla scia di Cic. *de off.* 1.106-115 (e

---

[10] A. Polacek, *Diritti* …, cit., p. 101.

[11] J. Gaudement, *Des droits de l'Homme ont-ils été reconnus dans l'Empire Romain*?, in *Labeo*, 33 (1987), p. 22. Ma si vedano anche, con riguardo più generalmente alla categoria dei diritti dell'uomo nel mondo antico, i contributi dello stesso autore in *Des droits de l'Homme dans l'Antiquité*, in R. Feenstra *et alii* (a cura di), *Etudes dédiés à Hans Ankum*, vol. I, Amsterdam 1995, pp. 105 e ss.; *Le Monde antique e les droits de l'homme. Quelques observations*, in H. Jones (a cura di), *Le monde antique et les droits de l'Homme: actes de la 50e session de la société internationale Fernande de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquite, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, Bruxelles 1998, pp. 175 e ss.

In questo dibattito va senza dubbio menzionata l'opinione di Michel Villey, il quale nega il riconoscimento dei diritti dell'uomo in Roma antica sulla convinzione che tali diritti sono prodotti dell'età moderna, più precisamente della filosofia del XVII secolo, e pertanto non possono trovare alcun corrispondente nel mondo romano: M. Villey, *Note critique sur le droits de l'homme*, in N. Horn (a cura di), *Europäischen Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift H. Coing)*, vol. I, München 1982, pp. 691 e ss.; Id., *Le droit e les droits de l'homme*, Parigi 1983. Lo studioso prendendo in considerazione i frammenti giurisprudenziali di D. 1.1.1 (Ulp. 1 *inst.*), D. 1.1.10 (Ulp. 2 r*eg.*), D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*), D. 1.2.2 (Pom. *l. sing. Ench.*), D. 50.17.1 (Paul. 16 *ad Plaut.*), D. 50.17.202 (Iav. 11 *epis*t.), giunge ad argomentare che in Roma non si troverebbe nulla di somigliante ai moderni diritti dell'uomo, ovvero «à l'idée subjectiviste du droit liberté d'un sujet, ou commandement d'un pouvoir», *ivi*, p. 68.

Sulla questione dell'esistenza o meno dei diritti dell'uomo nell'ambito dell'esperienza romana v. anche G. Pugliese, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia 1992, pp. 19 e ss.; F.P. Casavola, *I Diritti Umani*, Padova 1997; V. Giuffrè, *Repressione criminale e garanzie del cittadino fra Repubblica e Principato*, in J. Paricio (a cura di), *Poder pòlitico en la Roma clásica*, Madrid 1999, pp. 40 e ss.; L. Labruna, *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in M.J. Schrmaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (a cura di), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln 2002, pp. 379 e ss.; L. Waelkens, *De Romeinse Oorsprong van de Fundamentele Rechten en Vrijheden*, in *TR*, 71 (2003), pp. 187 e ss.; F.P. Casavola, *Fondamento giuridico dei diritti dell'uomo*, in Id., *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, vol. II, Napoli 2004, pp. 77 e ss.; Id., *Eredità rivoluzionaria e fede cristiana: l'impegno per i diritti dell'uomo*, in Id., *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, vol. III, pp. 143 e ss.; Id., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: la lezione del passato*, *ivi*, pp. 345 e ss.; E. Stolfi, *Riflessioni attorno al problema dei diritti soggettivi fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi*, 55 (2006), pp. 120 e ss.; M. Bettini, *Diritti umani e mondo classico*, in M. Flores, T. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Torino 2007, pp. 402 e ss.; F. Mercogliano, *Trovare ovunque un minimo di legalità e di cultura… Diritti umani e fondamenti romanistici nell'Unione Europea*, in H. Altmeppen, I. Reichard, M. J. Schermaier (a cura di), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, pp. 775 e ss.; P. Giunti, *I diritti umani e il diritto romano: quali categorie per quali prospettive*, in S. Corrêa Fattori, R. Corrêa Lofrano, J.L. Nassif Magalhães Serretti (a cura di)*, Estudos em homenagem a Luiz Fabiano Correa*, San Paolo 2014, pp. 299 e ss.

della sua consapevolezza circa il valore universale della *dignitas* dell'uomo)[12], precisa come sul finire dell'età repubblicana, a seguito dell'influenza della filosofia greca e poi dell'apporto del Cristianesimo, si diffuse una nuova concezione dell'uomo: soggetto di diritto non era più il *civis romanus*, ma la persona in quanto tale. Così, preso atto dell'importanza che la *dignitas* riveste nel pensiero romano, il Gaudemet afferma l'imprescindibile riconoscimento di certi diritti, il rispetto anzitutto della vita, della libertà e della proprietà[13].

Nel contrasto di queste opinioni un posto di primo rilievo va senza dubbio attribuito a Giuliano Crifò. Era il 1956 quando Crifò discuteva la sua tesi di laurea, *Diritti della personalità e ordinamento giuridico romano*[14], e già allora indicava i concetti di libertà, uguaglianza e cittadinanza quali elementi rilevanti per verificare la presenza di tali diritti nell'esperienza romana.

Libertà, uguaglianza e cittadinanza sono i principi base su cui – come mette perfettamente in luce anche Leo Peppe nel suo *Giuliano Crifò giuspubblicista, ovvero la persona e la città*[15] – può fondarsi un discorso di diritti dell'uomo anche per il mondo romano. Ne sono subito corollario il sistema di sacralità e inviolabilità connesso con

---

[12] È interessante riportare in particolare quel passaggio del *De Officiis* in cui Cicerone utilizza espressamente il termine *dignitas* per indicare una qualità intrinseca di qualunque uomo: *Atque enim, si considerare volemus, quae sit in natura hominis excellentia et dignitas, intellegemus, quam sit turpe diffluere luxuria et delicate ac molliter vivere...*

Su tale dottrina ciceroniana si vedano in particolare A. Michel, *Philosophie grecque et liberté individuelle dans le De officiis de Cicéron*, in *La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma 14-17 aprile 1973)*, vol. I, Roma 1976, pp. 92 e ss. e, più recenti, U. Vincenti, *Diritti*…, cit., pp. 12 e ss.; M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari 2010; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il principio libertà nella cultura costituzionale europea*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti. Saggi e casi di studio*, Torino 2012, pp. 66 e ss.

[13] «On reconnaît sa dignité, ce qui implique le respect de sa personne, de sa liberté, de ce qui est nécessaire à sa vie matérielle, et aussi (bien qu'avec encore de graves réserves) de sa conscience», J. Gaudement, *Des droits* …, cit., 1987, p. 23.

[14] Il 15 novembre 1956 Giuliano Crifò si laurea *summa cum laude* con il prof. Emilio Betti, avendo come ulteriori relatori i professori Vincenzo Arangio-Ruiz e Pietro de Francisci. Sul lungo ed importante cammino scientifico di Crifò v. in particolare D. Nörr, *Giuliano Crifò*, in *Gnomon*, 83 (2011), pp. 765 e ss.; M. Navarra, *Giuliano Crifò e il compito del romanista*, in *LR*, 1 (2012), pp. 293 e ss.; S. Giglio (a cura di), *Giuliano Crifò: un ricordo*, in *SDHI*, 78 (2012), pp. 773 e ss.; C. Lorenzi, M. Navarra (a cura di), *XII Quaderni di lavoro*…, cit., *passim*; A.A. Cervati, *Giuliano Crifò, il diritto romano e la cultura giuridica del nostro tempo*, in *RISG*, 5 (2014), pp. 150 e ss. e, recentissimo, L. Di Paola Lo Castro (a cura di), *Omaggio a Giuliano Crifò. A proposito del carteggio Betti-La Pira. Atti dell'Incontro di Studio (Messina, 13 novembre 2015)*, Firenze 2016.

[15] Cfr. L. Peppe, *Giuliano Crifò*…, cit., pp. 21 e ss.

l'istituto del tribunato della plebe[16], il diritto all'osservanza delle leggi vigenti, il diritto alla tutela giurisdizionale[17], il diritto alla *provocatio ad populum* che limitando i poteri coercitivi del magistrato attribuiva al cittadino una precisa garanzia della propria libertà personale contro gli eccessi della *coercitio* magistratuale e le decisioni giudiziarie in generale[18]. Quantunque sul punto vada segnalato che secondo lettura che dell'istituto ha offerto il Pugliese, l'idea di *provocatio ad populum* quale «garanzia di inviolabilità dell'individuo», ovvero «diritto ad un giusto processo» di fatto si perderebbe in quella che è la sua vera natura di privilegio dei soli cittadini romani[19].

Crifò riesce a superare pure la contraddittoria fondamentale divisione della società romana fra liberi e schiavi e fra cittadini e non cittadini, affermando che a Roma esisteva il concetto di una libertà individuale a fronte dello Stato; e per sostenere ciò si sofferma ad analizzare l'uomo come 'persona' dal punto di vista delle sue relazioni giuridiche con gli altri individui, dei suoi legami sociali con l'ordinamento di appartenenza. Dunque, un tema molto delicato che appare chiaramente negli scritti *Su alcuni aspetti della libertà in Roma* (1958), *Libertà e*

---

[16] Come Crifò sosteneva nella tesi di laurea e come confermava in v. *Asilo (diritto di). Premessa storica, diritti antichi*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, p. 194 (ora in *Libertà e uguaglianza*…, cit., p. 78), dove spiegava come istituzioni quali il tribunato della plebe in particolare, soddisfacessero appieno l'esigenza fondamentale «di ovviare all'insicurezza e all'incertezza del diritto»; v. pure Id., *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, in *Diritto romano attuale*, 12 (2004), p. 155; Id., *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna 2005, pp. 60 e ss.

[17] Sicuramente G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 155; ma importanti suggestioni in argomento si trovano anche in M. Pani, *Il costituzionalismo* …, cit., pp. 70 e ss.

[18] Ampia discussione in G. Crifò, *Alcune osservazioni in tema di provocatio ad populum*, in *SDHI*, 29 (1963), pp. 288 e ss. (ora in *Libertà e uguaglianza*…, cit., pp. 125 e ss.) e, dello stesso autore, *Il processo criminale presillano*, in *Labeo*, 10 (1964), pp. 90 e ss.

[19] G. Pugliese, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Napoli 1985, pp. 605 e ss. e, dello stesso autore, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in F. Carpi, C. Giovannucci Orlandi (a cura di), *Judicial protection of Human rights at the National and International Level. International Congress on procedural law for the ninth century of the University of Bologna (September, 22-24 1988)*, Milano 1991, pp. 66 e ss. Interessanti considerazioni sul punto si possono leggere in L. Garofalo, *In tema di provocatio ad populum (a proposito di un recente saggio)*, in *SDHI*, 53 (1987), pp. 355 e ss. e, più recente, P. Cerami, *Diritto al processo e diritto ad un giusto processo: radici romane di una problematica attuale*, in L. Vacca (a cura di) *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, Padova 2008, pp. 33 e ss. (con ulteriore bibliografia).

uguaglianza in Roma antica (1984) o ancora *Normazione e libertà: il rapporto tra legislazione altorepubblicana e identità civica* (1990)[20].

Non meraviglia quindi il forte interesse che lo studioso mostra per il cittadino inteso come uomo e, perciò, soggetto titolare di diritti: se è infatti nel rapporto con la comunità politico-sociale cui appartiene che l'individuo viene considerato persona, questo rapporto denota chiaramente la posizione giuridica del *civis*[21]. Ne deriva che i suoi diritti, in primo luogo i diritti di libertà, trovano la loro legittimazione entro il concetto della cittadinanza[22].

---

[20] Cfr. G. Crifò, *Su alcuni aspetti della libertà in Roma*, in *AG*, 154 (1958), pp. 3 e ss. e, dello stesso autore, *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIRD*, 64 (1961), pp. 33 e ss. (ora in *Libertà e uguaglianza* …, cit., pp. 269 e ss.); *Remarques sur les problèmes de l'égalité et de la liberté à Rome*, in *Ktema*, 6 (1981), pp. 193 e ss.; *Rapports entre l'égalité et la liberté dans le monde ancien et particulièrement dans la Rome républicaine*, in *L'égalité*, 8 (1982), pp. 414 e ss.; *Cristianesimo, diritto romano e diritti della personalità: una rilettura*, in F. Biffi (a cura di), *I diritti fondamentali della persona e la libertà religiosa. Atti del V Colloquio giuridico (8-10 marzo 1984)*, Roma 1985, pp. 331 e ss.; *Normazione e libertà. Il rapporto tra legislazione altorepubblicana ed identità civica*, in W. Eder, C. Ampolo (a cura di), *Staat und Staatlichkeit in Der Frühen Römischen Republik*, Stuttgart 1990, pp. 344 e ss.

[21] Cfr. G. Crifò, v. *Cittadinanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, p. 128 dove scrive come la cittadinanza, fin dall'origine della storia di Roma, appaia sostanzialmente come «il rapporto mediante il quale l'individuo, riconosciuto soggetto di diritto, è legato alla comunità politico-sociale che esprime l'ordine giuridico nel quale appunto l'individuo è considerato soggetto». Sul tema della cittadinanza, connesso ai valori di libertà ed uguaglianza, Crifò torna in altri lavori successivi, quali *Lezioni* …, cit., pp. 109 e ss.; *Dignità del cittadino ovvero «le stesse cose ritornano»*, in *Diritto Romano Attuale*, 3 (2000), pp. 7 e ss.; *Sul nesso libertà-cittadinanza*, in J. Sondel, J. Reszcynsky, P. Scislicki (a cura di), *Roman Law as Formative of Modern Legal System*, vol. I, Krokow 2003, pp. 71 e ss. Su tutto si veda anche A. Muroni, *Sull'origine della libertas in Roma antica: storiografia annalistica ed elaborazioni giurisprudenziali*, in *Diritto@Storia*, Rivista telematica (www.dirittoestoria.it), 2013, n. 11, cui si rinvia tra l'altro per la vasta bibliografia che offre in argomento.

[22] Il tema della cittadinanza romana ha da sempre trovato un ampio sviluppo in dottrina. Basti solo citare, per dar conto della portata scientifica dell'argomento, i contributi di T. Spagnuolo Vigorita, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma, 3.1, L'età tardoantica*, Torino 1993, pp. 5 e ss.; Id., *Città e Impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero romano*, Napoli 1996; G. Luraschi, *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della Repubblica*, in *SDHI*, 61 (1995), pp. 17 e ss.; M.P. Baccari, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996; L. Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della civitas Romana*, Roma 2000; G. Mancini, *Cittadinanza e Status negli antichi e nei moderni*, Pescara 2000; G. Giliberti, *Cosmopolis. Politica e diritto nella tradizione cinico-stoica*, Pesaro 2002; L. Gagliardi, *Mobilità ed integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici, 1, La classificazione degli incolae*, Milano 2006; V. Marotta, *Cittadinanza imperiale romana e britannica: le riflessioni di James Bryce*, in *Quaderni fiorentini*, 35 (2006), pp. 403 e ss.; Id., *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino 2009; M. Humbert, *Le status civitatis. Identité et identification du civis Romanus*, in A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, pp. 139 e ss.; F. Lamberti, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in B. Periñán Gomez (a cura di), *Derecho, Persona y Ciudadania. Una experiencia jurídica comparada*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires 2010, pp. 17 e ss.; Id., *Civitas Romana e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato*, in *Index*, 39 (2011), pp. 234 e ss.; S. Barbati, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi*, in *Rivista di diritto romano*, Rivista telematica (www.ledonline.it), 2012, n. 12.

Ma anche la basilare contrapposizione fra cittadino e non cittadino è poi facilmente superabile nella pratica, innanzi tutto con la previsione di forme di cittadinanza che potremmo dire 'attenuata', qual è il riconoscimento del *ius Latii*[23], con la definizione minuziosa di ipotesi di acquisizione della cittadinanza a seguito di matrimonio misto romani-latini[24], e poi con la concessione, talora per collettività, talora individualmente, del *ius commercii* e del *ius migrandi*, quest'ultimo in particolare in forza della sua valenza politica[25].

Tutto questo – tiene a precisare Crifò in quel contributo che reca il titolo significativo di *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno* (2000) – si spiega tenendo ben presente il fatto che l'ordinamento romano, lungi dall'essere fonte di discriminazioni ed ineguaglianze, dispone concretamente di «strumenti capaci di realizzare la libertà individuale e di garantire come valori di fondo il principio di autonomia e il rispetto della vita»[26].

Ai valori di libertà, uguaglianza e cittadinanza, Crifò aggiungeva, come caratterizzante l'esperienza giuridica romana[27], il diritto di asilo, che interpretava come l'espressione di uno specifico bisogno sociale dell'individuo ad ottenere protezione ed in cui faceva rientrare il *ius exilii* e il principio di inviolabilità della casa,

---

[23] Un'analisi delle forme – si potrebbe dire – 'costituzionali' dell'espansione romana, connessa alla questione del riconoscimento di taluni diritti tipici del *civis romanus*, può farsi, oltre che sulla base dei riferimenti bibliografici di cui alla nt. precedente, anche attraverso i contributi di F. De Visscher, *Ius Quiritum, civitas Romana et nationalité moderne*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1955, pp. 239 e ss.; G. Luraschi, *Sulle leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in *SDHI*, 44 (1978), pp. 321 e ss.; Id., *Foedus ius Latii civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Pavia 1979; H. Galsterer, *La trasformazione delle antiche colonie latine e il nuovo ius Latii*, in A. Calbi, G. Susini (a cura di), *Pro popolo Ariminese*, Faenza 1995, pp. 79 e ss.; G. Mancini, *Cives Romani municipes Latini*, Milano 1997; D. Kremer, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, Paris 2006; E. Bianchi, *Gai. 3.56. Alcune riflessioni in tema di ius Latii e delle fictiones legis Iuniae Norbanae,* in *RGDR*, 18 (2012), pp. 1 e ss.

[24] Sulla questione sicuramente G. Crifò*, Per una prospettiva*…, cit., p. 155, con interessanti spunti già in v. *Cittadinanza*…, cit., pp. 130 e ss. La tematica dei matrimoni misti romani-latini è molto complessa ed ampia, in virtù delle importanti conseguenze che ne derivano sia nei rapporti 'interni' della famiglia, sia per quanto riguarda la posizione giuridica, connessa dunque al riconoscimento di taluni diritti, in capo alle parti medesime.

[25] Cfr. la letteratura in G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., pp. 155, in specie 174, nt. 68.

[26] Così G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*[1], Roma 2000, pp. 82 e ss.

[27] Per l'elenco degli aspetti considerati da Crifò rilevanti quanto alla presenza dei diritti dell'uomo nell'esperienza romana, si veda ancora G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 155.

considerati entrambi strumenti capaci di garantire il rispetto della libera determinazione del singolo. In effetti – egli scrive – «queste ed altre considerazioni impongono, a nostro sommesso avviso, di considerare *il ius exilii* un vero e proprio diritto della personalità per il cittadino romano, espressione concretamente realizzata e tutelata del diritto all'esistenza fisica». Tanto che si qualificava come *improbe factum* il comportamento del magistrato che avesse impedito al cittadino di esercitare il diritto di asilo, così come garantitogli dall'ordine giuridico[28].

Tra gli aspetti valutati come indizi di una qual sorta di riconoscimento dei diritti umani nel mondo antico va considerato anche un istituto prettamente privatistico (nella concezione romana) qual è l'*actio iniuriarum*, che mirando a tutelare situazioni particolari quali l'onore, la reputazione, il pudore, rafforzava il valore della persona e della sua personalità.

Gisella Bassanelli Sommariva, nel tracciare la linea di una corrispondenza tra il concetto di *iniuria* e la difesa della persona, ricorda i testi riuniti nel titolo 11.30 del codice teodosiano, *de appellationibus et poenis earum et consultationibus*, in cui il termine *iniuria* è particolarmente utilizzato ad intendere il comportamento prevaricante e lesivo dei funzionari imperiali nei confronti dei cittadini. E da queste osservazioni conclude che sarebbe nata proprio «nel mondo romano, e nella cultura giuridica occidentale l'esigenza di una tutela giurisdizionale dei diritti dell'individuo nei confronti del potere statuale»[29].

---

[28] G. Crifò, v. *Asilo*…, cit., p. 196 (ora in Id., *Libertà e uguaglianza*…, cit., p. 82). Contributi importanti in tema di inviolabilità della casa e *ius exilii* provengono anche dalle indagini svolte dallo stesso studioso in *Ricerche sull'exilium nel periodo repubblicano*, Milano 1961; *Ricerche sull'exilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. II, Milano 1962, pp. 229 e ss.; v. *Esilio (parte storica)*, in *Enc dir.*, vol. XV, 1966, pp. 712 e ss.; *L'esclusione dalla città: altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985; *Esempi di esclusione e rifiuto in Roma antica*, in S. Bertelli, P. Clemente (a cura di), *Tracce dei vinti*, Firenze 1994, pp. 125 e ss.; *Esilio e cittadinanza*, in *Parolechiave*, 41 (2009), pp. 15 e ss.

[29] G. Bassanelli Sommariva, *L'iniuria nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, in *AARC*…, cit., p. 660. L'occasione è il convegno della Costantiniana su *I problemi della persona nella società e nel diritto del tardo Impero*, in cui la studiosa interviene con un contributo dal titolo *L'iniuria nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, ripromettendosi proprio di dar conto di come l'*actio iniuriarum* potesse rappresentare uno dei temi migliori per verificare l'esistenza e l'intensità della tutela dei diritti individuali nell'età postclassica. Dal commento del titolo

Ma non vanno trascurate certamente, in una riflessione sui valori portanti della civiltà antica, anche altre situazioni quali la libertà di parola, di culto e di opinione che può essere documentata, per esempio, dal discorso di Valerio Massimo su *libere dicta aut facta*[30], il diritto alla vita e al suicidio, come può argomentarsi da D. 15.1.9.7 (Ulp. 29 *ad ed.*), D. 28.3.6.7 (Ulp. 10 *ad Sab.*), D. 48.21.3.4-5 (Marc. l.s. *de del.*)[31], il diritto al pudore ben palese nell'individuazione di certe forme di *iniuria* che si consolidano nel tempo[32], la libertà di soggiorno connessa in un certo senso al *ius*

---

quarto del quinto libro delle *Pauli Sententiae*, in cui si tratta per l'appunto di *iniuria*, la studiosa riesce a mettere in luce come nel periodo storico considerato, IV e V sec., l'attività dei giuristi e degli imperatori relativamente all'*iniuria* fosse finalizzata a tutelare in via primaria il bene pubblico, la comunità, a discapito dunque dell'interesse individuale e concreto della persona a vedere punita l'offesa subita: «pare cioè che in questo periodo la tutela della persona, in particolare dell'onore e della dignità dell'individuo, decada a pura eventualità, ritenuta necessaria solo quando concorrano interessi pubblici più direttamente tutelati».

Anche J. Gaudement, *Des droits*…, cit., pp. 7 e ss., sottolinea la rilevanza dell'*actio iniuriarum* quale pilastro della riflessioni sui diritti dell'uomo in Roma, per precisare che in età classica l'ambito di applicazione di tale azione si era esteso al punto da renderla in grado di proteggere l'individuo «contre toute atteinte à sa personne, qu'il s'agissed'atteintes corporelles ou même de la violation de son domicilie», e dunque non solo dagli attacchi alla sua persona ma anche dalla violazione del suo domicilio.

Individua nel sistema di tutela dell'*iniuria* un dato fondamentale per affermare l'esistenza di diritti umani nel mondo antico H. Jones, *L'honneur blessé d'Aulus Agerius. Problématique et résponse jurisprudentielles*, in Id., *Le Monde antique*…, cit., pp. 245 e ss., il quale mette in evidenza come nel pensiero romano (studiato attraverso giuristi quali Labeone, Paolo, Ulpiano) la ratio dell'*actio iniuriarum* fosse sostanzialmente riconducibile al mantenimento della pace sociale e dell'ordine stabilito e, dunque agli antipodi di una vera e propria protezione della personalità: «lorsqu'une société érige l'honneur en rempart de l'ordre établi, il n'appartient pas à l'individu, mais au groupe, de déterminer les atteintes intolérables qui lui seraient portées. C'est cela qu'à Rome, le préteur d'abord, le jurisconsulte ensuite ont tenté de traduir dans leur oeuvre. Nous sommes, de la sorte, aux antipodes d'une protection de la personnalité, et bien éloignés de la protection d'un statut si prestigieux soit-il», *ivi*, p. 268. In tal senso già G. Crifò, v. *Diffamazione e ingiuria (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1963, p. 470, scriveva che «si può cogliere nella storia della disciplina prevista in questa materia, uno dei più sicuri dati relativi al riconoscimento della personalità individuale in Roma». E proseguiva specificando come ciò fosse dovuto al «sentimento della dignità personale» e, con esso, al «convincimento che l'ordine giuridico fosse massimamente destinato a difendere la roccaforte della personalità nell'orbita della civile convivenza contro attentati antisociali che ne impedissero le molteplici esplicazioni».

[30] Val. Max. *Factorum et Dictorum memorabilium libri* 6.2 *praef.*: *Libertatem autem vehementis spiritus dictis pariter ac factis testatam, ut non invitaverim; ita ultra venientem non excluserim. Quae inter virtutem vitiumque posita, si salubri modo se temperaverit, laudem: si quo non debuit, profuderit, reprehensionem meretur. Atque vulgi sic auribus gratior, quam sapientissimi cuiusque animo probabilior est, utpote frequentius aliena venia, quam sua providentia tuta. Sed quia humanae vitae partes persequi propositum est, nostra fide propria aestimatione referatur*. Cfr. G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 155 e in part. 174, nt. 70. Per gli sviluppi che seguono vedi già *Su alcuni aspetti*…, cit., pp. 49 e ss.; *Libertà e uguaglianza*…, cit., p. 52, nt. 80, e bibliografia ivi richiamata. Ma per quanto riguarda la libertà di parola in particolare, interessante la riflessione di P. Vassart, *L'Apologie d'Apulée, témoignage des droits de la défense sous le Principat*, in *Le monde antique*…, cit., pp. 376 e ss., il quale mette in relazione l'eloquenza forense con il diritto di parola, per evidenziare come il carattere di centralità riconosciuto all'oratoria si traduca in una maggior libertà di parola.

[31] Si consideri ancora quanto scritto da G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 155, e note *ivi loc. cit.*

[32] Che il delitto di *iniuria*, con il tempo, abbia esteso il suo ambito di applicazione anche alle lesioni arrecate all'onore e al decoro della persona è testimoniato dai cosiddetti editti speciali *De iniuriis* che

migrandi[33], il *ius connubii*, pur faticosamente conquistato dopo la lotta fra patrizi e plebei[34].

Costante in Crifò è la consapevolezza che per l'ordinamento romano si tratta di diritti che non sono espressamente disciplinati; ma non per questo, per il solo fatto che non sono qualificati come veri diritti, ne deve essere negata l'esistenza: «Del resto, non è forse un pregiudizio, dal quale occorre uscire, quello che se nominiamo qualcosa, qualcosa debba esistere (ad ogni parola (dovrebbe) corrispondere un referente nel mondo) – per cui, aggiungo io, se manca la parola mancherebbe anche la cosa?»[35].

E allora, sostenere che nel mondo romano esistevano i diritti dell'uomo non significa affatto prevaricare la realtà perché, altrimenti, «come spiegare i diritti di negoziare e contrattare attribuiti in Roma antica a tutti i soggetti liberi ed emancipati … se non qualificandoli come diritti civili? o i diritti di voto per l'elezione delle magistrature e l'approvazione di *leges* e *plebiscita* … se non caratterizzandoli come diritti politici? o molte delle immunità e garanzie del corretto processo, che proprio a Roma e ancor prima in Grecia furono inventate, se non configurandole allora come oggi, quali diritti di libertà? Ovviamente questi diritti non avevano allora la centralità politica che assumeranno nell'età moderna, con la loro fondazione su basi puramente individualistiche e con la configurazione come fini rispetto ai quali il

---

contemplano, singolarmente, diverse offese: *De convicio; De adtemptata pudicitia; Ne quid infamandi causa fiat; De iniuriis quae servis fiunt; De noxali iniuriarum actione; Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur; De contrario iniuriarum iudicio*.

[33] Sul tema, ultimamente, O. Licandro, *Domicilium habere: persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, pp. 45 e ss. V. inoltre, tra i tanti, i contributi di C. Castello, *Il cosiddetto ius migrandi dei Latini a Roma. Ricerche in tema di concessione e accertamento degli status civitatis et familiae dal 338 al 95 av. C.*, in *BIDR*, 61-62 (1958), pp. 209 e ss.; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*[2], vol. II, Napoli 1973, pp. 75 e ss.; F. Sturm, *Conubium, ius migrandi, conventio in manum*, in R. Ganghofer (a cura di), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours. Actes des journées internationales d'histoire du droit*, Strasbourg 1992, pp. 717 e ss.

[34] Su cui G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 155 e in particolare, per i riferimenti bibliografici, p. 176, nt. 76-77. Una panoramica sulla complessa vicenda relativa al *ius connubii* tra patrizi e plebei è offerta da C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, vol. II, Roma 2005, pp. 405 e ss., cui si rinvia per l'ampia e dettagliata rassegna bibliografica in argomento.

[35] G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 161.

diritto e lo Stato sono strumenti. E tuttavia esistevano e una teoria generale del diritto non può non darne conto»[36].

2. I diritti umani nella prospettiva del *ius naturale*.

La riflessione condotta da Giuliano Crifò mostra l'effettiva esistenza di una tensione verso i diritti umani già in epoca romana, nella consapevolezza che è l'individuo il punto di riferimento principale nell'elaborazione del diritto, individuo che – dice Crifò – è dotato per natura di una libertà di fatto, di una *naturalis libertas*[37].

In tal senso, e nella precisazione del ruolo che anche il diritto naturale avrebbe da sempre rivestito nel processo di affermazione dei diritti fondamentali, Tony Honoré propone Ulpiano come precursore della teoria dei diritti umani («pioniere dei diritti umani» è per l'esattezza l'espressione utilizzata dallo studioso inglese)[38].

---

[36] *Ivi*, pp. 168 e ss.

[37] G. Crifò, *La libertà prima del diritto naturale*, in Id. (a cura di), *Ritorno al diritto: i valori della coscienza. Per un rinascimento dello studio giuridico*, vol. I, Milano 2005, pp. 111 e ss.

[38] T. Honorè, *Ulpian. Pioneer of human rights*, New York 2002, pp. 76 e ss., afferma che «Ulpian is the first lawyer who can, given the scale of his work and its influence, properly count as the pioneer of the human rights movement». V. anche, in particolare, Id., *Les droits de l'homme chez Ulpien*, in H. Jones (a cura di), *Le monde antique*…, cit., pp. 235 e ss. e R.A. Bauman, *Human rights in Ancient Rome*, Londra 2000. Un giudizio positivo sugli scritti di Ulpiano e dei giuristi d'età severiana, si legge già in N. Lewis, *The humane legislation of Septimius Severus*, in *Historia*, 45 (1966), pp. 104 e ss., il quale ricorda come la legislazione dei Severi sia stata più che mai una 'humane legislation', che ha particolarmente inciso «in the area of what we today call human rights».

Dell'avviso che il rapporto tra diritto naturale e diritti umani non possa essere compiutamente indagato attraverso l'esperienza romana, in cui la dimensione del *ius naturale* sarebbe del tutto residuale, M. Talamanca, *L'antichità e i diritti dell'uomo*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Atti dei Convegni Lincei*, 174, Roma 2001, pp. 41 e ss.; A. Schiavone, *Ius. Invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005; G. Giliberti, *Omnia una libertas. Alle origini dell'idea di diritti umani*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, vol. II, Napoli 2006, pp. 1889 e ss.; E. Stolfi, *La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia politica*, 11.3 (2007), pp. 379 e ss.; V. Marotta, *Iustitia, vera philosofia e natura: una nota sulle institutiones di Ulpiano*, in D. Mantovani, A. Schiavone (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 563 e ss.; G. Purpura, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *Annali Palermo*, 53 (2009), pp. 296 e ss.; L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, 2, Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010, pp. 15 e ss.; M. Pani, *Il costituzionalismo*…, cit., pp. 75 e ss.; G. Giliberti, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino 2012, pp. 50 e ss.; L. Garofalo, *L'humanitas tra diritto romano e totalitarismo hitleriano*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino 2015, pp. 39 e ss., in specie 43-44.

Nella trattazione del giurista severiano circa il problema della schiavitù e della manomissione[39], Honoré vede per la prima volta percorsi i principi di libertà, uguaglianza e dignità, che sono ancor oggi alla base della concezione dei diritti dell'uomo.

La manomissione, dice Ulpiano, è stata introdotta dal *ius gentium* e, così come la stessa schiavitù, è estranea al *ius naturale*[40], perché *iure naturali omnes liberi nascerentur*. In effetti – tiene a precisare ancora il giurista – per diritto naturale tutti nascono liberi ed uguali (D. 1.1.4, Ulp. 1 *inst.*: … *Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi*)[41]. Come spiegare allora le varie diseguaglianze, già implicite – e lo illustra il testo ulpianeo – nel fatto che alcuni sono liberi ed altri schiavi e pertanto devono ricorrere alla *manumissio* per conseguire lo *status libertatis*?

Un'ampia discussione nel merito venne aperta da Mario Talamanca, il quale, riflettendo su 'valori cardine' quali l'*humanitas* e l'*aequitas*, sottolineava come non si dovesse equivocare «fra il problema della *humanitas* e quello dei "human rights", fra

---

[39] I testi che Honorè prende in considerazione sono D. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*), D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *inst.*), D. 1.5.4.1 (Flor. 9 *inst.*), D. 12.6.64 (Tryph. 7 *disp.*), D. 40.11.2 (Marc. 1 *inst.*), D. 50.17.32 (Ulp. 43 *ad. Sab*).

[40] D. 1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*. La definizione di *ius naturale* proposta da Ulpiano, quale diritto comune a tutti gli esseri viventi, popoli e specie animali, è stata criticata da quanti ne contestano la stessa rilevanza giuridica. Fra questi, V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli 1985, pp. 28 e ss., il quale scrive che «nel passo che dovrebbe essere fondamentale (D. 1,1,1 § 3), il *ius naturale* è considerato come parte del sistema giuridico vigente, una parte che dovrebbe rimanere dopo eliminate così le norme proprie di ciascuna *civitas* (*ius civile*) come quelle comuni a tutti i popoli (*ius gentium*): per trovare un tal residuo, si è dovuto ricorrere all'assurdo di una comunanza di diritti fra uomini e bestie». Significative anche le parole di M. Talamanca, *Status civitatis ed ordinamento giuridico*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], Milano 1989, p. 512, che afferma: «per trovare spazio per il *ius naturale*, Ulpiano lo deve riferire a quegli istituti che sono comuni a tutti gli animali (*quod natura omnia animalia docuit*): l'unione, stabile, fra individui di sesso diverso, la procreazione e l'educazione della prole, istituti che rilevano, presso gli animali, più dell'etologia che del diritto».

[41] Su cui anche, sempre del giurista Ulpiano, il passo di D. 50.17.32: *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*.

l'aspetto di un tipo di diritti – di cui, anche nel presente, sono soggette a discussione ed a cautela l'individuazione e le modalità in cui, nella loro effettività, essi si presentano nella concreta fenomenologia giuridica – e quello dei valori che li sottendono, e che possono assumere anche altri modi di evidenziarsi in diversi contesti storici in cui l'operatività non ne è necessariamente correlata all'esistenza di "diritti dell'uomo" come li intendiamo noi moderni»: valori che «nel mondo antico si possono riconnettere alla terminologia di *humanitas*»[42]. La critica del Talamanca è chiara: la questione dei diritti umani nel mondo antico non può essere affrontata attraverso la 'lente' dell'*humanitas*, perché ciò significherebbe ridurre la stessa storia dei diritti dell'uomo a dei semplici valori. Di seguito, Umberto Vincenti ha precisato come la nozione romana di *humanitas* presenti un significato diverso rispetto a quello contemporaneo, «che la connette direttamente ai diritti qualificati, appunto, come umani e, in quanto tali, universali», per giungere così, analizzando talune testimonianze di Aulo Gellio, *not. at.* 13.17.1, di Cicerone, *Att.* 1.12.4, *de off.* 1.16.50-52, 1.17.58 e di Terenzio, *Heaut.* 77, alla conclusione che la dimensione della *humanitas* dei Romani, «espressione di un certo stile morale di tipo intellettualistica, non poteva certo introdurre, come pure si è sostenuto, alla parità dei diritti»[43].

---

[42] M. Talamanca, *L'antichità*…, cit., pp. 50 e ss. Interessanti riflessioni sull'*humanitas*, collegate alla questione del riconoscimento dei diritti umani, oltre che nel sempre fondamentale F. Schulz, *I principi del diritto romano*, trad. it. a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze 1946, pp. 164 e ss., anche in A. Palma, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992; G. Crifò, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, pp. 79 e ss.; H. Kupiszewski, *Humanitas et le droit romain*, in Id. (a cura di), *Scritti minori*, Napoli 2000, pp. 89 e ss.; R.A. Bauman, *Human rights*…, cit., pp. 20 e ss.; L. Garofalo, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in Id., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, pp. 4 e ss.; M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008, pp. 19 e ss.

Di rilievo l'opinione di L. Labruna, *Diritti dell'uomo*…, cit., pp. 379 e ss., il quale ritiene che a segnare la strada per l'attuazione dei diritti umani – «il vero diritto» utilizzando un'espressione dello studioso – sia stata appunto l'*humanitas* (si vedano anche, dello stesso autore, *Principii giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto tra Europa e America Latina*, in *Labeo*, 50 (2004), pp. 13 e ss.; *Entre Europe y América Latina: principios jurídicos, tradicíon romanistica y humanitas del derecho*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), *Trent'anni di Index*, Napoli 2007, pp. 39 e ss.; *Diritti umani e umanità del diritto. Percorsi di una ricerca*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, pp. 425 e ss., in specie 434 e ss.).

[43] U. Vincenti, *Diritti*…, cit., pp. 60 e ss.

E da queste considerazione ben si comprende anche l'asprezza dei toni che il Talamanca utilizza per commentare il pensiero di Ulpiano, negando categoricamente il riconoscimento di diritti naturali fondamentali per la ragione che quella libertà ed uguaglianza che il giurista severiano attribuiva a tutti gli uomini, non poteva essere nella concreta realtà dei fatti superiore né al *ius gentium* né al *ius civile*: «l'esistenza della schiavitù sul piano dell'ordinamento giuridico impediva, per tutto lo svolgersi del mondo antico, di riconoscere oggettivamente l'esistenza a qualsiasi livello, di diritti dell'uomo, vale a dire riconosciuti alla persona umana in quanto tale, proprio perché gli schiavi, in quanto sprovvisti – per adoperare la terminologia moderna – di personalità giuridica non possono essere considerati titolari di diritti»[44].

---

[44] M. Talamanca, *L'antichità*…, cit., pp. 41 e ss. Numerosi sono tra l'altro i testi che secondo il Talamanca proverebbero l'idea, di cui appunto la schiavitù sarebbe la premessa, dell'inesistenza dei diritti dell'uomo nell'antichità: Gai. 1.1, 2.67-69; I. 1.2.11-12, 2.1.11-19, 3.1, 3.1.11, 5 pr.; D. 1.1.1.2-4, 1.1.2-6, 1.1.11, 1.5.4 pr.-1, 1.5.24, 1.8.3, 4.5.8, 9.2.50, 11.7.4, 12.6.64, 15.1.9.7, 15.1.41, 16.3.31 pr., 38.6.1.6, 38.8.1.4, 41.1.1 pr., 41.1.3 pr., 41.1.5 pr., 41.1.5.7, 41.1.6, 41.1.44, 41.1.55, 41.2.3.14, 50.17.31, ecc.

Ora. Che la schiavitù, intesa come privazione dei diritti dell'uomo, si sia manifestata in maniera particolarmente forte nel mondo romano è fuori discussione; ma la schiavitù quale massima negazione di quell'ideale di libertà che ha caratterizzato l'interna evoluzione storica dei diritti umani, purtroppo, ancor oggi interessa il panorama mondiale. Proprio nella realizzazione di tale libertà si inserisce l'impegno dello Stato di perseguire tutte le forme di sfruttamento dell'uomo (basti pensare alle c.d. nuove forme di riduzione in schiavitù, come l'impiego dei minori nell'esercito o al commercio illegale di organi per trapianti, o ancora alla schiavitù di debito o alle pratiche di abuso sessuale verso le donne e i bambini) che si traducono nella perdita dei valori su cui si basa l'essenza stessa dell'essere uomo.

Già nel Congresso di Vienna del 1815, si rinviene l'affermazione solenne della contrarietà al diritto delle genti ed alla moralità internazionale della tratta degli schiavi, cui seguì, rispettivamente nel 1841 e nel 1890, l'adozione di due importarti accordi internazionali in materia di schiavitù: il Trattato di Londra sull'eliminazione del commercio di schiavi dall'Africa e la Convenzione di Bruxelles sulla tratta degli schiavi e l'importazione in Africa di armi, munizioni, e liquori. Ma fu la Società delle Nazioni, nel 1926, a farsi promotrice della prima Convenzione sull'abolizione della schiavitù (resa esecutiva in Italia con regio decreto 26 aprile 1927 n. 1723): questa impegnava le parti contraenti a prevedere nelle proprie legislazioni nazionali sanzioni per i casi di schiavitù e tratta degli schiavi, nonché a darsi reciproca assistenza in questo settore. Negli anni Cinquanta l'Organizzazione delle Nazioni Unite, consapevole della portata che il fenomeno stava assumendo a livello mondiale, decise di regolamentare in maniera più rigorosa il divieto di schiavitù. Nonostante infatti la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nel proclamare che tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti (art. 1), avesse, tra le altre cose, prescritto il diritto di ogni individuo a non essere tenuto né in stato di schiavitù né di servitù (art. 4) e a non essere sottoposto a torture né a trattamenti inumani (art. 5), la necessità di intervenire in materia con un ulteriore opera di codificazione era sempre più sentita. Fu proprio in questo contesto che nel 1956 venne adottata la Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e di tutte quelle pratiche analoghe alla schiavitù, che andando ad integrare la Convenzione del 1926, definiva gli obblighi degli Stati in tema di repressione di tutte le forme di schiavitù.

Anche le normative nazionali prevedono diversi strumenti e procedure finalizzate a prevenire e fronteggiare la schiavitù. L'ordinamento italiano, per fare qualche esempio, con la riforma varata dalla Legge n. 238 dell'11 agosto 2003 (Misure contro la tratta delle persone), punisce (nella sezione dei delitti contro la

Già a suo tempo anche il Pugliese aveva rilevato come fosse assente nel mondo antico ogni forma di protezione di diritti umani, e in specie del principio di uguaglianza. «Nessun precedente – affermava – trova nell'antichità il diritto di uguaglianza, che in verità, tra i moderni 'diritti umani', è stato in tutti i campi il più difficile da riconoscere e, a maggior ragione, da proteggere»[45].

Su *aequitas*[46] ed *humanitas* con riguardo alla questione dei diritti dell'uomo nel mondo romano torna Aldo Schiavone, il quale rileva come l'intuizione di Ulpiano di una teoria del diritto naturale basata sulla giustizia e sull'uguaglianza tra gli uomini, per quanto valida, non possa considerarsi in alcun modo promotrice di un'autentica dottrina dei diritti umani, perché «la possibilità lasciata intravedere da Ulpiano nell'incipit delle sue Istituzioni, di un uso della prospettiva giusnaturalistica per una

---

personalità) i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), nonché l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.). Recentissime (luglio 2016) altre due interessanti iniziative legislative contro le 'schiavitù' della prostituzione e del caporalato in agricoltura: la prima (Atto Camera 3890 Modifica all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, concernente l'introduzione di sanzioni per chi si avvale delle prestazioni sessuali di soggetti che esercitano la prostituzione) si propone di combattere la tratta di esseri umani a scopo di prostituzione e lo sfruttamento sanzionando il cliente; la seconda (DDL 2217 Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero e dello sfruttamento del lavoro in agricoltura) mira a punire, ex art 603-bis c.p., con la pena della reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque recluta manodopera per destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori e chi utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di caporali, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Invero, ha osservato T. Casadei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni*, *trasformazioni*, *aporie*, Torino 2012, pp. 102 e ss., che «le misure legali che dovrebbero far osservare il divieto di schiavitù si rilevano sovente inefficaci», commentando al riguardo come in effetti «in quella che è stata definita l' "età dei diritti" si registra la loro "più massiccia violazione" e la "più profonda e intollerabile diseguaglianza" – che è rappresentata appunto dalla schiavitù –, nonché il più alto numero di schiavi della storia». Fatto quest'ultimo che trova conferma nelle stime delle Nazioni Unite, secondo cui attualmente le persone in stato di schiavitù sarebbero 27 milioni. Interessante l'analisi di L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. III, Roma-Bari 2007, pp. 543 e ss., il quale pone l'attenzione sulla questione della schiavitù nel contesto di una più ampia analisi della libertà, per affermare come «le garanzie primarie della libertà lese che occorrerebbe introdurre e rafforzare – per combattere appunto le vecchie e nuove forme di schiavitù – sono quelle dirette a garantire l'uguaglianza delle persone, la loro libertà di circolazione, nonché i diritti sociali e del lavoro: in breve, tutti gli altri diritti vitali che concorrono a definire la dignità della persona».

[45] G. Pugliese, *Appunti* …, cit., pp. 57 e ss. Ma si veda anche, più recente, K.W. Welwei, *Ius naturale und ius gentium in der antiken Beurteilung von Sklaverei und Freiheit*, in K.M. Girardet, U. Nortmann (a cura di), *Menschenrechte und europäische Identität. Die antiken Grundlagen*, Stuttgart 2005, pp. 81 e ss.

[46] Per una riflessione sul ruolo che l'*aequitas* ha svolto nell'elaborazione del diritto romano, cfr. da ultimo L. Solidoro Maruotti, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino 2013, in part., per gli importanti spunti che suggerisce sulla questione del diritto naturale e dei diritti umani in generale, il capitolo terzo, *Il mutevole volto dell'aequitas, ideale etico e criterio tecnico*, pp. 111 e ss.

critica, almeno potenziale, a un diritto positivo che avesse rinunciato a esprimere i valori di giustizia e di equità, non fu mai un'ipotesi seguita dalla giurisprudenza severiana, e nemmeno dal maestro stesso che pure l'aveva prospettata … A venir meno, fu qualcosa di decisivo: la saldatura tra l'elaborazione teorica del diritto naturale come luogo della giustizia e dell'eguaglianza fra gli uomini, e la costruzione, sul terreno sociale prima ancora che filosofico, di un individualismo con basi forti, in grado di proiettarsi fino in fondo sul terreno del diritto e della politica»[47].

In una prospettiva fondata su un giudizio così negativo in merito all'elaborazione della legge naturale da parte della giurisprudenza severiana, la schiavitù rappresenterebbe dunque l'argomento essenziale per affermare l'inesistenza dei diritti umani nell'antichità, l' 'impedimento dirimente' – così come era stato definito da Talamanca, e poi ripreso da Patrizia Giunti – che non consente di mutuare in modo aproblematico la moderna categoria dei diritti umani per rappresentare l'esperienza antica[48].

Invero, ad un'attenta lettura, si rileva che Ulpiano non assume un atteggiamento di condanna verso la schiavitù nonostante sia palesemente in contraddizione con il diritto naturale: la schiavitù rappresenterebbe una 'deroga' ai principi del diritto naturale (che vorrebbe tutti gli uomini liberi e uguali), deroga creata dal *ius gentium* e dal *ius civile*.

L'idea sottesa a questa visione sembrerebbe essere quella secondo cui il *ius naturale*, esprimendo il fondamento unico di ogni essere umano, deve sempre e comunque rimanere vigente e valido anche nei casi in cui il diritto positivo prescriva diversamente (come in effetti accade nell'ipotesi della schiavitù). Su questa base,

---

[47] A. Schiavone, *Ius*…, cit., pp. 396 e ss., su cui è tornato, condividendone il pensiero, V. Marotta, *La cittadinanza*…, cit., pp. 20 e ss.

[48] Cfr. M. Talamanca, *L'antichità*…, cit., p. 41, il quale espressamente descrive la schiavitù come «il primo *impedimentum dirimens* a che si possa parlare di "diritti dell'uomo" nell'antichità»; P. Giunti, *I diritti umani*…, cit., p. 302.

però, rimane difficile da spiegare come possa il diritto naturale entrare in contrasto col *ius civile* e col *ius gentium* che si qualificano per essere 'diritti' fatti dagli uomini.

Si potrebbe allora riflettere sul significato di *ius naturale* per vedere in esso non tanto un diritto innato e, per così dire, già prestabilito, ma piuttosto un diritto che è espressione di un valore 'superiore' ma diverso e separato, che non può che tollerare in ogni caso l'esistenza degli altri due sistemi normativi del *ius civile* e del *ius gentium*: cosa che si può ricavare dallo stesso Ulpiano quando afferma che fonte del diritto privato sono il *ius naturale*, il *ius gentium* e il *ius civile*[49]. Quindi, proprio perché non si tratta di un diritto concepito per stare al di fuori dell'ordinamento, è chiaro che nella concreta realtà dei fatti, per regolare le vicende umane, sia destinato a confrontarsi con i principi del diritto civile e del diritto delle genti: ed è in questo continuo confronto che emerge la capacità propria ed esclusiva del *ius naturale* di ripristinare l'ordine e ritornare a quei principi superiori che detta la legge di natura[50].

---

[49] D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*): *Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*. A proposito del citato passo ulpianeo il Waldstein commenta che «l'importanza del *ius naturale* nel diritto romano risulta di immediata evidenza, quando vediamo Ulpiano addurre come fonte del diritto privato proprio il *ius naturale*, accanto al *ius gentium* e al ius civile …, e non soltanto come seconda o ulteriore fonte, bensì come prima», W. Waldstein, *Sulla nozione di diritto naturale attraverso il diritto romano*, in Id., *Saggi sul diritto non scritto*, Padova 2002, p. 59.

I tanti studi di Wolfang Waldstein sul diritto naturale rappresentano un illuminante riferimento in materia: *Naturrecht bei den klassischen romischen Juristen*, Berlino 1983; *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassichen Juristen*, in *ZRG*, 105 (1988), pp. 702 e ss.; *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in *ZSS*, 111 (1994), pp. 1 e ss.; *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian*, in M. Beck-Mannagetta, H. Böhm, G. Graf (a cura di), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Th. Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Wien-New York 1996, pp. 1 e ss.; *Teoria generale del diritto: dall'antichità ad oggi*, Roma 2001; *«Natura debere», «ius gentium» und «natura aequum» im klassischen römischen Recht*, in *AUPA*, 52 (2007-2008), pp. 429 e ss.; *Ins Herz geschrieben: das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg 2010; *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Torino 2014.

[50] Non è evidentemente possibile dar conto della vastissima letteratura sulla problematica del *ius naturale*. Ancora classiche ed importanti sono le pagine di M. Voigt, *Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Leipzig 1856-1875 (rist., Aalen 1966); C. Longo, *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 40 (1907), pp. 634 e ss.; H. Goudy, *Trichotomy in Roman Law*, Aalen 1910; E. Albertario, *Sul concetto di ius naturale*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, 57 (1924), pp. 168 e ss.; Id., *Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale*, in Id., *Studi di diritto romano, 5, Storia metodologia esegesi*, Milano 1937, pp. 277 e ss.; C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, pp. 284 e ss.; E. Lévy, *Natural Law in Roman Thought*, in *SDHI*, 15 (1949), pp. 1 e ss.; B. Biondi, *Il Diritto romano cristiano, 2, La giustizia e le persone*, Milano 1952; J. Gaudemet, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1 (1952), pp. 452 e ss.; R. Voggensperger, *Der Begriff des "Ius naturale" im römischen Recht*, Basel 1952; M. Bartosek, *Sulla concezione naturalistica e materialistica dei giuristi romani*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, vol.

E così si potrebbe forse ipotizzare che, laddove la concretezza del vivere porta a derogare a quei valori, a quei principi che detta la natura (*iure naturali omnes liberi nascerentur*: e provoca le guerre, e ne fa derivare la schiavitù), è proprio il diritto creato dagli uomini (*ius gentium, ius civile*) che interviene, nel suo ruolo di 'difensore' del diritto[51], per una regolamentazione fra i sistemi normativi, per un ripristino (e, per esempio, crea le manumissioni che rendono la libertà a chi è schiavo; e per esempio, studia tutto un sistema di acquisto della cittadinanza per matrimoni misti; ecc.).

Sembra dunque delinearsi, sullo sfondo di queste considerazioni, una prospettiva tesa ad evidenziare come tra *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* non ci sia quella marcata alterità, o addirittura quel contrasto, che le testimonianze di età severiana lascerebbero intendere ad una prima lettura. Si tratta perciò di riconoscere a ciascuna sfera normativa la propria autonomia[52], un'autonomia che assume valore

---

II, Milano 1953, pp. 492 e ss.; M. Villey, *Deux conceptions du droit naturel dans l' 'antiquité*, in *Revue historiques de droit français et étranger*, 31 (1953), pp. 475 e ss.; A. Burdese, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 8 (1954), pp. 407 e ss.; C.A. Maschi, *Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, vol. II, Milano 1954, pp. 425 e ss.; G. Nocera, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano 1962; M. Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Aalen 1966. L'interesse verso il tema è testimoniato poi dai lavori successivi di D. Nörr, *Rechtskritik in der römische Antike*, München 1974, pp. 21 e ss.; H. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 271 e ss.; P. Didier, *Les diverses conception du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine du IIe et IIIe siècles*, in *SDHI*, 47 (1981), pp. 201 e ss.; L.C. Winckel, *Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein …*, cit., p. 443 e ss.; S. Querzoli, *Il sapere di Fiorentino. Etica, Natura e logica nelle Institutiones*, Napoli 1996. Ancor più recenti sono le riflessioni di P.P. Onida, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002; U. Vincenti, *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, vol. I, Torino 2005, *passim*.; P. Cerami, *«Lex aeterna» e «ius naturale»: alle radici della giuridicità*, in *Index*, 34 (2006), pp. 77 e ss.; G. Santucci (a cura di), *"Aequitas". Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno Trento, 11 e 12 aprile 2002*, Padova 2006, *passim*; K.W. Welwei, *Die Stellung der Sklaven im Spannungsfeld von «ius gentium» und «ius naturale» aus der Sicht römischer Juristen*, in *Laverna*, 17 (2006), pp. 87 e ss.; F. Gallo, *Ars boni et aequi e ius naturale*, in A. Palma (a cura di), *Scritti in onore di Generoso Melillo*, vol. I, Napoli 2009, pp. 417 e ss.

[51] Su questa concezione di giustizia (etimologicamente scomposta *ius-titia*), in cui è l'uomo che difende il diritto, molto interessanti le riflessioni di F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 1 e ss.; A.M. Giomaro, *Iustitia e ossimoro di ius: indagine romanistica ai confini del puro pensiero*, in *Studi Urbinati. Nuova serie* A.65 (1997), pp. 329 e ss.; Id., *La iustitia e l'uomo. Emersione della 'umanita' di un concetto*, in G. Pansini (a cura di), *Studi in memoria di Italo Mancini*, Napoli 1999, pp. 343 e ss.

[52] Si pone a questo punto il problema, ampiamente discusso tra gli studiosi, se nell'elaborazione dei giuristi classici il *ius naturale* abbia avuto una propria autonomia o, piuttosto, sia stato identificato con il *ius gentium*; da qui il confronto tra la tesi della tripartizione, basata appunto sulla distinzione del diritto in *civile*, *gentium* e *naturale*, e quella, opposta, della dicotomia tra *ius civile* da una parte, e *ius gentium* e *ius naturale* dall'altra.

e rilevanza proprio nella dialettica che inevitabilmente viene a crearsi tra diritto naturale, diritto civile e diritto delle genti; un'autonomia che, in virtù di quella stessa dialettica, è proprio alla base della reciproca convivenza tra *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*, e non determina affatto – come si potrebbe invece pensare – un confronto di "civiltà" tra i diversi sistemi normativi, per cui l'uno dovrebbe essere migliore dell'altro. Analogamente per il rapporto fra *ius civile* e *ius honorarium*[53].

Sono questi i temi che attribuiscono al *ius naturale* citato dai giuristi romani un suo ruolo, sotto diversi aspetti, tutti importanti. Ulpiano parla di *ius* di cui la *natura* informa tutti, uomini ed animali (*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*, D. 1.1.1.3), precisando, subito di seguito, che il diritto naturale fa liberi gli uomini dalla nascita, *cum iure naturali omnes liberi nascerentur* (D. 1.1.4). Ed è ancora Ulpiano a sottolineare un particolare sotteso collegamento col *ius civile*, argomentando che *ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit,* rapportando il *ius naturale* (così come il *ius gentium*) ad una identità comune, *itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus* (D. 1.1.6 pr.), quasi a conferire credito ad uno specifico genere di *ius commune*. E così infine Ulpiano riferisce che per diritto naturale, gli uomini sono tutti uguali: *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (D. 50.17.32, Ulp. 43 *ad Sab.*).

È impossibile dar conto qui di tutti gli aspetti della questione, la cui rilevanza è testimoniata dall'ampia bibliografia in tema, da Biondi a Guarino, da Voci a Robleda e Castello, ed altri: v., in particolare, E. Stolfi, *Al tramonto del diritto naturale classico: ius naturale e ius gentium in una quaestio di San Tommaso*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, vol. VII, Napoli 2007, pp. 5421 e ss.

[53] Invero, anche nella contrapposizione fra *ius civile* e *ius honorarium* (si pensi, per esempio, al riconoscimento dei diritti successori all'emancipato) il romano non si pone il problema del valore superiore dell'un diritto sull'altro, ma applica l'uno o l'altro, ovvero l'uno e l'altro, a seconda dei risultati che vuole ottenere. Spunti variamente in M. Lauria, *Ius gentium*, in *Festschrift P. Koschaker*, 1, Weimar 1939, pp. 262 e ss.; G. Lombardi, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946; Id., *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947; P. Frezza, *Ius Gentium*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2 (1949), pp. 259 e ss.; G. Lombardi, *Diritto umano e ius gentium*, in *SDHI*, 16 (1950), pp. 254 e ss.; M. Talamanca, *Ius gentium: da Adriano ai Severi*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996*, Napoli 1998, pp. 191 e ss. V., anche, i recenti contributi di G. Falcone, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70*, in *AUPA*, 56 (2013), pp. 259 e ss. e G. Giliberti, *L'ius gentium romano come ordinamento transnazionale*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Rivista telematica (http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/485), 2015, n. 2.

Del resto già Marciano aveva espresso l'idea di una condizione originaria di libertà comune a tutta l'umanità, di "natali" nei quali devono riconoscersi tutti gli uomini, che sono i "natali" dell'*ingenuitas*, D. 40.11.2 (Marcian. 1 *inst.*) pr.: *Interdum et servi nati ex post facto iuris interventu ingenui fiunt, ut ecce si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset*.

E anche Trifonino, per parte sua, affermava che la libertà appartiene al *ius naturale* (*libertas naturali iure continetur*), mentre il *dominium* sugli schiavi è prodotto del *ius gentium* (*dominatio ex gentium iure introducta est*): *si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est* (D. 12.6.64, Tryph. 7 *disp*). Ma è poi lo stesso *ius gentium* che produce nell'istituto delle manomissioni il mezzo per ricondurre lo schiavo alla condizione di uomo libero.

Un collegamento fra il *ius naturale* (*naturalis ratio*[54]) e il *ius gentium*, nel suo valore che potremmo dire "universale", è quello che occupa il pensiero di Gaio, il quale scrive che *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* (Gai. Inst. 1.1.): è proprio nella *naturalis ratio*, in grado di dettare per tutti gli uomini valori e precetti in un certo qual senso fondamentali e condivisi, che va ricercata la base del *ius gentium*[55].

---

[54] In proposito, oltre alla già citata letteratura, si vedano sicuramente J. De Koschembahr-Lyskowski, *Naturalis ratio en droit classique romain*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 3 (1930), pp. 469 e ss.; P. Stein, *The development of the notion of naturalis ratio*, in A. Watson (a cura di), *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinbugh-London 1974, pp. 305 e ss.; G.G. Archi, *Lex e natura nelle istituzioni di Gaio*, in K. Ballerstedt et alii (a cura di), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, 1, Köln 1978, pp. 3 e ss.; H. Wagner, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, in *Iura*, 29 (1978), pp. 271 e ss.

[55] Anche Giustiniano equipara *ius gentium* e *ius naturale*, richiamando per esempio, in tema di modi di trasferimento delle *res*, che *singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarumdam enim rerum dominium*

E un diverso collegamento, in questo caso con l'equità, è asserito da Paolo: il giurista severiano afferma che *ius naturale est quod semper aequum ac bonum est* (D. 1.1.11, Paul. 14 *ad Sab.*), ripetendo, con specifico riferimento al diritto di natura, la definizione celsina di *ius*[56].

Da queste testimonianze emerge anche il significato di *ius naturale* nella sua forma più ampia: non quale diritto preesistente rispetto a quello positivo e, dunque, universalmente valido, eterno ed immutabile (come tra l'altro è andato affermandosi sulla scia delle correnti giusnaturalistiche), ma quale realtà concreta cui si ispirano i rapporti sociali[57]: cioè il diritto naturale, unitamente allo *ius gentium* e allo *ius civile*, va considerato «inscindibilmente connesso con la realtà concreta quotidiana. Esso – spiega Maria Pia Baccari, riprendendo le parole dello studioso Wolfgang Waldstein – non è relegato nella "religione", nella "filosofia" o nella "metafisica", bensì valido per l'utilità dei singoli (*utilitas singulorum*): in altri termini il diritto naturale protegge

---

nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quaerumdam iure civili (I. 2.1.11), e che *tamen recte dicitur, et iure gentium, id est, iure naturali, id effici*… (I. 2.1.41).

[56] Sul significato dell'espressione celsina *ius est ars boni et aequi*, pervenutaci proprio grazie al passo ulpianeo di D. 1.1.1 pr., v. in particolare C. Maschi, *La concezione naturalistica*…, cit., pp. 178 e ss.; G. Von Beseler, *Kapitel der antiken rechtsgeschichte*, in *BIRD*, 51-52 (1948), pp. 295 e ss.; S. Riccobono, *La definizione di ius al tempo di Adriano*, in *AUPA*, 20 (1949), pp. 60 e ss.; R. Voggensperger, *Der Begriff*…, cit., pp. 85 e ss.; G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*[2], Torino 1967, pp. 106 e ss.; P. Cerami, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche, I, L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *AUPA*, 28 (1985), pp. 18 e ss.; F. Gallo, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53 (1987), pp. 7 e ss.; W. Waldstein, *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, in *SDHI*, 51 (1995), pp. 200 e ss.; P. Voci, *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27 (1999), pp. 1 e ss. Sono tornati di recente sull'argomento, fra i tanti, G. Falcone, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49 (2004), pp. 1 e ss.; F. Gallo, *Rifondazione della scienza giuridica: premessa primaria per la formazione del diritto europeo*, in *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno, Ferrara 27 feb. 2004*, Torino 2005, pp. 11 e ss.; Id., *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano 2005; Id., *L'eredità perduta del diritto romano. Introduzione al tema*, in *Diritto@Storia*, Rivista telematica (www.dirittoestoria.it), 2007, n. 6; Id., *Ars boni et aequi* …, cit., pp. 417 e ss.; D. Mantovani, *Iuris scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano* (*III-I sec. a.C.*), in Aa.Vv., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, vol. I, Napoli 1997, pp. 617 e ss.

[57] Al riguardo significative le parole di B. Biondi, *La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustinianea*, in *Jus*, 1 (1950), pp. 2 e ss., il quale puntualmente afferma che «la natura che hanno presente i giuristi non è astrazione filosofica o ideale da raggiungere, ma realtà, essenza, normalità considerata per quello che può interessare l'ordinamento giuridico per la disciplina dei rapporti sociali».

ciascun uomo e, in particolare, la *utilitas* di ciascuno»[58]. Lungo questo filone di pensiero va interpretato e letto il fenomeno della servitù.

E ancora si può tornare al pensiero di Giuliano Crifò, il quale attentamente commenta come la schiavitù non possa essere affatto un elemento valido per negare la problematica dei diritti umani. Particolarmente forte è la sua pagina: «che questo istituto condizioni la pretesa inesistenza di diritti dell'uomo nell'antichità è una idea più che tralaticia, ma niente affatto indiscutibile e comunque già smentita dalla storia ulteriore della schiavitù. Esplicito in proposito … è l'orientamento, suggerito anzitutto dal buon senso storico non meno che giuridico, di chi risponde negativamente alla questione se i diritti dell'uomo, per essere tali, debbano necessariamente essere riconosciuti a tutti, ed avere per tutti la medesima disciplina. Poiché sono sempre i singoli ordinamenti positivi a conformare i diritti individuali … non deve sorprendere il giurista nello stesso ordinamento da un lato si riconoscano i diritti dell'uomo e dall'altro si continui a distinguere tra uomini liberi e schiavi»[59].

Alla luce di queste considerazioni, il discorso sul diritto naturale assume un valore di tutto rilievo. Ed è proprio in questa concezione del *ius naturale* che sta la ragione e l'essenza delle moderne Dichiarazioni dei diritti e delle libertà fondamentali. Ed è a questo diritto naturale, a questa dimensione concretamente 'filosofica' di Ulpiano – io credo – che si rapportano i moderni diritti umani. Insomma, riprendendo le parole di Wolfgang Waldstein, è il diritto naturale stesso a «preservare e comprendere il bene dell'uomo». Una realtà concreta, conosciuta sin

---

[58] M.P. Baccari, *Premessa*, in W. Waldstein (a cura di), *Scritto nel cuore*…, cit., p. XII.

[59] G. Crifò, *Per una prospettiva*…, cit., p. 166. Per un rilievo sulla schiavitù, anche alla luce di quella fondamentale testimonianza gaiana di 1.9, la cui interpretazione rappresenta un punto chiave per sciogliere – e sono parole di Crifò – quella dicotomia libertà-schiavitù che, analizzata letteralmente impedirebbe il riconoscimento di una libertà di fatto nell'esperienza romana, v. sicuramente R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37 (1986), pp. 29 e ss. e G. Crifò, *Libertà*…, cit., pp. 20 e ss., nonché, più recenti, L. Schumacher, *Sklaverei in der Antike. Alltag und Schicksal der Unfreien*, München 2001, pp. 265 e ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, pp. 9 e ss.; G. Crifò, *La libertà prima del diritto naturale*…, cit., pp. 113 e ss.

dall'antichità, «una realtà … che nello sviluppo del diritto europeo nessuna teoria al mondo può creare. La cultura giuridica europea non può essere compresa senza questa realtà del diritto naturale»[60].

Keywords: Human rights, *Humanitas*, *Libertas*, *Civitas*, *Ius naturale*.

Abstract: Considering an analysis about the centrality of human rights in the modern Charters of Rights and Freedoms, this article aims to show the different doctrinal positions in determining whether it is possible to speak about human rights in the ancient world and especially in the Roman one. It brings to light some timeless values as *humanitas*, *libertas* and *civitas*. Particular emphasis is also placed on the *ius naturale*, as a corrective and supplementary system in reference to the law of 'people' and 'cities': on this idea of *ius naturale* it could be elaborated a human rights theory in the Roman legal experience.

[60] W. Waldstein, *Scritto nel cuore* …, cit., pp. 50 e ss.

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Francesca Galgano

Professore Associato di Storia del Diritto romano, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Diversità culturale e identità di gruppo nei Cristiani della romanità tardoantica

SOMMARIO: - 1. Il Cristianesimo e l'impero romano. - 2. La *constitutio Antoniniana* e la globalizzazione. - 3. Lo sradicamento dei Cristiani nella lettera a Diogneto. - 4. Costruzione di un'identità di gruppo. – 5. Agostino e la Città di Dio.

1. Il Cristianesimo e l'impero romano.

Al suo lento apparire nella storia romana del primo impero il Cristianesimo aveva introdotto l'idea di un dualismo fra la realtà terrena e quella escatologica, a confronto con la quale il mondo sensibile della oggettività storica perdeva importanza e soprattutto abdicava al suo ruolo cruciale nella vita degli uomini, rinviandone la realizzazione nella dimensione (cronologicamente e fisicamente ulteriore) dell'aldilà. Il rapporto fra la predicazione cristiana e le istituzioni politiche romane, con cui essa veniva a contatto[1], si atteggiò perciò fin da subito in termini di contrapposizione, che conseguiva naturalmente dal messaggio negativo proposto da Gesú nei confronti della cultura pagana, insieme con l'imperiosa valorizzazione della vita ultraterrena, a discapito di quella immanente, e che era indirizzato infatti al deciso disprezzo del mondo fino al limite dell'ascetismo. Nonostante diverse

---

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

[1] Il tema è stato notoriamente oggetto di ampia e ricchissima bibliografia, sebbene in prevalenza dedicata ai secoli quarto e quinto, o comunque nel tempo posteriore alla pace costantiniana e alla divisione definitiva dell'impero nelle due *partes Orientis* e *Occidentis*, quando il problema della qualificazione del rapporto fra la Chiesa e il cd. Stato appare con tutta la sua specificità, a cominciare da M. Rostovzev, *A history of the ancient world*, vol. II, Oxford 1928, pp. 334 e ss. e da F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze 1968 pp. 531 e ss., che parlò di tendenza alla cristianizzazione del diritto romano parallela a quella della sua umanizzazione nell'età tardoantica. Fra le voci degne di nota, si veda ancora G. Crifò, *Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra Cristiani e istituzioni,* in G. Bonamente e A. Nestori (a cura di), *I cristiani e l'impero nel IV secolo. Colloquio sul Cristianesimo nel mondo antico. Atti del Convegno* (*Macerata 17-18 dicembre 1987)*, Macerata 1988 pp. 75 e ss., il quale pone in evidenza come sia assolutamente necessario, «anzi … chiarificante» esaminare il diritto, «come struttura regolativa dei rapporti sociali», consistente non soltanto in soluzioni «di problemi pratici di convivenza sociale e di efficacia delle attività pubbliche, ma anche, certamente … dei valori da cui il diritto stesso è retto» (p. 77).

eccezioni, il rifiuto del mondo terreno, con i suoi piaceri mondani, le relazioni sociali, i doveri civici, cui i Cristiani si sottraevano sistematicamente e con fermezza li rese ben presto, tacciati di misantropia e di asocialità, invisi ai Romani fino alle estreme conseguenze della persecuzione.

Le strutture istituzionali romane, entro le quali si svolse dapprima (senza immediate conseguenze) la predicazione cristiana, venivano però formalmente rispettate e in alcuni casi anche elogiate. Nei suoi lunghi viaggi dedicati al proselitismo[2] Paolo di Tarso, *civis romanus* per titolo paterno[3], ma giudeo formatosi con la *paideia* greca in Asia minore, aveva potuto verificare il senso di sicurezza che infondeva l'appartenenza alla grande *oikoumene* romana, nella quale gli spostamenti fisici lungo le strade, la relativa omogenea diffusione della lingua e della civiltà latine, la facilità di comunicazione fra i vari centri urbani gli avevano instillato fiducia nella vicina realizzazione della vocazione universalistica della sua Chiesa.

Il provvedimento emanato nel 212 da Antonino Caracalla (che lo definì un «solenne ringraziamento agli dèi protettori della salvezza e della vittoria» fino ad allora ottenute) suggellò il graduale processo di globalizzazione avviato da alcuni secoli nell'impero e, sebbene non fosse sentito con particolare enfasi dai contemporanei[4], l'impatto nell'organizzazione amministrativa fu certo consistente: il mondo era cambiato; nella percezione comune si avvertiva ancor più decisamente l'uniformazione fra tutte le province, soprattutto in termini di applicazione - ora obbligatoria - del medesimo ordinamento giuridico; il concetto stesso di straniero fu rielaborato nella misura in cui veniva riservato solo a barbari che vivessero oltre i

---

[2] Descritti dettagliatamente da lui stesso, in particolare nella prima parte della Lettera ai Galati e svolti nei primi quattordici anni del suo apostolato fra Giudea, Siria, Asia minore, Macedonia, Grecia, Italia (Γαλάται, 1. 11 ss.).

[3] Dettaglio che certo influenzò l'atteggiamento di Paolo verso l'impero, e che sarebbe risultato determinante nell'orientare la nuova Chiesa. Cfr. ad esempio la lettera ai Romani (13.1-7), di cui *infra* nel testo.

[4] E per la verità neppure nei secoli successivi (Giustiniano addirittura nel 539, nella Novella 78.5, ne attribuisce erroneamente la paternità ad Antonino Pio).

confini[5]…Molte sono le testimonianze[6] in cui, dal terzo secolo in poi, pur in mancanza di una esplicita menzione, si valutano gli effetti del provvedimento, spesso con parole di grande ammirazione per l'impegno profuso dai Romani nel pacificare il mondo; come quella, successiva di due secoli, di Rutilio Namaziano[7], ad esempio, che esaltava il successo di Roma nel trasformare l'*orbis* in *Urbs*: *Fecisti patriam diversis gentibus unam; profuit iniustis te dominante capi; dumque offers victis proprii consortia iuris. Urbem fecisti, quod prius orbis erat.*

Altre voci si posero, invece, in netto dissenso con la logica politico-economica che sottendeva la *constitutio Antoniniana:* in alcune espressioni si può cogliere, e neppure troppo velatamente, rassegnazione per la passata libertà, come quando il retore greco Menandro di Laodicea[8], nel corso del terzo secolo, piú volte allude con rimpianto alla perduta autonomia giuridica nelle città greche; rimpianto ripreso duecento anni dopo dal vescovo Teodoreto di Ciro allorché, in uno scritto apologetico[9], sottolinea ancora[10] che i Greci avevano visto le proprie leggi soppiantate da quelle dei Romani, e che usavano ormai solo queste ultime.

Nonostante appaia di tutta evidenza che l'integrazione del mondo provinciale, da sempre (già dalla prima espansione di Roma in Italia) perseguita anche ai gradi alti, attraverso il reclutamento delle élite cittadine a livello politico, avvenne in modo molto lento e graduale, e che perciò anche l'uniformazione

---

[5] Si v. come si espresse Sidonio Apollinare, *ep.* 1.6.2, secondo cui solo schiavi e barbari sarebbero stati considerati stranieri, da allora in poi.

[6] Ulpiano, ad esempio, protagonista della vita giuridica nell'età severiana, descrive cosí il contenuto dell'editto, attestando che *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt* (22 *ad ed.*, D.1.5.17): tutti coloro che risiedono, dunque, nell'impero romano sono stati resi cittadini romani da una costituzione dell'imperatore Antonino.

[7] *De reditu* 1.63-66.

[8] Cfr. *de div. gen. dem*, 3.2, in un passo relativo alla giustizia nell'elogio delle città (cfr. ed. Spengel, 3, p. 363, 4-13; p. 364, 10-16). Sui complessi rapporti intessuti dai Romani con i provinciali, specialmente greci, in particolare dopo la *Constitutio Antoniniana*, si v. ancora M. Talamanca, *Su alcuni passi di Menandro di Laodicea relativi agli effetti della 'constitutio Antoniniana'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. V, Milano 1971, p. 433 e ss.; nonché F. Schulz, *I principi del diritto romano*, tr.it. a cura di V. Arangio Ruiz, rist. anast. Firenze 1995; A. Schiavone, *La storia spezzata*, Roma-Bari 1996; A. Barbero, *Barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'impero romano*, Bari 2006.

[9] *Graecarum affectionum curatio* 9 ss.

[10] Come aveva pure lamentato Gregorio Taumaturgo, *Paneg. oratio in Origenem* 1.7.

giuridica è immaginabile che sia avvenuta alla stessa stregua, è altrettanto evidente come la *constitutio Antoniniana* abbia messo un punto fermo circa l'assoluta prevalenza della cittadinanza romana su quelle locali e dell'ordinamento romano pubblico e privato sugli ordinamenti provinciali[11]. Le città non dovettero subire grandi cambiamenti a livello amministrativo, conservando una parziale autonomia, probabilmente da principio anche in àmbito normativo: dovette risultare piuttosto difficile per gli abitanti delle province orientali piú remote, o anche di quelle, come le greche, piú riottose alla dominazione romana, uniformarsi a direttive che non conoscevano o talora non comprendevano affatto, nella consapevolezza di non avere scelta.

Per molti studiosi[12] quella riforma segna il compimento di una già avviata trasformazione dell'impero, che si compatta cosí dentro i suoi confini, integrando e parificando le diverse realtà provinciali, sia a livello economico che giuridico, per estendere il processo di globalizzazione in atto da tempo nella parte occidentale (come in Spagna e in Gallia, ad esempio), anche a quella orientale, dominata a lungo dalla preminenza della cultura greca. Da allora in avanti non si pose piú la distinzione fra cittadini e provinciali, ugualmente tenuti, in linea di principio, al rispetto dell'ordinamento privatistico romano, ora valido in modo uniforme per ogni città o provincia dell'impero. Tale processo di naturalizzazione collettiva e di generalizzazione del regime romano che avrebbe dovuto coinvolgere tutte le variegate - quanto a lingua, religione, costumi - realtà provinciali si svolse, a dispetto delle pur entusiastiche valutazioni, in modo difficile, lento e disomogeneo: l'impatto a livello propagandistico fu in ogni caso notevole. A confronto con il disfacimento

---

[11] Questi ultimi avrebbero forse potuto sopravvivere in quanto usi locali (ad esempio nelle procedure); occasionalmente, in quanto consuetudini; o quali prassi amministrative (su cui quell'editto, peraltro, nulla dispone); ma sempre che non si ponessero in contrasto con i principi normativi dell'ordinamento romano, cui essi non potevano in alcun modo derogare.

[12] Non riproduciamo qui, per non appesantire la lettura in modo eccessivo e superfluo, la letteratura sul tema, prodotta fin dalla prima metà del secolo scorso (v. per tutti V. Capocci, La *constitutio Antoniniana*, Roma 1925), ricchissima e ben conosciuta.

di quella realtà, minacciata dalle prime avanzate barbare del quinto secolo, Agostino volle definirla una decisione gratissima e umanissima[13].

2. La c*onstitutio Antoniniana* e la globalizzazione.

L'idea di un'unica armoniosa organizzazione politico-sociale era stata introdotta, anche a livello retorico, fin dai primi secoli dell'impero: Roma che pacifica il mondo, lo ordina, lo tutela, lo abbellisce era stato il filo conduttore dell'*Encomio a Roma* del retore greco Elio Aristide[14], il quale si era spinto ben oltre l'immaginario declamatorio convenzionale avanzando per primo l'idea di una coincidenza dell'*Urbs* con l'*orbis*, di un impero insomma che si identificava completamente con la città stessa di Roma, capace di «*adornare la terra come un giardino*» (99), annientando perfino le distanze fra le province - anche quelle divise dal mare o da lontananze immense (101) - concedendo loro la cittadinanza (allo stesso tempo negandola a quelle riottose e dunque non degne di condividerla, che rimanevano perciò, giustamente, in una posizione di soggezione) (79-83). Una città-impero inclusiva, dunque, che «*accoglie gli uomini di tutto il mondo, come il mare riceve i fiumi*» (62).

Il sofista oriundo di Smirne che elabora questo discorso nel secondo secolo d.C., se vogliamo in un momento definito comunemente di apice[15] dell'impero, indugiava su come Roma, «*patria comune a tutta la terra*» (61) fosse riuscita a diventare un luogo «*dove tutto converge, commerci, navigazioni, agricoltura, metalli lavorati, tutte quante le arti che ci sono o che ci sono state, tutto quanto è prodotto e generato dalla terra*» (13) e a dileguare la distanza fisica fra potere centrale e diramazioni periferiche, attribuendo a queste ultime medesima considerazione che al ceto di governo cittadino, non piú

---

[13] Aug. *De civ. Dei* 5.17.1.

[14] Cfr. l'edizione, che ne reca anche traduzione e commento, di F. Fontanella (a cura di), *Elio Aristide. A Roma*, Pisa 2007, da cui sono tratti gli stralci dei paragrafi numerati citati nel testo. Sulle diverse sfaccettature dell'opera del retore greco, si vedano pure P. Desideri, F. Fontanella (a cura di), *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, Bologna 2013, e da ultimo L. Pernot, G. Abbamonte, M. Lamagna (a cura di), *Ælius Aristide écrivain*, Turnhout 2016.

[15] Cfr. A. Schiavone, *La storia spezzata*…, cit.

quali occasionali egemonie di genti straniere, lontane, subordinate (cfr. 60 ss.). Il potere centrale romano, esercitato con un misto di fermezza e clemenza, attraverso presidi armati posti nelle città provinciali, induceva in queste un senso di protezione, infondendo allo stesso tempo un sentimento di completa appartenenza identitaria ad un mondo ordinato, pacificato, uniforme e soprattutto eterno, affidato ora alla cura giusta ed equa dell'imperatore. Come dice Aristide, pur in epoca antecedente la *constitutio Antoniniana*, «*ovunque e per tutti valgono le stesse leggi*» … «*Tutto obbedisce senza discutere, come un solo territorio ed un sol uomo*» (30). La civiltà attuale aveva dunque unificato quel mondo, ordinandolo con le stesse leggi, inquadrandolo «*come in un'unica famiglia* …[16]» (102).

Come si rapportavano i Cristiani a questa ordinata *oikoumene*? Essi certamente contribuivano a rafforzare il senso di identità nei nuovi cittadini, avendo loro stessi affrontato la paura dell'isolamento (quando non della persecuzione) nelle remote aree provinciali, da cui veicolavano il messaggio evangelico in modo capillare lungo tutto l'impero, e soprattutto in Oriente, dove città come Alessandria e Antiochia si stavano rivelando centri culturali particolarmente attivi. Nei confronti del sistema politico nel quale erano integrati essi, quantomeno dapprincipio, asserivano di avere scarso interesse, dando per acquisite le strutture amministrative e giudiziarie per mezzo delle quali il governo centrale di Roma esercitava il controllo su un territorio oramai immenso. Non intendevano avanzare tentativi di rovesciamento politico e in molti casi mostravano grande rispetto per le autorità imperiali centrali o periferiche. Nella lettera ai Romani (13.1-7) Paolo è assai deciso nell'atteggiamento che bisogna osservare: *«Ciascuno sia sottomesso alle autorità costituite.*

---

[16] È appena il caso di rilevare che tale impeto retorico distoglieva l'attenzione dell'uditorio, o comunque dei lettori del discorso destinato a circolare con grande successo come testo scritto, dalle conseguenze secondarie, e neppure troppo velate, che questa integrazione comportava, soprattutto in termini di libertà, smascherabili ove, come spesso accade con i testi retorici, si sdoppi il piano di lettura 'ufficiale', 'pubblico' in sottotesti 'nascosti', «minori paralleli o obliqui, indirizzati allo stesso o ad altri uditori … nei quali si colgono contenuti comunicativi che non fanno direttamente parte del discorso principale, eventualmente relativi a problemi lí non apertamente denunciati» (cfr. P. Desideri, *Scrittura pubblica e scritture nascoste*, in Fontanella (a cura di), *Elio Aristide. A Roma*, cit., p. 5 s.).

Infatti non c'è autorità se non da Dio: quelle che esistono sono stabilite da Dio. Quindi chi si oppone all'autorità, si oppone all'ordine stabilito da Dio. E quelli che si oppongono attireranno su di sé la condanna. I governanti infatti non sono da temere quando si fa il bene, ma quando si fa il male. Vuoi non aver paura dell'autorità? Fa' il bene e ne avrai lode, poiché essa è al servizio di Dio per il tuo bene. Ma se fai il male, allora devi temere, perché non invano essa porta la spada; è infatti al servizio di Dio per la giusta condanna di chi fa il male. Perciò è necessario stare sottomessi, non solo per timore della punizione, ma anche per ragioni di coscienza. Per questo infatti voi pagate anche le tasse: quelli che svolgono questo compito sono a servizio di Dio. Rendete a ciascuno ciò che gli è dovuto: a chi si devono le tasse, date le tasse; a chi l'imposta, l'imposta; a chi il timore, il timore; a chi il rispetto, il rispetto»[17].

Se anche l'autorità imperiale è posta da Dio, essa può e deve essere oggetto di lode e persino preghiera, come quella che eleva Papa Clemente I: «*Tu, Signore, hai concesso loro il privilegio del governo, nella tua potenza meravigliosa e imperscrutabile, perché noi, conoscendo la gloria e l'onore che hai concesso loro, siamo loro sottomessi e non contrastiamo la loro volontà; a loro dà, Signore, salute, pace, concordia, stabilità, perché amministrino in modo irreprensibile il governo da te concesso* … »[18].

---

[17] Παῦλος δοῦλος Χριστοῦ Ἰησοῦ, κλητὸς ἀπόστολος, ἀφωρισμένος εἰς εὐαγγέλιον θεοῦ [2]ὃ προεπηγγείλατο διὰ τῶν προφητῶν αὐτοῦ ἐν γραφαῖς ἁγίαις [3] περὶ τοῦ υἱοῦ αὐτοῦ, τοῦ γενομένου ἐκ σπέρματος Δαυὶδ κατὰ σάρκα, [4]iniziotestotoῦ ὁρισθέντος υἱοῦ θεοῦ ἐν δυνάμει κατὰ πνεῦμα ἁγιωσύνης ἐξ ἀναστάσεως νεκρῶν, Ἰησοῦ Χριστοῦ τοῦ κυρίου ἡμῶν, [5]δι' οὗ ἐλάβομεν χάριν καὶ ἀποστολὴν εἰς ὑπακοὴν πίστεως ἐν πᾶσιν τοῖς ἔθνεσιν ὑπὲρ τοῦ ὀνόματος αὐτοῦ, [6] ἐν οἷς ἐστε καὶ ὑμεῖς κλητοὶ Ἰησοῦ Χριστοῦ, [7]πᾶσιν τοῖς οὖσιν ἐν Ῥώμῃ ἀγαπητοῖς θεοῦ, κλητοῖς ἁγίοις· χάρις ὑμῖν καὶ εἰρήνη ἀπὸ θεοῦ πατρὸς ἡμῶν καὶ κυρίου Ἰησοῦ Χριστοῦ.

[18] Cfr. la lettera di Papa Clemente I ai Corinti, 61.1-3, ed. cur. A. Jaubert, Paris 1971:
1. Σύ, δέσποτα, ἔδωκας τὴν ἐξουσίαν τῆς βασιλείας αὐτοῖς διὰ τοῦ μεγαλοπρεποῦς καὶ ἀνεκδιηγήτου κράτους σου, εἰς τὸ γινώσκοντας ἡμᾶς τὴν ὑπὸ σοῦ αὐτοῖς δεδομένην δόξαν καὶ τιμὴν ὑποτάσσεσθαι αὐτοῖς, μηδὲν ἐναντιουμένους τῷ θελήματί σου· οἷς δός, κύριε, ὑγείαν, εἰρήνην, ὁμόνοιαν, εὐστάθειαν, εἰς τὸ διέπειν αὐτοὺς τὴν ὑπὸ σοῦ δεδομένην αὐτοῖς ἡγεμονίαν ἀπροσκόπως.
2. Σὺ γάρ, δέσποτα ἐπουράνιε, βασιλεῦ τῶν αἰώνων, δίδως τοῖς υἱοῖς τῶν ἀνθρώπων δόξαν καὶ τιμὴν καὶ ἐξουσίαν τῶν ἐπὶ τῆς γῆς ὑπαρχόντων· σύ, κύριε, διεύθυνον τὴν βουλὴν αὐτῶν κατὰ τὸ καλὸν καὶ εὐάρεστον ἐνώπιόν σου, ὅπως διέποντες ἐν εἰρήνῃ καὶ πραΰτητι εὐσεβῶς τὴν ὑπὸ σοῦ αὐτοῖς δεδομένην ἐξουσίαν ἵλεώ σου τυγχάνωσιν.
3. Ὁ μόνος δυνατὸς ποιῆσαι ταῦτα καὶ περισσότερα ἀγαθὰ μεθ' ἡμῶν, σοὶ ἐξομολογούμεθα διὰ τοῦ ἀρχιερέως καὶ προστάτου τῶν ψυχῶν ἡμῶν Ἰησοῦ Χριστοῦ, δι' οὗ σοι ἡ δόξα καὶ ἡ μεγαλωσύνη καὶ νῦν καὶ εἰς γενεὰν γενεῶν καὶ εἰς τοὺς αἰῶνας τῶν αἰώνων. Ἀμήν. H. Rahner, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo.*

Nonostante queste aperte manifestazioni di rispettosa e voluta concordia con le istituzioni, la predicazione cristiana (pure non perfettamente coesa al suo interno, in cui sopravvivevano correnti piú radicali) minava invece sottilmente e profondamente l'identità romana e ne andava gradualmente fondando una nuova, di identità, quella di 'Cristiani', parallela e per molti versi antitetica a quella di 'Romani'.

3. Lo sradicamento dei Cristiani nella lettera a Diogneto.

Le premesse della forza che avrebbe dimostrato la diffusione del cristianesimo in tutte le aree imperiali, anche lontane, con cui entrava in contatto sono ben evidenti in un testo che - pressoché contemporaneo all'*Encomio a Roma* di Elio Aristide[19] - si pone su un piano diametralmente opposto in termini di contenuto: si tratta di un saggio apologetico[20] rivolto ad un non meglio noto Diogneto, in cui l'anonimo autore invita il suo interlocutore a riflettere su come è cambiata la visione del mondo alla luce di quella cristiana, contrapposta dapprima a quella pagana, poi a quella giudaica.

Nella lunga riflessione appare evidente, per un verso, che i Cristiani godono dell'accoglienza (*Abitano in città greche e barbare, come a ciascuno è capitato, e ne seguono gli usi nel vestito, nel cibo, nel tenore consueto del resto dell'esistenza* [5,4]), che i Romani offrono ai popoli provinciali, (*Non si distinguono dagli altri uomini né per regione, né per linguaggio, né per abito* [5,1]), fra cui si integrano perfettamente (*Non abitano … città proprie, né usano qualche dialetto inusitato, né conducono una vita fuori del consueto* [5,2]); d'altra parte

---

Documenti della chiesa nei primi otto secoli con introduzione e commento, Milano 1970, p. 27, da cui è citato il testo tradotto in italiano, la definisce «La piú antica preghiera della Chiesa per lo Stato».

[19] Accosta le due opere, in una prospettiva complementare alla nostra, F. P. Casavola, *Il secondo secolo fra due quinte. 'A Roma' di Elio Aristide e l'Epistola 'A Diogneto'*, ora in *Hominum causa. Scritti antichistici di Francesco Paolo Casavola 2000-2016*, in F. Lucrezi e L. Minieri (a cura di), *Premios Ursicino Álvarez*, vol. VI, Madrid Barcelona Buenos Aires São Paulo 2016, p. 229 e ss., il quale intende evidenziare che, attraverso la loro lettura sinottica, «si delineano … le due quinte rappresentative di un apogeo della storia umana raggiunta nel secondo secolo d.C. L'Impero romano ha realizzato la coincidenza tra l'*Urbs* e l'*Orbis*, tra statualità, diritto, giustizia e forza, aprendo all'umanità con una cittadinanza universale un'era di pace, che si desidera eterna»… e dunque che dai due autori si ricava «la testimonianza piú eloquente del passo compiuto dalla storia umana nel dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio» (p. 235).

[20] H. I. Marrou (ed. critica a cura di), *A Diogneto*, trad. it. Bologna 2008, da cui sono tratti i passi riportati nel testo.

rivendicano usi e costumi che sono loro propri (*Si sposano come tutti, generano figli, ma non espongono i loro neonati* [5,6]; *Partecipano tutti di una stessa mensa, ma non di uno stesso letto* [5,7]). Ma soprattutto – ed è questo un aspetto su cui intendiamo porre l'accento in questo lavoro – che insinuano una loro autonoma identità, che si caratterizza per l'estraneità interiore, ma radicale rispetto al modo in cui vivono (*Si trovano nella carne, ma non vivono secondo la carne*…[5,8]; *Passano la loro vita sulla terra, ma vivono da cittadini del cielo* [5,9]), alle cui regole peraltro si sottomettono serenamente (*Ubbidiscono alle leggi stabilite, ma con il loro modo di vivere sono oltre le leggi* [5,10][21]). Questo sentimento di dissociazione permea tutta la loro vita quotidiana sulla terra: i Cristiani sono dappertutto, vivono ovunque nel mondo, ma ovunque si sentono stranieri. L'anonimo cristiano, estensore della lettera al pagano Diogneto, li paragona efficacemente all'anima che alberga nel corpo. Come quella, anch'essi abitano in un mondo senza appartenervi; sono racchiusi in un mondo che è come una prigione mortale, in attesa della vita eterna; come quella, invisibile in un corpo visibile, professano una fede che non è visibile a tutti gli uomini; anch'essi, come l'anima che, maltrattata nelle abitudini quotidiane materiali, come il cibo e il bere, si raffina, si moltiplicano e si rafforzano nonostante siano maltrattati. In un altro passo questo concetto è reso piú esplicito: *Abitano città greche e barbare …, ma manifestano la condizione mirabile e realmente paradossale della loro cittadinanza [spirituale]* [5,4]; *Abitano la loro patria, ma da forestieri. Prendono parte a tutto come cittadini e sopportano tutto come stranieri: ogni terra straniera è per loro patria, e ogni patria è terra straniera* [5,5].

Il tenore del testo continua evidenziando tuttavia un disagio, che essi provano nel confrontarsi con un ambiente, per così dire, inclusivo eppure alieno:

---

[21] Sebbene questo rispetto appaia sempre piú formale: i Cristiani infatti disprezzano le leggi secolari, come appare chiaramente in Ambr., *Hexameron* 5.21.66 (*PL*14, 248), che si esprime cosí: «*Nunc age quae aves velut quandam rem publicam curare videantur expediam atque vitae huius aetatem agere sub legibus. Hic enim reipublicae usus est leges omnibus esse communes atque observari eas devotione communi. Uno omnes teneri vincula: non alteri ius esse, quod alius sibi intelligat non licere; sed quod liceat, licere omnibus; et quod non liceat, omnibus non liceret*…» Su questi aspetti cfr. F. P. Casavola, *La 'legalità' per i Cristiani pregiustinianei*, in *Labeo,* 3 (1958) p. 306 e ss., che in particolare, commentando il passo di Ambrogio, annota come «il guardare agli uccelli per trarne insegnamento per gli uomini rivel[i] la profonda sfiducia cristiana dinanzi all'ordinamento giuridico del tempo» (p. 316).

Amano tutti, ma da tutti vengono perseguitati [5,11]; *Sono misconosciuti e condannati; vengono messi a morte, ma ottengono così la vita* [5,12]; *Sono poveri, e arricchiscono molti; mancano di tutto, ma di tutto sovrabbondano* [5,13]; *Vengono disonorati, ma col disonore trovano la gloria; vengono bestemmiati, e sono proclamati giusti* [5,14]; *Sono insultati, e benedicono; vengono vilipesi, ed essi onorano* [5,15]; *Operano il bene e vengono castigati come malfattori; castigati, gioiscono come chi riceve la vita* [5,16]; *Dai giudei sono combattuti come stranieri, e dai greci, perseguitati, ma coloro che li odiano non sanno dire la causa della loro inimicizia* [5,17].

Dalla Grecia antica in avanti l'appartenenza ad un 'luogo' (legato ad una città, un popolo, o un'etnia) completava l'identità di un uomo: i meteci, infatti, in quanto stranieri[22], pur risiedendo nelle città-stato, erano considerati cittadini incompleti, perché non godevano del diritto di voto e erano perciò discriminati. Socrate aveva rifiutato l'esilio, preferendogli la morte, come scelta piú onorevole. Il mito e la storia avevano elaborato, nei secoli precedenti l'avvento di Cristo sulla terra, un'idea di sradicamento dai connotati negativi: Edipo viene trasformato in straniero, perché gli sono stati negati (per meglio dire recisi) i legami con le sue radici. Nell'esperienza giuridica romana, poi, l'esilio era una pena, che sottraeva il condannato ad una condanna capitale[23].

Lo sradicamento descritto nelle pagine della lettera a Diogneto appare invece di matrice diversa, innanzitutto perché non viene fatto coincidere con una condizione esteriore (come avveniva ad esempio nell'antica sanzione penale) di allontanamento fisico. Esso ci fa apparire i Cristiani come delle anime in pena che vagano incompiute e sofferenti, nonostante vivano in città accoglienti 'globalizzate' dai Romani. In questo senso tale loro condizione svela aspetti positivi, quasi eroici: i

---

[22] Tucidide li considera privi di capacità di parola, perché fondamentalmente non possono esprimerla nella vita della *polis* (v. in particolare il testo contenente l'Epitaffio di Pericle per i caduti della Guerra del Peloponneso, in cui si esalta proprio negli Ateniesi l'impegno e la partecipazione alla vita pubblica: Tuc. 2.35 ss.)

[23] Si pensi all'antichissimo concetto di *sacertas* e conseguentemente alla qualifica di *homo sacer*, «posta al di fuori della giurisdizione umana senza trapassare in quella divina» (sul tema cfr. G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995).

primi Cristiani, come del resto i Giudei[24] dell'Antico Testamento prima di loro, sono esuli che cercano la terra promessa, antropologicamente e perpetuamente in transito[25].

La concezione sottesa alla Lettera a Diogneto è inequivocabile. I Cristiani non si considerano dunque un popolo con una loro stirpe ben definita, al pari di Barbari o Greci[26], cosa che li avrebbe confinati in uno spazio fisico o quantomeno ideologico, individuato e per ciò stesso chiuso: essi affermano di essere dappertutto, perché la loro religione è universale e non intende essere ghettizzata. Da ciò consegue che è del tutto indifferente quanti siano e dove vivano. Essi vivono ovunque e si confondono con gli altri e ne rispettano le regole, anche se si insinua in questa descrizione un elemento disturbante, che li svela come una forza di disgregazione della società, piú che di coesione, e che secondo alcuni studiosi giustificherebbe l'odio[27] dal quale furono accompagnati nei primi secoli e in ultima istanza pure la loro persecuzione[28]. Anche in tali circostanze essi riescono a trarre forza trasformando l'odio in amore, le sofferenze in gloria, come prove al termine delle quali riceveranno la loro ricompensa.

Da questo punto di vista il Cristianesimo appare come la forza che fonda una

---

[24] Sebbene questi abbiano ben chiaro il concetto di un loro territorio di riferimento, nella terra promessa, appunto.

[25] La riflessione moderna sollecitata dalle ultime ondate migratorie ha elaborato la categoria di 'umanesimo esule', proposta da E. W. Said, *Nel segno dell'esilio. Riflessioni, letture e altri saggi*, trad. it. A cura di M. Guareschi, F. Rahola, Milano 2008, su cui G. Benvenuti, *La condizione dell'esilio: l'intellettuale come coscienza critica in Edward Said,* in *Scritture migranti: rivista di scambi interculturali,* 1 (2007), p. 148) o di 'terzo spazio' (si veda H. K. Bhabha*, The Third space*, in *Identity, Community, Culture, Difference*, cur. J. Rhuterford, London 1990). Cfr. pure Z. Bauman, *Vite di scarto*, trad. di M. Astrologo, Bari 2008.

[26] Sebbene si definissero orgogliosamente un *tertium genus* rispetto agli altri due [cfr. ad es. Tertull. *Ad Nationes* 1.8 (*PL*.1, 641)].

[27] Già Tacito, *Ann.* 15.44, aveva definito i primi Cristiani (*exitiabilis superstitio*) una stirpe in odio al genere umano. Spiega l'avversione da parte dei Romani nei loro confronti motivandola con il modo in cui «il dominio statale teneva allora sottomesso il potere religioso» … ponendosi «in esatto contrasto con le concezioni fondamentali della fede cristiana», dunque con l'avocazione a sé da parte dell'autorità statale romana della «facoltà di regolare con qualsiasi norma la vita religiosa» (p. 14 s.), H. Rahner, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo*, cit., il quale raccoglie ivi diverse testimonianze che comprovano invece un deciso, «incondizionato sí» cristiano allo Stato (p. 18), che ne assicura la «fondamentale fedeltà» (p. 19).

[28] Tale è la ben nota posizione di J. E. Renan, *MarcAurelio e la fine del mondo antico*, tr. it., Pordenone 1994.

globalizzazione, ben più[29] della *constitutio Antoniniana*; ma ciò accade non puntandosi sulla condivisione, che quella avrebbe fatto derivare logicamente dalla vocazione universalistica dell'ideologia imperiale; bensì sullo sradicamento, sulla disgregazione dell'antico concetto romano di comunità, sulla sua trasformazione perpetua, perché giammai compiuta in questo mondo e destinata a realizzarsi altrove e oltre. Nell'esperienza romana la religione e lo Stato (pagano) si erano rapportati fino ad allora in termini di sinergica, reciproca connessione, come se il secondo traesse forza propulsiva ad esempio dagli dèi nazionali, e già si era profilato in via progettuale un piano religioso 'universale', sovraordinato rispetto a quello nazionale[30] .

Il Cristianesimo predicava, invece, una salvezza dell'uomo avulso dallo Stato, un uomo che poteva anche essere oppresso o debole: ecco il motivo per il quale non si creò dapprima una contrapposizione con l'ordine costituito. I Cristiani affermavano la loro estraneità rispetto a quello e agli dèi (tradizionali) preposti a proteggerlo. Il Dio che amavano era a sua volta indifferente alle ragioni (da altri a torto ritenute) superiori dello 'Stato' o del popolo di cittadini, e si rivolgeva direttamente all'individuo. Allo stesso tempo era molto forte nella predicazione l'idea di comunità, che si coltivava in momenti di aggregazione imprescindibili per i fedeli, come la partecipazione alla messa o alla celebrazione del culto negli incontri domenicali (la vita comunitaria); oppure nell'esaltazione di valori come la fratellanza, la carità, l'amore per il prossimo[31]. Agostino, ancora una volta, esalterà proprio questa dimensione, stringendosi ai suo fedeli nelle sue celebri omelie, nelle quali, tornato a Ippona, realizzava il dovere, insito nella predicazone, di «spezzare il pane», di nutrire la moltitudine, di condividere, insomma, insito nella catechesi.

---

[29] O forse sarebbe meglio dire ben oltre l'inserimento nell'impero romano che quella avrebbe comportato, se si pensa ad esempio all'esperienza cospicua e longeva delle antiche chiese cristiane in Etiopia.

[30] Come era accaduto ad esempio sotto i Severi o con la religione della dea madre rilanciata da Giuliano l'Apostata, che però la considerava (in quanto indipendente dall'uniformità giuridico-amministrativa realizzata da Diocleziano-Costantino, che egli respingeva) compatibile con il mantenimento delle autonomie locali delle città.

[31] L'amore per il prossimo trovava una rispondenza perfetta nell'amore che Dio rivolgeva a sua volta agli uomini: nelle ultime pagine della lettera a Diogneto l'amore caratterizza - anche come tema retorico - la preghiera attraverso la quale il credente si eleva per raggiungere Dio.

4. Costruzione di un'identità di gruppo.

La comunità dei Cristiani era dunque un popolo senza territorio, una comunità di individui uniti dalla loro fede indipendentemente da dove vivessero, indifferenti alla realtà attuale, protesi invece verso quella di arrivo. Essi vivevano nel mondo mescolandosi agli altri uomini: sebbene intendessero differenziarsi nettamente da costoro, condividevano tuttavia lo spazio fisico in cui abitavano, non desiderando neppure rivendicare terre o stati di appartenenza esclusiva. Lungi dal cavalcare i fanatismi apocalittici proposti dalle numerose sette, volevano vivere semplicemente da cittadini, poi da sudditi dell'imperatore, rispettare le leggi romane, magari pure pregare per la salvezza dell'impero e perfino per la salute del suo Cesare. Se si considera che l'essere cristiano non coincideva affatto con l'essere cittadino romano, se ne intuiscono, dunque, gli esiti dirompenti a livello ideologico: nei primi secoli ciò comportava eliminare la differenza cittadini/provinciali, e successivamente significò superare quella Romani/barbari.

Se nella gestione dello spazio essi apparvero accomodanti, nella valutazione del tempo[32] invece intesero fin da subito affermare la loro peculiarità. Questo mutamento di prospettiva riguardava prima di tutto il tempo storico del singolo uomo, della cadenza degli eventi della sua vita individuale, a cominciare dalla sua nascita. La particolare rilevanza giuridica del battesimo, che rende chi lo riceve *persona in ecclesia*, cioè soggetto di tutti i diritti e i doveri dei Cristiani, rappresentava già una grande novità, i cui effetti si ripercuotevano nella comunità dei fedeli: questo sacramento infatti era costitutivo della personalità giuridica nell'ordinamento della Chiesa, producendo una vera e propria rigenerazione dell'uomo e della sua vita, ora

[32] Nella *Legenda aurea* di Jacopo da Varazze, composta nella seconda metà del XIII secolo, viene offerta una riflessione cristiana sul tempo nella sua totalità, offrendone tre diverse indagini in funzione delle sue tre possibili dimensioni: il tempo della liturgia, quello della successione delle vite di santi, quello infine che conduce al giudizio finale. Secondo J. Le Goff, *Il tempo sacro dell'uomo*, ed. it. Bari 2012, p. 7, l'autore «vuole mostrare come solo il cristianesimo abbia saputo strutturare e sacralizzare il tempo della vita umana e accompagnare l'umanità verso la salvezza; in effetti il tempo della *Legenda aurea* non è un tempo astratto, bensí un tempo umano, voluto da Dio e sacralizzato o santificato, dal cristianesimo».

ammessa nella fede di Cristo. Il legame spirituale che ne scaturiva era talmente profondo da essere considerato analogo alla *cognatio*, al vincolo naturale di sangue, con tutte le implicazioni che ciò poteva provocare[33].

C'era poi una seconda dimensione, quella del tempo collettivo, e di come esso veniva elaborato in seno alla comunità dei Cristiani, che rinunciarono ad adeguarsi al ciclo settimanale ebraico, incentrato sul sabato[34] e basarono il loro calendario[35] sul *dies dominicus*, perché ciò li rendeva ben distinguibili dagli altri. La domenica rappresentava il giorno di Pasqua il cui ricordo doveva essere rinnovato ogni settimana; un giorno da dedicare alla preghiera, al riposo, alle offerte, alla riflessione sulle Scritture. Anche in questo i Cristiani fin da subito posero in chiaro le loro regole, affermando – rispetto alla celebrazione delle feste religiose pagane - il 'loro' modo di onorare la domenica, come un'occasione interiore di crescita spirituale, per ricordare la resurrezione di Cristo e la creazione del mondo. Da Costantino[36] (C. 3.12.2[37]) in avanti questa osservanza sarebbe stata sancita anche a livello normativo, con l'imposizione del riposo per tutti i giudici e le popolazioni urbane e gli artigiani, con eccezione dei contadini, *venerabili die solis*, nel giorno dedicato al sole, nella domenica, cioè: *Omnes iudices urbanaeque plebes et artium officia*

---

[33] Sulla relazione di parentela spirituale che sorgeva fra padrino e battezzata, come impedimento per unioni in matrimonio, divenuto persino oggetto di sanzione giuridica, oltre che di riprovazione morale, ad es. nella legislazione giustinianea (C. 5.4.26, *Iust. Iuliano* 530 ss.) mantenuto fino all'evo moderno, si veda S. Puliatti, *Matrimonio e vincoli da parentela spirituale in età tadoantica*, in *Diritto@Storia* 13, 2015.

[34] L'osservanza del sabato, insieme alla circoncisione e ai pellegrinaggi a Gerusalemme erano motivo di forte coesione identitaria fra i Giudei, già da Gesú osteggiati.

[35] Che rimane peraltro quello giuliano: sul tema si veda da ultimo L. Polverini, *Augusto e il controllo del tempo*, in G. Negri e A. Valvo (a cura di), *Studi su Augusto, in occasione del XX centenario dalla morte*, Torino 2016, p. 95 e ss. Quanto alla cadenza domenicale si deve attendere almeno il Concilio di Laodicea che nel IV secolo, statuí al can. 29, l'invito (non ancora l'obbligo, dunque) ai fedeli di astenersi dal lavoro di domenica (cfr. Mansi II, 569-70). Sulla stabilizzazione del calendario liturgico cristiano a partire dal IV secolo cfr. M. G. Bianchini, *Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni,* in *Politica ecclesiastica e legislazione religiosa dopo l'editto di Teodosio I del 360 d.C. VI Convegno internazionale Spello, Perugia, Acquasparta, Tuoro, Orvieto (12-15 ottobre 1983),* Città di Castello 1986, p. 241 e ss.

[36] Certamente in questi passaggi normativi trova riscontro il tentativo del suo sincretismo universalistico.

[37] Interessante notare che i commissari giustinianei sistemarono questa costituzione nel titolo 3.12 *de feriis* (corrispondente a CTh. 2.8), con ciò «sanzionando cosí il definitivo riconoscimento di quella cadenza liturgica» in quanto pertinente al calendario giudiziario (cfr. M. G. Bianchini, *Cadenze liturgiche e calendario civile,* cit., 247). La costituzione, pervenutaci solo attraverso il *Codex repetitae praelectionis*, nell'edizione Krüger è collocata in CTh. 2.8.1a, *Costant. A. Helpidio* [a.321].

cunctarum venerabili die solis quiescant. Ruri tamen positi agrorum culturae libere licenterque inserviant, quoniam frequenter evenit, ut non alio aptius die frumenta sulcis aut vineae scrobibus commendentur, ne occasione momenti pereat commoditas caelesti provisione concessa.

Questa disposizione trova rispondenza, in un'altra legge, anch'essa indirizzata al *vicarius urbi* Elpidio e pressoché coeva, in cui Costantino stabilisce chiaramente che: *Sicut indignissimum videbatur diem solis veneratione sui celebrem altercantibus iurgiis et noxiis partium contentionibus occupari, ita gratum ac iucundum est eo die quae sunt maxime votiva, conpleri. Atque ideo emancipandi et manumittendi die festo cincti licentiam habeant et super his rebus acta non prohibeantur* (CTh. 2.8.1, *Imp. Costantinus A. Helpidio* [a.321]).

È evidente dalla loro datazione che queste costituzioni appartengono ai primi anni di regno di Costantino, quando ancora governa con Licinio, periodo in cui si segnala una forte ambiguità dato che, pur sotto il nome di *dies solis,* con il culto del sole cioè, già si tutela nella sostanza la domenica cristiana. Questa lettura è confermata da una legge di Valentiniano II, nella quale si prevede che i trasgressori siano da considerare non solo infami, ma persino sacrileghi, come si legge in CTh. 2.8.18[38], ove Valentiniano II nel 386 insieme a Graziano e a Teodosio, qualifica il *dies solis*, come *quem dominicum rite dixere maiores*, imponendo ancora il dovere di astensione da qualsiasi attività giudiziaria di domenica, appunto: *omnium omnino litium*, *negotiorum, conventionum quiescat intentio*: *debitum publicum privatumque nullus efflagitet; nec apud ipsos quidem arbtiros vel iudiciis flagitatos vel sponte delectos ulla sit agnitio iurgiorum*. *Et non modo notabilis, verum etiam sacrilegus iudicetur, qui a sanctae religionis instinctu rituve deflexerit*.

[38] La legge è data ad Aquileia e pubblicata a Roma, diretta a *Principius p.p. Italiae Illyrici et Africae.* Il notevole intervallo di tempo fra le due leggi è giustificato dal fatto che il manoscritto Taurinense che conserva il titolo CTh. 2.8 è leggibile solo dalla c.18, il cui testo è integrato, per la parte inziale utilizzando la *gemina* CTh. 8.8.3. Delle precedenti diciassette costituzioni, i compilatori del Brev. hanno utilizzato solo quella che nell'ed. Mommsen porta la numerazione CTh. 2.8.1 e, secondo Krueger, i giustinianei avrebbero utilizzato in C. 3.12.2 solo la legge che nella sua edizione egli pone all'inizio del titolo 2.8 con il numero 1a. Nulla quindi sappiamo delle non poche, forse 15, costituzioni che erano presenti nel codice fra le costituzioni di Costantino e quella di Valentiniano II.

La domenica viene ancora a lungo indicata con l'antico nome pagano[39], che permane infatti nella terminologia ufficiale fino a Teodosio I, sebbene andando via via definendosi meglio il complesso di attività[40] da cui astenersi nel giorno dedicato al Signore.

---

[39] Nel *Codex Theodosianus* il binomio *dies solis*, oltre che in CTh. 2.8.1; 8.8.3; 2.8.18; 11.7.3 e 2.8.25, esaminate nel testo, ricorre anche in: CTh. 11.7.10 [a.368]; 8.8.1 [a.368]; 15.5.2 [a.386]; 2.8.19 [a.389]; 2.8.20 [a.392], nessuna delle quali è conservata nel C., tranne CTh.2.8.19, che insieme ad altre due va a formare C. 3.12.6. Da segnalare che nell'*interpretatio*, quando la costituzione è conservata nel *Breviarium*, *dies solis* è regolarmente sostituito da *dies dominicum* o simili (v. ad esempio *int.* a CTh. 2.8.1; 2.8.19; 8.8.3).

Nel *Codex repetitae praelectionis* la locuzione *dies solis* ricorre invece solo due volte, oltre che in C. 3.12.2 di Costantino, in C. 3.12.6, che, come accennato, fonde in un unico testo tre costituzioni del Teodosiano, fra cui CTh. 8.8.3 in cui si fa la precisazione che quello era il nome con cui i *maiores* indicavano la domenica. Questa annotazione è pure presente in CTh. 2.8.18 [a.386]; CTh. 11.7.13 [386], e, non alla lettera, in CTh. 2.8.25 [a.409] (*dominica die, quam vulgo solis appellant*): nessuna delle tre è stata conservata in C. Ci sembra interessante riportare alcuni di questi testi: CTh. 2. 8.18 *De feriis* IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. AD PRINCIPIUM P.P. *Solis die, quem dominicum rite dixere maiores, omnium omnino litium, negotiorum, conventionum quiescat intentio; debitum publicum privatumque nullus efflagitet; nec apud ipsos quidem arbitros vel iudiciis flagitatos vel sponte delectos ulla sit agnitio iurgiorum. Et non modo notabilis, verum etiam sacrilegus iudicetur, qui a sanctae religionis instinctu rituve deflexerit*. PROPOSITA III NON. NOV. AQUILEIAE ACCEPTA VIII K. DEC. ROMAE HONORIO N. P. ET EVODIO CONSS. [3.11.386]; CTh. 8.8.3 *De executoribus et exactionibus* IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. AD PRINCIPIUM P.P. *Solis die, quem dominicum rite dixere maiores, omnium omnino litium negotiorum conventionum quiescat intentio; debitum publicum privatumque nullus efflagitet*; …. DAT. III. NON. NOV. AQUILEIAE, ACCEPTA VIII. KAL. DEC. ROMAE HONORIO NOBILISSIMO PUERO ET EVODIO V. C. CONSS. [3.11.386]; CTh. 11.7.13 De *exactionibus* IDEM < IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS > AAA. AD PRINCIPIUM P.P. *Solis die, quem dominicum rite dixere maiores, omnium omnino litium et negotiorum quiescat intentio; debitum publicum privatumque nullus efflagitet*; … PROPOSITA III NON. NOV. AQUILEIAE HONORIO N.P. ET EVODIO CONSS. [3.11.386]

[40] Come in CTh. 8.8.1, *Impp. Valentinianus et Valens AA. Ad Florianum Consularem Venetiae* [a.?368] (occidentale; conservata dai compilatori giustinianei in C. 3.2.1 sotto la rubrica *de executoribus et exactionibus*,) in cui Valentiniano I proibisce di citare un cristiano di domenica in tribunale; o anche in CTh. 11.7.10: *Die solis, qui dudum faustus habetur, neminem Christianum ab exactoribus volumus conveniri; contra eos, qui id facere ausi sunt, hoc nostri statuti interdicto periculum sancientes* [a.?368] (tale legge occidentale, diretta da Valentiniano a *Florianus consularis Venetiae;* collocata nel codice sotto la rubrica *de exactionibus,* non è stata conservata dai giustinianei); o in CTh. 2.8.18, *Impp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. ad principium pp.* [a.386], su cui v. *infra* nel testo; o ancora in CTh. 15.5.2 *Impppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Rufino pp.* [a.386] (la costituzione è di Teodosio, diretta a Rufino p.p. *Orientis;* sono da segnalarne tuttavia incertezze sulla datazione, su cui si rinvia all'ed. Mommsen, visto che Rufino risulta *pp. Orientis* dal 392 e questa è l'unica costituzione a lui diretta datata 386; inserita nel codice sotto la rubrica *de spectaculis*, non è stata conservata dai giustinianei), ove viene disciplinato il calendario diviso per giorni e ore in cui sia consentito ai giudici partecipare agli spettacoli, proibendo loro peraltro di prendervi parte di domenica. La motivazione mostra come l'ideologia cristiana sia radicalmente diversa da quella pagana, che notoriamente considerava i giochi come un momento nel culto e negli onori tributati agli dei; laddove il divertimento e la distrazione sarebbero stati considerati ora in conflitto con l'osservanza del culto: *Nullus omnino iudicum aut theatralibus ludis aut circensium certaminibus aut ferarum cursibus vacet nisi illis tantum diebus, quibus vel in lucem editi vel imperii sumus sceptra sortiti, hisque ut ate meridiem tantum solemnitati pareant, post epulas vero ad spectaculum redire resostant…2.Illud etiam praemonemus, ne quis in legem nostram, quam dudum tulimus, commitat, nullum solis die populum spectaculum praebeat, nec divinam venerationem confecta solemnitate confundat* (CTh.15.5.2).

Nel 425 finalmente, in CTh.15.5.5[41], compare la parola *Dominico, qui septimanae totius primus est dies*, per rammentare ai fedeli, insieme con la proibizione di qualsiasi tipo di spettacolo nelle feste cristiane (oltre che in coincidenza con la domenica, con il Natale, l'Epifania, la Pasqua e la Pentecoste), di dedicare in quel giorno le loro menti *dei cultibus ... et natali atque epifaniorum Christi paschae etiam quinquagesimae diebus, quamdiu caelestis lumen lavacri imitantia novam sancti baptismatis lucem vestimenta testantur, quo tempore et commemoratio apostolicae passionis totius Christianitatis magistrae a cunctis iure celebratur, omni theatrorum adque circensium voluptate per universas urbes earundem populis denegata totae Christianorum ac fidelium mentes dei cultibus occupentur.*

Da quello che veniva considerato il primo imperatore cristiano in poi, oltre alla percezione dello spazio, subisce dunque una radicale modifica anche quella del tempo, i cui esiti viviamo ancora ai nostri giorni. Il giorno di riposo con cadenza regolare[42] era sconosciuto infatti al calendario pagano[43], cominciandosi a proporre e poi imporre l'astensione regolare dalle attività processuali, poi commerciali, infine anche scolastiche in lenta progressione dall'avvento del Cristianesimo fino a Teodosio II. La diversa organizzazione del tempo faceva sí che i Cristiani, soprattutto nei primissimi secoli dell'impero, fossero subito individuabili e ne valorizzava la identità di gruppo, in mancanza di una loro specificità territoriale o urbanistica. È appena il caso di rammentare, tuttavia, che questa come altre peculiarità del Cristianesimo, inteso con la sua profondissima forza propulsiva

---

[41]Si tratta di una legge di Teodosio II data a Costantinopoli e diretta ad *Asclepiodoto p.p* d'Oriente, inserita nel codice sotto la rubrica *de spectaculis*. I compilatori giustinianei fondono il testo con quelli di CTh. 2.8.19 e 8.8.3, e lo collocano in C. 3.12.6 sotto la rubrica *de feriis* (v. sopra nt. 39).

[42] La cadenza settimanale riproponeva infatti la storia stessa della creazione, da rinnovare continuamente nel ricordo.

[43] In ciò i Cristiani dei primi secoli si avvicinavano semmai ai Giudei che osservavano il sabato, sebbene differenziandosene nel considerare il riposo domenicale solo l'occasione per dedicarsi al culto e non, come nel sabato giudaico, un obbligo di astensione assoluta e totale da qualsiasi attività, la cui trasgressione veniva punita molto severamente. Per la verità, proprio sotto questo profilo, la distanza con gli Ebrei era profondamente ideologica: la teologia cristiana infatti considera le leggi divine soltanto come norme spirituali, e non, come invece accade nell'Ebraismo, anche cogenti norme giuridiche. Ciò consentiva ai Cristiani di vivere in ordinamenti giuridici eterodiretti, senza entrarvi in conflitto.

culturale, riuscí a imprimere di sé nei secoli successivi la vita civile di tutto l'impero, che finí con l'adeguarsi ai precetti cristiani, facendoli propri[44].

5. Agostino e la Città di Dio.

Il fascino di un mondo diverso da quello immanente, in un momento storico che diventa perciò transeunte, rispetto all'eternità della vita ultraterrena, rimarrà a lungo nella ideologia cristiana, come vediamo ancora profondamente in Agostino, che elaborerà un doppio piano di vita, biologica e spirituale, delineando la città di Dio ove espone l'idea di una città situata in una dimensione che si conquista nella vita ultraterrena, dopo averla (invano) cercata in quella terrena.

Il vescovo di Ippona aveva avuto tempo di valutare nel lungo periodo gli effetti della *constitutio Antoniniana* e di elogiare tale provvedimento perché - «*postea gratissime atque humanissime factum est*» - essa aveva consentito «*ut omnes ad Romanorum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis et Romani cives esssent*»[45]. Egli proveniva da una piccola città africana, ma aveva potuto spostarsi fino a Milano[46] dove lo avevano condotto i sui studi di retorica e dove avrebbe ricevuto il battesimo[47] dal carismatico vescovo Ambrogio[48]: da allora in poi sarebbe riuscito a dileguare

---

[44] Si trattò allora di un fenomeno unitario, che nondimeno dette l'avvio a due derive divergenti nelle storie dell'impero d'Occidente, in termini di subordinazione del potere temporale a quello della Chiesa e dell'impero d'Oriente, che, in direzione affatto antitetica, rafforzò invece il suo potere di ingerenza sulle regole religiose, come si evince dal percorso che svolse - attraverso diverse tappe normative - tutta l'ideologia imperiale bizantina a partire da Giustiniano [su cui F. Amarelli, *Giustiniano: un teologo al vertice dell'impero?*, in *Labeo*, 21 (1975), p. 238 e ss. e il mio *Ideologia e legittimazione del potere nella basileia bizantina*, in *SDHI*. 81 (2015), p. 325 e ss.].

[45] V. *supra* nt. 13.

[46] Cfr. Aug., *Confessionum libri XIII* [a.397], in cui Agostino, dal quinto fino al nono libro, racconta del suo soggiorno milanese, fornendo oltre alle annotazioni autobiografiche, anche tante notizie sull'ambiente che lo circondava, fecondo di stimoli intellettuali.

[47] Nella notte di Pasqua, fra il 24 e il 25 aprile del 387, l'autorevole vescovo Ambrogio amministra il battesimo ad un gruppo di *competentes* fra cui c'è anche questo giovane berbero, con un amico ed il figlio. Giunto, qualche anno addietro, nella città imperiale da Tagaste (l'attuale Souk-Ahras, nella florida provincia proconsolare di Numidia, in Algeria meridionale), Agostino, pervaso da terrene ambizioni e con l'incarico ufficiale di insegnare retorica, incoraggiato dal celebre prefetto pagano Quinto Aurelio Simmaco, aveva assolto innanzitutto al dovere istituzionale di far visita al carismatico vescovo della città, iniziando cosí ad appassionarsi alle sue omelie e ai grandi interrogativi della sua coscienza.

[48] L. Cracco Ruggini, nel saggio *Ambrogio e Agostino: due personalità esemplari della militia imperiale (fra IV e V secolo)*, contenuto nel catalogo della mostra *387 d.C. Ambrogio e Agostino. Le sorgenti dell'Europa (Milano,*

«l'inquietudine della vita passata» e ad essere pronto ad affrontare le sue domande su Dio, sul tempo, sulla libertà, sul male, allontanandosi per sempre dal materialismo manicheo, ma anche dalle passate illusioni del sapere. In un certo senso, dunque, aveva potuto godere pienamente dei vantaggi che offriva l'universo globalizzato predisposto con successo dai Romani già da alcuni secoli.

Nonostante le parole (almeno apparentemente) tanto entusiastiche, Agostino rifletteva sulle nuove istanze, che provenivano soprattutto dall'ambiente provinciale in cui svolgeva la sua predicazione, lontano dal centro politico dell'impero (peraltro colpito da una prima, eclatante 'caduta', avvenuta con il sacco dei Goti) e, giunto oramai alla sua maturità, pur rilevando appieno la bellezza del creato terreno, le sue lusinghe, ma anche le sue zone d'ombra, ripercorreva la storia dell'uomo attraverso diverse tappe di formazione di quell'identità separata che i Cristiani avevano rivendicato per sé, come cittadini …stranieri, appartenenti cioè ad una *civitas peregrina*. Egli verificava la forza della religione cristiana, che, infatti, da semplice predicazione spirituale, si era imposta lentamente come potente veicolo di evoluzione culturale, fino a pretendere una legittimazione quale protagonista a tutto tondo (ivi compreso in senso politico) nello Stato. Immaginando la Città di Dio Agostino tratteggiò per primo un concetto compiuto di teologia politica, in merito a cui, sulla falsariga della varroniana[49] *theologia civilis,* di cui rivelava diversi punti

---

dicembre 2003 - 2 maggio 2004), Milano 2003, p. 74 e ss., nota come Ambrogio e Agostino rappresentino una sorta di «emblematiche incarnazioni» delle diverse forze interagenti reciprocamente in ambito cittadino fra quarto e quinto secolo, e cioè «alta burocrazia di corte, grandi generali di estrazione sia provinciale sia barbarica …, ceti emergenti delle città di provincia, famiglie nobili, che monopolizzavano le somme cariche e le sopravviventi magistrature dell'impero». Con ciò ponendo in rilievo le difficoltà che avrebbe incontrato nella realtà un «'piccolo borghese' di provincia, seppur dotato di grande cultura … e forza di pensiero, come Agostino» nel «confrontarsi e 'dialogare' davvero con i rappresentanti di una nobiltà romana altera e consacrata da tradizioni gentilizie secolari (come Ambrogio)» (p. 77).

[49] Nei 41 libri delle *Antiquitates rerum humanarum et divinarum*, Marco Terenzio Varrone esponeva dapprima le *Res humanae*, con particolare attenzione a luoghi, uomini e storia di Roma fin dalle sue origini; poi, nella sezione dedicata alla divisione delle *Res divinae*, distingueva, elaborando tre diverse modalità di approccio al divino, una *theologia* 'fabulare' o mitica, contenente appunto i racconti della mitologia anche attraverso le opere dei poeti; una *theologia* 'naturale', piú elitaria, che comprendeva invece l'elaborazione filosofica sulla religione; una *theologia* infine 'civile', che poneva quest'ultima al servizio dello Stato. Già nel pensiero del grande erudito romano la riflessione sulla religione, originata dagli stoici, era posta dunque in stretta relazione con la vita politica e sociale dei cittadini, ed in particolare calata poi nella storia, cui appartenevano fatti

critici[50] e la necessità di un superamento, poneva il messaggio cristiano in relazione con la storia sociale e politica di un popolo, senza negarne la carica intimistico-spirituale o la dimensione trascendente, ma evocandone la potenziale (e a quel tempo già assodata) capacità di confronto dialettico con la cd. società civile, che poteva spingersi fino alla contestazione dei suoi fondamenti strutturali.

La *Città di Dio* appunto, lungi dall'essere un libro sulla fuga dal mondo, è un libro in cui «il tema ricorrente è quello del 'nostro dovere nell'ambito di questa comune vita mortale', è un libro su come vivere nel mondo distaccati dal mondo»[51]: la antica concezione dello 'sradicamento' dei Cristiani nel mondo esposta nella lettera a Diogneto si era andata, dunque, via via precisando e per certi versi irrigidendo, pur in un impero oramai del tutto cristianizzato[52]. L'impostazione di Agostino, sostanzialmente seguita da Ambrogio[53] e poi in tutta la storia politica d'Occidente, costituirà il perno della successiva autonomia della Chiesa dall'Impero[54].

---

materiali, ma anche costumi, credenze, cultura [cfr. Varro, *Antiq.* (*rer. div.*1) fr. 118].

[50] Cfr. Aug., *De civ. Dei*, 6.3 ss. [*PL.* 41], in part. 6.5.1-3 e 6.6 ss.

[51] P. Brown, *Agostino d'Ippona*, nuova ed. it. Ampliata, Torino 2005, da cui si cita, p. 325; si v. pure, dello stesso autore, *Religione e società nell'età di Agostino*, Torino 1975.

[52] Sui cambiamenti epocali per la storia dell'uomo che avvennero intorno al quarto secolo in poi, cfr. A. Momigliano (a cura di), *Il conflitto fra paganesimo e cristianesimo nel secolo IV*, Torino ed. it. 1968; ancora H. I. MARROU, S. *Agostino e la fine della cultura antica*, trad. it. Milano 1987, e *Decadenza romana o tarda antichità? III-IV secolo*, Milano rist. 2007, in cui se ne rivalutano trasformazioni ed eventi carichi di potenzialità di rinnovamento: al riguardo risulta ancora affascinante la lettura di S. MAZZARINO, *La fine del mondo antico*, Milano 1959; e *L'impero romano,* vol. II, Roma-Bari rist. 2010, in particolare delle pagine di quest'ultimo dedicate alla 'crisi' dello Stato antico e al 'basso-impero', p. 537 e ss.

[53] Sui rapporti, talvolta tempestosi, intercorsi fra Teodosio I ed il Vescovo di Milano, sede imperiale della *pars Occidentis,* e sulla loro rilevanza nella definizione che avrebbero ricevuto (proprio grazie alla forza emblematica di personaggi come Ambrogio) i rapporti Impero-Chiesa nei secoli a venire, cfr., a titolo esemplificativo in una letteratura sterminata, H. Rahner, *Chiesa e struttura politica nel cristianesimo primitivo*, cit., p. 39 e ss.; J. Gaudemet, *Le droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du IIIe au IVe siècle*, in *Ius Romanum Medii Aevi, pars I,3,b*, Milano 1978, p. 71 e ss.; M. Sordi, *La concezione politica di Ambrogio*, in G. Bonamente e A. Nestori (a cura di), *I cristiani e l'impero nel IV secolo. Colloquio sul Cristianesimo nel mondo antico*, *Atti del convegno (Macerata 17-18 dicembre 1987)*, Macerata 1988, p. 143 e ss.; F. Canfora (a cura di e con una nota di lettura), *Ambrogio Simmaco e l'altare della vittoria*, Palermo 1991.

[54] Concetto che invece resterà estraneo a quella d'Oriente, su cui ancora F. P. Casavola, *Il secondo secolo fra due quinte,* cit., p. 235.

Keywords: Christians- Roman Empire- ancient globalisation- estrangement- group identity.

Abstract: Although Christians lived in the Roman Empire and respected its social and legal ways of life, they introduced an idea of estrangement from the earthly world, making them foreigners in every country, reinforcing their group identity. The 'Encomio in Roma' by Elio Aristide and the Letter to Diogneto by an anonymous author, contain, in various respects, reflections on their ideology.

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

Rosanna Ortu

Professore associato di Diritto romano, Università di Sassari

Plaut. *Rud.* 975
«*Mare quidem commune certost omnibus*»

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il mare nelle fonti letterarie. - 3. Linee di interpretazione giurisprudenziale: a) il mare nel *ius civile*. - 4. b) il mare nel *ius gentium*. - 5. c) il mare nel *ius naturale*. - 6. Considerazioni conclusive. Dall'*usus omnium* al *dominium omnium*: il mare come patrimonio comune dell'umanità.

1. Premessa.

Il presente contributo prende le mosse dal contenuto di alcuni significativi versi del *Rudens* di Plauto[1], il quale a proposito del mare scrive:

Plaut., *Rud.* 975: *Mare quidem commune certost omnibus*,

attestando con certezza che il mare è bene comune per tutti.

I versi del Sarsinate rappresentano la testimonianza più risalente in merito al sentire comune del mare nel III sec. a.C., e costituiscono il punto di partenza per avviare una rilettura delle fonti giuridiche e letterarie, con l'intento di proporre una nuova e rinnovata riflessione, a proposito della qualificazione giuridica del mare.

Pertanto, il precorso che in maniera sintetica[2] tenterò di sviluppare in questo contesto avrà le seguenti linee di esposizione: tratterò della concezione del mare negli autori antichi, considerando alcune fonti letterarie, a volte trascurate dalla

---

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

[1] Per le poche notizie riguardanti la biografia di Plauto vedi M. Schanz, C. Hosius *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswek des Kaisers Justinian*[4], VIII.1, München 1935 (rist. 1967), pp. 55 e ss.; F. Della Corte, *Da Sarsina a Roma (Ricerche plautine)*[2], Firenze 1967, pp. 47 e ss.; E. Flores, *Letteratura latina e ideologia del III-II a.C.*, Napoli 1974, pp. 57 e ss.

[2] Una trattazione più ampia delle problematiche inerenti alla qualificazione giuridica del mare, dell'ambiente marino e della pesca nel sistema giuridico romano, sarà oggetto di un mio lavoro monografico attualmente in fase di ultima stesura.

dottrina o solamente citate, per poi dedicarmi alla ricostruzione delle linee di interpretazione giurisprudenziale a proposito del mare mediante l'esame delle testimonianze dei giuristi a partire da Labeone e Aristone per arrivare fino a Ulpiano e a Marciano, seguendo un *iter* di tipo cronologico, che porterà ad inquadrare le attestazioni dei giuristi, per i contenuti dei testi considerati, nell'ambito del *ius civile*, del *ius gentium* e del *ius naturale*.

2. Il mare nelle fonti letterarie

Non è mia intenzione occuparmi in questa sede delle problematiche inerenti al valore e all'opportunità di utilizzazione delle fonti letterarie ai fini della ricostruzione degli istituti giuridici romani sia nel campo del diritto privato, sia in quello del diritto pubblico. Vale solo la pena osservare che negli studi più recenti l'uso delle fonti letterarie e della tradizione annalistica costituisce ormai un riferimento costante e imprescindibile, in particolar modo se l'analisi dei testi degli autori antichi è condotta «con quello spirito e quel metodo che Santo Mazzarino ha insegnato alle scienze romanistiche del nostro tempo»[3]. Mi soffermerò solamente sulla questione inerente al valore della testimonianza di Plauto, che, come è noto, ha suscitato sempre molteplici riflessioni critiche da parte della dottrina.

A) Plauto

La testimonianza letteraria più antica a proposito della concezione del mare, come ho già anticipato nella premessa, è rappresentata dai versi del *Rudens* di Plauto.

[3] F. Sini, *Persone e cose:* res communes omnium. *Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 7 (2008), pp. 2 e ss. [www.dirittoestoria.it], il quale rileva, a proposito dell'uso e dell'analisi delle fonti letterarie che «sovente queste analisi conducono a risultati sorprendenti per il moderno giurista: come ho avuto modo di mostrare, a proposito di Virgilio, nel mio libro *Bellum nefandum*». Per i rapporti tra annalistica e diritto, rinvio alla lettura delle pagine di S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico*, Roma-Bari 1966 [rist. 1988].

Nel ricercare un criterio metodologico attraverso cui leggere Plauto, la dottrina romanistica, non è concorde sul valore da attribuire alle testimonianze del sarsinate.

Alcuni studiosi ritengono che l'opera di Plauto non possa costituire testimonianza attendibile per gli istituti giuridici romani di quel periodo storico[4]. Così L. Labruna, respingendo l'attendibilità delle notizie fornite dal commediografo, pensa che non si possano utilizzare neppure come «fonte di cognizione indiretta del diritto (greco o romano che sia) al pari di altre opere letterarie che, pur nella loro atecnicità, erano destinate non alla rappresentazione [...] ma alla lettura»[5].

Altri studiosi, invece, riconoscono ai testi di Plauto il valore di fonte indiretta di cognizione del diritto romano. Per costoro, nelle *fabulae* di Plauto è possibile scorgere elementi tipici del diritto romano, nonostante vi siano forti contaminazioni del diritto greco. Quindi dall'esame dei versi delle commedie plautine si trarrebbero notizie utili per la conoscenza del diritto romano[6].

---

[4] Vedi, tra gli altri, P.F. Girard, *Manuel*, cit., pp. 552 n. 2; R. Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, in *Nouv. Études d'Hist. du droit*, Paris 1902, pp. 149 e ss.; C. Ferrini, *Sull'origine*, cit., pp. 57 e ss; L. Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'"emptio" consensuale*, in *Labeo* 14 (1968), pp. 24 e ss. (= *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, pp. 23 e ss.); Id., *La "romanistica"*, in *Introduzione alla cultura classica*, Milano 1970, pp. 170 e ss.; Id., *Plauto, Manilio, Catone: fonti per lo studio dell'emptio consensuale?*, in *Adminicula*, Napoli 1988, pp. 199 e ss. Appare, invece, contraddittorio l'atteggiamento di Th. Mommsen, *Römische Geschichte*, vol. II, Berlin 1861, trad. it. a cura di D. Baccini, G. Burgisser, G. Cacciapaglia, Firenze 1972, pp. 903 e ss., il quale afferma che Plauto può essere considerato come un semplice traduttore della commedia attica e ritiene che costui, in qualità di traduttore, abbia «conservato ciò che gli originali contenevano di buono invece di crearlo e quel tanto che in queste rielaborazioni si può con ogni probabilità considerare come creazione del traduttore non va oltre la mediocrità» (p. 1107). Lo stesso Autore, però, nonostante questo giudizio, ha utilizzato in più occasioni i testi plautini come fonte per la ricostruzione di istituti tipici del diritto romano. Si veda anche G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, p. 90 e ss.: «il commediografo traduce dal greco, e le scene normalmente sono in Grecia; gli accenni giuridici pertanto si riferiscono ad istituti quasi sempre greci e raramente romani» (p. 90), salvo riconoscere elementi di romanità in alcuni versi in cui si fa riferimento a tematiche giuridiche (vedi p. 91, *capt.* v. 823; *rud.* v. 373).

[5] L. Labruna, *Plauto*, cit., p. 35.

[6] In questo senso si sono espressi A. De Senarclens, *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, in *Tijd.* 4 (1923), pp. 384 e ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente Romaine*, Paris 1930, pp. 19 e ss.; E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Roma 1890 (rist. an. 1968), 17 e ss.; C.St. Tomulescu, *La "mancipatio" nelle commedie di Plauto*, in *Labeo* 17 (1971), pp. 284 e ss.; G. Rotelli, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR* 75 (1972), pp. 97 e ss.; L. Manna, *"Actio redhibitoria" e responsabilità per vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano 1995, p. 23; É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, München 1997, pp. 123 e ss.

La dottrina ha elaborato diversi criteri per individuare gli elementi giuridici tipicamente romani all'interno delle commedie di Plauto. Il metodo usato dal Costa si fonda sulla semplice analisi dell'utilizzazione dei termini, metodo che porterebbe all'identificazione degli istituti greci con quelli indicati da parole greche, e romani quelli contrassegnati dall'uso di lemmi latini. L'analisi del Costa non è stata immune da critiche[7], anche da parte di chi riconosce valore di fonte di conoscenza del diritto romano alle *fabulae* plautine[8].

A questo proposito sono significativi gli studi del Rotelli, il quale esprime perplessità sul metodo adoperato dal Costa (e da altri autori) e cerca di dimostrarne l'inconsistenza. Il Rotelli ritiene che i testi delle commedie devono essere studiati attraverso una analisi filologica, l'unica capace di consentire l'individuazione «delle aggiunte plautine e trarre dal loro esame uno schema tipico di ampliamento giuridico»[9].

Il Paoli invece, mediante la combinazione dell'analisi filologica e giuridica, procede ad una divisione dei dati giuridici contenuti nei luoghi plautini in tre categorie: attici, romani, e attici romanizzati[10].

---

[7] Sul punto vedi le osservazioni critiche di R. Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute, in Nouv. Études d'Hist. du droit*, Paris 1902, pp. 149 e ss., il quale è contrario a considerare totalmente romani i riferimenti al diritto presenti nelle commedie di Plauto. L'A. ritiene che alla base della palliata plautina vi sia la rappresentazione della realtà greca e non romana, tanto è vero che i dialoghi generalmente corrispondono ad una traduzione fedele dei modelli attici. Per tanto, il Dareste individua soprattutto elementi di diritto attico nelle allusioni giuridiche contenute nei versi delle *fabulae* plautine, anche se in alcune occasioni non può negare l'esistenza di riferimenti ad istituti tipici del diritto romano. Della stessa opinione C. Ferrini, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere*, vol. III, Milano 1929, pp. 60 e ss., il quale propende ad applicare la teoria del Dareste per i luoghi plautini in materia di compravendita. Più recenti le critiche sull'impostazione del Costa da parte di L. Labruna, *Plauto*…, cit., p. 26.

[8] Si veda soprattutto U.E. Paoli, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962, pp. 1 e ss.; G. Rotelli, *Ricerca*…, cit., pp. 97 e ss.

[9] G. Rotelli, *Ricerca*…, cit., p. 132, ritiene che le aggiunte plautine di matrice giuridica avvenissero mediante l'ampliamento dello schema tipico che già prevedeva allusioni al diritto, oppure attraverso l'inserimento di nuovi riferimenti giuridici in contesti che in origine non li contenevano. Di conseguenza, secondo il Rotelli, l'analisi filologica, in alcuni casi, dovrà essere combinata con l'esame «delle testimonianze di oratori attici», al fine di stabilire con certezza quali contenuti fossero tipicamente romani e quali invece appartenessero al diritto greco.

[10] U.E. Paoli, *Comici*…, cit., p. 46. *Contra* G. Rotelli, *Ricerca*…, cit., p. 100. Il metodo del Paoli viene condiviso e applicato da F. Treves Franchetti, v. *Plauto*…, in *NNDI* 13, Torino 1966, pp. 130 e ss.; M.V.

Le metodologie elaborate dal Paoli e dal Rotelli, caratterizzate da molti elementi comuni, hanno il pregio di aver consentito l'individuazione di numerosi passi in cui è certo l'intervento plautino in materia giuridica.

Il commediografo, nato a Sarsina intorno al 259-251 a.C., e vissuto a Roma fino al 184 a.C., anno della sua morte, compose le sue *fabulae* tra il 204 e il 184 a.C.[11]: a ben vedere, le sue commedie possono essere considerate fonte utile per la ricostruzione di alcuni istituti giuridici romani risalenti al III sec. a.C.

Il Sarsinate fa riferimento alla concezione del mare nella commedia *Rudens*, scritta tra la fine del III e gli inizi del II sec. a.C. La commedia, che si sviluppa in cinque atti, si svolge significativamente nella spiaggia (*litus*) di Cirene e nel quarto atto si legge:

Plaut., *Rud.* 975 (4.3.5): *Mare quidem commune certost omnibus.*

… *in mari inventust communi* (4.3.38)

Giangrieco Pessi, *"Agentarii" e trapeziti nel teatro di Plauto*, in *AG* 201, 1981, p. 45, la quale, inoltre, è dell'avviso che le aggiunte di Plauto ai canovacci della commedia attica siano giustificate dall'esigenza di «avvicinare il testo e la trama alla comprensione dei suoi spettatori; cosicché, l'intreccio delle commedie plautine, anche se tratto da un originale greco, riceve, comunque, apporti rilevanti ed originali del poeta latino» (p. 47) ed intravede nell'esame dello 'stile' delle aggiunte plautine un possibile nuovo criterio per la loro individuazione: «infatti, pur tenendo presente che lo stile non necessariamente si riconnette al contenuto, tale spirito innovativo potrebbe testimoniare l'esigenza sentita dai commediografi latini ad avvicinarsi agli spettatori» (p. 51). Per quanto attiene al pubblico delle commedie plautine e allo stretto rapporto esistente tra spettatori e rappresentazione della palliata, vedi i recenti studi di R.C. Beacham, *The Roman Theatre and its Audience*, London 1991, p. 33; L. Cicu, *Spectator in fabula. Ut aeque mecum sitis gnarures (Poen. 47)*, in *Sandalion*, 18 (1995), pp. 67 e ss.; R. Raffaelli, *Spectator in fabula*, in *Aufidus*, 10 (1996), pp. 7 e ss.

[11] Sulla datazione dell'inizio dell'attività del commediografo di sarsina, fatta risalire al 204 a.C., v. M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*…, cit., p. 55. Vedi però Cic., *de rep.* 4.11 (*fragmentum*): *patiamur, inquit, etsi eiusmodi cives a censore melius est quam a poeta notari; sed Periclen, cum iam suae civitati maxima auctoritate plurimos annos domi et belli praefuisset, violari versibus et eos agi in scaena non plus decuit, quam si Plautus, inquit, noster voluisset aut Naevius Publio et Gnaeo Scipioni aut Caecilius Marco Catoni maledicere*, dove Plauto viene accomunato a Nevio per i serrati attacchi ai due Scipioni. Da ciò si potrebbe dedurre che la produzione di Plauto possa farsi risalire a qualche anno prima della morte di questi avvenuta in Ispagna nel 212 a.C.: sul punto vedi L. Ferrero, *La letteratura latina*, Firenze 1959, p. 40; E. Flores, *Letteratura*…, cit., p. 58 n. 16, il quale è propenso a individuare negli anni successivi al 215 a.C. l'inizio dell'attività letteraria di Plauto. Per quanto attiene alla cronologia delle commedie plautine, faccio riferimento a F. Della Corte, *Da Sarsina*…, cit., pp. 47 e ss., il quale ritiene che l'*Asinaria* risalga al 207, il *Miles gloriosus* al 205, la *Cistellaria* e il *mercator* agli anni di poco precedenti al 200 mentre, con qualche riserva, lo *Stichus* viene considerato risalente al 200 e *Pseudolus* al 191. Invece, in merito alla restante produzione di commedie il Della Corte è dell'avviso che debbano essere datate a partire dagli anni posteriori al 200 fino all'anno della morte. Dello stesso avviso E. Flores, *Letteratura*…, cit., pp. 59 e ss. Sulla cronologia delle *fabulae* plautine si veda anche E. Costa, *Il diritto*…, cit., pp. 40 e ss.

… *dicant in mari communi captos* (4.3.42).

Il dato interessante, ribadito in più versi, è che il mare è considerato con certezza (*certost*) bene comune per tutti. *Commune* è il termine utilizzato dal commediografo per caratterizzare in maniera costante il mare o ciò che è collegato al mare.

Nei versi della commedia la valenza di *commune* rientra sicuramente nella nozione classica del termine, per cui *commune* anche in questo contesto si contrappone al significato di *proprium*[12]. Inoltre, a mio avviso la testimonianza di Plauto deve essere intesa anche come uno di quei luoghi in cui il commediografo fa riferimento ad elementi 'attici romanizzati'[13], attestando «un'opinione corrente nel mondo romano già dal III sec. a.C. e generalmente ammessa con continuità in tutto il Mediterraneo»[14]. Plauto, pertanto, risulta essere testimone di una concezione del mare che era comune nel mondo antico, diffusa e ricorrente non solo tra i Romani ma anche tra i Greci e gli Egizi e i popoli dell'Oriente Mediterraneo[15].

---

[12] In questo senso A. Ernout, A Meillet, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*, v. «*munis*», Paris 1932, p. 421. Al riguardo vedi anche E. Costa, *Il diritto*…, cit., pp. 40 e ss., il quale ritiene che il *commune* dei versi del *Rudens* debba essere inteso «come ciò che è di tutti i membri dell'umano consorzio, anche all'infuori degli appartenenti ad un determinato organismo politico». Sulla scia del Costa anche A. Dell'Oro, *Le* res communes omnium *dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati* 31 (1962-1963), pp. 237-290 [ora in I. Fargnoli, C. Luzzatti, R. Dell'Oro, *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo Dell'Oro*, Milano 2015, pp. 178 e ss.].

[13] Vedi U.E. Paoli, *Comici*…, cit., p. 46; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Roma 1928, p. 598, rileva che la concezione del 'mare come bene comune per tutti' espressa da Plauto derivi da modelli greci.

[14] G. Purpura, *'*Liberum mare*", acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, in *AUPA*, 49 (2004), pp. 165 e ss.

[15] Cfr. G. Purpura, *'*Liberum mare*"*…, cit., pp. 165 e ss., il quale delinea in maniera molto ampia e precisa la concezione del mare dei popoli del Mediterraneo, soffermandosi in particolare sulla visione del mare, dell'ambiente marino e le concessioni di pesca nel mondo greco in cui si attesta «un'istintiva e naturale concezione di libertà in mare, riflessa in un brano delle Leggi di Platone o in un frammento superstite del commediografo Fenicide di Megara in cui, nel III sec. a.C., si dichiara ancora come cosa ben nota, l'appartenenza esplicita del mare alla comunità umana». L'A. inoltre sostiene che «la prassi greco orientale e quella egiziana, … sembrano in generale in sintonia con la concezione romana non patrimonialistica del mare e delle spiagge. In base alle testimonianze attualmente disponibili, appare infatti possibile riconoscere la persistenza in tutto il bacino del Mediterraneo antico - tanto in Oriente che in Grecia, sia a Roma che in Egitto - della concezione del mare come cosa comune a tutti gli uomini fin da un tempo assai remoto. Sembra poi possibile contestare l'esistenza nell'ambito greco, orientale ed egiziano di un concetto astratto di sovranità

B) Cicerone

Anche nel pensiero di Cicerone, espresso nella *Pro Roscio*[16], è possibile scorgere una nozione del mare strettamente agganciata ai concetti di *commune* e di uso comune, ed assimilata all'aria, alla terra e al *litus*:

Cic., *Pro Roscio* 26.72: *Etenim quid tam est commune quam spiritus vivis, terra mortuis, mare fluctuantibus, litus eiectis?*

Una concezione che ben si inquadra nella visione ciceroniana di stampo universalistico[17], fortemente condizionata dalla filosofia stoica[18], che porterà il grande oratore a teorizzare nel *De officiis*[19], la concessione a tutti dell'uso dei beni generati dalla natura per il comune vantaggio di tutti gli uomini e goduti dagli uomini "come patrimonio di tutti e di ciascuno":

---

sul mare e dunque di acque territoriali e di riserve di pesca, se non limitato alle acque interne, come è stato correttamente indicato per il mondo romano» (pp. 168 e ss.).

[16] Sulla datazione dell'orazione, assai controversa, che viene genericamente collocata negli anni 83-66 a.C., v. M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, cit., pp. 489 e ss.; C. Marchesi, *Storia della letteratura latina*[8], vol. I, rist. Milano 1966, pp. 310 e ss.

[17] A proposito dello stretto collegamento tra la vocazione universalistica e *humanitas* rinvio a F. Sini, *Persone*…, cit., p. 4, il quale afferma che: «autorevolissimi studiosi hanno sottolineato la forte valenza della nozione romana di *humanitas*; in concreto essa si manifestava come autentica vocazione universalistica che trovò la sua piena ed originaria collocazione nello *ius naturale*». Sulla nozione romana dell'*humanitas* in questo periodo storico, rinvio a C. Giachi, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, pp. 565 (ivi ampia bibliografia sul tema). Ma vedi anche L. Garofalo, *L'*humanitas *nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 4 (2005), <http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm>, il quale nel sottolineare i collegamenti tra *humanitas* e filosofia storica scrive: «Con questo termine, nato nel circolo del giovane Scipione, console nel 147 a.C., nel quale la filosofia greca era coltivata accanto alla lingua e alla letteratura latina, si dava espressione, sotto l'impulso di talune correnti di pensiero riconducibili soprattutto a Panezio, a un sentimento forte: quello della dignità e sublimità che sono proprie della persona umana e la pongono al di sopra di tutte le altre creature del mondo. L'*humanitas* coglie dunque il singolare valore dell'uomo, che lo obbliga a costruire la propria personalità, a educarsi sul piano culturale e morale, ma anche a rispettare e favorire lo sviluppo della personalità altrui».

[18] A proposito dell'influenza filosofia stoica sul pensiero di Cicerone, rinvio a A. Steinwerter, Utilitas publica – utilitas singulorum, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar 1939, pp. 84 e ss.

[19] Si ritiene comunemente che il *De officiis* risalga al 44 a.C. Sulla datazione dell'opera rinvio a M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*…, cit., pp. 489 e ss.; C. Marchesi, *Storia della letteratura latina*, 8ª ed., vol. I, rist. Milano 1966, pp. 310 e ss. Si vedano anche, per gli aspetti giuridici: F. Hernández-Tejero, *El pensamiento jurídico en Cicerón: de officiis (libro II)*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 15 (1971), pp. 7 e ss.; P.A. Brunt, *Cicero's officium in the Civil War*, in *JRS* 76 (1986), pp. 12 e ss.

Cic., *De off.* 1. 51-52: *Ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est; in qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas…* [52] *Una ex re satis praecipit, ut, quicquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si qui velit, consilium fidele deliberanti dare, quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum.*

Dal passo di Cicerone emerge in maniera evidente come tale concezione universalistica fosse «radicata nella mentalità giuridica e nella coscienza civile dei Romani: l'*utilitas communis* sarebbe "naturalmente" anche del singolo, il quale vedrebbe in tal modo tutelati i propri diritti attraverso la tutela di quelli collettivi, in quanto appunto anche suoi, per la parte di propria pertinenza: *eadem sit utilitas uniuscuiusque et universorum*»[20], visione che si armonizza con la nota definizione di *res publica* ciceroniana, in cui viene menzionata la *utilitatis communio* fra gli elementi costitutivi del *populus*[21]:

Cic., *De re publ.* 1.39: *'Est igitur,' inquit Africanus, 'res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus'.*

Appare evidente che nel pensiero ciceroniano il mare sia inquadrato in una visione ben precisa, e di più ampio respiro, da cui deriva una utilità giuridica comune degli uomini considerati singolarmente come cittadini e collettivamente come *Populus*.

C) Ovidio

---

[20] G. Sanna, *Il mare patrimonio dell'umanità: l'esperienza giuridica romana*, in *IV settimana della cultura scientifica*, Sassari 1996, p. 2. Visione del Sanna pienamente condivisa da F. Sini, *Persone*, cit., p. 4.

[21] Cfr. G. Sanna, *Il mare*…, cit., p. 2; F. Sini, *Persone*…, cit., p. 4.

La dottrina romanistica[22], fin dai tempi più risalenti, cita un passo delle Metamorfosi[23] di Ovidio[24] come esempio di attestazione dell'uso comune del mare:

Ovid., *Met.* 6.349-355: *Quid prohibetis aquis? Usus communis aquarum est*

Nec solem proprium natura nec aera fecit

Nec tenues undas, ad publica munera venit.

Nel testo in realtà non si menziona letteralmente il mare, ma si fa genericamente riferimento all'uso comune dell'acqua: nel contesto specifico, le parole pronunciate dalla figlia di Titano alludono all'uso dell'acqua lacustre che come altri beni naturali generati dalla natura (si fa l'esempio anche del sole e dell'aria) non sono di proprietà dei singoli ma di uso comune.

Il pensiero di Ovidio è comunque interessante, poiché l'autore latino, vissuto a cavallo tra il I sec. a.C. e il I sec. d.C., annovera l'acqua limpida utile per abbeverarsi come un bene di uso comune, confermando in pieno la visione ciceroniana.

D) Virgilio

La visione del mare da parte di Virgilio[25] si riscontra in alcuni versi dell'Eneide:

---

[22] Vedi tra gli altri E. Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, p. 95; B. Biondi, *La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, vol. I, Palermo 1925, p. 4, n. 3; V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. II, Roma 1928, p. 131; A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 179; G. Sanna, *Il mare*…, cit., p. 1; F. Sini, *Persone*…, cit., p. 15, n. 9.

[23] Sulle Metamorfosi si vedano M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., pp. 235 e ss.; L. Castiglioni, *Studi intorno alle fonti e alla composizione delle Metamorfosi*, Pisa, 1906; A. Rostagni, *Il verbo di Pitagora*, Torino 1924, pp. 248 e ss.; A. Menzione, *Ovidio. Le metamorfosi. Sintesi critica e contributo per una rivalutazione*, Torino 1964.

[24] Sul poeta Ovidio si rinvia a M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*…, cit., pp. 206 e ss., (ivi letteratura precedente).

[25] Per quanto riguarda la biografia e le opere di P. Virgilio Marone si rinvia a M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., pp. 31 e ss. Sull'opera di Virgilio negli studi romanistici vedi F. Stella Maranca, *Il diritto romano nell'opera di Virgilio*, in *Historia*, 4 (1930), pp. 577 e ss.; F. Sini, *Bellum nefandum.*

Verg., *Aen*. 7.228-230: *Diluvio ex illo tot vasta per aequora vecti / dis sedem exiguam patriis litusque rogamus / innocuum et cunctis undamque auramque patentem*,

in cui il grande poeta parla di distese marine, del *litus*, e auspica acqua e aria libere per tutti.

E) Seneca

Infine, il pensiero di Seneca[26] in tema di mare, fortemente intriso di principi della filosofia stoica[27]: nel *De beneficiis*, opera abitualmente collocata dagli studiosi negli anni 54-64 d.C.[28], il filosofo scrive che:

Sen., *De ben*. 4.28: *Deus quoque quaedam munera in universum humano generi dedit, a quibus excluditur nemo; nec enim poterat fieri ut ventus bonis viris secundus esset, contrarius malis: commune autem bonum erat, patere commercium maris, et regnum humani generis relaxari*.

Nell'ottica filosofica dell'opera, in cui si analizza il senso del dare e del ricevere, Seneca osserva che anche Dio ha dato in dono a tutto il genere umano alcune cose dalle quali nessuno è escluso e cita direttamente il mare, attestandone la sua comune utilità.

Dall'analisi delle fonti letterarie esaminate in questo paragrafo, riferite specificamente al mare e in generale all'acqua, appare evidente come il mare, al pari

---

Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico", Sassari 1991, (ivi accurata bibliografia virgiliana a cui si rinvia).

[26] Sul filosofo vedi M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte der römischen Literatur*, vol. II, cit., 679 e ss.; C. Marchesi, *Seneca*, Milano-Messina, 1944, pp. 217 e ss.; I. Lana, *L. Anneo Seneca*, Torino 1965. Sul pensiero giuridico di Seneca vedi F. Stella Maranca, *Seneca giureconsulto*, Lanciano 1926; R. Düll, *Seneca iureconsultus*, in *ANRW* II.15, Berlin-New York 1976, pp. 364 e ss. (sul quale vedi le considerazioni critiche di M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*…, cit., pp. 195 e ss.); A. Mantello, *'Beneficium' servile - 'debitum' naturale. Sen.,* de ben. *3.18.1 e ss. - D. 35.1.40.3 (Iav.,* 2 ex post. Lab.*)*, Milano 1979; P. Grimal, *Seneca*, trad. it., Milano 1992; M. Brutti, *Il potere, il suicidio, la virtù. Appunti sulla 'Consolatio ad Marciam' e sulla formazione intellettuale di Seneca*, in A. Calore (a cura di), *Seminari di storia e di diritto*, Milano 1995, pp. 65 e ss. Da ultima, C. Giachi, *Studi*…, cit., pp. 563 e ss.

[27] Cfr. C. Giachi, *Studi*…, cit., 563 e ss., osserva che «Seneca, ad esempio fu una sorta di collettore e filtro e, con il suo vasto e vario orizzonte culturale, oltre che grazie alla sua posizione a fianco del principe, operò come mediatore, veicolando idee e tensioni nella cultura a lui contemporanea. La sua formazione principalmente, ma non unicamente, stoica lo condusse a una profonda ricerca etica».

[28] Per la datazione dell'opera, si veda M. Schanz, C. Hosius, *Geschichte*, cit., pp. 679 e ss.

di altre entità naturali, a partire dal III sec. a.C. fino al I sec. d.C., fosse considerato dagli autori antichi bene comune, da cui consegue la comune utilità dell'ambiente marino per gli esseri umani.

3. Linee di interpretazione giurisprudenziale: a) il mare nello *ius civile*.

Dalle testimonianze più risalenti dei giuristi romani è possibile delineare una configurazione del mare che lo inquadra dal punto di vista giuridico nell'ambito del *ius civile*[29] (nella sua accezione *strictu sensu* di *ius proprium civitatis*, applicabile ai soli *cives* romani) fra le *res publicae*[30].

In tale ottica è possibile collocare la visione giuridica del mare che emerge sia in un passo di Labeone[31] e sia in un testo di Aristone[32].

L'opinione di Labeone è tramandata in un frammento di Ulpiano[33]:

D. 43.12.1.17 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Si mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: ne quid in mari inve litore quo portus, statio interve navigio deterius fiat*.

Ulpiano, nel testo a commento del libro 68 *ad edictum*, inserito dai compilatori giustinianei nel titolo XII del libro 43 del Digesto "*De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*", riporta il pensiero di Labeone, il quale attesta

---

[29] Per una visione del mare nell'ambito del *ius civile* rinvio all'interessante punto di vista di P. Maddalena, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée (Actes de colloque, Tunis - Novembre 1993)*, Tunis 1995, pp. 251 e ss.

[30] Per le *res publicae* rinvio a M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di* res publicae, Torino 1999, ivi ampia bibliografia precedente sul tema. Ma vedi anche F. Sini, *Persone*…, cit., pp. 6 e ss., il quale a proposito del significato dell'espressione *res publicae* scrive che: «è oltremodo semplice e pregnante nello stesso tempo: come insegnano i linguisti, la etimologia dell'espressione porta a *res populi* (*populicae*, *poplicae*), cioè alle *res* del Popolo romano; ma l'espressione *res publica populi Romani* stava anche a designare l'organizzazione politica del *Populus Romanus*, che noi moderni siamo soliti distinguere tra repubblica e impero».

[31] Su Labeone rinvio a: A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das Römisches privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 1, Halle 1873, pp. 68 e ss. Per i frammenti delle opere di Labeone, rinvio a O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, Lipsiae 1889, col. 544 e ss. Ma vedi anche F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II, I, Lipsiae 1898, 142; Ph. Huschke, E. Seckel, B. Kübler, *Iurisprudentiae Anteiustinianae reliquiae*, 6ª ed., vol. I, Lipsiae 1908, p. 61, si veda anche H. Funaioli, *Grammaticae Romanae fragmenta*, Lipsiae 1907, p. 557.

[32] Per i frammenti di Aristone, rinvio a O. Lenel, *Palingenesia*…, vol. I, cit., col. 70 e ss.

[33] A proposito dei frammenti delle opere di Ulpiano, vedi O. Lenel, *Palingenesia*…, vol. II, cit., col. 632 e ss.

che alla fine del I sec. a.C. e agli albori del I sec. d.C. si concedeva in via utile[34] l'interdetto popolare per la navigabilità dei fiumi. Labeone in maniera molto chiara scrive che "qualora si faccia qualche cosa nel mare, compete l'*interdictum* che stabilisce il divieto di fare alcuna cosa nel mare, nel lido, che renda o possa rendere peggiore il porto o il passaggio delle navi": *interdictum*, come già detto, che era previsto per i fiumi notoriamente considerati dai giuristi beni pubblici[35]. In questo caso l'applicazione in via utile dell'interdetto attesterebbe una equiparazione del mare e del lido ai fiumi, da cui ne consegue che nel pensiero di Labeone il mare aveva un carattere pubblico[36].

Inoltre, gli interdetti popolari, come osserva Andrea Di Porto, erano stati «introdotti in relazione a quelle *res publicae*, che, per il fatto di essere destinate all'uso comune (che coincide con l'uso pubblico), vengono dai giuristi classificate come *res in usu publico*. E di tali *res* gli interdetti popolari caratterizzano il regime, differenziandolo dalle altre *res publicae*»[37]. Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe pertanto ipotizzare che già ai tempi di Labeone il carattere pubblico del mare sia rivolto piuttosto verso una concezione in cui prevale la caratteristica di bene comune di uso pubblico[38].

Tale visione è ulteriormente confermata dalle parole di Aristone:

---

[34] Sull'estensione in via utile dell'interdetto sulla navigabilità dei fiumi al mare, prevista nel frammento di Labeone, vedi A. Di Porto, Res in usu publico *e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino 2013, p. 35, n. 67. In merito alla tutela delle *res publicae* mediante gli interdetti, vedi F. Sini, *Persone*, cit., p. 7, il quale giustamente osserva che: «in sostanza, nel sistema giuridico-religioso romano al cittadino, al *quivis e populo*, era affidata la gran parte della responsabilità nella tutela delle *res publicae*, attraverso la possibile utilizzazione di strumenti come gli interdetti popolari e l'*operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia*. Si trattava di strumenti giuridici che tutelavano un diritto proprio di qualsiasi cittadino, in quanto parte del Popolo romano: un diritto cioè che apparteneva al *civis* (a ciascun cittadino) come membro del popolo e non già al popolo come ente diverso e distinto dal cittadino. I citati interdetti si fondano dunque sulla sovranità dei *cives* e sul generale diritto dei cittadini romani all'uso comune delle *res publicae*». Per la tutela di fiumi e mari, rinvio a M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003. Ma vedi anche G. Santucci, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, per l'*operis novi nuntiatio*.

[35] A tal proposito vedi tra tutti M. Fiorentini, *Fiumi*…, cit., pp. 54 e ss.

[36] Vedi A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., 194 e ss.; P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., pp. 251 e ss.

[37] A. Di Porto, Res…, cit., p. 34.

[38] P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., pp. 251 e ss.

D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ex Plaut.*): *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum*,

il quale afferma che così come diventa privato ciò che sia stato edificato nel mare, allo stesso modo diventa pubblico ciò che sia stato occupato dal mare[39].

Il pensiero di Aristone conferma il carattere pubblico del mare, che, per dirlo con le parole del Maddalena, «è pubblico e perciò appartiene al *Populus*»[40]. In aggiunta, dalla combinazione dei dati contenuti nei due testi di Labeone e di Aristone, ed in virtù di questa connotazione di bene pubblico conseguentemente di appartenenza del *Populus*, «ai singoli è concesso edificare nel mare (o sulla spiaggia) purché non si ostacolino gli usi comuni del mare. È in sostanza una forma di uso comune di un bene pubblico»[41]. Sembrerebbe pertanto, che alla fine dell'età repubblicana e alle origini del principato, inizi a farsi strada una concezione giuridica del mare che, ad opera dei giuristi, è collocato, nell'ambito del *ius civile*, fra i bene pubblici e più specificamente fra i beni pubblici di uso comune, sostanzialmente coincidente con la nozione di beni di uso pubblico[42].

Appare chiaro che in questo momento storico l'attenzione dei giuristi è rivolta ad affermare la possibilità di uso pubblico dei singoli nei confronti del mare, considerato di per sé bene pubblico, in una accezione che comprende anche gli spazi occupati dal mare, purché ciò non renda peggiore l'utilizzazione del bene pubblico mare da parte di altri soggetti della collettività.

---

[39] A proposito di questo teso di Aristone, B. Biondi, *La condizione*…, cit., p. 279, rileva un evidente contrasto logico. Ma vedi anche G. Branca, *Le cose* extra patrimonium humani iuris, Trieste 1941, p. 218, il quale osserva che in questo contesto il termine *publicum* è usato solo per una immediata contrapposizione a *privatum* e che ciò che è occupato dal mare non è bene privato e sta al di fuori del patrimonio dei singoli. Sul frammento di Aristone vedi anche A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 194 e ss.

[40] P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., p. 251.

[41] P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., *ibidem*.

[42] Vedi A. Di Porto, Res…, cit., p. 34.

La concezione di Labeone e di Aristone trova riscontro nel pensiero di Celso[43], il quale, come è noto, fu membro del *Consilium* di Adriano:

D. 43.8.3 pr.-1 (Cels. 39 *dig.*): *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

Il giurista adrianeo conferma l'appartenenza del lido al *Populus Romanus*, per i casi in cui si trovi nell'*imperium* del *Populus Romanus*. Oltre a ciò, Celso ribadisce l'uso comune del mare per tutti gli uomini, sottolineando la possibilità di realizzare costruzioni nel mare (nel passo si cita testualmente l'edificazione di moli) purché tali costruzioni non intralcino l'uso del mare o del lido.

Anche in questo testo emerge una concezione che prevede l'uso pubblico del bene, che si esplica anche nella possibilità di realizzare costruzioni come i moli, con l'unico limite di non intralciare l'uso comune del mare o del lido. In questo caso, vale la pena osservare che non trova applicazione il principio privatistico *superficies solo cedit*, in quanto l'appartenenza del bene a tutti e l'uso comune che tutti possono fare di quel bene includono anche la possibilità di costruire[44], e da questo principio inoltre deriva l'appartenenza al costruttore di ciò che è stato costruito, così come capitava per le costruzioni edificate sul *litus maris* citate da Nerazio in D. 41.1.14.pr.-1:

---

[43] Su Celso e le tecniche interpretative dei giuristi romani rinvio a M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1975. Ma vedi anche C. A. Cannata, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di Letizia Vacca, vol. II, Torino 2012, pp. 334 e ss.

[44] Sul punto rivio in particolare B. Biondi, *La condizione*…, cit., p. 277; A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 195; P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., pp. 252 e ss. Da ultimo vedi G. Sanna, *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, in *RDN* 2012, pp. 184 n. 121, il quale rileva a proposito del regime dell'acquisto «che innanzitutto, esso dà luogo ad una inversione del principio generale per cui *superficies solo cedit*, che è alla base dell'acquisto della proprietà *inter privatos*; inoltre, la suddetta proprietà viene meno una volta che *aedificio funditus diruto* sia (cfr. D. 41, 3, 45 pr.-Papin. X *Resp.*) e la porzione di mare o di lido torni ad essere una *res publica* a tutti gli effetti».

D. 41.1.14 pr.-1 (Nerat. 5 *membr.*): *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuis condicionis is locus sit, hoc est utrum mancat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si nunquam in eo aedificatum fuisset, quod proprius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.*

Nel frammento del giurista adrianeo, oltre all'attestazione della natura di bene pubblico del *litus maris*, viene confermata la regola giurisprudenziale a proposito degli edifici costruiti nel lido: l'edificio appartiene a chi lo ha costruito e se l'edificio dovesse crollare e il *litus* riacquistasse il suo stato originario, ne conseguirebbe che il lido ritorni ad essere nella disponibilità dei *cives*, e pertanto chiunque potrebbe utilizzarlo per edificare una nuova costruzione. Una parte della dottrina ritiene che in questo frammento Nerazio qualifichi i *litora publica* come *res nullius*, ma a mio avviso appare convincente l'interpretazione proposta dal Dell'Oro, il quale giustamente, attenendosi al dato testuale, sostiene che per il giurista adrianeo la condizione dei *litora publica* non coincide con quella delle *res nullius*, anche se può essere per alcuni versi avvicinata a quella delle *res nullius*, «nel senso cioè che di esse può appropriarsi il primo occupante: ma, se viene meno la giustificazione della occupazione, che nella specie si trova solo nell'edificazione di una costruzione, il lido ritorna ad essere pubblico e proprio per questa conseguenza prevale il carattere pubblico rispetto al carattere di *res nullius* del lido stesso»[45].

Si può quindi concludere che nell'ambito del pensiero dei giuristi della fine dell'età repubblicana fino all'età adrianea il mare, inquadrato nel sistema di *ius civile*, era qualificato come bene pubblico e i *prudentes* sottolineano in più occasioni l'uso

[45] A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 195.

comune/uso pubblico che consegue da tale qualificazione, attestando anche la vigenza di una tutela interdittale che, come sostenuto da Labeone, si concretizzava con la concessione in via utile dell'interdetto popolare per la navigabilità dei fiumi, nell'ipotesi in cui 'si facesse alcuna cosa nel mare, nel lido, che rendesse o potesse rendere peggiore il porto o il passaggio delle navi'.

4. b) Il mare nel *ius gentium*

A partire dal II sec. d.C. la concezione giuridica del mare, e del suo uso, nel pensiero dei giuristi trova una collocazione nell'ambito del *ius gentium*[46], sistema che viene delineato in maniera esemplare da Gaio, in contrapposizione a quello di *ius civile*, in un celebre brano delle *Institutiones*:

Gai 1.1.: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

Per quanto attiene al mare, risulta interessante la visione di Gaio, il quale in un brano delle *Res cottidiane*[47], la cui lettura, viste le incongruenze presenti del testo[48], deve essere integrata da un passo delle Istituzioni di Giustiniano, il cui contenuto, a

---

[46] In tema di *ius gentium* si vedano fra tutti: G. Lombardi, *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano 1946; M. Kaser, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993.

[47] Per quanto riguarda la paternità dell'opera, una parte della dottrina ritiene che non debba essere attribuita a Gaio, in tal senso si esprime G. Lombardi, *Ricerche*…, cit., pp. 54 e 80. Vedi anche A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 185, il quale afferma che «è comunemente seguita l'opinione che le *res cottidianae* non risalgono a Gaio e che in particolare vi sia un contrasto tra le *Institutiones gaiane* e *res cottidianae*». Invece, G. Scherillo, *Lezioni*…, cit., p. 79, ritiene che i materiali dell'opera siano gaiani e che non si può escludere che rappresentino il pensiero gaiano. Infine, sulla scia di Scherillo il più recente lavoro di G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., p. 183, il quale rileva che «a prescindere, in questa sede, dalla diatriba dottrinaria sulla paternità dell'opera in esame, comunque correntemente attribuita a Gaio, deve rilevarsi come le *Res cottidianae* siano ritenute l'espressione corrente dei giurisperiti dell'epoca in cui quest'opera vide la luce».

[48] A proposito delle incongruenze contenute nel testo di Gaio, vedi: G. Branca, *Le cose*, cit., p. 6; G. Lombardi, *Ricerche*…, cit., 81; A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., 183 e ss.; P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., 253 e ss.

detta del Maddalena, «sembra più vicino all'originale del giurista classico di quanto non lo sia il passo del Digesto»[49]:

D. 1.8.5 pr.-1 (Gai. 2 *r. cott. sive aur.*): *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas*[50] *illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. 1. In mare piscantibus*[51] *liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant,*	I. 2.1.4-5: *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt. Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est causami ibi imponere, in qua se recipiant, sicuti retia siccare et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

Le integrazioni al testo di Gaio, sulla base del passo delle Istituzioni di Giustiniano, contribuiscono a delineare meglio il contenuto del frammento del giurista antoniniano: si estende al mare e al *litus maris* la disciplina prevista per i fiumi

[49] P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., p. 253 e ss., il quale, a tale proposito, mostra di seguire l'orientamento di A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 184.

[50] Per G. Lombardi, *Ricerche*…, cit., p. 81, sarebbe opportuno aggiungere *earum*.

[51] Secondo G. Branca, *Le cose*…, cit., p. 6, l'espressione *in mare piscantibus* non sarebbe originaria. Contra G. Lombardi, *Ricerche*, cit., p. 81, il quale sostiene la genuinità delle parole *in mare piscantibus*.

e le loro rive in merito alla loro utilizzazione, attestandone un uso comune a tutti gli uomini secondo i principi del *ius gentium*.

In poche parole, nell'ottica del giurista antoniniano, il mare e il lido, pur mantenendo la connotazione di beni pubblici, e pertanto la loro appartenenza al *Populus*, possono essere comunque destinati all'uso comune di tutti gli esseri umani per diritto delle genti (*ius gentium*), che è comunque parte del sistema del diritto romano, ma considerato, a differenza del *ius civile*, *stricto sensu*, applicabile a tutti gli uomini, non soltanto ai cittadini romani[52], purché non se ne limiti l'uso pubblico, come sottolineato anche da Scevola in D. 43.8.4, a proposito del *litus maris*:

D. 43.8.4 (Scaev. 5 *resp.*): *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur*[53].

Il giurista antoniano ribadisce la regola secondo cui si possa edificare nel *litus*, però rispetto alla valenza della stessa regola vigente in età precedente, muta la prospettiva che deriva dall'inquadramento della disciplina nel *ius gentium*[54], per cui tale possibilità non viene concessa ai soli *cives* ma a tutti gli esseri umani, con il solo limite di non intralciare l'uso pubblico del bene.

Appare evidente, già da questa prima ricognizione di fonti come in età antoniniana si fosse delineata la disciplina di una nuova e autonoma tipologia di *res*,

---

[52] Vedi P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., p. 254. Ma cfr. anche G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., p. 183 n. 117, il quale rileva che «nel III secolo le *res* sottratte al commercio giuridico (*nullius in bonis*, nel linguaggio dei *prudentes*: cfr. D. 1, 8, 1, pr.-Gai II *Inst.*), e dunque non soggette a divenire oggetto di proprietà civilistica, ma connotate in quanto categoria giuridica a sè, sulla base della destinazione all'uso comune di tutti, sono dette sì di uso pubblico, ma per diritto delle genti (*iuris gentium*)».

[53] Una parte della dottrina ritiene che la parte finale introdotta dal *nisi* non sia genuina e che si tratti di un'aggiunta dei compilatori giustinianei. Si esprimono in tal senso: E. Costa, *Le acque*, cit., p. 105 n. 1; e F. Maroi, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1919, p. 164. *Contra*, P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II [*La proprietà*], 1, [Opere complete di Pietro Bonfante, IV] Ristampa corretta della I edizione a cura di G. Bonfante e di G. Crifò, con l'aggiunta degli indici delle fonti, Milano 1966, p. 55; G. Branca, *Le cose*…, cit., p. 93, n. 1; G. Scherillo, *Lezioni di diritto romano: le cose*, vol. I, Milano 1945, p. 79.

[54] È pienamente convinto che in questo contesto Scevola faccia riferimento allo *ius gentium* in relazione ad una *res* che poi sarà ricompresa nella categoria delle *res communes omnium*, A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 185.

aventi come caratteristica la loro destinazione all'uso da parte di tutti gli esseri umani: una categoria di beni come il mare, il lido del mare, i fiumi e il loro alveo che le fonti definiscono *res publicae iuris gentium*, a partire dal passo dei Gaio D. 1.8.5 pr.-1, tratto dalle *Res cottidianae*, esaminato poc'anzi[55].

Va rilevato inoltre, a conferma dell'emersione di tale categoria di *res* in questo momento storico, come lo stesso Gaio, sempre nelle *Res cottidianae* (il cui brano è stato riportato dai compilatori giustinianei in D. 41. 1. 1 pr.), mostrasse di delineare le caratteristiche specifiche di una categoria autonoma di *res* caratterizzate dalla loro destinazione all'uso di tutti gli uomini, attestandone quindi una titolarità collettiva sulla base dei principi di *ius getium*: «*quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili* […] *et* […] *antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est*»[56].

5. c) Il mare nel *ius naturale*.

A partire dal III sec. d.C. prende l'avvio un percorso giurisprudenziale che darà vita ad una concezione del mare pienamente inserita nell'ambito del *ius naturale*[57].

Nel III sec. d.C. la riflessione dei giuristi a proposito della nozione di *ius naturale* assume una notevole rilevanza come dimostrato da Paolo[58]:

D. 1.1.11 (Paul. 14 ad *sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*,

---

[55] Vedi G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., p. 182 n. 117.

[56] D. 41. 1. 1 pr. (Gai 2 *rer. cott. sive aurer.*). Vedi G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., p. 182, n. 116.

[57] Vi sono innumerevoli studi a proposito della concezione di *ius naturale*, fra tutti si vedano: A. Burdese, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 7 (1954), p. 407 e ss.; G. Nocera, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano 1962. Da ultimo vedi, tra i più recenti, P. P. Onida, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli 2012.

[58] Per i frammenti superstiti delle opere di Paolo, rinvio a O. Lenel, *Palingenesia*…, vol. II, cit., col. 591 e ss.

il quale, a proposito dello *ius naturale* scrive che si tratta di uno *ius semper aequum ac bonum*[59], con un forte richiamo alla definizione celsina di *ius*[60] nella riproposizione dell'endiadi *bonum et aequum*, endiadi che per il giurista connoterebbe in maniera specifica il diritto naturale.

Le partizioni del *ius*, sapientemente formulate sempre nel III sec. d.C. da Ulpiano in D. 1.1.1, trovano, nei paragrafi 3-4 del frammento, l'enunciazione della distinzione tra *ius naturale* e *ius gentium*, a cui seguirà nel frammento D. 1.1.6 la definizione di *ius civile* che completa il discorso ulpianeo sviluppato nel primo libro delle sue *Institutiones*, e che riporto qui di seguito:

D. 1.1.1.3-4 (Ulp. 1 *inst.*): 3. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.* 4. *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

D. 1.1.6 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.*

Il *ius naturale* secondo Ulpiano è il diritto comune a tutti gli esseri viventi (*omnia animalia docuit*) e si distingue sia rispetto al *ius gentium*, comune a tutti gli uomini, e sia al *ius civile* che invece «è *proprium ipsius civitatis* e che *quisque populis ipse*

---

[59] Sulla nozione di *ius naturale* di Paolo vedi G. Lobrano, *Uso dell'acqua*…, cit., p. 1 e ss.

[60] D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Da ultimo, sulla definizione celsina di *ius* vedi F. Gallo, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *TSDP*, 4 (2011), p. 36 e ss.

sibi constituit»[61]. Come sostiene Lobrano «nella concezione giuridica romana, espressa nel *Corpus Juris Civilis*, il diritto si articola in tre grandi sfere concentriche, la più ampia e risalente delle quali è il *ius naturale*, … cui fanno seguito il *ius gentium*, … ed il *ius civile*»[62].

Il diritto naturale appare pertanto come una nuova cornice in cui inquadrare anche la concezione giuridica del mare, dell'ambiente marino e conseguentemente il suo uso.

Interessante, al riguardo, il pensiero di Ulpiano, il quale in D. 47.10.13.7 fa riferimento alla qualificazione giuridica del mare e del *litus* nel momento in cui il giurista valuta la possibile concessione dell'*actio iniuriarum* nell'ipotesi in cui qualcuno proibisca di pescare nel mare, o di gettarvi la rete da pesca:

D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*[63].

---

[61] G. Lobrano, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e* de iure condendo, in Diritto@Storia. *Quaderni di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 3 (2004), pp. 1 e ss. [www.dirittoestoria.it].

[62] G. Lobrano, *Uso dell'acqua*…, cit., pp. 1 e ss.

[63] A proposito delle interpolazioni presenti nel testo, in particolare la frase "*Et quidem mare commune omnium est et litora...*", v. E. Costa, *Le acque*…, cit., p. 111; S. Perozzi, *Istituzioni*…, cit., p. 596, n. 1. *Contra*, A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 181.

Al di là delle problematiche inerenti alla concessione dell'azione per *iniuria* per la fattispecie prospettata nel frammento[64], in cui si cita anche l'autorevole dottrina di Pomponio[65], il dato interessante è che Ulpiano afferma che il mare *commune omnium est*, come i lidi e l'aria, e in virtù di questa qualificazione, secondo il giurista, non è ammissibile proibire la pesca.

Pertanto, nella concezione del giurista severiano il mare appare qualificato come «una *res* di cui tutti possono fruire, e posto nella proprietà di tutti»[66]. Ulpiano pur non accennando ad un inquadramento del mare nel *ius naturale*, sembrerebbe avere comunque ben presente le caratteristiche di tale *ius*, già teorizzate in D. 1.1.1.3-4 (Ulp. 1 *inst.*), e che ben si adattano alla nozione di bene che *commune omnium est*, anche se nell'ottica del giurista permane ancora un riferimento allo *ius gentium* nel momento in cui si fa riferimento alla regola che governa l'edificazione nel mare e nel *litus maris* esposta nel seguente frammento:

D. 39. 1. 1. 18 (Ulp. 52 *ad ed.*): «…*si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit*»,

in cui si ribadisce l'attribuzione della proprietà della costruzione per *ius gentium* a chi costruisca nel mare (o nel *litus maris*). Ovviamente non si tratta di un *dominium* di *ius civile*, e tale possibilità è concessa purché la costruzione non abbia cagionato danno a terzi, come scrive lo stesso Ulpiano in:

D. 43.8.2.8 (Ulp. 68 *ad ed.*): … *si autem nemo damno sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit*.

---

[64] Vedi A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 180 e ss.

[65] Secondo A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 192 e ss., il frammento di Ulpiano testimonierebbe non solo il parere di Pomponio, ma anche quello dei *veteres* di età repubblicana.

[66] P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., pp. 251 e ss.

A completamento del quadro appena delineato per il III sec. d.C. si può citare anche un testo di Marciano[67], in cui si ribadiscono gli stessi principi già presenti in Ulpiano:

D. 1.8.4 pr. (Marcian. 3 *inst.*): *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen ullius et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit*.

Il giurista Marciano ha però il merito di aver elaborato una nuova teoria che lo porterà a superare la visione delle *res publicae iuris gentium* e ad individuare una nuova categoria di *res* ad esse indipendenti[68], le *res communes omnium*[69], che vengono collocate dal giurista nell'ambito più generale dello *ius naturale*:

D. 1.8.2 pr.-1 (Marcian. 3 *inst.*): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.* 1. *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Si tratta di una categoria di *res* i cui elementi caratterizzanti furono già enunciati sia da autori latini[70] e sia da giuristi[71], ma il merito di Marciano,

---

[67] Sul giurista Marciano, rinvio tra tutti a L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989.

[68] Al riguardo vedi A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 182 e ss.

[69] Si è ampiamente dibattuto in dottrina sulla valenza delle *res communes omnium*, sul regime giuridico che le caratterizza e sulla loro distinzione dalle *res publicae*. Una parte della dottrina ritiene che le *res communes omnium* sarebbero del tutto inesistenti nel diritto classico, in tal senso: E. Costa, *Le acque*, cit., p. 105; S. Perozzi, *Istituzioni*…, cit., p. 596; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., rist. an., Napoli 1978, p. 171; alcuni autori invece sostengono che la categoria sarebbe opera del solo giurista Marciano, così P. Bonfante, *Corso*…, cit., p. 55; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 237; collocano invece l'origine della categoria nel diritto classico V. Scialoja, *Teoria*…, cit., p. 131; G. Branca, *Le cose*…, cit., pp. 93 e ss.; G. Grosso, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose. Contratti*, a cura di L. Lantella, Torino 1974, p. 93. Sulla distinzione delle *res communes omnium* dalla res *publicae*, rinvio ad A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 188 e ss.

[70] Rinvio *supra*, alle fonti letterarie analizzate nel paragrafo 2 di questo contributo.

[71] Si veda in particolar modo la testimonianza di Celso riportata in D. 43.8.3 pr.-1 (Cels. 39 *dig.*): … *maris communem usum omnibus*…; e quella di Ulpiano in D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*): … *mare commune omnium est* ..., discusse *supra*.

probabilmente mediato anche dal pensiero di Ulpiano[72], e fortemente intriso di principi filosofici[73], è stato quello di enucleare una categoria di beni comuni a tutti gli esseri viventi, e quindi a tutti gli animali, sia nella proprietà e sia nell'uso. In questa categoria di *res*, proprie dello *ius naturale*, il giurista, con una operazione logica ben precisa, introduce immediatamente tutti i beni che non hanno a che fare con la proprietà privata seguendo una rigida sistematica: l'aria, l'*aqua profluens*, il mare e la sua pertinenza rappresentata dal *litus maris*.

La classificazione delle *res* dalle *Institutiones* di Marciano venne poi inclusa nella Compilazione giustinianea, sia nel passo del Digesto sopra riportato[74], e sia nelle Istituzioni di Giustiniano, in cui si legge:

I. 2.1 pr.-1: *Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Appare chiaro che nell'ottica dell'imperatore Giustiniano vi sia un ordine ben preciso nella *summa diviso rerum*, che coincide sostanzialmente con quella enunciata

---

[72] A. Dell'Oro, *Le* res, cit., p. 180, ritiene che Marciano nella configurazione delle res communes omnium sia stato influenzato dal contenuto del frammento di Ulpiano D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), in cui il giurista severiano afferma che: "*mare commune omnium est...*".

[73] Vedi A. Pernice, *Die sogenannten* res communes omnium, in *Festgabe für Dernburg*, Berlin 1900, p. 5 e n. 9; P. Bonfante, *Corso*…, cit., p. 46. Sul punto cfr. anche F. Sini, *Persone*…, cit., p. 6, il quale scrive che «da più parti è stato rilevato il fatto che Marciano fosse il giurista più imbevuto di cultura letteraria, o almeno il più ricco di allusioni letterarie e filosofiche, e che la categoria delle *res communes* sembra essere non tanto una categoria giuridica, quanto piuttosto un prodotto della speculazione filosofico-letteraria».

[74] Una parte della dottrina ritiene che nel frammento D.1.8.2 pr.-1 (Marcian. 3 *inst.*) fosse confluito il brano originale delle *Institutiones* di Marciano. Si esprimono in tal senso gli autori più risalenti a partire da G. Noodt, *ad lib. 1,8 de r. div.*, in *Opera omnia*, vol. I, Napoli 1786, p. 43; C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, vol. II, Milano 1929, p. 354; F. Maroi, *Sulla condizione*…, cit., p. 167. Altri autori, invece sono dell'avviso che il testo originale di Marciano sia stato inserito nelle Istituzioni di Giustiniano, così G. Branca, *Le cose*…, cit., p. 240; G. Lombardi, *Ricerche*…, cit., p. 81; A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., p. 177.

da Marciano, che comprendeva anche le *res publicae*[75]. Vengono citate *in primis* le *res* comuni a tutti per diritto naturale; poi seguono le *res* pubbliche (*res* del popolo Romano); le *res* di una collettività (*universitas*); le *res* di nessuno (*nullius*), e da ultime le *res* dei singoli, che rappresentano significativamente la gran parte di tutte le *res* (*pleraque*).

L'imperatore Giustiniano ribadisce pertanto l'inclusione definitiva del mare e del *litus maris* nella categoria delle *res communes omnium* per diritto naturale, concludendo così un percorso di interpretazione giurisprudenziale iniziato con Labeone alla fine del I sec- a.C.

6. Considerazioni conclusive. Dall'*usus omnium* al *dominium omnium*: il mare come patrimonio comune dell'umanità.

A questo punto è possibile tirare le fila del percorso giurisprudenziale ricostruito in questo breve percorso, in cui sono emersi dati assai interessanti a proposito della configurazione giuridica del mare e dell'ambiente marino.

Dalle fonti letterarie emerge chiaramente un sentire comune nei confronti del mare, che, a partire dal III sec. a.C., con la testimonianza di Plauto, il quale per primo afferma "*mare quidem commune certost omnibus*", si sostanzia in una concezione caratterizzata dalla qualità di bene comune da cui consegue anche una *utilitas* comune per tutti.

Cicerone avrà poi il merito di inquadrare tali qualità del mare in un contesto più ampio, in cui si evidenzia il collegamento tra il mare (considerato come bene comune poiché generato dalla natura, concesso a tutti nell'uso, per il vantaggio comune di tutti gli uomini, e pertanto goduto dagli uomini "come patrimonio di

[75] Per l'inclusione delle *res publicae* nell'elencazione di Marciano, rinvio ad A. Dell'Oro, *Le* res…, cit., pp. 176 e ss. In merito alla conoscenza della categoria delle res publicae da parte di Marciano, vedi M. G. Zoz, *Riflessioni*…, cit., pp. 44 e ss., la quale osserva che il giurista «doveva conoscere la categoria delle *res publicae*, e non avrebbe chiamato *res communes omnium* quelle che per altri erano *res publicae iuris gentium*, dal momento che egli dichiara di considerare pubblici i fiumi (D. 8.1.4.1)».

tutti e di ciascuno") e l'organizzazione politica della *civitas*: una utilità giuridica comune degli uomini considerati singolarmente come *cives* e collettivamente come *Populus*.

In Seneca poi prevale una visione fortemente intrisa di valori tratti dalla filosofia stoica, in cui domina il principio di uguaglianza di tutti gli uomini nella disponibilità di alcuni beni donati al genere umano: ovviamente il filosofo allude ai beni comuni come il mare, che viene citato testualmente nel brano del *De Beneficiis*.

Nella visione degli autori antichi, pertanto, si evidenziano alcune caratteristiche che si riscontrano in maniera differente anche nel pensiero dei giuristi e che troveranno un pieno accoglimento nell'inquadramento del mare, a partire dall'età severiana, fra le *res communes omnium* di *ius naturale*.

Un percorso logico, sviluppatosi nell'arco di tre secoli, in cui i giuristi inizieranno a considerare il mare nell'ambito del *ius civile*, con l'intento di dare risposte immediate ai *cives* per le questioni inerenti non solo alla qualificazione giuridica del mare, ma anche al suo uso. Il mare è conseguentemente considerato *res publica*, bene del *Populus Romanus*, ovvero in appartenenza e in fruizione del *Populus*. In virtù di tale concezione è possibile realizzare opere nel mare purché non peggiorino l'uso comune del bene. Una regola giurisprudenziale che a partire da Labeone viene condivisa da altri giuristi, i quali nell'età degli Antonini, a seguito dell'affermazione del concetto di *ius gentium*, arriveranno a qualificare il mare come *res publica iuris gentium*, ovvero bene di appartenza del *Populus Romanus*, ma di uso comune di tutti gli uomini, in piena sintonia con i principi caratterizzanti del *ius gentium* evidenziati sapientemente da Gaio in quel momento storico.

Il percorso giurisprudenziale troverà un punto di arrivo con la compilazione giustinianea, che recepì *in toto* la teoria delle *res communes omnium* di Marciano, il quale ha avuto il merito di sintetizzare il sentire comune radicatosi nel III sec. d.C. con i precetti dello *ius naturale* ben teorizzati dai giuristi di età Severiana: il mare troverà,

pertanto, una collocazione definitiva fra le *res communes omnium* di *ius naturale* e sarà perciò considerato come un bene di tutti gli esseri viventi per appartenenza ed uso.

Grazie ad questo lungo percorso di *interpretatio prudentium*, che ho cercato di ricostruire in maniera sommaria in questo contributo, iniziato con Labeone e conclusosi con la compilazione giustinianea, il mare e l'ambiente marino appariranno agli occhi degli interpreti successivi[76] come *res* che verranno sottratte alla iniziale disciplina generale delle *res publicae*, e che grazie all'inquadramento dell'ambito del *ius naturale* saranno considerati definitivamente come beni comuni di tutti gli esseri viventi, compresi gli animali: dall'*usus omnium* si arriverà pertanto a concepire un *dominium omnium*[77].

La classificazione giuridica del mare, ricompreso nella categoria delle *res communes omnium*, sopravviverà successivamente, e a partire dal medioevo assunse un grande rilievo, con riflessi importanti anche nell'ambito politico. I glossatori attestarono così l'esistenza del principio dell'acquisto della proprietà delle *res communes* da parte di chi avesse eretto costruzioni sul mare, ravvisando in ciò un caso eccezionale di accessione dell'immobile alla superficie, ed in virtù di tale principio Baldo[78] riferisce che nei secoli XIV e XV la Serenissima Repubblica di Venezia poté rivendicare la propria libertà nei confronti dell'Imperatore del "Sacro Romano Impero" e del Pontefice Romano «su una base giuridica solidissima»[79].

---

[76] Al riguardo vale la pena sottolineare che, come giustamente osservato da F. Sini, *Persone*…, cit., p. 6, «nella *Summa Institutionum* attribuita ad Irnerio le *res communes* sono intese come cose comuni a uomini e animali, seguendo una logica applicazione del concetto di *ius naturale*, quale risultava da Ulpiano e Giustiniano: *Summa Inst.* 2.1: *Res communes communia omnium animalium dicuntur: publica hominum tantum*, ma avuto riguardo per usi degli uomini, le *res communes* tornano a confondersi nel pensiero del giurista con quelle pubbliche».

[77] Vedi P. Maddalena, *Il diritto*…, cit., pp. 251 e ss.; G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., p. 183, n. 118.

[78] Baldus, in *Rubric h tit*: *De iure gentium civitates in mari aedificatae sunt ipsorum qui aedificant … Sic etiam licet in Mari aedificare, l. in tantum 6. in princ. ubi Dd. ff. h. Ita Veneti praetendunt libertatem, quia non aedificaverunt in solo alicuius, sed ipso in Mari.*

[79] Sul punto rinvio alle considerazioni di P. Bonfante, *Corso*…, cit., p. 320, il quale rileva che «l'indipendenza di Venezia dalle due potestà veniva dai giuristi curiosamente giustificata col fatto che la città delle lagune sorgeva sul mare, il quale è *res communis*, non soggetto all'impero, né alla giurisdizione di principi e di pontefici»; G. Sanna, *Il mare*…, cit., pp. 4 e ss.; F. Sini, *Persone*…, cit., pp. 6 e ss., il quale osserva che: «i

La categoria delle *res communes omnium*, come è noto, ha poi rappresentato il fondamento giuridico della teoria della libertà dei mari elaborata nel XVII secolo dal giurista olandese Huig van Groot (Ugo Grozio)[80]. Va però rilevato che il principio della libertà dei mari, «nato come naturale portato della classificazione del mare quale *res communis omnium*»[81], tenda al giorno d'oggi ad essere, per dirlo con le parole di Francesco Sini, «sempre più sfumato a causa dell'avanzare dell'opposto principio della sovranità degli Stati rivieraschi»[82].

La concezione romana del mare come *res communis omnium*, non appare comunque esaurita nella sua funzione e a ben vedere può rappresentare la base concettuale e culturale della nozione moderna di mare, che a livello internazionale, viene considerato patrimonio comune dell'umanità[83], da cui consegue, come risaputo, anche una garanzia di tutela ambientale del mare stesso e del suo sottosuolo[84].

Veneziani ritenevano che fosse la stessa natura lagunare dei luoghi, in cui era stata edificata la città di Venezia, a renderli legittimamente padroni del proprio territorio e, dunque, liberi da ogni potere superiore».

[80] Vedi G. Sanna, *Il mare*…, cit., pp. 4 e ss.; G. Purpura, "Liberum mare"…, cit., pp. 165 e ss.; F. Sini, *Persone*…, cit., pp. 6 e ss.

[81] F. Sini, *Persone*…, cit., *ibidem.*

[82] F. Sini, *Persone*…, cit., *ibidem.*

[83] La prima attestazione dell'uso dell'espressione risale al 1° novembre 1967, in sede di Nazioni Unite, quando l'ambasciatore della Repubblica di Malta presso le Nazioni Unite, Arvid Pardo, in un intervento, pronunciato nel corso della XXIa sessione ordinaria dei lavori dell'Assemblea Generale, sostenne che il letto dei mari e degli oceani dovesse costituire il patrimonio comune dell'umanità intera. Il concetto di patrimonio comune dell'umanità ripreso in documenti delle Nazioni Unite, su successivamente incluso nella Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 sul diritto del mare (CNUDM). Per la nozione di mare come patrimonio comune dell'umanità, vedi, anche per l'ampia bibliografia sul tema, G. Sanna, *Il mare come patrimonio*, cit., p. 149, il quale afferma che «il diritto del mare è il settore in cui è stato elaborato, *in primis* con riferimento alle risorse dei fondi oceanici, il concetto di «patrimonio comune dell'umanità». Tale nozione è sorta e si è inserita entro un contesto internazionale che, particolarmente sotto un profilo storicopolitico, è costantemente caratterizzato dalle crescenti rivendicazioni di ampliamento delle aree di controllo da parte degli Stati rivieraschi, da cui sono derivati ripetuti, successivi avanzamenti della fascia di mare territoriale o di mare comunque soggetto a controllo statale, portando così sempre più all'allontanamento dalla costa del limite del mare aperto all'uso di tutti».

[84] A tale proposito rinvio alla trattazione del tema sviluppata da G. Sanna, *Il mare come patrimonio*…, cit., pp. 198 e ss., il quale giustamente rileva che: «Deve peraltro rilevarsi come il concetto di patrimonio comune dell'umanità non si presenti del tutto sovrapponibile a quello delle *res communes omnium* del diritto romano, si può pensare, in tal senso, all'odierno comune dovere di tutela – correlato al comune diritto di uso – delle risorse che costituiscono il patrimonio comune dell'umanità, che ne circoscrive così la libera disponibilità, ciò che era ignoto al regime giuridico delle *res communes omnium.* È appunto la finalizzazione verso la tutela ambientale – che fonda il comune dovere di tutela – a differenziare il regime del patrimonio

Alla luce di queste ultime considerazioni, appare evidente come i versi del *Rudens* di Plauto (Plaut. *Rud.* 975: *Mare quidem commune certost omnibus*), che hanno rappresentato il punto di partenza delle mie riflessioni in tema di qualificazione giuridica del mare nel mondo antico, racchiudano una concezione di sorprendente modernità.

Key words: Roman Law, Sea, public goods, *res communes omnium*

Abstract: It is proposed to re-read the legal and literary sources, with the aim of realizing a new and renewed reflection on the legal qualification of the sea. In particular, it deals with the concept of the sea in ancient authors, considering some literary sources, sometimes neglected by the doctrine or just cited, and then propose the reconstruction of the lines of jurisprudential interpretation of the sea in Roman law by examining the testimonies of the Roman Jurists from Labeone and Aristone to get to Ulpiano and Marciano. Following a chronological course, it is framing the jurists' attestations, for the contents of the texts considered, in the field of the *ius civile*, *ius gentium* and *ius natural*.

comune dell'umanità rispetto a quello delle *res communes omnium*: queste non potevano essere difese da un soggetto – semplicemente in quanto prive di titolare secondo il *ius civile*, essendo le medesime per natura escluse dal commercio giuridico – né era prevista al riguardo una forma di tutela collettiva, laddove il patrimonio comune dell'umanità è invece composto di beni giuridici, in quanto tali dunque tutelabili».

JusOnline n. 2/2017
ISSN 1827-7942

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

Strumento codificatorio ed ordinamento ecclesiale.
Parergo ad una celebrazione dei cent'anni della codificazione piano-benedettina*

1. Quest'anno celebriamo il centenario della promulgazione del Codex iuris canonici piano-benedettino, l'anno prossimo matureranno i cent'anni dalla sua entrata in vigore (19 maggio 1918) nonché i trentacinque anni dalla promulgazione del Codex attualmente vigente per la Chiesa latina. Questi anniversari hanno in comune la scelta dello strumento della codificazione per l'organizzazione della normativa ecclesiale; a tal proposito, non è facile dire, in questa sede, qualcosa di nuovo. Il Codex del 1917 rimase in vigore per circa sessantacinque anni, mentre l'attuale – come appena rilevato – lo è da circa trentacinque. Proverò ugualmente a tracciare alcuni schizzi su un'idea di fondo, forse esprimibile con un termine d'aggettivazione dello strumento codificatorio nell'esperienza ecclesiale, ossia con la sua "relatività".

Papa Francesco sembra esprimere quest'idea quando, in un messaggio ad (altro) convegno commemorativo del 2017[1], notava come il centenario dovesse essere «anche occasione per guardare all'oggi e al domani, per riacquisire e approfondire il senso autentico del diritto nella Chiesa, Corpo Mistico di Cristo, dove il dominio è della Parola e dei Sacramenti, mentre la norma giuridica ha un ruolo necessario, sì, ma di servizio»[2]. Detto in termini giuridici, ciò sembra corrispondere al dato profondo dell'ordinamento ecclesiale per il quale la sistematica adottata, come tale, non pertenga a profili di *ius divinum*.

---

* Questo contributo, sottoposto a *double blind peer review*, fungeva da "parergo" alla relazione che Andrea Bettetini ha svolto alla Pontificia Università Lateranense il 16 maggio 2017, nell'ambito delle tre giornate organizzate presso l'Ateneo padovano, la Pontificia Università Lateranense e l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano nell'anno 2017 e dedicate ai cent'anni della codificazione piano-benedettina. Queste giornate, che si erano aperte alla Cattolica il 21 febbraio e che si sarebbero completate a Padova il successivo 19 ottobre con la *lectio magistralis* di Paolo Grossi, erano il frutto dell'impegno dei tre Atenei.

[1] Si fa riferimento al XVI Congresso della Consociatio internationalis studio iuris canonici promovendo, tenutosi a Roma nei giorni 4-7 ottobre 2017.

[2] Francesco, *Messaggio in occasione del XVI Congresso internazionale della Consociatio internationalis studio iuris canonici promovendo*, 30 settembre 2017, in www.vatican.va.

I decenni trascorsi a partire dall'entrata in vigore del primo Codex, mi sembra stiano a dimostrare questa realtà in modo irrefutabile. L'esponente altamente rappresentativo di una certa scuola canonistica come Francesco Saverio Wernz, nel trattato postcodiciale pubblicato da Pietro Vidal (siamo nel 1938), esprimeva nel suo bel latino il dato incontestabile – a dire il vero sotto l'argomento diverso del diritto suppletorio –, citando sì san Tommaso, ma anche ritenendo di doversi avvalere dell'esperienza secolare italiana (cfr. cod. civ. it. 1865, art. 3). Onde «nullus est Codex adeo diligenter elaboratus, ut omnia quae in vita iuridica societatis occurrere possunt sint expresse praevisa; insuper lapsu temporis novae exoriuntur relationes iuridicae cui ius positivum normam dare debet nec potuerunt a legislatore provideri...» [3].

Mischiando, forse in maniera discutibile, gli argomenti affini ma tecnicamente distinti delle lacune del Codice e lacune dell'ordinamento, l'A. esprimeva il concetto enorme dell'insufficienza di un codice, e del Codex, a regolare preventivamente la vita di qualsiasi realtà sociale o societaria. Ciò sembra comprova, e sta alla base, non tanto, sembrerebbe, della sfiducia che lo strumento codiciale riscuote ormai nella stessa dottrina secolare, quanto del ridimensionamento della sua valenza espressiva di un valore come quello della completezza dell'ordinamento giuridico; un valore, in ambito secolare, fatto oggetto di nuove considerazioni già da Santi Romano nel 1925[4].

In ambito canonico, la medesima relativizzazione è ben scolpita da Paolo Gherri, quando egli configura, tra le tre crisi della canonistica del ventesimo secolo, quella metodologica ed epistemologica, seguita al successo (forse un po' mondano, da quello che capisco) del primo Codex; di tale successo – che forzava metodi di studio, insegnamento e applicazione dei sacri canoni – queste due crisi (assieme alla terza, quella della giustificazione del diritto) furono conseguenza[5].

[3] F.X. Wernz-P.Vidal, *Ius canonicum*, vol. I, *Normae generales*, Romae 1938, p. 241.

[4] S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), in *Scritti minori*, Milano 1950 (rist. 1990), vol. I, pp. 449-459.

[5] P. Gherri, *Canonistica, codificazione e metodo*, Roma 2007, pp. 14-15.

2. Ora, l'esperienza ecclesiale dei due codici latini sembra dimostrare, in modo irrefutabile, come la vitalità ininterrotta del *corpus Ecclesiae* manifesti il suo carattere fondamentale laddove – comprendendo nel suo seno santi e peccatori, ed essendo perciò santa e insieme sempre bisognosa di purificazione –, tale *corpus*, «avanza continuamente per il cammino della penitenza e del rinnovamento», anche strutturale (*Lumen gentium*, 8), nel mentre lo Spirito Santo costantemente ne consolida «la sua struttura organica e la sua concordia» (ivi, 22). Il dinamismo carismatico attuatosi durante gli anni di vigenza dei due codici, ha potuto esplicarsi inesorabilmente, dando esso, talora, l'impressione di essere una realtà «ai margini del diritto»[6], oltre che dello stesso codice, ma nell'effettività confermando il dato per il quale le esigenze costituzionali intraecclesiali incidono prepotentemente sulle norme scritte indipendentemente dalla loro qualificazione formale, all'interno del *corpus* legislativo, come costituzionali o, addirittura, (indipendentemente) da una loro esplicita menzione[7].

E così, dopo la promulgazione del primo Codex (29 giugno 1917)[8] e prima della sua entrata in vigore (19 maggio 1918), si manifestava la pretesa che qualunque successiva novazione della legislazione universale avvenisse mediante la modificazione dei canoni o l'inserimento di nuovi nel testo codiciale. Con il motu proprio *Cum juris canonici* (15 settembre 1917), Benedetto XV proponeva l'armamentario tipico di un certo modo centralistico di concepire e di inverare la certezza del diritto. Costituiva, dunque, una Commissione centrale «cui uni ius erit codicis authentice interpretandi»; proibiva alla Congregazioni romane di emanare nuovi decreti generali, essendo loro compito ordinario di produrre istruzioni che dovevano essere, e non solo apparire, spiegazioni («explanationes») dei canoni vigenti; articolava una complessa procedura per l'introduzione di decreti generali non conformi ai canoni vigenti, nella quale dovevano interagire le Congregazioni

[6] P. Lombardia, *Carismi e Chiesa istituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milano 1976, vol. II, p. 965.

[7] G. Lo Castro, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, in J. Hervada, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. XL-XLI.

[8] Benedetto XV, cost. ap. *Providentissima Mater*, 27 maggio 1917, in *Acta Apostolicae Sedis*, IX (1917), vol. II, p. 5 e ss..

romane e la Commissione appena istituita[9]. Fin da principio poi, la scelta di un unico testo, e non di molteplici codici secondo le varie branche del diritto canonico, era stata almeno implicitamente indicata da Pio X nel motu proprio *Arduum sane munus* del 19 marzo 1904, là dove si stabilisce che le diverse fonti «in unum colligerentur»[10]. Il Codex doveva essere unico nell'impianto strutturale e universale nella sfera d'efficacia, così come (molto) teoricamente lo era stato il Corpus iuris canonici.

Le disposizioni di Benedetto XV trovavano una loro corrispondenza con alcune prime espressioni del mito codificatorio, benché con un po' di ritardo, visto che già alla fine del Settecento – nell'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR) di Federico II, poi promulgato da Federico Guglielmo II (1794) – si statuiva un analogo principio. Questa fonte prussiana non solo aveva la pretesa di esaurire, in unico testo, la disciplina di tutte le branche del diritto vigente (civile, penale ecc., compresa quella ecclesiastica ed esclusa la procedura civile, per complessivi 19.199 paragrafi), ma alludeva anche ad una Commissione legislativa centrale, cui i giudici, bocche della legge, avrebbero dovuto riferire i propri dubbi interpretativi o circa lacune del testo normativo[11]; e analogamente, in ambito canonico, doveva avvenire rispetto al ricordato Consiglio (o Commissione centrale). Naturalmente, se guardiamo all'unitarietà della struttura in quanto comprensiva di tutte le branche giuridiche, lo stesso ALR non rappresentò un modello per le codificazioni moderne, sviluppate piuttosto secondo la ripartizione tra un codice civile, proposto come esemplare, e altri codici riferiti alle singole materie giuridiche.

Quanto alla pretesa universalistica del nuovo Codex, essa appare fortemente condizionata, per analogie di forme, da quel positivismo giuridico, intimamente correlato al principio di statualità del diritto, che nell'Ottocento, in ambito secolare, aveva condotto allo sfaldamento del Diritto comune europeo e alla molteplicità dei codici nazionali. In forza di questi, i Paesi europei erano divenuti «distinte isole di

---

[9] Benedetto XV, motu proprio *Cum iuris canonici*, 15 settembre 1917, in *Acta Apostolicae Sedis*, ibid., pp. 529-530.

[10] *Acta Sanctae Sedis*, 36 (1903-1904), p. 550.

[11] Cfr. ad es. A. Negri, *Il diritto della zona tedesca*, in AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino 2016, p. 56. I giudici avrebbero potuto rivolgersi anche al Ministro di giustizia.

legalità territorialmente delimitate»[12], di fronte alle quali la Chiesa sembrava voler far emergere una propria legalità autonomica.

Nella prima riunione plenaria, poi, la Commissione aveva a chiarire l'ambito dei suoi interventi, acuendo i caratteri centralistico, gerarchico, pubblico e ufficioso della sua attività, visto che ad essa potevano rivolgersi, per porre dubbi interpretativi, solo titolari di uffici ecclesiastici e comunque non i fedeli come "persone private"[13].

Di fatto avvenne che, da un lato, le Congregazioni romane, e gli «organismi centrali dell'amministrazione ecclesiastica» in generale, oltrepassassero le proprie facoltà[14].

3. In linea di principio, la pubblicazione dei documenti del Vaticano II avrebbe potuto interpretarsi come munita, nell'ordinamento canonico, di un impatto analogo (non identico) a quello che l'introduzione di una nuova costituzione formale può avere in un ordinamento secolare, e laddove non sia prevista una espressa normativa transitoria rispetto alla legislazione precedente[15]; indizio di tale impatto sembra essere dato dalla successione, tra l'inizio del Concilio e la promulgazione del Codex, di molteplici organismi centrali dotati di competenza interpretativa delle leggi, sia codiciali che conciliari, mediante un riparto delle competenze piuttosto complesso e non sempre chiarissimo[16]. Paolo VI, in un discorso del 20 novembre 1965 alla Commissione per la revisione del Codice di diritto canonico, indicava nei documenti del Vaticano II le linee guida per la revisione del Codice, linee guida,

---

[12] A. La Torre, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, con pref. di A. Falzea, Milano 2006, p. 23.

[13] Cfr. *Responso*, 9 dicembre 1917, in *Acta Apostolicae Sedis*, X (1918), p. 77.

[14] P. Lombardia, *Lezioni di Diritto canonico*, ed. it. a cura di G. Lo Castro, Milano 1985, p. 35.

[15] In Italia, la Costituzione del 1948 prevedeva, alla disposizione transitoria VII, co. 2, un apposito meccanismo per ovviare, prima dell'attivazione della Corte costituzionale, al contrasto delle norme costituzionali con quelle di rango inferiore e comunque vigenti al momento dell'entrata in vigore della Carta costituzionale. Per le soluzioni date al problema, cfr. C. Lavagna, *Istituzioni di Diritto pubblico*, 5ª ed., Torino 1982[5], p. 202 e ss..

[16] La successione di queste molteplici commissioni si trova illustrata da M. Ganarin, *Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi nell'assetto istituzionale della Curia Romana tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), 22 (2015), pp. 19-21, nt. 67.

s'intenderebbe, da ritenersi già in vigore[17]. Le deliberazioni conciliari, infatti, erano state promulgate dal Pontefice e la loro incidenza sull'ordinamento canonico vigente operava sia con «disposizioni di principio qualificatrici del medesimo» che «con altre disposizioni particolari, emanate, nella maggior parte dei casi, ad esecuzione ed applicazione di altri princìpi dottrinali»[18]. Il paragone costituzionalistico sembrerà ardito e fuori luogo, ma non dimentichiamo che proprio dalla chiusura del Concilio (forse non casualmente) si cominciò a lavorare ad un'altra forma di codificazione, e cioè alla *Lex Ecclesiae Fundamentalis*[19]; come a dire che, accanto al paradigma codificatorio, la Chiesa avrebbe dovuto assumere anche quello costituzionalistico o comunque costituzionale[20].

Anche in questo passaggio, come forse in quello di utilizzazione dello strumento di codificazione, si procedette senza una previa e profonda investigazione del fondamento della giuridicità ecclesiale; questo tentativo però, fatto oggetto delle consuete e generali contrapposizioni postconciliari sulla funzione del diritto nella Chiesa[21], a differenza di quelli di codificazione, naufragò[22]. Emergevano, dalla discussione sulla necessità o sulla opportunità di una costituzione ecclesiale, i limiti, indotti da un certo modo di concepire e di costruire il diritto su base codificata, sulla conseguente scienza giuridica, ridotta «a tecnica esegetica» e confinata alla funzione di far conoscere il contenuto del *velle* dell'autorità, formalizzato dalla disposizione normativa (scritta) e a prescindere dalla sua giustizia intrinseca[23].

---

[17] Paolo VI, alloc. *Ad eminentissimos patres Cardinales et ad Consultores pontificii Consilii Codici iuris canonici recognoscendo*, 20 novembre 1965, in *Acta Apostolicae Sedis*, LVII (1965), pp. 985 e ss.. La medesima idea viene ripresa dalla *Praefatio* del Codex del 1983, richiedendo che nell'opera di revisione del Codex si tenga conto dei decreti e degli atti del Vaticano II (*Acta Apostolicae Sedis*, LVII (1983), vol. II, p. XX-XXI).

[18] G. Lo Castro, *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari nelle fonti di Diritto canonico*, Milano 1970, p. 293.

[19] Per un resoconto dei vari passaggi, vicino al loro inizio, cfr. L. Rosa, *La «Lex Ecclesiae Fundamentalis». Il lungo e faticoso «iter» di un Progetto*, in *Aggiornamenti sociali*, 1977, p. 319 e ss.. Si v. anche gli indici-Sintesi generale del lavoro della Commissione circa la *Lex* in *Communicationes* 19 (1987), pp. 304-308.

[20] Nel discorso del 1965 appena menzionato, Paolo VI presenta come questione grave e peculiare «num conveniat communem et fundamentalem condi Codicem, ius constitutivum Ecclesiae continentem», ciò in considerazione della duplicità dei codici (latino e orientale): Paolo VI, alloc. *Ad eminentissimos patres Cardinales et ad Consultores pontificii Consilii Codici iuris canonici recognoscendo*, 20 novembre 1965, cit., p. 988. Come si vede, Paolo VI usò l'espressione di "diritto costitutivo della Chiesa".

[21] Si veda come presenta tale dibattito C. Redaelli, *Diritto canonico*, in *La teologia del XX secolo: un bilancio*, vol. III, *Prospettive pratiche*, a cura di G. Canobbio e P. Coda, Roma 2003, p. 367 e ss..

[22] Cfr. G. Lo Castro, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, cit., p. XXXIX.

[23] Ibid., p. XLI.

Se una carta costituzionale doveva essere formalizzata per l'ordinamento ecclesiale, essa doveva principiare dalla prima delle fonti giuridiche di produzione, quella fonte per la quale la sua stessa originarietà dev'essere qualificata non in modo assoluto, ma relativamente ad essa in termini sia di esistenza che di giuridicità[24]. Lo *ius divinum*, dunque, doveva essere espresso attraverso l'unico modo nel quale si articola una fonte giuridica scritta, cioè attraverso proposizioni normative; ma una tale articolazione di principi di diritto divino poneva immensi problemi di fondo, non ultimo quello della storicità del loro evidenziarsi in seno all'ordinamento canonico. A Francesco Finocchiaro, in tal senso, sembrava «improbo formare un elenco di tutti i princìpi di diritto divino, cui il legislatore non può derogare, dato che la Chiesa, nel suo magistero, può sempre identificare l'esistenza di un principio di diritto divino che sino ad oggi non è stato sceverato»[25].

La formalizzazione di una "carta costituzionale" per l'ordinamento ecclesiale, storicamente, fallì; ciò non toglie che il problema del diritto costituzionale vi continuasse a sussistere, come oggi sussiste, a testimonianza che esso non può essere ridotto all'esistenza, o meno, di un testo normativo scritto[26]: ciò che vale per tutto il fenomeno del diritto nell'ordinamento.

4. Anche il tratto di cammino storico relativo alla legge fondamentale, tutto sommato, esprimeva una visione piuttosto ottimistica sulla capacità dell'ordinamento ecclesiale di servirsi di categorie secolari, passando indenne dall'influenza che poteva derivare, su una realtà totalmente irripetibile e altra come quella ecclesiale, dai presupposti epistemologici, metodologici, culturali e simbolici delle forme di governo con le quali esso doveva relazionarsi. Nella *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, ad esempio, non mancava un riferimento alla sussidiarietà (presente anche tra i princìpi per la revisione del *Codex*, esattamente il 5°), concetto scolpito dalla dottrina sociale in tema di rapporti tra lo Stato e le comunità intermedie, ma di dubbia adattabilità ai rapporti intraecclesiali, tra Chiesa universale e Chiesa

[24] Cfr. L. De Luca, *fonti del diritto* (dir. can.), in *Enciclopedia del diritto*, 17 (1968), par. 1.
[25] F. Finocchiaro, in *Saggi (1973-1978)*, a cura di A. Albisetti, Milano 2008, p. 103.
[26] Cfr. G. Lo Castro, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, cit., ibid.

particolare, tra Pontefice romano e vescovi, tra chiesa particolare e sue articolazioni comunitario-territoriali. Di tale dubbiezza è prova il fatto che, quando si riferisce la sussidiarietà all'ordinamento canonico, si senta necessario il continuo rinvio ad una precisazione sul mero carattere analogico del richiamo[27], ammesso che se ne sia preventivamente identificato il significato, tra gli «almeno trenta diversi» evocati da Sabino Cassese[28]; senza dimenticare che il primo coniatore dell'espressione "diritto sussidiario", ossia il vescovo di Magonza Ketteler, partiva dall'esperienza politica personale del federalismo tedesco e da essa traeva ispirazione e condizionamento[29].

Papa Francesco, in un discorso dedicato alla riforma della Curia romana, indicherà tra i dodici princìpi quello della sussidiarietà, esprimendone un contenuto di razionalizzazione e di riordino delle competenze al suo interno, ma non nei rapporti esterni e tantomeno in quelli con i vescovi locali[30]. Del resto, in rilevanti atti di magistero il Pontefice sembra riservare la sussidiarietà alle tematiche di dottrina sociale, utilizzando termini diversi, come quello di decentralizzazione, per esprimere non un'idea di devoluzione di poteri, ma di riconoscimento delle competenze originarie dei vescovi locali[31]. Ma la decentralizzazione, come aveva indicato Jean Beyer, non si identifica con la sussidiarietà[32] e, d'altra parte, il principio di immanenza tra Chiesa universale e Chiese particolari, tra Chiese particolari e loro articolazioni, ha fatto apparire come estraneo un principio di sussidiarietà che poteva essere inteso come erosione di poteri del "basso" verso l'"alto". In effetti, le competenze dei membri del sostrato sociale, nell'ordinamento, sembrano avere

[27] Cfr. C. Cardia, *La rilevanza costituzionale del principio di sussidiarietà della Chiesa*, in *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico*, a cura di J. Canosa, Milano 2000, p. 240 e ss..

[28] Cfr. T.E. Frosini, *sussidiarietà (principio di)* (dir. cost.), in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-2 (2008), p. 1134.

[29] L'elaborazione di Ketteler è ben anteriore alla *Quadragesimo Anno* di Pio XI e ne condiziona il contenuto attraverso la figura del gesuita Nell-Breuning. Cfr. J. Barroche, *La subsidiarité. Le principe e l'application*, in *Études*, 6 (2008), p. 780.

[30] Cfr. Francesco, disc. *Ad Sodales Curiae Romanae*, *occasione prosequendi omina Natalicia*, 22 dicembre 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CIX (2017), p. 43.

[31] Cfr. Francesco, es. ap. *Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, in *Acta Apostolicae Sedis*, CV (2013), p. 1027: «Non è opportuno che il Papa sostituisca gli Episcopati locali nel discernimento di tutte le problematiche che si prospettano nei loro territori. In questo senso, avverto la necessità di procedere in una salutare "decentralizzazione"».

[32] Cfr. J. Beyer, *Principe de subsidiarité ou «juste autonomie» dans l'Eglise*, in *Nouvelle revue théologique*, 108 (1986), pp. 802-810.

origine non tanto su movimenti devolutivi di poteri, ma su un fondamento originario sacramentale[33].

L'abbandono della sussidiarietà nei riferimenti al sistema canonico – o una restrizione sostanziale del suo significato in rapporto alla natura chiusa della *societas Ecclesiae*[34] –, se definitivi, potrebbero essere ulteriore testimonianza delle controindicazioni derivanti dall'uso, al suo interno, di «greffes juridiques relativement artificielles»[35].

5. Se il principio di sussidiarietà è stato, talvolta, oggetto di fraintendimento nella sua applicazione intraecclesiale, della gran parte degli altri *principia* per la revisione del Codex, approvati dal Sinodo dei Vescovi il 7 ottobre 1967, si è addirittura persa l'immediatezza della memoria. Ma essi – se costituirono, all'epoca, i binari entro cui condurre la nuova opera di codificazione – oggi, a quarant'anni dalla loro predisposizione (altro anniversario), potrebbero essere riconsiderati come parametro di un bilancio sull'applicazione del Codex postconciliare e sulla sua recezione ecclesiale. Tra quei principi ritroviamo non solo la volontà programmatica di costruire un codice dall'indole giuridica (1°), ma anche l'auspicio circa la presenza, a pieno titolo nel testo normativo, del metodo pastorale (3°), onde la Pontificia Commissione, nel presentarlo ai sinodali, ricordava la necessità di lasciare ai pastori e ai curatori d'anime una *congrua discretionalis potestas*, adducendo come esempio la riforma che, delle opere di penitenza, aveva fatto Paolo VI nel 1966 con la cost. ap. *Paenitemini*[36]. In essa il principio di *ius divinum* di fare penitenza veniva espresso in forme più adatte alla nostra epoca, nel contempo attribuendo alle Conferenze episcopali la competenza a legiferare sulla base della conoscenza diretta delle condizioni locali[37].

---

[33] Cfr. M. Miele, *Papa Francesco e gli sviluppi recenti del metodo sinodale*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. Fumagalli Carulli e A. Sammassimo, Milano 2015, pp. 339-345.

[34] Cfr. C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà* (*Valori politici* n.s. 13), a cura di M. Tringali, Milano 2003, p. 43.

[35] R. Sobanski, *La Loi fondamentale de l'Eglise*, in *Nouvelle revue théologique*, XCIV (1972), p. 260.

[36] Paolo VI, cost. ap. *Paenitemini*, 17 febbraio 1966, in *Acta Apostolicae Sedis*, LVIII (1966), p. 177 e ss..

[37] «Ut igitur paenitentiae praeceptum in filiorum suorum memoriam revocet eiusque observantiam urgeat, Apostolica Sedes paenitentialem disciplinam componere sibi proponit, temporum necessitatibus accommodatam. Pertinet autem ad sollicitudinem et prudentiam Episcoporum, in Coetibus seu

Va peraltro notato come la Commissione chiedesse, quale conseguenza dell'indole giuridica del Codex (1° principio), come in esso ogni destinatario dovesse trovare «qua ratione in vita religiosa ipse se conducere oporteat, si particeps esse vult bonorum quae Ecclesia offert, ut salutem aeternam assequatur»[38]; ma anche come, in forza dell'auspicio circa le sue finalità pastorali (3° principio), che le *normae* del futuro Codice «nimis rigidae non sint»[39].

Non sembra eccessivo adombrare il rischio di una forma di anfibologia codiciale strettamente correlato alla temperie culturale del momento, visto che il medesimo carattere anfibologico veniva talvolta attribuito a documenti fondamentali del Vaticano II[40]. Di certo, va rilevato che, se con la codificazione del 1983 si intendeva, nella denominazione ("Codex"), alludere alla concezione classica del codice compatto, esaustivo, non eterointegrabile, autosufficiente, nulla vi sembra più lontano. Il numero dei canoni fu sensibilmente ridotto, ma il rinvio a fonti scritte esterne – speciali e particolari, universali o locali – è stato considerevole. Una conoscenza minima dell'ordinamento non può prescindere da tali fonti e chi voglia mettere mano ad una nuova edizione del Codex del 1983, con le leggi ad esso complementari – anche solo quelle universali – sa che ne scaturirebbe un volume almeno raddoppiato.

Se altre leggi speciali attendono oggi di essere aggiornate (come quella relativa al Sinodo dei vescovi), o semplicemente varate (irrisolta è la questione dei tribunali amministrativi, posta dal can. 1400, par. 2; manca una *lex propria* che definisca lo statuto canonico *Sede plena* del cardinalato, etc.), alcuni settori sembrano addirittura dover sfuggire ad una compiuta regolamentazione codiciale, e ciò non per negligenza del legislatore, ma in forza di un potente e costitutivo connotato della realtà ecclesiale che, tra i principi del 1967, non veniva neppure nominato. Intendo

---

"Conferentiis" congregatorum, pro sua locorum et hominum cognitione, normas edere, quae efficacius ad finem assequendum conducant, firmis tamen his quae sequuntur»: ibid., p. 182.

[38] Cfr. *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico*, a cura di J. Canosa, cit., p. 30.

[39] Ibid., p. 128.

[40] Cfr. il noto volume: A. Acerbi, *Due ecclesiologie. Ecclesiologia giuridica ed ecclesiologia di comunione nella "Lumen Gentium"*, Bologna 1975.

riferirmi all'inculturazione, della quale non si può, qui, che fare un solo accenno[41]. Ai suoi effetti ineludibili penserei si debba, ad esempio, attribuire l'osservazione, più volte svolta, secondo cui l'ordinamento canonico, e men che meno il Codex, non avrebbero sviluppato un compiuto ed organico diritto di famiglia[42]. Ancora, alle necessità dell'inculturazione faceva esplicito riferimento Papa Francesco quando, sorprendendo alcuni, nel discorso di chiusura del Sinodo (24 ottobre 2015) rilevava come ciò che «sembra normale per un vescovo di un continente, può risultare strano, quasi come uno scandalo – quasi! – per il vescovo di un altro continente; ciò che viene considerato violazione di un diritto in una società, può essere precetto ovvio e intangibile in un'altra; ciò che per alcuni è libertà di coscienza, per altri può essere solo confusione». Il Pontefice andava oltre, visto che «in realtà, le culture sono molto diverse tra loro e ogni principio generale… ha bisogno di essere inculturato, se vuole essere osservato e applicato»[43], con ciò probabilmente toccando anche un aspetto essenziale, almeno astrattamente, del Codex, e cioè la sua universalità. Il Papa eccepiva, dalla sua riflessione sulle esigenze e sugli effetti dell'inculturazione – che, come abbiamo appena visto, tocca anche la recezione effettiva dei principi generali – le «questioni dogmatiche ben definite dal Magistero della Chiesa»[44].

6. Vorrei avviarmi alla conclusione di queste mie brevi riflessioni, ponendo ora in rapporto lo strumento codiciale con alcune istanze che provengono dalla vita reale, e presente, della comunità ecclesiale; da tale rapporto credo sia possibile non solo trarre conferme ulteriori su quel carattere di "relatività" di cui si è fin qui discusso, ma anche intuire qualcosa delle linee evolutive lungo le quali si sta muovendo l'ordinamento canonico.

---

[41] La Commissione teologica internazionale ne aveva trattato nel documento, pubblicato nel 1989: *Fede e inculturazione* (1989), in Commissione teologica internazionale, *Documenti (1969-2004)*, Bologna 2006, p. 353 e ss.. Il rapporto tra strutturazione istituzionale e inculturazione è messo in luce, anche recentemente, dal documento: Commissione teologica internazionale, *La sinodalità nella vita e nella missione della Chiesa*, cit., spec. num. 93.

[42] Cfr. ad es. S. Berlingò, *«Chiesa domestica» e diritto di famiglia nella Chiesa*, in *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di S. Domianello, A. Licastro, A. Mantineo, Bologna 2015, p. 277 e ss..

[43] Francesco, disc. *Operibus XIV Coetus generali ordinarii Synodi episcoporum confectis*, 24 ottobre 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), p. 1147.

[44] Ibid.

Circa quattro anni prima della promulgazione del Codex del 1983, Natalino Irti scriveva un saggio, manifestamente eloquente già dal titolo (L'età della decodificazione[45]), destinato a restare nella memoria dei giuristi dei paesi di tradizione codicistico-napoleonica. Dopo molti anni, quella linea di pensiero, critica verso la pretesa di porre un testo codiciale scritto, quale garante della «coerenza complessiva dell'ordinamento», a fondamento centrale e «sistematico dell'ordinamento» medesimo, sembra oltrepassata[46]; i codici però non sembrano scomparire, sia pure costruiti in relazione a settori diversi, dotati ognuno di «diversi principi»[47].

In ambito canonico, l'impressione globale che si aveva dinnanzi al Codex del 1917, e cioè che esso tendesse a ripetere (analogicamente?) la motivazione profonda della prima grande codificazione moderna, ossia la sua funzionalità «all'esigenza di affermare o di riaffermare l'unità di uno Stato nazionale», nell'ottica di una concezione accentratrice e autoritaria del diritto – in forza della quale il Papa si trasformava da giudice supremo in legislatore supremo[48] –, espressione delle capacità di tutto prevedere e tutto prevenire, tende sempre più a dissolversi per il Codex del 1983, non solo con riguardo alla sua struttura materiale, ma anche in riferimento alla sua applicazione effettiva. Ciò sembra avvenire, anzitutto, in forza dei correttivi tecnici endocodiciali tendenti a dare spazio alle legislazioni complementari nazionali.

Accanto a questo aspetto non si può non rilevare, oggi, una spiccata tendenza al pluralismo extracodiciale provocata dagli svolgimenti, forse non prospettati, che la vita reale della comunità ha espresso, e continua ad esprimere, a prescindere dalle previsioni codiciali e talvolta contro di esse. Intere aree della regolazione canonica sfuggono, formalmente o informalmente, alla disciplina codiciale, e non sempre in coerenza con essa.

---

[45] Milano 1979.

[46] Cfr. D. Sorapi, *L'idea di codice nell'insegnamento di Tullio Ascarelli e l'attuale evoluzione delle* codificazioni *del diritto commerciale*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 1289.

[47] «L'idea sottesa a questi codici non è quella che ispirò il legislatore napoleonico. La fraternizzazione dei codici in una serie di compilazioni settoriali deriva dall'emergere di diversi principi, istituti e regole nei diversi settori»: ibid., p. 1297.

[48] Cfr. H. Pree, *Diritto canonico e terzo millennio*, in *Il Regno-attualità*, 22 (2017), p. 686.

Gli abusi sessuali del clero, e soprattutto la pedofilia, hanno richiesto una disciplina speciale di tale rigorosità[49], da contraddire con estrema evidenza l'intonazione generale del Codex in materia di sanzioni penali, intonazione espressa dalla disposizione del can. 1341[50]. Su questa disposizione codiciale si erano versati fiumi d'inchiostro con toni encomiastici[51], ma forse poco rispettosi di una realtà per la quale, almeno in tema di delitti di pedofilia del clero, il Codex si è concretamente dimostrato *lex inutilis* o addirittura *damnosa*; onde, dal paradigma generale della misericordia si è passati a quello della «tolleranza zero»[52] e un apposito provvedimento normativo ritiene sufficiente, per la rimozione del vescovo dal suo ufficio per omissione di vigilanza contro la pedofilia del clero, il difetto di diligenza grave e ciò anche «solamente se egli abbia oggettivamente mancato»[53]. Naturalmente, sarebbe da verificare quanto sull'abbassamento della soglia di responsabilità *in vigilando* dei vescovi, verso l'ordinamento canonico, abbia influito la tendenza garantistica ed estensiva delle giurisdizioni statali in tema di risarcimento dei danni posti a carico degli enti da loro rappresentati.

Nel campo dell'applicazione del diritto sacramentale, in rapporto alle situazioni di convivenze affettive pubbliche irregolari, rimangono fermamente scritti

---

[49] Cfr. Giovanni Paolo II, motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, in *Acta Apostolicae Sedis*, XCIII (2001), pp. 737-739; Congregazione per la dottrina della fede, *Epistula ad totius Catholicae Ecclesiae Episcopos aliosque Ordinarios et Hierarchas interesse habentes de* delictis gravioribus *eidem Congregationi pro Doctrina Fidei* reservatis), ibid., pp. 785-788; Congregazione per la dottrina della fede, N*ormae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis,* 21 maggio 2010, in *Acta Apostolicae Sedis*, CII (2010), pp. 409 e ss.; Congregazione per la dottrina della fede, *Lettera circolare per aiutare le conferenze episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici*, 3 maggio 2011, in *Il Regno-documenti*, 11 (2011), pp. 334 e ss.; Francesco, chirografo *Minorum tutela actuosa*, 22 marzo 2014, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), pp. 562-563; Francesco, rescriptum ex audientia Sanctissimi *De Collegio intra Congregationem pro Doctrina Fidei constituendo ad appellationes clericorum circa graviora delicta considerandas*, 3 novembre 2014, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVI (2014), pp. 885-886; Segreteria di Stato, *Statuta Pontificiae Commissionis pro pupillis tuendis*, 21 aprile 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVII (2015), pp. 564 e ss.; Francesco, motu proprio *Come una madre amorevole*, 4 giugno 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVIII (2016), pp. 715 e ss..

[50] «L'Ordinario provveda ad avviare la procedura giudiziaria o amministrativa per infliggere o dichiarare le pene solo quando abbia constatato che né con l'ammonizione fraterna né con la riprensione né per altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale è possibile ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendazione del reo».

[51] Cfr. ad es. V. De Paolis, *Attualità del Diritto penale della Chiesa*, in AAVV, *Questioni attuali di Diritto penale canonico*, Città del Vaticano 2012, p. 22.

[52] Così il card. Sean O'Malley nella relazione tenuta al Concistoro del 12-13 febbraio 2015, in *Il Regno-attualità*, 2 (2015), p. 83.

[53] Cfr. Francesco, motu proprio *Come una madre amorevole*, 4 giugno 2016, cit., p. 716, art. 1.

nel Codex i canoni 987[54] e 915[55]. Queste disposizioni codiciali, e specialmente quella sugli ostinati in peccato grave manifesto e pubblico, appaiono sostanzialmente destrutturate – nella loro valenza generale ed astratta –, dalle diverse modalità con cui singoli episcopati, e anche singoli vescovi, ritengono di applicare i diversi passaggi, in tema di matrimonio e di famiglia, rappresentati dai due sinodi del 5-19 ottobre 2014 e del 4-25 ottobre 2015[56], poi confluiti nel documento papale finale, *Amoris laetitia*, del 2016[57]. Il Papa, nel delineare gli effetti giuridici che questo atto, specialmente al cap. VIII, poteva o doveva avere nei riguardi del Codex o degli altri documenti che di questo costituivano interpretazione applicativa[58], ha scelto di non intervenire direttamente e di lasciare inalterati sia il Codex che il Catechismo[59]. Con una procedura inusitata rispetto a documenti di provenienza territorialmente limitata, egli approvava con lettera apostolica il testo di una struttura pastorale locale, indicante criteri per l'applicazione del cap. VIII di Amoris laetitia; rispetto al contenuto di questo testo, pure pubblicato negli Acta Apostolicae Sedis, il Pontefice statuisce che «no hay otras interpretaciones»[60].

Rispetto alle aree appena menzionate – ma altre ve ne sarebbero da ricordare – il Codex ha manifestato non solo una gravosa fatica di previsione e di aderenza effettiva alla vita sociale ecclesiale, ma anche una reale difficoltà ad assecondare la *voluntas legislatoris* mediante i meccanismi approntati per inverare il valore della completezza ordinamentale. Il risultato sembra essere quello di un aggiramento del Codice tramite interventi *extravagantes*, sia a livello universale che particolare, e talvolta di una caducazione implicita di alcune sue disposizioni. E così, nel

[54] «Il fedele per ricevere il salutare rimedio del sacramento della penitenza, deve essere disposto in modo tale che, ripudiando i peccati che ha commesso e avendo il proposito di emendarsi, si converta a Dio».

[55] «Non siano ammessi alla sacra comunione gli scomunicati e gli interdetti, dopo l'irrogazione o la dichiarazione della pena e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto».

[56] Si v. la documentazione nel sito del Sinodo dei vescovi in www.vatican.va. Cfr. anche *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo*, a cura di L. Baldisseri, Città del Vaticano 2016.

[57] Cfr. Francesco, esort. ap. postsinodale *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, in *Acta Apostolicae Sedis*, CVIII (2016), p. 311 e ss..

[58] A cominciare dal Catechismo della Chiesa cattolica (n. 1650), oltre che da un intervento del Pontificio Consiglio per i testi legislativi: *Dichiarazione circa l'ammissibilità alla Santa Comunione dei divorziati risposati*, 24 giugno 2000, in *Communicationes*, 32 (2000), pp. 159-162.

[59] Cfr. G. Bier, *Papa Francesco il legislatore*, in *Il Regno-attualità*, 22 (2017), p. 684. Per l'Autore «sarebbe utile che il papa dichiarasse apertamente che il magistero della Chiesa invece è cambiato su questo punto e che quindi ne traesse le necessarie conseguenze in materia di diritto, modificando le relative disposizioni nel *CIC*».

[60] V. *Acta Apostolicae Sedis*, CVIII (2016), p. 1071 e ss..

pontificato attuale, dal suo inizio fino alla fine del 2017, si sono censiti quarantuno interventi, schiettamente normativi, extracodiciali[61]. Di fronte a questa realtà, c'è da chiedersi se il fenomeno dell'ampia normazione canonica extracodiciale non sia provocato solo dalle controindicazioni connesse all'ipotetico smisurato impegno di tempo che sarebbe richiesto da una rifondazione dei due codici. Osservazione questa, in fondo, quantitativa, rispetto ad altro interrogativo valoriale; e cioè se l'ordinamento ecclesiale, dopo aver recepito o forse subìto la forma della codificazione, in fase di accelerazione delle trasformazioni all'interno e all'esterno dell'ordinamento – in materia familiare, ad esempio, o in materia di riorganizzazione della pastorale a causa della penuria di chierici –, non stia avvicinandosi ora al momento della decodificazione. A questa conclusione sembrerebbe rimandare, specialmente, il fatto che i singoli settori sono interessati da interventi dello stesso legislatore supremo, perlopiù provocati da particolari esigenze o emergenze storiche della vita sociale, che talvolta mal si acconciano non solo con singole disposizioni in vigore – magari da poco tempo –, ma anche con i principi generali, desumibili dal Codex, che dovrebbero riguardare i settori stessi[62].

Naturalmente, il fatto che, nell'ordinamento ecclesiale, la generalità e l'astrattezza delle disposizioni cedano progressivamente il passo ad una strumentazione normativa – celere e subitanea, mutevole, occasionata da esigenze particolari, concepita *post facta* anche in ambito penale – che assecondi e favorisca una disciplina del caso concreto secondo giustizia, dovrebbe essere salutato come una emersione prepotente dello spirito economico del sistema. Ma anche come una rivincita di quegli studiosi che, all'inizio del '900, guardavano con critico scetticismo alla possibilità stessa di una codificazione canonica, a cominciare da Emil Albert Friedberg e da Francesco Ruffini[63].

---

[61] Cfr. G. Bier, *Papa Francesco il legislatore*, cit., p. 682.

[62] La via draconiana, e forse talora poco garantistica, intrapresa per la pedofilia del clero, sta in rapporto problematico non solo con l'ispirazione generale del diritto penale canonico, ma anche con un contrapposto diffuso disinteresse, e conseguente disapplicazione, verso i casi nei quali la pena canonica, ancorché indeterminata, sarebbe obbligatoria.

[63] Cfr. M. Falco, *Introduzione allo studio del «Codex iuris canonici»*, ed. a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, pp. 108-111.

Key words: canon law, code, Church's legislation, legal categories, subsidiarity.

Abstract: The article reproduces the text of the report drawn up by the A. during the workshop in the occasion of the hundredth anniversary of the first Code of Canon Law (Pontifical Lateran University, 16th May 2017). The report proposes some reflections on the function and characteristics of a code in the Church's legislation, also highlighting the problems of using secular legal categories.