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

INDICE N. 3/2017

ERNESTO BIANCHI 4

Realtà, miti, finzioni in Santi Romano. Osservazioni 'frammentarie' di un romanista

LORENZO FRANCHINI 32

Tempo dell'adempimento e termini impliciti

GIOVANNI BOMBELLI 84

Immagini "pubbliche", diritto e intervento giurisdizionale

ANDREA SANGUINETTI 110

Le *rogationes per saturam* prima della *lex Caecilia Didia*

MARCO GARDINI 150

La trama giurisprudenziale sulla pregiudizialità in CTh.9.20.1

FILIPPO PIZZOLATO 178

In mezzo al guado: i CAL e il sistema delle autonomie

ROBERTO ISOTTON 202

La confisca fra passato e futuro

VP VITA E PENSIERO

ANTONIO INGOGLIA 225

Welfare migration ed enti religiosi

MARIO FERRANTE 240

La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico

CARLO RUSCONI 284

Le c.d. dipendenze e le tutele giuridiche nelle varie età dell'uomo

MATTEO MANFREDI 305

Le professioni legali nel mercato unico europeo tra libertà di circolazione e concorrenza

SEZIONE MONOGRAFICA:

LE INTERCETTAZIONI: PROBLEMI ANTICHI E SFIDE NUOVE

I Sessione: ***Le direttive del d.d.l. n. 4368***

Introduzione di GIULIO ILLUMINATI 324

TERESA BENE 332

Diritti e interessi coinvolti nella riforma delle intercettazioni

FRANCESCA RUGGIERI 354

L'impatto delle nuove tecnologie informatiche: il captatore informatico L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema

VP VITA E PENSIERO

II Sessione: ***I captatori informatici***

Introduzione di PAOLO TONINI 373

DONATELLA CURTOTTI 382
Il captatore informatico nella legislazione italiana

ENRICO MARIA MANCUSO 412
La perquisizione on-line

MARCO TORRE 435
Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103

VP VITA E PENSIERO

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Ernesto Bianchi

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Romano, Università Cattolica del Sacro Cuore

Realtà, miti, finzioni in Santi Romano. Osservazioni 'frammentarie' di un romanista *(**)

SOMMARIO: 1. Premessa e ragioni di un intervento. - 2. Minimi rilievi terminologici. - 3. Miti e 'realtà giuridica'. - 4. Quale realtà per le finzioni giuridiche? Esclusione di formulazioni equiparative e di entificazioni. - 5. *Colloquium fictum*: il filosofo, il normativista, l'istituzionalista, il giurista romano.

1. Premessa e ragioni di un intervento.

Che un romanista parli di realtà giuridica e di Santi Romano e intervenga in un dibattito occasionato anche da una recente monografia che ne considera il pensiero sotto nuovi profili, può apparire bizzarro o, quantomeno, singolare specie a motivo della diffusa opinione che vuole il diritto romano pragmatico e non teoretico e, per lunga parte del suo corso storico, piuttosto casistico che sistematico[1]. Ma, per usare le parole di Savigny – prima che, con un *iter* concluso con Giustiniano, *das historische Ganze* divenga *Gesetz*[2], esso è *ius controversum*, composto da fonti eterogenee e da pluralità di sistemi. Fonti, l'una con l'altra in continua dialettica, che creano *ius* tutelando situazioni fattuali o dandovi forma giuridica. Non penso solo alla (ovvia) contrapposizione *ius Civile*/*ius Honorarium* o al rapporto tra diritto sacro e laico o a quello tra diritto privato e pubblico, penso anche alle regole e alle magistrature '*rivoluzionarie*' che una parte dei *cives* si dà in età arcaica, dimostrando che gruppi sociali

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

(**) L'articolo mantiene il titolo della relazione tenuta il 22 giugno 2017 presso il Collegio Universitario Camillo Golgi di Pavia, in occasione della giornata di studi '*La realtà della realtà giuridica*' – '*Nomologics*3' – patrocinata dai Dipartimenti di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Pavia, dell'Università Statale di Milano e dell'Università Cattolica di Milano. Sono state apportate alcune modifiche per volgere la relazione dalla forma orale a quella scritta ed è stato rivisto e integrato l'apparato critico.

[1] Per la natura tipicamente 'casistica' del diritto romano, v., per tutti, M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaft in Göttingen I. Philologisch-Historische Klasse*, Göttingen 1962, p. 54 ss.

[2] F.C. von Savigny, *Juristische Methodenlehre, nach Ausarbeitung des Jakob Grimm*, vol. 1, Stuttgart 1951, p. 2.

creano diritto o, per riportarmi a fasi ancora più antiche, penso al *ius gentilicium*, proprio di singoli insiemi di *familiae* [3].

La mente corre alle parole di Santi Romano: «uno Stato, una Chiesa, una società internazionale, una famiglia, un'organizzazione sociale qualsiasi sono enti giuridici», certo non creati dal nulla, ma che acquistano nel mondo giuridico «una propria individualità ed una propria essenza», differenti dalle realtà sociali che li hanno originati e con le quali possono anche coincidere nella loro denominazione, ma rimanendo su piani diversi[4].

Certo, si potrebbe anche ricondurre la dottrina istituzionale – pur con tutta la sua novità – al fertile terreno di precedenti studi sul rapporto tra diritto e fenomeni associativi (le teorie di Robert von Mohl e di Otto von Gierke)[5] evidenziando quanto queste ricerche – pur condotte in ambito eminentemente germanistico – fossero, in un modo o in un altro, '*impregnate*' di principi e dogmi della Romanistica. Ancora, altre connessioni potrebbero essere rinvenute negli scritti dedicati al diritto – con particolare attenzione al diritto romano – quale fenomeno sociale da Weber[6]. Per converso, ci si potrebbe anche interrogare circa l'uso che Santi Romano fece del diritto romano e circa le conoscenze che ne ebbe[7].

Ma, forse, vi è un altro motivo che potrebbe giustificare il mio intervento. Come osserva nel prologo della sua monografia Alessandro Olivari, alla domanda

---

[3] Penso alla «autosufficienza istituzionale e politico-militare» ribadita, ancora di recente, da L. Capogrossi Colognesi, *Pontefici e Curie*, in V. Gasparini (a cura di), *Vestigia. Miscellanea di studi storico-religiosi in onore di Filippo Coarelli*, Stuttgart 2016, p. 316 ss.

[4] Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Torino 1983, p. 205.

[5] Su ciò, di recente e magistralmente: A. Mangia, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e Società*, 2012, *passim*, ma *praecipue*, pp. 470-480. Lavoro fondamentale anche per cogliere la differenza tra la teoria formulata da Santi Romano e la sua '*ideologia*'.

[6] Penso, in particolare, a M. Weber, *Die Wirtschaft und die Ordnungen*; *Die Entwicklungsbedingungen des Rechts*, in *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlass*, I-22.3, Tübingen 2010, p. 192 ss., 274 ss. e *passim*.

[7] A prima vista, non approfondite: così per Clipperton (S. Romano, *Frammenti*…, cit., p. 37, ove il modo di acquisto delle *res nullius* è genericamente richiamato e ben sintetizzato, ma viene del tutto tralasciato il dibattito intercorso tra i giuristi romani sull'acquisto delle *res derelictae* e non è menzionato il caso – per qualche aspetto analogo – dell'isola *Ferdinandea* [*insula in mari nata*] verificatosi all'incirca un secolo prima e per il quale, da parte di alcuni degli Stati contendenti, vennero invocati proprio i principi classici di diritto romano dell'occupazione); così per la verifica dell'esistenza, nell'ordinamento italiano, del concetto di diritto singolare (S. Romano, *Frammenti*…, cit., p. 88, ove vi è unicamente il richiamo al passo di Paolo – D. 1.3.16, peraltro assunto nel suo tenore letterale e senza le, purtroppo abituali, forzature con le quali sovente viene citato).

kantiana: 'che cos'è il diritto?' (*Quid ius?*), Romano sembra poi accostare un altro quesito: 'che cosa vi è nel diritto?' (*Quid in iure?*): non più l'ontologia *del* giuridico, ma l'ontologia *nel* giuridico[8]. Qui si profila allora un'altra affinità con gran parte del pensiero giuridico romano, volto a riempire il contenitore *ius*, piuttosto che a definirlo. Vero: la *definitio* è uno degli strumenti tecnici più utilizzati dai giuristi romani, ma vera anche la coscienza che «*omnis definitio in iure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti posset*»[9].

Nel celebre passo potrebbe ravvisarsi adombrata *in nuce* la popperiana *Fälschungsmöglichkeit*? La possibilità di falsificare una teoria, che, di una teoria, non è difetto, ma pregio. Popper parla di rischi maggiori o minori cui sono esposte le teorie[10]; Giavoleno Prisco chiama '*periculosa*' – rischiosa – la *definitio*. Popper: *Fälschungsmöglichkeit*. Giavoleno: *subverti – non subverti*. Eppoi vi è quel *parum est*…[11].

Il differente contesto culturale in cui si colloca l'articolato pensiero di Popper rispetto al frammento di Giavoleno rende ardito l'accostamento che ho proposto e, al più, consente di cogliervi un'assonanza di note, forse solo un poco più marcata accettando con Kantorowicz che la definizione – in linea generale – non ha rango di

[8] Come rileva A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano 2016, p. 11, la monografia di Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1916-17 (io farò riferimento alla seconda edizione: Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945) era stata, in grande prevalenza, dedicata alla prima indagine, laddove nei *Frammenti* l'interesse dello studioso si spostava ad una disamina analitica, pur se dichiaratamente e necessariamente 'frammentaria', di alcuni singoli elementi riscontrabili nel diritto.

[9] D. 50.17.202 (Iav. *l. 11 epist.*). V. R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, pp. 3 ss. Sul passo v. anche A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966, p. 183 ss.; B. Albanese, *«Definitio periculosa» un caso particolare di «duplex interpretatio»*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Palermo 1967, p. 78 ss. Secondo F. Reinoso Barbero, *Definitio periculosa: Javoleno o Labéon*, in *BIDR*, 1987, p. 285 ss., l'avversità dei giuristi romani non riguarderebbe le definizioni in senso generale, ma solo le definizioni '*in iure civili*', ma l'uso della *definitio* non è appannaggio del solo *ius Civile*, basti pensare al largo impiego che ne viene fatto nel *ius Sacrum*. Un tema molto ampio e sempre dibattuto è quello delle definizioni '*introdotte*' delle norme v., ad es., F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, seconda ed., p. 234 ss.; U. Scarpelli, *La definizione nel diritto*, in *Jus*, 1959, p. 496 ss.; N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, p. 38 ss. (già in *Jus*, 1967, p. 55 ss.); ma in proposito e dal punto di vista del *vero/falso*, trovo ineccepibile il pensiero di Tarello riferito *infra* a nt. 12.

[10] K. Popper, in G. Reale-D. Antiseri-M. Laeng, *Filosofia e Pedagogia dalle origini a oggi*, vol. 3, Brescia 1986, p. 615: «L'inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si crede) un pregio, bensì un difetto. Ogni controllo genuino di una teoria è un tentativo di falsificarla, o di confutarla. La controllabilità coincide con la falsificabilità; alcune teorie sono controllabili, o esposte alla confutazione, più di altre; esse, per così dire, corrono rischi maggiori.»

[11] Il '*parum est*' sembra addirittura relativizzare la stessa affermazione circa la pericolosità insita in ogni '*definitio*'. La *ratio dubitandi* è, a mio avviso, il profilo più alto ravvisabile nel passo.

affermazione di verità[12], ferma però la precisazione di Bobbio che qualunque proposizione, per poter essere verificata o falsificata, necessita di avere un significato[13].

2. Minimi rilievi terminologici.

Osservo subito che già le parole pronunziate in premessa: *vero/falso* non trovano perfetta corrispondenza nella lingua greca e in quella latina: nella prima, *ἀλήθεια* ha il senso prevalente di scoperta, di qualcosa che viene svelata, nella seconda, *veritas* ha la valenza di fede, di qualcosa che è affidabile. Pure per le parole solo sfiorate e che qui dovremo maggiormente considerare, *realtà*, *ontologia* (o, più precisamente, *ontica*), sempre Greco e Latino indicano distanza semiologica e anche semantica se si considera che '*realitas*', proprio del lessico tardo, addirittura medievale, viene da *res* – cosa – e non ha quindi piena corrispondenza con il greco *ὄντος* che viene da essere. Il termine che in Latino – anche nelle fonti giuridiche – è più utilizzato per indicare la realtà è '*natura*' o '*rerum natura*' che corrisponde, semmai, al greco *φύσις*.

Verborum significatus ratione, e già che poi si parlerà di finzioni, ne approfitto per dire che il senso ripreso da Silvana Borutti del latino '*fingere*' di '*modellare, formare, costruire*'[14] è confermato anche dall'esistenza nelle arcaiche strutture sacerdotali romane dei *fictores*, collaboratori o, forse, colleghi minori dei *pontifices*, qualificati dal grammatico Servio: *qui imagines vel signa ex aere vel cera faciunt*[15]. Del resto, ricorda

[12] H. Kantorowicz, *La definizione del Diritto*, trad. it., con introduzione di N. Bobbio, Torino 1962, p. 42. Del resto, osserva G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 220, neppure «avrebbe senso screditare le definizioni normative (cioè le stipulative, le convenzionali e le esplicative o ridefinitorie) perché non vere».

[13] N. Bobbio, *L'indirizzo Fenomenologico nella Filosofia sociale e giuridica*, Torino 1934, p. 21 e nt. 1; 68; 71 nt. 1.

[14] S. Borutti, *Finzione e costruzione dell'oggetto in antropologia*, in F. Affergan-S. Borutti-C. Calame-U. Fabietti-M. Kilani-F. Remotti, *Figure dell'umano. Le rappresentazioni dell'antropologia*, Roma 2005, p. 91 ss. e *passim*.

[15] Serv. *Ad Aen.* 8, 634; cfr. Cic. *De nat. deor.*, frg. 2: *Ut igitur faber cum quid aedificaturus est non ipse facit materiam, sed utitur ea quae sit parata, fictorque item cera...* in Lact. *Div. Inst.* 2.8.10-11. Cfr. A.S. Pease, *M. Tulli Ciceronis De natura deorum Libri secundus et tertius*, Harward 1958, p. 1229. Sono ritenuti colleghi minori dei *pontifices* da J. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, 3, Leipzig 1885[2], p. 249 e s.; cfr. M. Ihm, *sv.* '*fictores*', in *R.E.*, 6.2[a], 1909, p. 2271 ss. Sulla base di Enn. *fragm.* 123: *Mensas, constituit idemque ancilia ... Libaque, fictores, Argeos et tutulatos*, si potrebbe far risalire la loro istituzione al periodo del leggendario regno di Numa, cui le fonti annalistiche riferiscono la stessa creazione del pontificato.

Isidoro, *fingere enim est facere, formare et plasmare*[16]; dunque, una notevole coincidenza semantica di *fingo* con *πλάσσω*, plasmo[17] e anche uno dei casi in cui la tendenza ipostatica del lessico giuridico latino viene meglio dimostrata[18]. Quali altre parole, più di '*fingere*' e di '*fictio*', assumeranno una connotazione tanto astratta, originando da un significato così concreto? Plastico, fittile: *fictio* ed *effigies* hanno un etimo comune, ma se '*fingere*' indica principalmente l'idea del plasmare, '*effingere*' suggerisce soprattutto quella del creare ad arte modelli imitativi[19]. E qui, naturalmente, si aprirebbe l'universo della *μίμησις*[20].

L'esigenza di distinguere fra realtà 'naturale' e 'giuridica' è stata evidenziata innumerevoli volte da giuristi e da filosofi del diritto (per il Novento spicca il nome

[16] Isid. *Etymol.* 20.4.2. Simile, nella sua prima parte, la definizione di Serv. Daniel. *Ad Aen.* 8.634: *fingere tamen et formare aliquid et ad integram faciem arte producere significat*; nella seconda si riporta il più moderno senso di riprodurre attestato anche da Varr. *L.L.* 6.78, v. *infra* nt. 18.

[17] P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue greque*, Paris 1968, *sv.* πλάσσω, p. 910 e s.

[18] In linea generale, v. L. Lantella, *Il lavoro sistematico del discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 55 ss.; sulle parole *fictio* e *fingere*, v. E. Bianchi, *Fictio Iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, p. 27 nt. 51. È, infatti, più recente il significato corrispondente a quello di '*simulare*' o di '*porre in via d'ipotesi*'. Prestito linguistico antico è, invece, offerto nell'accezione di '*procreare*', v. Æ. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, Prati 1865-1879 (rist. Padova, 1940), *sv.* '*fingo*', p. 443 ss.; A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, Paris 1979, *sv.* '*fingo*', p. 235 e s.; *Thesaurus linguae Latinae*, 2, 1ª, Leipzig 1912-26, *sv.* '*fingo*', p. 770 ss.; A. Walde-J.B. Hofmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 1, Heidelberg 1938, *sv.* '*fingo*', p. 501 ss.; G. Devoto, *Storia della lingua di Roma*, Bologna 1940, p. 7 ss., ascrive *fingere* a quel gruppo di verbi che indicano una tecnica ereditata dal patrimonio originario dello strato sociale superiore. In ambito retorico *fingere* sarà impiegato nel senso astratto di supporre, di *ponere*, v. F. Lanfranchi, *Il Diritto nei retori romani,* Milano 1938, p. 607 e 648.

[19] Evidentemente derivante da '*e*' - '*fingo*', v. Ernout-Meillet, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine...*, cit., *sv.* '*fingo*', p. 236. Cfr. *Thesaurus Linguae Latinae..., cit.*, 5, 2ª, *sv.* '*effigies*', p. 180 ss.: '*effigies ab effingere*'*;* cfr. Forcellini, *Lexicon...*, cit., 2, *sv.* '*effigies*', p. 825: *idem significatione quod effigia, sed frequentior... imago, simulacrum, signum, figuram ad vivam alterius similitudinem, vel ad veritatis imaginem efficta, tam in picturis, quam in sculpturis...* e *sv.* '*effingo*', p. 825: *... proprie est effigiem rei alcujus ad vivum exprimo, ad alterius formam fingo.* Cfr. *Oxford latin Dictionary*, 3, Oxford, 1971, *sv.* '*effigies*', '*effigio*' ed '*effingo*', p. 591. Per ulteriori rilievi, v. Bianchi, *Fictio Iuris...*, cit., p. 66 ss.

[20] Un procedimento d'imitazione, di *μίμησις*, sarà seguito nelle prime *fictiones*, quelle di diritto sacro, v. Bianchi, *Fictio Iuris*…, cit., p. 73 ss. In questa sede mi limito ad esemplificare attraverso i casi offerti dalla *porca aurea et argentea*: Fest. 274.23 L., *sv.* '*Porcam auream*': *Porcam auream et argenteam dici ait Capito Ateius quae etsi numero hostiarum non sint, nomen tamen earum habere: alteram ex auro alteram ex argento factam adhiberi sacrificio Cereali.* (il passo è tratto con ogni probabilità dai *libri de iure sacrificiorum* di Capitone, v. W. Strzelecki, *C. Atei Capitonis fragmenta...*, cit., Proleg. p. XIV e p. 13 [fr. 18] che ritiene che la glossa festina risalga all'opera nominata del giurista. Cfr. F. Bona, *Opusculum Festinum*, Ticini 1982, p. 17, sub lettera 'P') e dalla *Cervaria ovis*: Paul. 49.57 L., *sv.* '*Cervaria ovis*': *Cervaria ovis, quae pro cerva immolabatur.* Nell'un caso, con grande probabilità, effigi create al fine di sostituire durevolmente – ferma ogni altra ritualità prescritta – le *hostiae* per determinati sacrifici. Nel secondo, animali differenti da quelli prescritti dai *sacra*, ma '*camuffati*' da questi ultimi per il caso che ne fosse difficoltoso il reperimento. La ritualità del sacrificio imponeva che ogni altro dettaglio fosse osservato con scrupolosità, con la stessa *subtilitas veterum*, che Gaio dirà *nimia* e che transiterà alle arcaiche formule procedurali (Gai. 4.30). Tuttavia, la *μίμησις* si andrà progressivamente astrattizzando anche *in sacris*: ne sono riprova alcune finzioni di diritto augurale (finto *ager Romanus*) e di diritto feziale (finto *ager Hosticus*) che presuppongono un procedimento mentale più sofisticato e necessitano anche di elementi tecnici tratti dal diritto privato.

di Hans Kelsen[21]) e la si riscontra anche nel pensiero del creatore della teoria istituzionalistica. In ciò, sempre con Bobbio, si può rilevare un'affinità tra Istituzionalismo e Normativismo[22]. E già anticipo che alcune coincidenti visioni si colgono pure nella comune esclusione dal novero delle finzioni giuridiche di talune figure che, sovente, vi sono riportate e alle quali, a breve, farò cenno[23].

Si è detto che nel lessico latino 'realtà' viene spesso indicata con *natura* o *rerum natura*, termini che, però, anche nelle fonti giuridiche, assumono differenti valenze[24]. È inevitabile procedere *per exempla*.

Evidente il significato di realtà 'naturale', 'fisica', quando il giurista Gaio – al fine di fare un esempio nitido – dice che l'ippocentauro non è *in rerum natura* e che, se fatto oggetto di una *stipulatio*, questa sarà *inutilis*[25]. Ippocentauro, animale fantastico, non solo non esiste, addirittura non può esistere: *in rerum natura esse non potest*.

Se, in questo caso, *natura* vale realtà fisica o naturale, qualche maggior problema suscita la parola *natura*, usata dal medesimo giurista – nella stessa opera e nell'identico commentario in cui è nominato l'ippocentauro – in un senso dichiaratamente contrapposto a *lex*. Non in contrapposizione a una qualsiasi legge, ma addirittura alla legge delle dodici Tavole, uno dei fondamenti del *ius Civile*.

Gaio, infatti, dopo avere ricordato che solo il Pretore aveva introdotto un'azione penale al quadruplo per l'ipotesi di *furtum prohibitum*[26], cioè per il caso fosse

---

[21] H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonder Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des als ob*, in *Annalen der Philosophie*, 1919, p. 630 ss.

[22] N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano 1977, p. 29 e s.

[23] *Infra* § 4.

[24] La parola '*natura*', come quella '*naturalis*', è – di per sé – largamente impiegata nelle fonti giuridiche, pur in accezioni assai differenti: in proposito, v. G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*[2], Torino 1967, p. 99 ss.; cfr. W. Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *ANRW*, 1976, p. 78 ss. Sulle valenze che il sintagma '*rerum natura*' assume e che vanno da quelle generiche e generali di 'realtà oggettiva', di 'mondo', di 'normalità' sino a quella di 'complesso di tutte le forze creatrici', v. C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, p. 70 ss.

[25] 3.97*a*:: *Item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, uelut hippocentaurum, stipuletur, aeque inutilis est stipulatio.*

[26] Stante la sterminata bibliografia, mi limito a rinviare per tutti a B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*, 1953, p. 8 ss.; 43 ss., per l'evoluzione della nozione in epoca repubblicana.

impedita la ricerca della refurtiva presso il ladro sospettato, precisa che le disposizioni decemvirali avevano, invece, riguardato una (particolarissima) ispezione:

Gai. 3.192: … *Lex*…[*scil.* la legge delle XII Tavole] *hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*

Si fa riferimento, come è notissimo, all'arcaica e '*ridicula*'[27] ispezione, *quaestio lance licioque*, compiuta dal derubato – coperto solo da un panno e con un piatto in mano – presso la casa del ladro sospettato.

Dalla fonte apprendiamo che la legge delle XII Tavole ordinava (si legge: *iubet*) che il rinvenimento della refurtiva conseguito al sopralluogo costituisse (si legge: *esse*) *furtum manifestum*, cioè furto flagrante. È interessante che, al § 194, Gaio ricordi che, su tale base (si legge: *propter hoc*), alcuni giuristi distinguessero un *furtum manifestum lege* e un *furtum manifestum natura*[28] e dichiari un suo diverso avviso: *sed uerius est natura tantum manifestum furtum intellegi*[29].

---

[27] Dapprima sinteticamente illustrata e, poi, così definita in Gai. 3.193-193*a*: *Quid sit autem licium, quaesitum est; sed uerius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quae* [*res*] *lex tota ridicula est; nam qui uestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inuenta maiori poenae subiciatur. Deinde quod lancem siue ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, siue ideo, ut quod inuenerit, ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.*

[28] La distinzione *iure*/*natura* sembra collocarsi in un periodo anteriore a quello in cui opera Gaio. In questo senso anche le migliori opere di taglio istituzionale: per tutte, v. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto Romano*, Milano 1990, p. 621 e s.

[29] Gai. 3.192: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.* Quando torna a parlare della disposizione decemvirale, il giurista usa le medesime espressioni: *lex iubet… esse furtum manifestum*: § 194: *Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt, qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus. Sed uerius est natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamuis nihil eorum admiserit.* Su questi passi, G.G. Archi, *«Lex» e «Natura» nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, p. 3 ss. (ora in Id., *Scritti di diritto romano*, vol. 1, Milano 1981, p. 139 ss.). Il riferimento all'adulterio potrebbe essere costituito dalle norme della *lex Iulia de adulteriis*, ove si punivano come adulterio ipotesi che, in precedenza, non erano ritenute tali; quello all'omicidio potrebbe trovare giustificazione in Coll. 1.6.2; su queste altre ipotesi contemplate nel passo gaiano e anche in relazione ai limiti descrittivi di un provvedimento autoritativo, mi permetto di rinviare a E. Bianchi, «*Modernità» e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo della lex in Gai. 3.194*, in *SDHI*, 2013, p. 808-812.

La parola *natura* è qui intesa da alcuni autori come *ius naturale* o come *naturalis ratio*[30], espressioni – a loro volta – connesse a un'accezione di *ius gentium* fortemente connotata da caratteristiche metastoriche e metagiuridiche, non a quella più piana e più storicamente definita di diritto comune alle genti conosciute. Ma, senza addentrarmi in questi temi, osservo che, se l'ippocentauro è un animale fantastico e mitico, il *furtum* è uno dei delitti tipici del diritto romano. L'ippocentauro – come i talleri di Maria Teresa – non esiste nella realtà, ma può essere immaginato. È vero che si possono immaginare anche i comportamenti che realizzano un furto accompagnandoli con la supposizione di un determinato stato psicologico di colui che li compie, ma per dirli, riconoscerli – qualificarli? – delitto e farne conseguire gli effetti che un ordinamento (una parola moderna[31]) vi riconduce, si deve entrare in una realtà diversa, una realtà che è solo 'giuridica'. Ragionevolmente – *natura* – posso distinguere le fattispecie e scandire i diversi *furta*: *manifestum*, *oblatum*, *conceptum* e *prohibitum*. Ma è la legge che li fa delitti, che li fa di maggior o minor gravità e che li sanziona. Con ciò, la legge crea una differente realtà che è 'prescrittiva', non 'descrittiva'. Sulla realtà descrittiva la legge non può incidere: *neque enin facere potest*. Cosa può la legge? *At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamuis nihil eorum admiserit*[32].

Nella moderna teoria generale del diritto è assunto condiviso che il legislatore non prende in considerazione i fatti per asserirne la rispondenza o meno al vero, ma solo per disciplinarli. E, allorché una fattispecie fosse legislativamente equiparata ad altra, l'equiparazione non darebbe luogo ad alcuna alterazione della realtà (che non

[30] H. Wagner, *Studien zu allgemeinen Rechtslehre des Gaius (ius gentium und ius naturale in ihren Verhältnis zum ius civile)*, in *Studia Amstelodamensia ad epigraphicam, ius antiquum et papyrologicam pertinentia*, Zutphen 1978, p. 115 ss. Non è mancato chi abbia, invece, intravisto nel riferimento alla '*natura*' da parte di Gaio un profilo meramente culturale se non ornamentale: in questo senso: D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, in *Bayerische Akademie der Wissenschaften – philosophish-historische Klasse*, 1974, p. 92 ss.; v., però, in parziale dissenso: F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York 1976, p. 166 ss.

[31] R. Orestano, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 8 e s., propone che non si studi l'ordinamento giuridico alla luce del diritto romano, ma l'esperienza giuridica romana alla luce del concetto – moderno – di ordinamento. L'operazione inversa porterebbe (e temo abbia in taluni casi già portato) a risultati antistorici e aberranti.

[32] Tratto in quest'occasione solo di quanto Gaio dice a proposito del *furtum manifestum*, rinviando per analoghe osservazioni svolte in relazione ad adulterio e a omicidio – pure menzionati nel passo – a Bianchi, «*Modernità» e riflessioni teoretiche*…, cit., p. 811 ss.

potrebbe neppure essere '*dichiarata*' dal legislatore come difforme da quel che è), ma solo ad una '*prescrizione*'. Dunque si potrà avere identità – che, a seconda delle specifiche disposizioni di legge, potrà essere totale, o parziale – delle conseguenze giuridiche, ma non equivalenza dei fatti disciplinati e, tanto meno, falsa affermazione d'identità di questi fatti[33]; sotto il profilo teoretico ne è quindi corollario consequenziale che i fenomeni di tecnica normativa che costituiscono una mera equivalenza di differenti fattispecie non possono correttamente essere annoverati tra le finzioni giuridiche, le quali necessitano, invece, non di una costituzione di '*equivalenza*', ma di una '*sostituzione*' di un *quid* con altro – oggetto o fatto – che sia giuridicamente rilevante[34].

Per tornare al passo considerato, a me sembra che il giurista affermi che la flagranza è elemento composto anche da fatti[35] e contrapponga due differenti '*realtà*': quella '*descrittiva*' cui rimanda la parola *natura* – che io colgo ambigua, empirica, approssimativa – e quella '*prescrittiva*'[36], presupposta nelle parole: *lex facere potest* – quindi, anch'essa realtà, a mio avviso, più definita, più geometrica della prima – di sostanza esclusivamente giuridica, ma che, sulla prima, non può incidere.

Santi Romano dice che il diritto non si limita a trasportare «nella propria sfera da altre realtà, ma crea *ex novo* non solo intere istituzioni, ma singole posizioni, singoli rapporti»[37]. Un elemento della partizione ontologica di Romano rilevata da Olivari[38]: realtà giuridica tratta dalla realtà naturale sembra, nell'*exemplum*, trovare conferma.

3. Miti e 'realtà giuridica'.

[33] Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1992, seconda ed., p. 159.

[34] Occorre che la '*sostituzione*', oltre che giuridicamente rilevante, abbia anche valore '*sincronico*'. Su ciò, v. *infra* § 4.

[35] L'approssimazione insita nell'*anche* che scrivo nel testo deriva dalla necessità di verificare, valutare e qualificare i fatti sulla base di criteri giuridici: così si ha furto flagrante pure se il ladro di olive viene sorpreso quando non si è ancora allontanato dall'oliveto. Il mero fatto è considerato – né potrebbe esser diversamente – sulla base di criteri giuridici, evidentemente in continuo divenire. Sull'estensione di questi criteri – frutto dell'elaborazione giurisprudenziale già in età repubblicana e, poi, ulteriormente sviluppata – v. Albanese, *La nozione del furtum*..., cit., p. 43 ss.; ancora imprescindibile sulle estensioni operate in via interpretativa e in via analogica della nozione arcaica: P. Huvelin, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, 1, 2, Lyon-Paris 1915 (rist. anast.: Roma, 1968), p. 775.

[36] Bianchi, *«Modernità» e riflessioni teoretiche*…, cit., p. 814 ss.

[37] Santi Romano, *Frammenti*…, cit., p. 205.

[38] Olivari, *Santi Romano ontologo*..., cit., p. 37 ss.

Quali i confini della realtà giuridica per Santi Romano? Con altra formulazione: cosa si pone al di fuori di questa realtà? Per una risposta in termini analitici, rimando al lavoro di Olivari[39]. Qui rilevo solo quella che, in apparenza, parrebbe un'ovvietà e, invece, tale non è: ne è al di fuori la '*mitologia giuridica*'.

Scrive Romano: «è superfluo rilevare che il mito non è verità o realtà, anzi l'opposto e, quindi, la mitologia giuridica è da contrapporsi alla realtà giuridica»[40].

Nel '*mito*' si ravvisa: «una nonverità, un errore, una «inopia», ma anche «immaginazione... immaginazione favolosa». Una raffigurazione della 'mitologia giuridica', quella di Romano, che fa espressamente ricorso alle concezioni poetiche ed estetiche di Benedetto Croce[41] e, indirettamente, a quelle di Vico.

Romano riscontra analiticamente – sul piano dell'effettività – la maggior frequenza dei miti giuridici nei periodi rivoluzionari e presso i popoli meno conservatori[42]: non a caso, la Francia è indicata come nazione particolarmente incline a crearli[43] e «tipicamente mitiche» le teorie filosofiche che prepararono la rivoluzione del 1789[44].

Tra i «miti giuridici», anzitutto, Romano annovera lo «stato di natura» e si interroga se questo sia da «considerarsi tutt'uno con quello del contratto sociale» e se questi due anelli costituiscano con un «terzo» – quello «della c.d. volontà generale» – una catena di miti[45].

Par di capire che Romano, dopo averne dato atto sotto il profilo storico e sotto

---

[39] Olivari, *Santi Romano ontologo*..., cit., p. 41 ss., per la realtà che sarebbe *creata* dal diritto; 45 ss., per la realtà che ne sarebbe *assunta*; 48 ss., per la realtà che ne sarebbe *derivata*. Non nascondo, tuttavia, qualche perplessità in ordine alla possibilità di distinguere con concettuale nettezza le ultime due categorie.

[40] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 126 e s.

[41] *Ivi*, p. 128. Va, invece, ricordato che Romano non aderisce alla visione di B. Croce, *Filosofia della pratica*, seconda ed., Bari 1915, p. 323 ss., della riduzione del diritto alla sfera economica, né condivide con il filosofo che l'idea di diritto possa prescindere da un determinato diritto positivo, v. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*..., cit., p. 16 e nt. 14; 20 e nt. 72.

[42] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 130.

[43] *Ivi*, p. 132.

[44] *Ivi*, p. 130.

[45] *Ivi*, p. 131 e s., i quali, per di più, hanno differenti '*credenti*', posta la popolarità del mito dello «stato di natura» e la fede, invece, riposta nel secondo e nel terzo anello della catena solo da parte di giuristi e di filosofi.

quello geografico, ne neghi poi l'esistenza all'interno delle coordinate in cui racchiude la 'realtà giuridica'.

Si può anzi osservare che, per Romano, i 'miti giuridici' possono essere addirittura utili come lo sono i miti per Vico e per Croce. È, infatti, lo stesso Romano a dichiarare che – fatti gli opportuni distinguo – «il mito è non raramente sprone ad attività più o meno utili», che «a questi miti si deve molto» e che «non poche delle attuali realtà giuridiche non hanno che tale origine»[46]. A quanto Romano dice, i miti non sono 'realtà giuridica', ma alcuni di essi hanno prodotto delle 'realtà giuridiche'. Per taluni di essi – in particolare per quello della «volontà generale» – si può giungere a collocarli ai margini della mitologia giuridica, in una «zona neutra» che sta ai confini della speculazione teorica. Ma, in ogni caso, essi sono al di fuori della 'realtà giuridica'.

I miti, precisa Romano, vanno comunque tenuti ben distinti dalle astrazioni e da altre figure, quali le equiparazioni, le presunzioni, le apparenze, e anche dalle finzioni delle quali, talvolta, un ordinamento positivo si avvale[47] e che, a differenza dei miti, appartengono alla realtà giuridica. Tramite la finzione si può quindi passare a ricercare cosa stia nel diritto – *quid in iure?* – per Santi Romano e se questa ontologia '*nel*' giuridico profili, in qualche frammento, coincidenze con l'esperienza romana.

4. Quale realtà per le finzioni giuridiche? Esclusione di formulazioni equiparative e di entificazioni.

Sotto il comune denominatore di 'finzioni giuridiche', Romano rileva che «sono stati raccolti senza discriminazione figure e istituti così disparati ed eterogenei, che, per molti, sarebbe certamente più esatto non confonderli assieme in quella categoria»[48].

[46] *Ivi*, p. 130.
[47] *Ivi*, p. 127.
[48] *Ivi*, p. 205 e s.: «È noto che sotto il profilo della «finzione» si sono raccolti senza discriminazione figure ed istituti così disparati ed eterogenei, che, per molti, sarebbe certamente più esatto non confonderli assieme in quella categoria, che, mentre li ha singolarmente svisati, ha reso torbida anche l'intera figura della finzione, sino al punto di giustificare le opinioni di coloro che vorrebbero bandirla completamente... È, quindi, necessario distinguere le finzioni che effettivamente sono ammesse e profilate come tali dagli ordinamenti giuridici e le altre, così dette dogmatiche, che sono poco felici rappresentazioni della dottrina, che si illude di potere in tal modo meglio spiegare istituti dei quali non riesce altrimenti a rendersi conto esatto». Si può notare

Si deve concordare con Romano circa l'eterogeneità di significati abbracciata dall'espressione 'finzione giuridica'. Essenzialmente, si contrappongono, da un lato, le finzioni '*storiche*' o '*pratiche*' e, dall'altro, le finzioni '*dogmatiche*' o '*teoretiche*', dette anche e forse con miglior formulazione, '*costruttive*', quelle con le quali si è usi denominare una costruzione teoretica o un'elaborazione di concetti giuridici, per dirla con il de Ruggiero, volta al 'raggruppamento organico delle varie concezioni giuridiche'[49]. Per il diritto romano è anche importante distinguere finzioni '*legislative*', '*pretorie*' e '*giurisprudenziali*' (benché io all'esistenza di queste ultime non creda[50]). In linea generale, poi, le aggettivazioni potrebbero continuare e le classificazioni farsi

che le considerazioni di Romano sull'eterogeneità dell'espressione corrispondono quasi letteralmente ai rilievi svolti da Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 631.

[49] R. De Ruggiero, *sv.* '*finzione legale*', in *Dizionario pratico di diritto privato*, 3, prima ed., Milano 1923, p. 185. Si può qui ricordare che le finzioni 'storiche' o 'pratiche' sono le sole a rispondere alla definizione tentata da G.Ph. von Bülow, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. civ. Prax.*, 1879, p. 1 ss.: 'deformazione cosciente della realtà cui si riconnette una conseguenza giuridica', la quale, rilevo, è stata pressoché sempre richiamata nei successivi studi sul fenomeno. Questa definizione è certo debitrice di precedenti importanti studi – quali, anzitutto, quello di G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar 1858, p. 76 – e presenta, sul piano concettuale, affinità con una di quelle offerte da questo autore: «Rechtsnormen durch welche ein faktisches Verhältniss durch Gleichsetzung mit einem andern rechtlich normirten zum Rechtsverhältnisse erhoben und in seiner rechtlichen Natur und Wirkung dem Vorbilde gleichgestellt und als gleich bezeichnet wird». V., tuttavia, *infra* § 5 per una considerazione svolta da Demelius sul piano meramente linguistico.

[50] Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 347 ss., per la disamina dei principali casi presentati con questa qualifica. La categoria non è creduta neppure da altri autori a motivo che risulta indispensabile concettualmente presupporre un provvedimento autoritativo (legge, ordine del Pretore, senatoconsulto etc.) per dar luogo a una *fictio*. Né quelle presentate in alcuni studi quali finzioni giurisprudenziali, ad un esame delle fonti, si rilevano tali. Ad una delle più conclamate finzioni giurisprudenziali, per dimostrarne l'infondatezza, dedico uno specifico studio: E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, *passim*. In via generale sulla necessità di un provvedimento autoritativo, v. M. Garcia Garrido, *Sobre los verdaderos limites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 1957-58, p. 312. Invero, sono molti gli autori che sostengono l'esistenza della categoria delle finzioni giurisprudenziali: per la menzione di alcuni di questi, v. Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 422 ss. e ntt. 602-603. Negarla – come ritengo debba esser fatto dopo una disamina analitica dei casi proposti – non equivale naturalmente a disconoscere, come invece è portato a ritenere L. Lecocq, *De la fiction comme Procédé juridique*, Paris 1914, p. 244 ss., l'indiscutibile ruolo creativo del giurista romano che è necessariamente alla base di quelle di diritto sacro e di quelle pretorie o legislative. Sotto un diverso profilo, in questa sede, aggiungo che lo stesso uso 'moderno' dell'espressione 'finzione giurisprudenziale' rileva uno iato rispetto alla figura della *fictio iuris* come effettivamente riscontrata nell'esperienza giuridica romana. Così chi come Guastini, *Dalle fonti alle norme*..., cit., p. 157 ss., parla di finzioni giurisprudenziali deve individuarle nell'attività di «sussumere una fattispecie sotto norma che palesemente – secondo il senso comune… o comunque secondo l'interpretazione consolidata – non sarebbe, a quella fattispecie, applicabile», e deve, quindi, concludere affermando che «la tecnica di innovazione del diritto, che va sotto il nome di 'finzione giuridica', non differisce, se non forse per una sfumatura, dalla comune applicazione analogica». Nulla hanno, invece, a spartire con i procedimenti analogici i casi qualificati come *fictio* nel diritto romano. Non imprecisate '*sfumature*' li distinguono dall'analogia o dalle interpretazioni analogiche. Osservo anche che l'espressione 'finzione giurisprudenziale' è utilizzata dall'Autore nella sua moderna accezione di 'finzione giudiziale', evidentemente, non coincidente con quella con cui – negli studi romanistici – si suole, invece, indicare le finzioni della giurisprudenza che, come ho ora rammentato, da parte di qualche autore si afferma e da parte di altri si contesta, essere state create dai giureconsulti, ma che – in ogni caso – mai sono chiamate 'finzioni' nelle fonti.

numerose[51], ma Romano sembra muoversi nell'ambito della fondamentale dicotomia storiche-pratiche/teoretiche-costruttive.

Quali finzioni giuridiche appartengono per Romano alla realtà giuridica?

Ora può essere che a me sia sfuggita, ma non ho ritrovato nei suoi scritti una '*definizione*' di finzione giuridica, anche se la si deduce tra le righe che saranno considerate a breve[52]. Con qualche maggiore sicurezza, rilevo che neppure nelle fonti giuridiche romane si rinviene una definizione[53]. In queste – assente una '*periculosa definitio*' – troviamo, invece, espressamente qualificati come finzioni solo alcuni precisi fenomeni[54]. Per converso, negli scritti di Santi Romano, ne sono sdegnosamente esclusi dal novero casi che spesso vi sono ricondotti, nonostante moniti avversi

[51] La diversa terminologia proposta da Unger, da Jhering e da Demelius, è utilmente rammentata da U. Robbe, *La fictio iuris iuris e la finzione di adempimento della condizione nel Diritto Romano*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti,* vol. 4, Milano 1978, p. 664 ss. Si veda Demelius, *Die Rechtsfiktion*..., cit., p. 80 e 84 e s.; J. Unger, *Die Verträge zu Gunstigen Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, 10 (1871), p. 11 e s.; la distinzione fra finzioni 'storiche' e 'dogmatiche', abitualmente attribuita a R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3, Leipzig 1898-1907[9], (Neudruck: Aalen, 1968), p. 306 ss., si ritrova già in J.E. Kuntze, *Die Obligation und die Singularsucession des römischen Rechtes. Eine civilistische Studie*, Leipzig 1856, p. 88, il quale riconosceva alle finzioni pretorie «nur die Aufgabe geschichtlicher Vermittelung» e che successivamente anche J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris 1935, p. 343, ha utilizzato le espressioni di 'finzione storica' e di 'finzione dogmatica'. In parte coincidente con quella rammentata è la distinzione operata da F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, 3, Paris 1921, p. 360 ss., fra finzioni suppositive, da un lato, e le due ulteriori categorie di finzioni esplicative e di finzioni assimilative, dall'altro. Una contrapposizione tra 'finzioni illimitate' e 'limitate' è operata da F. Bernhöft, *Zur Lehre der Fiktionen*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht Ernst Immanuel Bekker zum 16 August 1907*, Weimar 1907, p. 247 ss., nelle prime gli effetti giuridici del fatto che si finge verrebbero applicati senza limitazione, così che il rapporto cui la *fictio* si riferisce opera come quello che è finto; nelle seconde, invece, solo alcuni particolari effetti giuridici, propri del fatto finto, vengono riconnessi alla fattispecie reale. Sotto un profilo teorico questa distinzione è ammessa da De Ruggiero, *sv.* '*finzione legale*'..., cit., p. 186, il quale, peraltro, avverte quanto sia difficile stabilire quando una finzione sia illimitata, in quanto per riconoscerla tale si dovrebbe provarne l'efficacia rispetto a tutti i possibili effetti giuridici, il che risulta impossibile più che arduo, essendo sempre supponibili nuove relazioni, nelle quali la finzione non trovi più applicazione. Ulteriori distinzioni, operate in funzione dell'oggetto della finzione, sono rammentate da A.C. Macchiarelli, *sv.* '*fictio iuris*', in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 6.2ª, Milano 1903, p. 551 ss., fra '*f. induttiva*', o '*positiva*' (si suppone esistente qualcosa che non è), '*f. privativa*', o '*negativa*' (si suppone inesistente qualcosa che ha esistenza), '*f. traslativa*', o '*estensiva*' (si suppone che qualcosa in modo differente da quel che è), quest'ultima suddistinta, a seconda dell'elemento supposto, in '*personale*', '*locale*', '*reale*' e '*temporale*' (si potrebbe trovare una certa corrispondenza tra questa classificazione e quella restituita dalle fonti giuridiche romane in tema di *plurispetitio*: Gai. 4.53*a* – 53*d* – *re*, *tempore*, *loco*, *causa* – e osservare che, anche nel caso di *plurispetitio*, la 'realtà giuridica' del diritto azionabile viene superata con le conseguenze, in via di normalità, della perdita dell'azione e del diritto). Su altre distinzioni in uso nel diritto intermedio, v. F. Todescan, *Diritto e Realtà – Storia e Teoria della fictio iuris*, Padova 1979, p. 113 ss. Un'esposizione delle differenti accezioni in cui il termine 'finzione' viene, oggi, utilizzato è offerta da R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*…, cit., p. 157 ss.

[52] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 216 e s., è incidentalmente sfiorata e data, giustamente, per scontata la differenza rispetto alle presunzioni, incluse quelle assolute.

[53] Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 20 ss.

[54] Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 29 nt. 54; 492.

formulati da tempo. Nitidissimi quelli di Rudolf von Jhering[55].

Dato che non rinvengo una definizione procedo per esclusione, anzi tramite *le* esclusioni operate da Romano che, ovviamente, nega che siano 'autentiche' finzioni quelle dette 'dogmatiche' o 'costruttive', ma che va anche oltre, rifiutando di identificare le finzioni con le equiparazioni[56] e rilevando che la presenza in un testo normativo di circonlocuzioni 'equiparative' non dà riscontro della necessaria esistenza di una finzione giuridica.

Così: «... è da notare che frequentemente una norma giuridica equipara una realtà che riconosce e considera come tale ad un'altra diversa. Tale equiparazione non si risolve in una finzione, giacché non si dà per esistente o, viceversa, per inesistente ciò che rispettivamente non esiste o esiste, ma neppure implica una vera e propria modificazione della realtà alla quale si attribuiscono, a certi effetti, trattamenti propri di un'altra realtà. A questo proposito è opportuno rilevare che essa non sempre è espressa e indicata con le stesse parole, ma non di rado ha luogo con formule e circonlocuzioni svariate»[57]. Dunque, una definizione offerta in controluce e l'avvertimento che occorre far attenzione alla sostanza, non alle parole. L'Autore va, infatti, subito al merito.

Ecco alcuni *exempla* addotti da Romano: «... è disposto che, agli effetti della legge penale, sono «considerati» cittadini italiani i cittadini delle colonie, i sudditi coloniali, gli apolidi residenti nel territorio dello Stato etc., e che le navi e gli aeromobili italiani sono «*considerati*» come territorio dello Stato, ovunque si trovino. La parola «*considerati*» non vuol dire che a persone che non sono veri cittadini o che a spazi che non sono territori..., si attribuiscono le qualità o i caratteri del cittadino e,

[55] Jhering, *Geist des römischen Rechts*..., cit., 3, p. 306 ss. e nt. 422ª, rammenta che solo quelle storiche sono autentiche finzioni, mentre afferma di non voler *dem Sprachgebrauch ... entgegentreten* per quelle che assolvono una *dogmatische Funktion*.

[56] Si può qui rilevare concordanza assoluta con l'affermazione di Jhering, *Geist des römischen Rechts*..., cit., 3, p. 306 ss.: «nicht jede Gleichstellung ist eine Fiktion».

[57] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 214.

rispettivamente, del territorio, che effettivamente, non hanno, ma si vuol dire che certe norme che si applicano agli uni si applicano anche agli altri»[58].

Il verbo italiano 'considerare' – potrei da parte mia indicare quello latino: *intellegere*[59] – non dà un sicuro riscontro circa la presenza di una finzione. In termini più generali, in Romano, vi è il rifiuto del riscontro del '*come se*' del '*als ob*'. Un rifiuto, a mio avviso, corretto.

Qui ribadisco la convinzione, altre volte manifestata, riguardo all'utilità, al fine di individuare una finzione, di forme lessicali quali: *quasi*, *perinde ac*, *perinde atque*, *proinde ac*, *proinde atque*, *ac si*, *pro*, *loco esse*, *velut*, *vice* e di forme sintattiche con verbi al modo congiuntivo, ma subito rilevo che tali indici possano presentarsi in casi ove non si configura una finzione[60]. Per la disamina di queste forme lessicali, rinvio a studi specifici che portano a concordare con Romano. Così per il '*perinde ac*' e il '*proinde ac*'[61] come per il '*quasi*'[62] e come per l'avverbio *siremps*, indice possibile, soprattutto, di finzione disposta da una legge[63].

---

[58] *Ibid.*

[59] P.A. Catalano, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, già in *Rassegna di diritto civile*, 1988, p. 83 ss. e ora in Id., *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, p. 195 ss.; v. anche Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*..., cit., *passim* e p. 273 ss.

[60] E. Bianchi, *'In sacris simulata pro veris accipiuntur'*, in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano. 22-25 ottobre 1985*, Milano 1988, p. 464; Id., *Fictio iuris*..., cit., p. 32, 58 nt. 97.

[61] Per il '*proinde ac*' e il '*perinde ac*' v. S. Brassloff, *Über den Gebrauch von proinde und perinde bei den klassischen Juristen*, in *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik mit Einschluss des älteren Mittellateins*, 1907-1908, p. 473 ss. Leggendo la lunga elencazione offerta dall'autore dei passi, ove si rinvengono dette espressioni, si rileva con immediatezza che i casi, in cui si dà conto di una finzione, costituiscono una sparuta minoranza.

[62] Sull'espressione '*quasi*', v. G. Wesener, *Zur Denkform des «quasi» in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano 1973, p. 1387. Essa è ritenuta indicativa sia di procedimenti analogici sia, più in generale, di forme mentali associative. Risultati simili sono raggiunti anche da W. Kerber, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg 1970, p. 10 ss. e 75 ss. Nell'esaminare la struttura formale delle finzioni, H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob. System der theorischen, praktischen und religiosen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig 1920, p. 154 ss., indica per la lingua latina le forme '*quasi*' e '*sicut*', come corrispondenti a quella tedesca '*als ob*', a quella inglese '*as if*', a quelle francesi '*comme si*' e '*que si*', a quelle greche '*è$ e f*' e '*è$ e‡ te*" avvertendo, però, della '*sprachliche Ähnlichkeit der Fiktion mit dem Irrtum und der Hypothese*' che fa sì che la finzione venga spesso confusa con queste figure differenti.

[63] Fest. 466, 9 L. *sv.* '*siremps*': "*<Siremps> ponitur pro eadem, vel proinde <ac ea, quasi similis res ips>a. Cato in dissuadendo leg .....licta est, et praeterea rogas.....ea si populus condempnave<rit, uti siremps lex> siet, quasi adversus le...*"; cfr. Paul. 467, 5 L. *sv.* '*siremps*', ove, peraltro, non si mette il termine in relazione con *lex*. Il termine è ritenuto tipico della *fictio iuris* da Demelius; *Die Rechtsfiktion*..., cit., p. 48. *Siremps* è certamente tipico del linguaggio tecnico legislativo, come è dato rilevare dal medesimo passo festino riportato nella parte in cui Verrio Flacco si rifà ad un passo di una *dissuasio* di Catone contro una *lex* (cfr. E. Malcovati, *Oratorum Romanorum Fragmenta*[4], Augustae Taurinorum 1953, p. 94). Il che è, poi, confermato, dalla presenza dell'avverbio nella maggior parte

Certo che il diritto '*consideri*' realtà, anche '*naturali*', non è irrilevante: «gli uomini, gli animali, le piante, l'aria, la luce, la nascita degli esseri viventi, la loro morte (s'intende, non presunta) … sono tutte realtà che si dicono giuridiche, non perché esistenti per virtù e in forza del diritto, ma solo perché il diritto le prende in considerazione»[64]. Queste realtà divengono '*giuridiche*', proprio e solo in quanto, prese in considerazione. Neppure concettualmente potrebbero, però, divenire finzioni.

Ma, per Romano, non sono finzioni giuridiche altre '*realtà*' non riconoscibili come '*naturali*': così non lo sono la rappresentanza ereditaria, la c.d. *ficta traditio* – espressione che invero non si rinviene nelle fonti giuridiche romane e tanto meno vi è annoverata quale finzione[65] – e l'adozione, sebbene sia sottolineato avere «comuni con la filiazione effettiva non poche conseguenze».

Troveremmo concorde con questa mancata qualificazione Hans Kelsen. Concordi sul punto Normativismo e Istituzionalismo. E riscontriamo mai qualificata finzione l'adozione nelle fonti giuridiche romane.

A mio avviso, nessuna delle forme di adozione conosciute dal diritto romano realizza una 'vera' finzione: non la *adoptio*, ma neppure quella di matrice arcaica, la *adrogatio*, in cui sono pur evidenti e giustamente si rimarcano tracce di *μίμησις* con la naturale procreazione[66]. Ma la qualifica di finzione giuridica sarebbe scorretta in quanto e da quando essa diviene atto formale[67].

Ciò che vale per la *adrogatio* potrebbe esser ribadito per altri atti formali del diritto romano, come l'*acceptilatio*, a proposito della quale Pringsheim parlò di 'finzione

delle finzioni legislative che ci sono note (figurando, inoltre, anche in Plaut. *Amphitruo*, *prol.* 64 - 85 ove, per gioco, si dà atto di una scherzosa finzione legislativa).

[64] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 212.

[65] V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto* romano, Roma 1931, p. 227 ss.; cfr. S. Riccobono, *Traditio ficta*, in *ZSS*, 33 (1912), p. 260 ss. Si ritrovano, invece, le espressioni: '*quodammodo traditione*' e '*quasi traditio*', cfr. D. 39.5.6 (Ulp. *l. 42 ad Sabin.*). Sulla *traditio brevi manu*, v. C. Arnò, *Fictio brevis manus*, Pavia 1931, p. 16 ss.

[66] Gell. 5.19.9: *Velitis iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est? Haec ita uti dixi, ita vos Quirites rogo.* B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 223, nt. 773, sottolinea che «il punto più interessante della *rogatio* è l'assimilazione dell'*adrogatus* al *filius* nato *in iustae nuptiae* (*tam ... quam ex eo patre matreque eius familias natus esset*)» e qui ravvisa «la radice degli sviluppi per cui l'adozione venne considerata imitazione della natura». E, tuttavia, non qualificata finzione.

[67] In tal senso anche De Ruggiero, '*finzione legale*'..., cit., p. 184.

mascherante', «*verdeckende Fiktion*», facendone un *tertium genus* di una partizione del fenomeno finzionistico accanto a quello delle «*offenen Fiktionen*» (le finzioni pragmatiche)[68] e a quello dei simboli[69].

Per alcuni di questi atti si dovrebbe, però, tener conto della caratteristica 'effimera' – quasi una '*costante*' – insita nel fenomeno che fa sì che determinati schemi, originati in un certo periodo storico come finzioni, cessino successivamente, a volte a breve, di esser tali, divenendo atti giuridicamente formali. Da quel momento – che varia caso per caso e sul quale l'indagine storica si fa di estrema difficoltà – accade che le conseguenze giuridiche, dapprima ottenute fingendo esistente una realtà inesistente o l'inverso, vengano riconnesse direttamente al compimento dell'atto o del negozio, pur questi conservando nei loro schemi una traccia della loro origine.

Anche Vaihinger, trattando delle finzioni, intese quali strumenti di cognizione, sottolinea che il loro utilizzo è consentito in quanto '*provvisorio*' – in senso non meramente di tempo[70] – e d'altronde, con riguardo alle finzioni dell'esperienza

[68] Coincidenti per F. Pringsheim, *Symbol und Fiktion in antiken Rechten*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano 1956, p. 216 ss. (poi, in Id, G*esammelte Abhandlungen*, 2, Heidelberg 1962, p. 362 ss.) con la definizione di finzione offerta da von Bülow, *supra* nt. 49.

[69] Pringsheim, *Symbol und Fiktion*..., cit., p. 226. In precedenza [p. 214 e s.] la finzione mascherante, nella cui categoria si porrebbe l'*acceptilatio*, viene così descritta: «Die verdeckende Fiktion lässt sich ganz nahe an das Scheingeschäft herausrücken. Von ihr kann man wirklich mit Ihering sagen: «was man hier wollte sagte man nicht, und was man sagte, wollte man nicht». Hier wird ein Ziel, nämlich die Befriedigung sich aufdrängender wirtschaftlicher Notwendigkeit, mit Mitteln erreicht, die, da es dem neuen Zweck gemässe noch nicht gibt, nicht ohne Geschick ihrem ursprünglichen Sinn entfremdet werden; und diese Entfremdung geschieht heimlich, weil Offenheit das Ziel nicht erreichen würde». Ritengo insostenibile le conclusioni del Pringsheim sull'*acceptilatio* quando questa diventa negozio formale per l'estinzione delle obbligazioni specularmente originate per i motivi già esposti: Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 184 ss.; 153 ss., per l'erroneità – a mio avviso – dell'inserimento del simbolo in una pur generalissima categoria delle finzioni. A quest'ultimo proposito, va ricordato anche che la semiotica moderna sembra ormai avere acquisito un rapporto necessario tra simbolismo ed ermeneutica: P. Ricoeur, *Herméneutique et réflexion*, in *Demitizzazione e immagine. Atti del VII Convegno internazionale di studi umanistici*, R*oma*, *1962*, Padova 1962, p. 19 ss. Cfr. U. Eco, *sv.* '*simbolo*', in *Enciclopedia Einaudi*, vol. 7, Torino 1979, p. 898 e s. Da una differente prospettiva sottolinea la strumentalità dei simboli in rapporto all'ermeneutica H.G. Gadamer, *sv.* '*ermeneutica*' in *Enciclopedia del Novecento*, 2, Roma 1977, p. 740. Mi pare, del resto, che analogamente si sia espresso E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955, p. 78 ss., trattando della classificazione dei segni del Peirce.

[70] Così Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*..., cit., p. 21 ss., trattando in generale dei fondamenti della finzione e 320 ss., trattando delle categorie delle scienze (va, peraltro, osservato che la 'provvisorietà' cui si riferisce Vaihinger non evidenzia semplicemente il succedersi sul piano storico di determinate forme ad altre, ma è elemento che caratterizza le finzioni sotto il profilo della conoscenza, dato che queste costituiscono, nella teoria proposta dal filosofo, strumenti necessari di progressiva approssimazione alla verità); cfr. V. Sainati, *sv.* '*Vaihinger*', in *Enciclopedia Filosofica*, 4, Firenze 1969, p. 1462; Todescan, *Diritto e Realtà*..., cit., p. 351. Per una disamina critica degli esempi tratti dal filosofo dal diritto romano, v. J. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatsrechts,* Frankfurt a.M. 1969^2, p. 17 ss.; sulla concezione dello stesso diritto quale finzione, v. W. Strauch, *Die Philosophie des «Als Ob» und die*

giuridica romana, Jhering – dette false le 'dogmatiche' – attribuisce alle 'storiche', una finalità provvisoria che si risolve con l'introduzione di nuove norme[71]: attraverso l'applicazione di effetti giuridici previsti per determinate fattispecie a casi differenti si produce una specifica – non più indiretta – norma[72] o, per meglio dire, si realizza una nuova 'forma', così che, se considerata '*a posteriori*', la finzione originaria diviene forma cessando di essere finzione[73].

Da parte mia avevo anzi indicato che l'esistenza di una finzione giuridica può essere verificata solo se sussista una valenza 'sincronica' fra l'elemento sostituente, quello che, contro il vero, viene assunto per avvenuto (o, viceversa, per non avvenuto) e l'elemento sostituito, quello che è avvenuto (o, viceversa, non è avvenuto). Gli 'elementi' potranno essere costituiti da oggetti materiali, come nel caso delle arcaiche *fictiones* di diritto sacro, da fatti giuridicamente rilevanti, come nelle finzioni pretorie e in quelle legislative e da altro ancora. Ma, in mancanza di una valenza 'sincronica' tra gli elementi sostituente e sostituito, non può aversi finzione. Una mera valenza 'diacronica' attesta, evidentemente, solo il mutamento della forma. Talché si dovrebbe trarre l'inevitabile conclusione che qualsiasi finzione giuridica, già all'atto della sua creazione, è destinata a dissolversi e che, per la sua '*provvisorietà*', il fenomeno può essere fotografato con tempi di esposizione, caso per caso, differenti.

Tale caratteristica 'provvisoria' mi pare venga colta da Santi Romano[74], ma per continuare con gli *exempla* esclusi dall'Autore dal novero delle finzioni, si pensi alle cd. 'entificazioni' e alla critica mossa tanto alla teoria 'realistica' quanto a quella

hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft, München 1923, p. 16. In generale per gli influssi esercitati dal pensiero di Vaihinger in ambito giuridico v. P. Krückmann, *Wahrheit und Unwahrheit im Recht*, in *Annalen der Philosophie*, 1919, p. 114 ss.; T.A. Castiglia, *La filosofia dell'«Als Ob» nel Diritto*, in *RIFD*, 1926, p. 115 ss.

[71] Jhering, *Geist*..., cit., p. 300**;** cfr. Todescan, *Diritto e Realtà*..., cit., p. 11. La finzione viene definita come un «*provisorische Denkmittel*» anche da E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg i.B.-Leipzig 1894, p. 101 ss. e 221.

[72] Evidenzia questo aspetto anche K. Hackl, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 1, Milano 1982, p. 251: «La figura concettuale della finzione serve, però, frequentemente anche per il cambiamento e l'ulteriore sviluppo di premesse maggiori cadute in disuso o per l'affermazione di nuovi principi nel diritto privato e processuale da parte degli organi competenti alla creazione del diritto».

[73] Forma, formalismo, concetti essenziali del diritto romano e ancor più del *ius vetus*, in cui la *fictio* ha origine, v. Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 7 e s.; 486.

[74] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 206 e s. Con riguardo ai rilievi svolti nella filosofia di Vaihinger, la caratteristica della provvisorietà è, invece, criticata e non ammessa da Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 636.

'finzionistica' della 'persona giuridica': «egualmente infondate, in quanto derivano entrambe dal disconoscimento della vera natura delle persone giuridiche, che sono realtà, ma realtà meramente giuridiche e, quindi, né finzioni né realtà metagiuridiche, neppure nel senso che prima esistano fuori il diritto e siano così da questo assunte nella propria sfera».[75]

Anche in questo caso troveremmo concordanza di Istituzionalismo e di Normativismo. Kelsen rifiuta, infatti, in opposizione a Vaihinger, di annoverare la persona giuridica tra le finzioni (negando addirittura il senso di una distinzione tra persona giuridica e persona fisica[76]). Tanto per Kelsen, quanto per Romano, la persona giuridica è realtà esclusivamente giuridica.

A chi frequenta le fonti giuridiche romane, basterà qui rammentare con Orestano che, in queste, il concetto di 'persona giuridica' non si rinviene affatto[77] e

[75] S. Romano, *Frammenti*..., cit., 207. Sia consentito rammentare che, anche presso i filosofi del diritto, non manca chi, come da Guastini, *Dalle fonti alle norme*..., cit., 161, sottolinea la particolarità dell'accezione di 'finzione' per designare istituzioni quali lo Stato e le persone giuridiche in generale. L'attribuzione, talvolta effettuata in modo sommario, a von Savigny dell'individuazione di una *fictio* nella persona giuridica dovrebbe essere accompagnata dalla precisazione che il fondatore della Scuola Storica non parlava di *fictio* nello stesso senso tecnico con cui si indicano le finzioni pretorie e legislative romane, ma usava la parola per rappresentare una realtà non corrispondente a quella dell'uomo. In senso filosofico, dunque, e quale consapevole approssimazione.

[76] In linea generale, per H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, p. 196 ss., è soggetto di un dato ordinamento colui che da quello stesso ordinamento riceve la propria giuridicità attraverso l'attribuzione di diritti e doveri e – conseguentemente – non assume rilievo, neppure per la persona fisica, un qualunque criterio antropologico. Sotto il profilo specifico della finzione, Id., *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 633 ss., prende spunto dai rilievi di Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*[4]..., cit., p. 257 ss., intorno alla '*Fiktion der juristischen Person*' (Kelsen faceva riferimento alla 2ª edizione) e si riporta alla necessità di verificare la presenza di una finzione in base a criteri esclusivamente giuridici, sottolineando come un non senso la qualifica di finzione attribuita alla persona giuridica, stante che «Die Person - die physische wie die juristische - lebt in der Vorstellung der Juristen als ein von Rechtsordnung verschiedenes, sebstständing existentes Wesen, das für gewöhnlich als „*Träger*" von Pflichten und Rechten bezeichnet wird und dem bald mehr, bald weniger auch ein reales Dasein zuspricht. Ob man diese Realität auf die physische Personen beschränkt oder - wie in der organischen Theorie - auch auf die sogenannten juristischen Personen ausdehnt, ist hier gleichgültig» e, infine, giungendo alla conclusione che «Der Begriff des Rechtssbjektes is vor allem zu jenen Fiktion zu rechnen, die Vaihinger als die „*personificativen*" bezeicnet. Sie entstammen dem unserem Vorgestellungapparat von jeher beherrschenden anthropomorphischen Personifikationsvertrieb, jenem „*unverwüstlichen Hange des Menschengeschlechtes*", alles rein Gedankliche in der Form der Person, des Subjekts, zu hypostasieren und so zu veranschaulichen». Dal che mi sembra derivi con chiarezza che, secondo l'Autore, della persona giuridica è corretto parlare di finzione in senso 'filosofico', ma non giuridico. In generale sulla posizione assunta da Kelsen in rapporto alla filosofia di Vaihinger, v. S.S. Paulson, *Hans Kelsen et les fictiones juridiques*, in *Droits. Revue française de theorie juridique*, 1995, p. 65 ss.

[77] Parlo di concetti, seguendo l'impostazione di E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG. "Filippo Serafini"*, 1928, p. 130 ss. (ora in *Questioni di metodo. Testi per seminari romanistici. Collana a cura di Giorgio Luraschi e Giovanni Negri*, Como 1984, p. 33 ss.); v. Id., *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni di diritto romano*, in *BIDR*, 1925, p. 237 ss., per il quale, pur in assenza, in un dato ordinamento giuridico, di una determinata espressione, si deve riscontrare se, pur differentemente nominato o anche implicitamente assorbito negli istituti

che proviene, invece, da elaborazioni dottrinali della Romanistica medievale e dalla Canonistica[78].

Le 'autentiche' finzioni giuridiche, delle quali – Romano dice – lecitamente un dato ordinamento positivo si avvale, individuate piuttosto per esclusione di quelle rifiutate dal novero, ricevono, comunque, una valutazione negativa. Romano ne rileva, infatti, la presenza specie negli ordinamenti primitivi[79].

Incidentalmente, qui si potrebbe osservare il giudizio di Romano è stato forse influenzato dalla valenza morale tendenzialmente negativa riconnessa alla parola '*finzione*' per l'idea di inganno che vi si è ricondotta[80] o per quella di non autenticità

dell'ordinamento considerato, sussista il concetto corrispondente all'espressione che difetta. Questa è la nota, metaforica immagine dei '*comuni denominatori*' che richiama quella di Jhering – altrettanto metaforica – di '*alfabeto*'.

[78] R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino 1968, p. 2 ss., 22 ss.; Id., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 193 ss.; Id., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1987[3], p. 397 e s. e nt. 22, dopo aver rilevato, sotto un profilo generale, l'impiego nel linguaggio giuridico di «nozioni astratte», cui si riconosce una «funzione per così dire vicariale della realtà» ed aver osservato, sempre sotto il profilo generale, che «molte volte i giuristi sono portati a «entificare» queste nozioni astratte addirittura formandone immagini più o meno «antropomorfiche», assimilate a realtà corporee», conclude che non si può non rilevare «l'analogia di questi procedimenti con quelli che sul piano strettamente giuridico hanno portato alla concezione «antropomorfica» di una delle massime costruzioni della scienza giuridica europeo-continentale, la «persona giuridica». La conclusione è coincidente in punto con quella offerta da una pur diversa prospettiva da F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Rivista di diritto civile*, 11 (1965), p. 554. Sulla nozione stessa di '*personalità giuridica*', specie in rapporto a forme organizzate in periodo tardo, v. B. Eliachievitch, *La personalité juridique en droit privé romain*, Paris 1942, p. 105 ss. Per una disamina delle più note teorie romanistiche sulla persona giuridica e per l'esame delle principali fonti, v. A. Philipsborn, *Der Begriff der juristische Person in römischen Recht*, in *ZSS*, 71 (1954), p. 41 ss. Per l'evoluzione del concetto di '*persona ficta*' in diritto comune ed in diritto moderno, v. J. Lalinde Abadía, *La «persona ficta» en el escenario político europeo*, in *AHDE*, 60 (1990), p. 5 ss. e *praecipue*, 13 ss. Una sintesi sull'evoluzione del concetto di persona giuridica nella dottrina tedesca è offerta da F. Wieacker, *«Zur Theorie der juristischen Person des Privatsrecht»*, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1973, p. 340 ss. Con riferimento anche alle concezioni filosofiche alla base dell'attribuzione di personalità allo Stato, naturalmente, v. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905 (rist. anast., Darmstadt, 1963), p. 33, nt. 1. Riconsiderazioni teoretiche in Guastini, *Dalle fonti alle norme*..., cit., p. 161. Sulla nozione di soggetto del diritto nell'esperienza giuridica romana, mi permetto di far rinvio a Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*..., cit., p. 7 ss., ove si sottolineano anche alcune analogie e alcune consimili erroneità insite nelle rappresentazioni in termini di finzione della persona giuridica e in quelle che similmente raffigurano il *conceptus*, pure per il quale, le fonti giuridiche romane non restituiscono traccia di finzione, intravista, invece, anche in questo caso, sulla base di brocardi medievali falsificanti le differenti formulazioni della giurisprudenza romana. In punto, v. anche Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*..., cit., p. 13; cfr. M. Balestri Fumagalli, *'Spes vitae'* in *SDHI*, 49 (1983), p. 339 e s.

[79] Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 206: «artificio tecnico, cui spesso ricorrono ordinamenti non molto evoluti o molto conservatori e formalistici». Mi sia consentito esprimere consenso sulla valutazione di '*conservatori*' e, ancor più, su quella di '*formalistici*', ma con tutta umiltà, non su quella di '*non molto evoluti*' ove essa fosse riferita all'esperienza giuridica romana preclassica e classica.

[80] Diversi profili negativi sotto i quali il ricorso alla finzione è stato fatto oggetto di critica sono segnalati da E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln 1965, p. 123 e s.; cfr. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*[2], Halle a.d.S. 1923, p. 200; v. anche G. Zaccaria, *Juriste et volonté: Quelques notes sur Betti et les fictions juridiques*, in *Droits. Revue française de theorie juridique*, 1995, p. 129, nt. 2, ove, fra l'altro, si riconnette la valenza

che vi è presente[81].

Vorrei, allora, invitare Romano a un'immaginaria conversazione, a un *colloquium fictum*.

5. *Colloquium fictum*: il filosofo, il normativista, l'istituzionalista, il giurista romano.

Fingo, nel senso che immagino, un colloquio tra il filosofo Vaihinger e tre giuristi: i primi due, naturalmente, sono Hans Kelsen e Santi Romano, il terzo è un giurista romano. Fingiamo che sia il già nominato Gaio.

Costui accetta il termine 'ordinamento giuridico' che, gli viene detto, è moderno e spesso connesso alla parola 'Stato'. Gli sono anche dati alcuni cenni sulla differenza che corre tra norme primarie e secondarie[82]. Li accetta, userà queste nozioni applicandole all'esperienza – la realtà – a lui nota[83]. Si discuterà di finzioni. Parola e concetto non gli sono nuovi.

Esordisce Kelsen, affermando che, all'onnipotenza di Dio nel mondo, corrisponde, nel diritto, quella dello Stato[84]: lo Stato pone, anzi *è* l'ordinamento. Da Santi Romano questa Weltanschauung monopolistica è rifiutata[85].

---

negativa del termine agli studi del Bentham [si veda J. Bentham, *Essay on Language*, in *The Works of Jeremy Bentham*, 8, Edinburgh 1838-1843 (rist. New York 1962), *passim* e *praecipue*, p. 323 e s.]

[81] Sul piano generale, C. Segre, *sv. 'finzione'*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. 6, Torino 1979, p. 208 ss., evidenzia come l'idea 'imitativa' insita nella *fictio* abbia denotato il termine anche di una connotazione negativa, ancora più avvertibile nel sostantivo *fictus* che vale anche 'ipocrita' e nell'aggettivo *fictus* che significa non solo 'immaginario' ed 'inventato', ma anche 'finto' e 'falso.' La valenza negativa del termine è sottolineata anche da B. Croce, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari 1967, p. 14 ss., rilevandone già nel nome un significato reprobativo. Il senso negativo del termine è ricorrente anche in altre discipline. Per la teologia, ad esempio, v. L. Godefroy *sv. 'fiction dans les sacrements'*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, vol. 10, Paris 1939, p. 2291 ss. Sottolinea, invece, come la finzione vada distinta dalla menzogna e dalla falsità L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Standford 1967, p. 5 ss.

[82] Sulla quale, v. N. Bobbio, *Norme primarie e norme secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino 1970, p. 175 ss.

[83] *Supra* nt. 31.

[84] H. Kelsen, *Über Staatsunrecht*, in *Zeitschrift f. das pr. u. öff. Recht*, 1913, p. 9 ss. Altrove, con diversa metafora, si legge che *Summa Theologica* e *Summa Juridica* hanno eguale significato.

[85] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*..., cit., p. 90 e s. e ntt. 72-73, ove vi è anche la critica a R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a.d.S. 1923, p. 396 ss.

Ora si parla di finzioni. Vaihinger propone alcuni esempi. Quelli già menzionati sono rifiutati all'unisono dai tre giuristi quali finzioni giuridiche. Non si dubita, invece, che lo possano essere filosoficamente.

Ma Vaihinger non demorde e propone altri esempi tratti dal diritto romano; tra questi figura la *fictio* dell'*actio Publiciana*, finzione di diritto pretorio (la frazione del nostro *fictum colloquium* sulle finzioni pretorie è già stata in gran parte trascritta sugli *Annalen der Philosophie* del 1919) e la *fictio legis Corneliae*.

Kelsen nega che, benché chiamate *fictiones* nelle fonti romane, anche gli ultimi *exempla* offerti da Vaihinger costituiscano 'autentiche' finzioni giuridiche.

Per l'azione *Publiciana* – l'azione creata dal Pretore, magistrato giurisdizionale per eccellenza, per tutelare colui che abbia acquistato una *res mancipi* senza averne formalizzato l'acquisto con una *mancipatio* o con una *in iure cessio*, imponendo, in forza del proprio *imperium*, al giudice di fingere contro il vero che sia decorso il tempo occorrente per il compimento dell'usucapione[86] – Kelsen obietta l'abusività dell'intervento pretorio: il magistrato è, per lui, un legislatore privo di delega[87]. Nel sistema piramidale del '*dover essere*' non vi è spazio per la realtà che il Pretore ha storicamente rappresentato sul piano dell'*essere*'. Né gioverebbe replicare che, sul piano del '*dover essere*', egli è legittimamente il signore del processo.

Anche per la *fictio legis Corneliae* – con la quale il dittatore Lucio Cornelio Silla[88] ripara alla conseguenza di *ius Civile* che vuole invalido il testamento già redatto da un

[86] Qui indico il caso ritenuto da quasi unanime dottrina come quello originariamente tutelato dall'azione. Sia per la sua collocazione cronologica, sia per l'estensione dello strumento al caso dell'acquisto *a non domino*, sia per il successivo e largo impiego dell'azione in via *utilis*, sia, infine, per alcune indicazioni bibliografiche, v. Bianchi, *Fictio Iuris*..., cit., p. 294 ss.

[87] Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 645 e s., preso spunto dalla *fictio civitatis* di diritto onorario, generalizza le considerazioni all'intera categoria delle finzioni pretorie: «Allein diese Fiktion wird im demselben Augenblicke überflüssig, ja unmöglich, wo jene andere Fiktion wegfällt, die den Prätor als bloßen Rechtsanwender – und nicht als delegierten Gesetzgeber – gelten läßt». Peraltro, queste ultime osservazioni non considerano storicamente la complessa realtà giuridica plurisistematica romana e portano lo studioso ad affermare che: «der Prätor nicht Recht setz, sondern Recht anwendet».

[88] L'attribuzione della *lex Cornelia* a Lucio Cornelio Silla non viene considerata del tutto certa, ma è indicata in via di altissima probabilità e la si colloca negli anni ricompresi tra l'84 e l'81 a.C., v. E. Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 4, Milano 1930, p. 684 ss.; cfr. H.J. Wolff, *The lex Cornelia de captivis and the roman law of succession*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941), p. 136 ss.

cittadino romano poi catturato dai nemici, in quanto *capite deminutus*[89], imponendo che, invece che *captus*, lo si finga morto[90] – Kelsen, fedelmente ai principi che ha enunciato, obietta in prima battuta che, in un'autentica finzione giuridica, si sarebbe dovuto piuttosto fingere la validità del testamento[91]. Poi, più radicalmente, osserva che una finzione del legislatore non può neppure esistere, perché si risolverebbe in un nonsenso[92]. Se una legge dispone con un 'come se', essa impiega soltanto una formulazione ellittica ed abbreviata[93]. Corollario: la *lex Cornelia* altro non può aver disposto se non la validità di un testamento, precedentemente invalido. È indifferente la formulazione utilizzata.

Gaio interviene a questo punto. Osserva che l'esperienza da lui vissuta è fatta di più realtà, anche di più realtà giuridiche. Rileva che l'ordinamento giuridico romano è plurisistematico. Concorda con ciò che da molti è stato rimarcato – ad esempio, per

[89] Si tratta di *capitis deminutio maxima*, sebbene, per alcuni studiosi del secolo scorso, il cittadino caduto in prigionia si sarebbe venuto a trovare in uno stato di servitù di fatto: v. E. Bekker, *Handbuch der römischen Alterthümer*, 1, 2, Leipzig 1844, p. 55 ss., 108; M. Voigt, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil - und kriminalrechtes - wie Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, 1, Leipzig 1883 (rist. anast. Aalen, 1966), p. 287. Nella dottrina più recente sembra, però, affermarsi l'opinione contraria, v. U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, in *RISG*, 1926, p. 7 e s., il quale, richiamando in particolare Gai. 2.66 ss. e D. 49.15.5.2 (Pomp. *l. 37 ad Q. Mucium*), dimostra che il cittadino caduto in prigionia è «oggetto del più assoluto dominio» similmente a «una *res nullius*». Tuttavia, è certamente da ammettersi che la stessa scansione della *capitis deminutio* nelle tre classiche e note figure della *maxima*, della *media* e della *minima* è relativamente recente e prende origine dall'ultima. Sulla riconducibilità degli effetti della prigionia al *ius Civile*, piuttosto che al *ius gentium*, v. l'articolata posizione di L. Sertorio, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Torino 1915, p. 51 ss. Per le fonti attestanti l'effettiva servitù del cittadino caduto in prigionia, v. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*..., cit., p. 31 nt. 59.

[90] Per l'indicazione delle fonti, v. L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, p. 41 ss.; Id., *Appunti per la storia del dogma della pendenza*, in *BIDR*, 1961, p. 109 ss.; nitida l'osservazione di Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*..., cit., p. 37, che sottolinea come la *lex Cornelia* «dispose che il testamento del cittadino caduto in prigionia e morto in quello stato avesse efficacia come se il *captivus* non fosse mai stato tale, e cioè come se egli fosse morto al momento stesso della cattura e quindi ancora libero».

[91] Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 640. Sembra potersi così dedurre da quanto l'Autore osserva a proposito di concetti 'naturali' e di concetti 'giuridici' e precisamente quando '*risponde*' a Vaihinger che presentava quale finzione giuridica una disposizione legislativa (di carattere presuntivo) con la quale al marito viene riconosciuta la qualità di padre naturale dei figli nati durante il matrimonio, osservando che «der Ehegatte ist rechtlich der Vater, ist der „*rechtliche*" „*Vater*" des im Ehebruch erzeugten Kindes» e precisando infine che "Eine Fiktion im Sinne eines Wiederspruches zur Wirklichkeit vollzöge sich erst dann, wenn diesen Rechtsbegriffe des „*Vater*" mit der Naturtatsache des so benannten männlichen Erzeugers identifizierte».

[92] Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktonen*..., cit., p. 649: «Rechtsteoretisch ist somit eine Fiktion des Gesetzgebers unmöglich, eine Fiktion des Rechtsanwenders gänzlich umzulässig, weil rechtszweckwidrig. Der Gezetzgeber ist – in seinem Reiche – allmächtig, weil seine Funktion in nichts anderem besteht, als Rechtsfolgen an Tatbestände anzuknüpfen. Eine Fiktion des Gesetzes wäre etwa ebenso unmöglich, wie eine Fiktion der Natur. Das Gesetz könnte ja nur zu sich selbst – d. h. zu seiner eigenen Wirklichkeit in Widerspruch geraten. Das aber ist sinnlos».

[93] Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*..., cit., p. 645 ss. e *passim*.

il diritto romano, da Arangio-Ruiz[94] e, in termini ancora più generali, da Pugliatti[95] – ribadendo che sono proprio gli ordinamenti plurisistematici a favorire che si '*inventi*' una finzione giuridica e a giustificarne l'uso.

Condivide con Santi Romano che il diritto non è monopolio dello Stato, non, invece, la valutazione negativa della *fictio*. Si rivolge a Kelsen, osservando che, pur con il suo *imperium*, il Pretore non avrebbe potuto modificare la realtà del *ius Civile* e far divenire *dominus* chi non lo fosse e che neppure il dittatore Lucio Cornelio Silla – anche avendo espugnato due volte militarmente la città di Roma – avrebbe potuto sovvertire quella stessa realtà, dichiarando valido il testamento di un *capite deminutus*[96].

Pretori, dittatori, magistrati, senato potevano imporre, invece, a chi doveva giudicare che il tempo occorrente per l'usucapione fosse decorso – tempo elemento di relazioni fattuali[97] – così che l'acquirente avesse un'azione di rivendica modellata su quella che avrebbe avuto, *iure Civili*, se *dominus*; oppure potevano disporre che il

[94] V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, quattordicesima ed., Napoli 1968, p. 20, nt. 1, ravvisa nella '*pluralità di sistemi giuridici*' la condizione che favorisce il ricorso alla finzione. Sul dualismo *ius Civile*/*ius Honorarium*, caratterizzante il diritto romano, nella sterminata bibliografia, v. E. Betti, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, p. 101 ss.

[95] S. Pugliatti, *Finzione*, in *Enc. Dir*, vol. 17, Milano 1968, p. 672, osserva che: «l'idea generale della finzione germina immancabilmente sul terreno delle concezioni dualistiche, che presuppongono un termine fisso, dato come realtà».

[96] Il ricorso a una finzione delle leggi romane è volto, come nel caso delle finzioni pretorie, a un superamento di principi di *ius Civile* che diversamente non potrebbe essere conseguito. Anche in quelle legislative è il giudice, cui compete la decisione su di una determinata questione, ad essere obbligato a considerare come esistenti fatti inesistenti (o viceversa, come inesistenti fatti esistenti) in forza di un 'provvedimento autoritativo', il quale, di per sé, non avrebbe la forza di modificare il diritto civile.

[97] Costituisce un errore concettuale, purtroppo spesso ricorrente, asserire che l'oggetto della finzione dell'*a. Publiciana* sarebbe stato costituito dall'usucapione stessa. L'errore è indotto principalmente dalle espressioni ellittiche di Gai. 4.36: <*item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur*>… *fingitur rem usucapisse*, espressioni che servono al giurista per illustrare la finalità dell'azione (fingere compiuta l'usucapione, rileva C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo civile romano*, Torino 1982, p. 86, sarebbe equivalso a fingere la *causa petendi* e sarebbe stato, quindi, impossibile), ma non la sua struttura che, nel medesimo paragrafo, è enunciata con precisione tecnica: *Iudex esto, si quem hominem A. Agerius emit* ⟨*et*⟩ *is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret et reliqua.* Ciò che poteva essere supposto contro il vero era il decorso del tempo occorrente per il compimento dell'usucapione, non certo l'usucapione in sé o taluno dei suoi diversi elementi, quali la buona fede o l'idoneità della *res* ad esser usucapita, i quali – se carenti – avrebbero comportato l'assoluzione del convenuto. È poi unanimemente recepito che in caso di cose immobili nella formula, in luogo di '*si anno*' venisse scritto '*si biennio possedisset*', il che dimostra senza possibilità di dubbio che non era l'usucapione in sé ad esser finta. Non vi sarebbe stata, infatti, alcuna necessità di proporre una formula variata a seconda del tempo occorrente perché l'usucapione fosse compiuta, ove l'usucapione stessa avesse costituito l'oggetto della *fictio*. A ulteriore conferma che la *fictio* abbia avuto ad oggetto il decorso del tempo viene indicata l'espressione *«nondum usucaptum»* di D. 6.2.2.pr. Sul punto, v. L. Di Lella, *Formulae Ficticiae. Contributi allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, p. 98 nt. 68.

cittadino romano, nell'attimo in cui fosse stato portato nelle retrovie nemiche[98], fosse morto – morte elemento fattuale – così che potesse aprirsi la successione testamentaria. Gaio vuole sottolineare che ogni autentica finzione si risolve nella falsa supposizione di una circostanza fattuale giuridicamente rilevante e che il '*come se*' ha ad oggetto una cosa che potrebbe esistere[99] o un fatto che sarebbe possibile (nei due casi considerati: il decorso del tempo e la morte del cittadino) in una diversa 'realtà giuridica' ove assumerebbero rilievo.

In tal modo – continua il giurista romano – si '*incideva*' sulla realtà naturale, fisica, empirica e la si '*considerava*' diversa da quella effettiva, senza violare l'altra realtà, intoccabile, addirittura iperreale, fatta di stratificazioni di *mores*, di leggi arcaiche, di credenze e di superstizioni, di interventi magistratuali, cui si dà il nome *ius*, una realtà creata – per dirla con Ricoeur – dal '*vivere assieme'*, immagine che evoca, come di recente ha ben rilevato Giampaolo Azzoni, proprio il pensiero di Santi Romano[100].

Infine, Gaio domanda: '*perché nelle leggi moderne si prescrive che l'atto notificato si ha per conosciuto con l'affissione nel tal luogo o con la consegna a talaltra persona? O perché si prescrive che la condizione si ha per adempiuta nel caso che chi ha interesse a che essa non si realizzi ne impedisca l'avveramento? Cose simili*' – aggiunge – '*ai tempi nostri non sono mai state dette per segnalare una finzione.*'[101] E insiste: '*quale realtà viene supposta contro il vero? Quale realtà impone*

[98] La giurisprudenza romana, sempre ancorata a spirito di concretezza, ricondurrà la *captio ab hostibus* non al semplice sopravvento che gli *hostes* hanno sul cittadino romano ma alla sua deduzione nei presidi nemici. V., ad esempio: D. 49.15.5.1 (Pomp. *l. 37 ad Q. Mucium*): *In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt... antequam in praesidia perducatur hostium manet civis.* L'istante della *captio* e della *capitis deminutio* coincide con quello in cui la sua prigionia diviene effettiva in base al luogo in cui il *civis* viene condotto e – potremmo supporre - egli perde le sue ragionevoli speranze di libertà. Naturalmente, sino a quell'istante, non occorre che operino i meccanismi del *postliminium* perché il *civis* recuperi una libertà giuridicamente non ancora perduta.

[99] È il caso delle arcaiche finzioni di *ius Sacrum* cui faccio rapido cenno *supra* nt. 20.

[100] P. Ricoeur, *Soi-méme comme un autre*, Paris 1990, p. 227. V. G.P. Azzoni, *Una pólis nella successione delle generazioni*, in L. Alici-G. Gabrieli, *Accogliere, rigenerare, restituire: nella società, nell'educazione, nel lavoro*, Milano 2016, p. 31 e s., ora in Id., *Nomofanie. Esercizi di Filosofia del diritto*, Torino 2017, p. 316.

[101] Formulazioni simili sono ravvisabili nella giurisprudenza romana, specie di età adrianea e severiana. Mai, tuttavia, congiunte a una qualifica di finzione. Così, ad esempio, in D. 35.1.24 (Iul. *l. 55 dig.*), in D. 50.17.161 (Ulp. *l. 77 ad ed.*) e in altri passi (discussi in Bianchi, *Fictio Iuris*, cit, p. 456 ss.) si hanno mere espressioni ellittiche e semplificative, ove la dichiarazione che la condizione sia detta per compiuta non nasconde il sostanziale, e ben differente pensiero, che '*anche*' l'impedimento, opposto da chi ne ha interesse, procura direttamente il medesimo effetto disposto per il verificarsi della condizione. Non si registra in questi passi il requisito della sostituzione, necessario determinante ed essenziale per l'esistenza di una finzione giuridica. Elemento, invece, immediatamente ravvisabile nei due casi discussi in questo paragrafo.

queste formulazioni? E conclude: '*se, dietro le parole, non vi è una realtà, non può esistere neppure una finzione*'.

In sostanza, Gaio non ritiene che le mere forme linguistiche siano '*vere*' finzioni; non gli riesce di individuarle nel: '*il faut faire comme si...*'[102]. Reputa inganno – benché facile inganno – crederle semplici forme espressive[103]. A suo avviso, occorre che esistano realtà giuridiche differenti, perché, quando queste realtà vengono in contatto, possa esser creata una finzione.

Non so immaginare repliche opposte a Gaio dai tre interlocutori. Tra essi è, però, proprio l'istituzionalista colui che sembra meglio comprendere le ragioni enunciate. Lui è Santi Romano, il giurista che desume dalla società reale, storicamente attuata, il sistema giuridico che disegna e, anzi, tenta di '*ricalcare*' dall'essere e non dal dover essere, non per ciò creando una realtà giuridica meramente imitativa. Per questo, di nuovo *fingo*, non avrebbe disprezzato la visione caleidoscopica, ma concreta del giurista romano.

[102] A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique*, in *Les presumptions et les fictions en droit*, Bruxelles 1974, p. 29.

[103] Demelius, *Die Rechtsfiktion*..., cit., p. 80 ss., valutando il fenomeno sotto il profilo dell'economia dei mezzi normativi, afferma che le «Fiktionen nie einen wissenschaftlichen Grund abgeben, vielmehr nichts sein können, als ein technischer Ausdruck für positive Rechtssätze». Con riguardo al medesimo profilo anche Bernhöft, *Zur Lehre von den Fiktionen*..., cit., p. 241, dopo avere premesso che la: «Fiktion ist ein Rechtssatz, durch den an einen bestimmten Tatsbestand (Fiktionbasis) dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (fingierter Tatbestand) hat», la valuta '*una proposizione giuridica*' che consente, sinteticamente, di disciplinare fattispecie che sono prive di propria normativa. Tuttavia, può essere osservato che il rilievo dato da Bernhöft agli elementi lessicali e alla struttura delle proposizioni conduce a far rientrare tra le finzioni giuridiche proposizioni normative del tipo: 'il caso *b* sarà trattato come se fosse il caso *a*', alle quali, invece, come osserva esattamente De Ruggiero, *sv.* '*finzione legale*'..., cit., p. 185, non può riconoscersi natura di finzione, in quanto non si finge che il caso *b* sia uguale al caso *a*, ma si ricomprende sotto la regola di *a* anche *b*, modificando con ciò la norma stessa, mentre si ha una finzione allorché si suppone esistente un fatto «che non è avvenuto o l'assenza di un fatto che invece si è verificato; appunto perché l'assenza nel primo caso, la presenza nel secondo, per sé stesse ostacolerebbero il prodursi degli effetti giuridici». Obiezione, come subito si rileva, perfettamente coincidente con quella di Santi Romano, *Frammenti*..., cit., p. 214, già riferita, v. *supra* nt. 58. Secondo queste precisazioni si dovrebbe respingere anche la concezione di finzione giuridica offerta da Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*..., cit., p. 46, secondo il quale, «weil die Gesetze nicht alle einzelne Fälle in ihren Formeln umfassen können, so werden einzelne besondere Fälle abnormer Natur so betrachtet, als ob sie unter jene gehörten». In più, si potrebbe osservare che questa concezione denota l'assenza di confine con lo strumento dell'analogia. V. *supra* nt. 50.

Abstract
In this essay it is emphasized that Santi Romano's thought is particularly suitable to understand the plurality of systems which, for a long part of its historical course, has been characterizing Roman law. Some remarks are made on the diversity of Greek and Latin words used to indicate *truth* and *reality*. The limits set by the scholar to the so-called legal reality are taken into account trying to verify this conception by referring it to the cases offered by Roman law. In particular the rigour with which Santi Romano delimits the notion of juridical fiction is compared to the one offered in philosophy by Vaihinger and, in the legal sphere, by Hans Kelsen. Some affinities are hilighted with some cases expressly qualified as *fictiones* in the Roman legal sources. The essay ends with a *fictum colloquium* involving Romano, Kelsen, the philosopher Vaihinger and jurist Gaius about the phenomena that deserve the qualification of fiction.

Key words
Reality, truth, myth, fiction

Lorenzo Franchini

Professore associato di Diritto romano, Università Europea di Roma

Tempo dell'adempimento e termini impliciti*

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. Presupposti e ambito del presente studio. - 2. Le obbligazioni di *certo loco dare*. - 3. Le obbligazioni di *insulam* (o *domum*) *aedificare*. -4. Obbligazioni di contenuto diverso. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa metodologica. Presupposti e ambito del presente studio.

Nell'ordinamento italiano odierno la materia del "tempo dell'adempimento" è come noto regolata dall'art. 1183 del codice civile, il quale recita:

"Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice".

La genesi di questa norma è inequivocabilmente romanistica; in particolare, per quanto attiene all'argomento che ci accingiamo a trattare, ossia il termine implicito, è verificabile che nell'esperienza giurisprudenziale romana esistono antecedenti diretti sia del dettato legislativo, come tale inteso nelle sue diverse articolazioni, sia della interpretazione che la stessa Suprema Corte ne ha talora dato in rapporto a casi considerati controversi. Non è nostro intendimento soffermarci, qui, su quest'ultimi; ma talune decisioni, come ad esempio quelle che invocano la "normale tollerabilità" da parte del creditore[1], ovvero quelle che gli consentono di agire anche prima del termine presunto, quando sia già comunque trascorso un lasso di tempo da ritenersi congruo con un'obbligazione rimasta inadempiuta[2], ovvero ancora quelle che individuano nel verificarsi di un accadimento futuro o nel venire ad esistenza di una cosa il termine implicito di cui all'art. 1183[3], trovano tutte nel diritto

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

[1] V. per esempio Cass., sez. III, 24 settembre 1981, n. 5173; Cass., sez. III, 5 novembre 1985, n. 5360; Cass., sez. II, 27 gennaio 2003, n. 1149; Cass., sez. III, 6 luglio 2009, n. 15796; Cass., sez. VI, 11 settembre 2010, n. 19414.

[2] V. per esempio Cass., sez. I, 19 marzo 1980, n. 1827; Cass., sez. III, 5 novembre 1985, n. 5360.

[3] V. per esempio Cass., sez. I, 24 luglio 1985, n. 4339; Trib. Firenze, 27 dicembre 2006; Cass., sez. III,

romano precedenti che non esiteremmo a definire perfettamente calzanti.

Ma prima di procedere all'analisi dei casi, e delle fonti ad essi rispettivamente pertinenti, occorre svolgere alcune indispensabili premesse di ordine metodologico, chiarendo così da quali presupposti muove un'indagine che oltretutto, al contrario di altre, si incentrerà esclusivamente sul tema del termine implicito.

Bisogna dapprima dire che anche nell'esperienza antica un'obbligazione, se non fosse stata *espressamente* sottoposta a termine dalle parti, andava adempiuta subito (*praesenti die*)[4]. L'idea che il creditore fosse comunque tenuto ad aspettare un certo tempo dipendeva da circostanze particolari, ed era da ritenersi l'eccezione.

Riguardo poi al carattere di questo *spatium temporis* - quale (o con espressioni analoghe) le fonti in effetti per lo più lo descrivono[5] - non vi è accordo tra gli studiosi; ma senza enfatizzare la portata di questa disputa preferiremmo accogliere la tesi di coloro che lo considerano un *dies* vero e proprio[6], sia perché anche così è in ogni caso

14 aprile 2000, n. 4853; Cass., sez. II, 9 settembre 2011, n. 17125.

[4] In proposito v. D. 45.1.41.1 (riportato integralmente oltre, § 2): *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur*; cfr. per esempio D. 36.2.19pr.; 36.2.21pr.; 45.1.137.4; 50.17.14; I. 3.15.2. A commento, v. anche per esempio S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*[2], vol. I, Napoli 1935, p. 96; E. Betti, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958, p. 304; G. Branca, s.v. *Adempimento (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano 1958, p. 551; R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'*, in D. Medicus, H.H. Seiler (hrsg.), *Festschrift M. Kaser*, München 1976, p. 204, nt. 12; S.D. Martin, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles 1989, p. 78; C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. II.1, Torino 2003, p. 266 s., il quale peraltro precisa che in questi casi il creditore poteva esercitare l'azione a partire dal giorno successivo; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*, Santiago de Compostela 2010, p. 77.

[5] V. D. 19.2.58.1 e 45.1.41.1 (*spatium temporis*); cfr. D. 38.1.24 (*tractus temporis*); 40.7.20.5 (*temporis divisio*); 45.1.73pr. (*dilatio*); 46.1.49.2 (*tacitum tempus*). D'altronde, semplicemente di *tempus* si parla nella maggior parte delle fonti, sotto variamente trascritte, che formano oggetto del presente studio.

[6] Così, tendenzialmente, secondo noi, per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio' in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino 1919, pp. 5 ss., che parla di estensione analogica delle regole sul termine espresso al termine implicito, da parte dei giuristi di età classica; A. Guarneri Citati, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AUPA*, 11 (1923), p. 249, nonché, in tempi più recenti, soprattutto D. Medicus, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in *ZSS*, 86 (1969), p. 86 s. e ntt. 64-65. *Contra*, ultimamente, F. Cuena Boy, *'Rerum natura'*..., cit., pp. 64 s., 78, 81 ss., il quale, pur talora negando, talaltra persino ammettendo che in questi frangenti la dilazione possa equivalere per gli effetti all'apposizione di un *dies*, è in generale contrario a credere che si tratti di autentico *dies*, clausola negoziale sempre oggetto di volizione espressa da parte dei contraenti. Ora però, a parte ogni considerazione relativa alla portata pratica della distinzione (che noi non riusciamo a scorgere), occorre notare che mancanza di volizione espressa non significa per forza mancanza di volizione, quale oggettivamente si cristallizza nell'assetto stipulatorio. Su questo complesso tema, certo connesso ai rapporti fra *stipulatio* e *conventio* sottostante, avremo più volte modo di tornare in seguito; ma v. fin d'ora, qui, per esempio M. Talamanca, *'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie 1978, p. 215; C.A. Cannata, *Corso*…, cit.., p. 267, anche in merito alla diversa terminologia utilizzata dai *prudentes*.

chiamato nei passi in questione[7] sia perché agli effetti pratici identica è la conseguenza del suo mancato rispetto da parte del creditore: se agisce prima della sua scadenza, lo fa, proprio come nel caso del termine espresso, a suo rischio e pericolo, consistente, evidentemente, nella perdita della causa per *pluris petitio tempore*[8].

E' infatti opportuno ricordare anche che il termine, nell'ottica dei *prudentes*, è da presumersi sempre come apposto in favore del debitore[9], che solo per sua libera scelta potrà eventualmente adempiere anche in anticipo, e senza che fino ad allora il creditore possa invece, come detto, esigere alcunché. D'altra parte il pagamento avvenuto prima della scadenza non è ripetibile perché ha avuto ad oggetto un *debitum*, e non un *indebitum*: in questo senso, cioè aderendo all'opinione maggioritaria[10],

[7] V. per esempio D. 13.4.2.6; 38.1.24; 45.1.41.1; 45.1.72.2; 45.1.137.2.

[8] Chiaramente di quest'avviso, anche in rapporto al termine implicito, per esempio V. Arangio Ruiz, *Studii formulari*. I. *'De eo quod certo loco dari oportet'*, in *BIDR*, 25 (1912), p. 153; G. Provera, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, vol. I. *La procedura formulare*, Torino 1958, pp. 99, nt. 5, 118 e nt. 32, 120, nt. 1, che opportunamente richiama, tra le fonti per noi interessanti, soprattutto D. 13.4.2.6, ove si allude ad un *perperam ante diem agi*; C.A. Cannata, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in *SDHI*, 32 (1966), p. 101 s., nt. 54; F. Pulitanò, *Considerazioni per uno studio sull''edictum' 'de eo quod certo loco'*, in F.M. D'Ippolito (a cura di), Φιλία. *Scritti per G. Franciosi*, vol. III, Napoli 2007, p. 2149; Ead., *'De eo quod certo loco'. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano 2009, pp. 50, 159.

[9] V. qui, ancora, soprattutto D. 45.1.41.1: *Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore*; cfr. per esempio D. 50.17.17. Si tratta di un principio che la dottrina, pressoché unanimemente (cfr. per esempio C. Nani, *Sopra la regola 'dies interpellat pro homine' in diritto romano*, in *AG*, 11 (1873), p. 224 s.; A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., p. 249; G. Branca, s.v. *Adempimento*..., cit., p. 551; A. Elefante, *La 'mora ex re' e l''interpellatio'*, in *'Mnemeion' S. Solazzi*, Napoli 1964, p. 401 s.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*, Köln-Wien 1976, p. 92; Id., *'Stipulatio' und 'pacta'*..., cit., p. 226, che parla di principio genuino e fondamentale; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 268; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 87, nt. 31; A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'Responsa' di Cervidio Scevola*, Milano 2012, p. 351), oggi considera operante già in età classica, dovendosi pertanto ritenere superata, sotto questo profilo, l'opinione di chi, come per esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 101 s., o E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 305, nt. 1, lo voleva generalizzato solo in età giustinianea.

[10] Tale opinione, espressa su una questione tanto annosa che ancora il codificatore del 1865 avvertiva la necessità di definirla in via autoritativa (art. 1172), fu sostenuta, sulla scorta di L. Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889, pp. 312 ss., soprattutto da S. Solazzi, *L'estinzione*…, cit.., p. 102; Id., *Sull'obbligazione a termine iniziale*, in *Iura*, 1 (1950), pp. 34 ss., e poi da G. Grosso, *Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici in Paolo*, in *BIDR*, 44 (1961), pp. 104 ss., di contro ad alcune, a tratti persino originali, prese di posizione di C. Appleton, *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain*, in *Révue générale du droit, de la législacion et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 50 (1926), pp. 154 ss., 164 ss.; ma v. anche per esempio S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950, p. 216; A. Elefante, *La 'mora'*…, cit., pp. 410, 412; G. Sciascia, s.v. *Termine*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 93 s.; F. Musumeci, s.v. *Termine (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano 1992, p. 185 s. e nt. 32; C.A. Cannata, *Corso*…, cit., pp. 266 e nt. 639, 267 e nt. 641; F. Fasolino, *Studi sulle 'usurae'*, Salerno 2006, pp. 117 ss. (=Id., *Note in tema di 'solutio ante diem': tempo e valore economico della prestazione nella riflessione dei 'prudentes'*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a cura di), *'Fides, Humanitas, Ius'. Studii L. Labruna*, vol. III, Napoli 2007, pp. 1729 ss.), del quale ci sembra peraltro accoglibile la raccomandazione a riflettere sul fatto che i *prudentes*, non avendo elaborato una disciplina organica in materia, erano come al solito interessati soprattutto a trovare soluzioni ai casi pratici, ed è dunque più che altro questione d'interpretazione comprendere se, con l'apposizione di un termine, essi ritenessero ritardato solo il pagamento, come per lo più sarà stato, o anche la nascita dell'obbligazione, com'era pur sempre teoricamente possibile, per libera volontà delle parti.

risolveremmo un'altra controversia dottrinale, concernente la natura del *dies* in questione, che non è sospensivo, dato che, come ampiamente documentato[11], ritarda l'esigibilità, e non la nascita dell'obbligazione, che va ritenuta *ab origine* esistente.

Fatte queste premesse, è altresì indispensabile delimitare, come dicevamo, l'ambito di questo studio, che si prefigge come unico obiettivo di individuare i casi in cui vi sia un termine implicito operante, e quali ne siano il fondamento, l'esatta durata, la disciplina.

Da questo punto di vista non costituiscono allora materia dell'indagine argomenti pur spesso affrontati, dagli studiosi, in connessione con il nostro tema, come ad esempio la responsabilità per l'inadempimento, la mora, la validità o meno dell'obbligazione contratta per l'esistenza attuale, o meno, del suo oggetto, o l'impossibilità sopravvenuta[12].

In particolare, la distinzione che riteniamo necessario tenere, quant'altra mai, ferma è quella fra l'obiettiva inerenza di un termine al rapporto obbligatorio e la condotta concretamente tenuta dal debitore: quest'ultima andrà valutata alla stregua dei consueti criteri di imputabilità (dolo, colpa) al fine di stabilire se vi sia stato o meno inadempimento, e non per ricalcolare, *a posteriori*, la decorrenza del termine, anche e specialmente nel caso di non imputabilità dell'eventuale ritardo.

Questa considerazione è per noi importante alla luce di un ulteriore rilievo, ossia che la quasi totalità dei casi contemplati dalle fonti che studieremo non riguarda rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei*, nei quali la discrezionalità del *iudex* potesse tenere ampiamente conto degli affidamenti creati dalle parti, nella situazione peculiare, allo

---

[11] V. Paul. D. 12.6.10 e 45.1.46pr. (*'Centesimis kalendis' dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*); I. 3.15.2; cfr. per esempio Gai 3.124; 4.131; D. 12.6.17; 23.3.76; 31.88.5; 35.1.1.1; 36.3.9; 50.16.213pr.

[12] Come avremo modo di vedere, è invece a questi temi che esplicitamente molti studiosi dedicano i propri scritti, pur ricchi di spunti anche in materia di regime del termine implicito. Sulla necessità di affrontare un argomento come il nostro con il necessario spirito di discernimento v. ad esempio M. Talamanca, *'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell''adpromissor'*, in *Studi G. Grosso*, vol. III, Torino 1970, p. 174; D. Medicus, *Zur Funktion...*, cit.., p. 86 s. e ntt. 64-65; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'* …, cit., p. 52, nt. 7. V. anche S. Solazzi, *L'estinzione...*, cit., pp. 98 ss., il quale, esaminando un passo per noi importante, quale è Ven. D. 45.1.137.2, già a suo tempo ammoniva che la situazione di *difficultas solutionis* in cui venga a trovarsi per sue ragioni il debitore non può influenzare in alcun modo la questione relativa alla configurazione del termine, come nessun altro punto della teoria dell'adempimento.

scopo di stabilire il contenuto dell'assetto contrattuale stesso[13]. Su questo piano non dovevano esserci controversie fra i giuristi romani, le testimonianze dei quali, non a caso, riguardano invece rapporti tutelati da *actiones stricti iuris*, come quelle nascenti da *stipulatio*. Per quest'ultimi casi ben vale il monito di:

Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.2: *Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam, nisi expressa sit*[14].

È dunque del tutto eccezionale (*raro*) che nel fissare le regole in base alle quali bisognerà valutare il comportamento del debitore si possa aver riguardo a ciò che risulta non dai *verba* utilizzati, ma dal complessivo assetto d'interessi posto in essere dalle parti (*id quod actum est*). Il fatto che un *tempus* di cui non si trova traccia nella formula possa ritenersi "inerente" alla fattispecie in questione sarà allora il frutto di una *intellectio* che, secondo noi, non potrà che svolgersi *a priori*[15], valendo poi riscontri

[13] In particolare, che la tempestività nell'esecuzione della prestazione, oggetto del contratto, rivestisse grande importanza, pari addirittura alla sua quantità, è chiaramente attestato per esempio da D. 46.3.85; 50.16.12.1: *Minus solvit qui tardius solvit*: *nam et tempore minus solvitur*. Cfr. ad esempio S. Solazzi, *L'estinzione* …, cit., p. 96; E. Betti, *Appunti* …, cit., p. 304; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'* …, cit., p. 159 s.

[14] Il brano, che O. Lenel *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, Lipsiae 1889, col. 1188, n. 1296, colloca sotto il titolo *Si certum petetur: de condictione,*, è stato ritenuto spurio in alcune sue parti (v. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, vol. III, Weimar 1935, col. 394), ma l'unica critica per noi rilevante, diretta a sostituire *plerumque* con *semper*, accolta per esempio da E. Betti, *Diritto romano*, vol. I. *Parte generale*, Padova 1935, p. 255, non ha avuto ulteriore seguito. In merito, v. ad esempio G.E. Longo, *D. 45.1.126 e uno scolio dei Basilici*, in *Studi P. De Francisci*, vol. III, Milano 1956, p. 337 s.; F. Pringsheim, *'Id quod actum est'*, in *ZSS*, 78 (1961), p. 50 s.; G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, p. 311 s. e nt. 233, per il quale il *plerumque* non è eliminabile, se non si vuole pregiudicare la comprensione di questa sorta di "schizzo dogmatico", tracciato da Paolo; W. Waldstein, *'Natura debere', 'ius gentium' und ' natura aequum' im klassischen römischen Recht*, in *AUPA*, 52 (2007-2008), pp. 438, 440 e 457 nt. 91.

[15] Il problema dell'*interpretatio* della stipulazione, in tali casi, riveste una portata cruciale, nell'ambito di questo scritto. A rigore, secondo quanto ci dice Paolo, essa dovrebbe essere orientata dai soli *verba* utilizzati, ed assai raramente dall'*id quod actum est*, ossia da quanto le parti hanno nel complesso stabilito, a livello di *conventio*; ma non crediamo che elementi come quelli in questione, apparentemente estrinseci all'assetto del negozio, possano essere ricondotti ad una qualche clausola sia pur informalmente siglata dalle parti, di cui debba essere indagata la personale intenzione; come scrisse a suo tempo E. Betti, *Diritto* ..., cit., p. 255, qui non si tratta di ricostruire "la volontà rimasta inespressa bensì la stessa dichiarazione interpretata non secondo la morta e astratta lettera, ma secondo lo spirito, in funzione cioè dell'autore e della situazione di fatto da cui appare determinata". In proposito, v. anche per esempio F. Pringsheim, *'Id quod actum est'*..., cit., p. 50 s.; G. Gandolfi, *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Milano 1962, p. 106; Id., *Studi* ..., cit., p. 311 s. e nt. 233; F. Pastori, *Il negozio verbale in diritto romano*, Milano 1994, p. 227 s., per cui ci troviamo di fronte ad elementi inespressi, ma voluti e necessari per l'attuazione del negozio, e perciò desumibili, in forza di un'interpretazione che oggi chiameremmo "integrativa", dal complessivo assetto d'interessi posto in essere dalle parti; T. Finkenauer, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen 2010, p. 226; cfr. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'* ..., cit., pp. 208, 215 s., con osservazioni sempre calzanti, ma non basate sull'esegesi di D. 45.1.126.2; D. Nörr, *'Exempla nihil per se valent'*, in *ZSS*, 126 (2009), p. 23.

d'altro genere, concernenti il comportamento concreto tenuto dalle parti, a fini ulteriori e diversi, che non sono la determinazione della struttura del rapporto obbligatorio in sé considerato.

Conferma di ciò tendenzialmente si trae, a nostro avviso, da un altro frammento cui i compilatori vollero attribuire una portata di carattere generale[16], ossia:

Cels. 12 *dig.* D. 50.17.186: *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest*[17].

Il termine da rispettare - facile o meno che sia stabilirlo con esattezza - è il *tempus* connesso alla natura delle cose, ovvero della prestazione da eseguire[18]. Decorso quello sarà da ritenersi oggettivamente possibile[19], e perciò esigibile, la *solutio*, il

[16] A commento della generale rilevanza che alcuni passaggi, come certo i due qui studiati, possiedono, ai fini della nostra indagine, v. per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio'* ..., cit., p. 5; S. Solazzi, *L'estinzione* ..., cit., pp. 98, nt. 2, 100; F.M. De Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, pp. 107 ss.; G. Branca, s.v. *Adempimento* ..., cit., p. 548; G. Gandolfi, *Studi* ..., cit., p. 311 s. e nt. 233; S.D. Martin, *The Roman Jurists* ..., cit., p. 79; F. Cuena Boy, *'Rerum natura'* ..., cit., p. 126.

[17] Il frammento, originariamente ricompreso nella parte dei *Digesta* celsini in cui si trattava delle *operae libertorum* (cfr. O. Lenel *Palingenesia*..., cit., col. 145, n. 110), assume, come si è detto, per la sua collocazione, un rilievo di carattere generale. A conferma, v. per esempio D. Daube, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in *ZSS*, 76 (1959), p. 230; T. Mayer Maly, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, in *Studi E. Volterra*, vol. II, Milano 1971, p. 121; W. Waldstein, *'Operae libertorum'*, Stuttgart 1986, p. 71; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*, in F.M. D'Ippolito (a cura di), Φιλία. *Scritti per G. Franciosi*, vol. I, Napoli 2007, p. 642, nt. 12; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 62, nt. 83, 126.

[18] È opportuno precisare fin d'ora che all'espressione *rerum natura*, o ad altre analoghe, va attribuita, nella nostra ottica, una valenza tecnica: le *res* in questione sono sì quelle esistenti in natura, ma anche quelle suscettibili di formare oggetto di un'attività umana diretta all'adempimento di un'obbligazione, si tratti di raggiungere direttamente l'obiettivo o di predisporsi preliminarmente ad esso. L'argomento è stato, anche di recente, studiato a fondo dalla dottrina; ma v. qui, in rapporto all'interpretazione del nostro passo, soprattutto per esempio C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, p. 71, per cui *rerum natura* va intesa come "realtà"; F.M. De Robertis, *I rapporti* ..., cit., pp. 107 ss., che parla di natura della prestazione, facendo giustamente riferimento alla necessità di una preparazione, alle esigenze organizzative e di tempo poste dall'attività imprenditoriale; D. Daube, *Zur Palingenesie* ..., cit., p. 230 s.; T. Mayer Maly, *Romanistisches über die Stellung* ..., cit., pp. 113 ss., 121, secondo il quale natura rerum è necessitas rerum; F. Gallo, *'Ars boni et aequi' e 'ius naturale'*, in *Scritti G. Melillo*, vol. I, Napoli 2009, p. 445, per cui il diritto è un prodotto umano, e perciò non può astringere nessuno a ciò che non è nella natura delle cose, del che un giurista come Celso si mostra, nel nostro caso, ben consapevole; S.D. Martin, *The Roman Jurists* ..., cit., p. 78 s.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves* ..., cit., p. 642, nt. 12; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación* ..., cit., pp. 62, nt. 83, 126, il quale, nei suoi scritti appositamente dedicati all'argomento, comprende anche l'esame di D. 50.17.186; C. Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2008, p. 125 e nt. 84, che richiama Maschi; U. Babusiaux, *Kommentare des Kaiserrechts in Papinians 'Quaestiones'*, in *ZSS*, 126 (2009), p. 167, nt. 24.

[19] Quale evidentemente prima non era. Tale rilievo, da cui ancora risulta la forte connessione con il tema della validità o meno dell'obbligazione per il carattere possibile o impossibile della prestazione - connessione alla luce della quale diversi autori, specie in rapporto all'esegesi di Paul. D. 45.1.83.5, hanno, come

soddisfacimento del creditore (*persolvi possit*), il quale prima non potrà *petere*; decorso quello, variabile non dipendente, il debitore risulterà inadempiente, e la questione sarà se il suo ritardo, non contestabile come tale, sia semmai da considerarsi colpevole o non.

Veniamo ora all'esame dei singoli casi, tutti riferibili all'età del Principato[20], e qui raggruppati in alcune grandi categorie: quella delle obbligazioni di *certo loco dare*; quella delle obbligazioni di *insulam* (o *domum*) *aedificare*; quella, residuale, relativa alla promessa di cose future o alla prestazione di altre opere.

2. Le obbligazioni di *certo loco dare*.

Il primo ambito da indagare è quello concernente le obbligazioni *in dando* da adempiere in un luogo diverso rispetto a quello in cui sono state assunte: ciò, in conseguenza del fatto che, quando è stato conclusa la *stipulatio* (ché di questa pressoché esclusivamente si tratta[21]), nella formula è stato espressamente indicato un *locus solutionis* differente dal *locus contractus*, restando però per il resto la stipulazione *pura*[22], ossia priva di altri elementi come la condizione o lo stesso *dies*. In simili frangenti, nei quali un'applicazione affatto rigorosa dei principi generali in materia di *obligatio verbis* avrebbe comportato in verità la conseguenza di dover sanzionare di nullità l'intero accordo stipulatorio, avente ad oggetto una prestazione non eseguibile *statim*[23], si riteneva invece che a quest'ultima il *promissor* fosse comunque tenuto, sia

meglio diremo oltre, riconsiderato lo studio dell'intera problematica -, in ogni caso evidenzia come anche la questione del termine implicito debba inevitabilmente porsi in maniera oggettiva, ossia se esso, inteso come tale, debba considerarsi esistente o meno.

[20] Come vedremo, fatta eccezione per un passo delle Istituzioni imperiali, si tratta di testimonianze risalenti ad un'epoca che va da Labeone ai giuristi severiani, dovendosi ritenere molto scarsi gli spunti tali da consentirci anche solo di introdurre l'argomento, per i secoli precedenti (v. qui ad esempio, per tutti, L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008, p. 367 s., nt. 810; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco' ...*, cit., p. 40 e nt. 46), e dovendosi affrontare semmai il problema di eventuali apporti successivi, specialmente compilatorii, in relazione all'esegesi e alla ricostruzione di ogni singolo frammento. Sull'argomento, generalmente inteso, v. qui comunque per esempio M. Talamanca, *'Conventio' ...*, cit., p. 208, che parla di riflessione giurisprudenziale svoltasi, sul punto, a partire dal I secolo a.C., e ormai consolidata nel II-III secolo della nostra era.

[21] Si ricorda che la disciplina elaborata in materia di *stipulationes* era ritenuta, dai *prudentes*, generalmente estensibile ai *legata per damnationem*; ma di ciò diremo meglio oltre, § 3 e nt. 106, avendo occasione di esaminare un passo contenente un riferimento espresso ai legati.

[22] Termine, questo, che tra le fonti per noi rilevanti trova un riscontro diretto in D. 45.1.73pr.; I. 3.15.5.

[23] A rigore, solo il tenore dei *verba stipulationis* dovrebbe condizionare l'interpretazione, talché si finirebbe per dedurre, dalla mancanza di un termine espresso, la immediata esigibilità di una prestazione che di

pur entro un termine non specificato e da determinarsi. In base a quali criteri, è ora nostro compito cercare di comprendere; ma certo non potremo sentirci appagati da un'osservazione, pur di per sé plausibile anche per l'autorevolezza di colui dal quale proviene[24], secondo la quale queste non sarebbero *stipulationes in dando*, bensì miste perché anche *in faciendo* (ove per *facere* debba intendersi il viaggio da compiere per arrivare a destinazione): è infatti difficile rinunciare a pensare che i *prudentes* abbiano continuato a concepire siffatte figure come aventi tecnicamente ad oggetto soltanto un *dare* (*certam pecuniam, certam rem*, quando non un *genus*)[25], protette dalle *actiones* consuete, le cui *formulae*, come si sa, erano quelle per eccellenza di stretto diritto, che nessuno spazio lasciavano alla discrezionalità del *iudex*[26].

Il quale *iudex* pur avrà dovuto avvalersi di qualche accettabile accorgimento ermeneutico per poter considerare come sottoposta a scadenza un'obbligazione formalmente sprovvista di un termine; il giudice e ancor più, ovviamente, nell'esperienza romana, l'interprete, il giurista[27].

Il primo che risulta essersi pronunciato, in proposito, è uno dei più eminenti,

---

ciò non è in se stessa suscettibile: quindi, nullità per impossibilità. Cfr. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'* ..., cit., p. 216.

[24] V. C.A. Cannata, *Appunti* ..., cit., pp. 98 ss., 101 s., 111, il quale senza dubbio ammette che l'atto giuridicamente satisfattivo del creditore consisterà in un *dare*, ma entro un contesto, quale è quello di queste *stipulationes* circostanziate, in cui comunque il promissore s'impegna a tutta una serie di attività materiali di carattere sussidiario, essenzialmente riconducibili ad un preciso *facere*, ossia viaggiare alla volta del luogo indicato. Tali rilievi, sicuramente ragionevoli ed ancor oggi accolti da autori come, per esempio, F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 58, e F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación* ..., cit., p. 85, si prestano secondo noi, quanto meno, a qualche precisazione.

[25] Ad avviso di M. Talamanca, *'Alia causa'* ..., cit., p. 174 e nt. 106, senz'altro vi era, nella riflessione dei giuristi romani, per queste particolari *obligationes* nelle quali il *dare* (l'unico che poi in verità figurasse nell'*intentio* della formula) presupponeva un *facere* inestricabile da esso, una tensione fra poli opposti, una dialettica inerente al regime di un istituto, che i *prudentes* non risolvono e che non possono antistoricamente risolvere gli studiosi odierni, come invece, secondo T., farebbe Cannata, citato alla nt. precedente. Noi aggiungeremmo che ad un eventuale *facere* preparatorio il debitore era tenuto in qualsiasi obbligazione di risultato, e non solo in queste, e che d'altra parte l'obbligazione poteva alla fine ritenersi adempiuta anche se, per avventura, questo *facere* fosse rimasto ineseguito (perché ad esempio, nel nostro caso, un collaboratore del promissore, che si trovasse già nel *locus solutionis*, fosse stato preventivamente incaricato di pagare). Quanto poi alla *stipulatio* avente ad oggetto un *genus*, tutelata con *actio incerti*, v. oltre, § 4.

[26] Le *formulae* in questione sono ben note ed in merito ci limitiamo a rinviare, in questa sede, a D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Como 1992, p. 43 s. Nell'ambito della *condictio certae rei* il giudice, quanto meno, era chiamato all'*aestimatio* in base al *quanti ea res est* della formula, mentre nell'ambito dell'*actio certae creditae pecuniae* neppure a quello; né francamente si vede come avrebbe potuto procedere, qui, alla libera determinazione di un elemento come lo *spatium temporis* per effetto di altri artifici formulari, quale ad esempio l'inserimento di una *praescriptio pro actore*.

[27] Sul punto, v. ad esempio, per tutti, G. Gandolfi, *Lezioni* ..., cit., p. 90. Le fonti fanno talora appello alla valutazione di un *vir bonus*, in un senso, tutto da chiarire, su cui ci soffermeremo in seguito.

Salvio Giuliano, citato da Ulpiano in un frammento posto dai compilatori sotto il titolo *'De eo quod certo loco dari oportet'*[28]:

Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.4.2.6: *Qui ita stipulatur 'Ephesi decem dari': si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agi, quia et Iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait eum, qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari*[29].

Ora, a parte la conclusione ulpianea, secondo cui lo stipulante non avrebbe dovuto esercitare l'azione prima del tempo - da identificarsi in quello entro cui il debitore possa raggiungere Efeso[30]-, ché se lo avesse fatto avrebbe agito senza successo (*perperam*)[31], a noi interessa soprattutto accertare la motivazione offerta dal giurista adrianeo circa il modo in cui il *dies* in questione - della durata del quale non sembra peraltro preoccuparsi - si radichi nell'assetto stipulatorio: in forza di una *inerenza tacita*. Ciò che evidentemente rinvierebbe ad una volizione, seppur non espressa, almeno a livello di *verba stipulationis*[32].

---

[28] Riguardo al tema, certo non estraneo al nostro, concernente l'eventualità che fosse esercitata l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, prevista per quando il creditore, in forza di qualche circostanza, potesse chiedere l'adempimento in un luogo diverso da quello inizialmente stabilito, si rinvia qui, anzitutto, a O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*[3], Leipzig 1927, pp. 241 ss.; D. Mantovani, *Le formule* ..., cit., p. 44, per l'esame ed il commento della relativa formula, che senz'altro un qualche maggior margine di discrezionalità lo riconosceva al giudice, dato che in essa era inserita una clausola che consentiva di valutare l'interesse delle parti al pagamento altrove; v. poi ad esempio V. Arangio Ruiz, *Studii*..., cit., pp. 130 ss.; Id., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli 1958, p. 185; E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 307; G. Provera, *La 'pluris petitio'*..., cit., p. 118 e nt. 32; C.A. Cannata, *Appunti* ..., cit., p. 99 e nt. 38, e soprattutto, recentemente, F. Pulitanò, *Considerazioni* ..., cit., pp. 2137 ss.; Ead., *'De eo quod certo loco'*, *passim*, con considerazioni spesso non a caso rilevanti anche in materia di termini impliciti.

[29] Il passo, che O. Lenel, *Palingenesia* ..., cit., vol. II, col. 576, n. 783, colloca sotto la rubrica *De eo quod certo loco dari oportet*, è stato ritenuto interpolato dalla dottrina risalente (v. *Index interpolationum* ..., cit., vol. I, 1929, col. 195), specie in rapporto all'utilizzo di espressioni come *dies* e *perperam*, che a noi però, oggi, paiono pienamente coerenti con la disciplina classica dell'istituto. Nessun dubbio, in proposito, manifesta ad esempio M. Talamanca, *'Conventio'* ..., cit., pp. 214 ss., che nell'esegesi del frammento sostiene la genuinità anche dell'avverbio *tacite*, spesso invece, anche in altri contesti (cfr. oltre, alla nt. 47), considerato spurio dalla critica; cfr. per esempio U. Brasiello, *'Obligatio re contracta'*, in *Studi P. Bonfante*, vol. II, Milano 1930, 548, nt. 24.

[30] Il debitore, si noti, più che un'astratta figura di viaggiatore, tanto che il verbo *posse* è coniugato all'attivo. Questo dato, in quanto oggetto della riflessione ulpianea, sembra non sfuggire per esempio a S. Solazzi, *L'estinzione* ..., cit., p. 98, nt. 2; F. Pulitanò, *Considerazioni* ..., cit., p. 2149 e nt. 35; Ead, *'De eo quod certo loco'* ..., cit., pp. 53, 67, 75, 159; più generici per esempio R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'* ..., cit., p. 5, nt. 1; G. Grosso, *'Dies impossibilis' e impossibilità della prestazione*, in *Labeo*, 1 (1955), p. 294; G. Provera, *La 'pluris petitio'*…, cit., p. 120, nt. 1, anche in rapporto, comunque, al parere di Giuliano, citato subito dopo da Ulpiano.

[31] Ciò, nel senso di perdere la causa per plurispetizione, come già si è chiarito sopra, § 1 e nt. 8.

[32] Il *tacite inesse*, che sembrerebbe in qualche modo alludere alla *conventio*, è cosa di per sé distinta dalla "secca" dilazione *ex re ipsa*, come con indubbia acribia interpretativa osserva M. Talamanca, *'Conventio'* ..., cit., pp. 214 ss. Per una rassegna di opinioni, v. ad esempio A. Wacke, *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'*, in *ZSS*, 90 (1973), p. 250 e nt. 133, che parla di *tacita condicio* e tra gli esempi

Il pensiero di Giuliano, sopra riportato grazie ad una testimonianza di età severiana, è ricostruibile anche sulla base di un frammento a lui stesso attribuito, e che avremo modo di riprendere anche in seguito, perché compreso in un contesto in cui ci si occupava di *operae libertorum*: alludiamo a

Iul. 52 *dig.* D. 38.1.24: *Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur, veluti pictoriae fabriles, peti quidem non possunt nisi praeteritae, quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur. Et ideo inutilis est haec stipulatio: 'operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?' cedunt tamen operae ex die interpositae stipulationis. Sed operae, quas patronus a liberto postulat, confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet: quod in fabro vel pictore dici non convenit*[33].

Di tutto l'ampio discorso qui ci preme fermare l'attenzione sul *sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur*. Un termine, ancora una volta significativamente chiamato *dies*[34], è da ritenersi *contenuto* nella *stipulatio*, e la ragione sta nella circostanza che, come nell'esempio fatto nella parte immediatamente precedente del frammento, relativa alle *operae pictoriae fabriles*, esso è *inerente* all'obbligazione, per via non delle parole della formula, che non lo contemplano, ma della *res ipsa*, della *cosa stessa* che si è previsto di fare, dell'oggetto dell'impegno contratto, della prestazione[35].

---

adduce anche il nostro; R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'* ..., cit., p. 204 s. e nt. 12, secondo il quale, pur in un ambito come quello dei termini inerenti, per cui il ricorso al tacito accordo delle parti non è da ritenersi molto produttivo, non si può neppure escludere che grazie ad una interpretazione obiettiva tipica venga annesso al contenuto di una *stipulatio*, come *condicio tacita*, un elemento aggiuntivo, quasi un *pactum* presunto; A. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994, p. 93 s., per cui qui chiaramente si ha riguardo all'elemento intenzionale, anche se non riversato nei *verba*, al consenso valutato nella sua più ampia dimensione; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves* ..., cit., pp. 642 e nt. 14, 643; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación* ..., cit., pp. 64 e nt. 85, 65 s., il quale, pur prendendo certamente atto dell'uso dell'avverbio *tacite*, e quindi del fatto che la *stipulatio*, apparentemente pura, senz'altro "include" qualcosa di molto simile ad un elemento accidentale, resta assai poco incline ad assimilare il termine implicito al *dies* oggetto di una clausola espressamente concordata (cfr. sopra, alla nt. 6), perché di nient'altro si tratta che di una scadenza.

[33] Il passo, che ad ogni modo O. Lenel, *Palingenesia* ..., cit., vol. I, col. 452 s., n. 695, propriamente colloca sotto la rubrica *De stipulationibus* del libro 52 dei *Digesta* giulianei, è stato attaccato, come vedremo (oltre, § 4 e nt. 192), dalla critica interpolazionistica, ma non, in genere, nella parte che stiamo qui esaminando.

[34] Sul che, cfr. sopra, § 1 e nt. 6.

[35] Circa il significato della locuzione *re ipsa*, che certo richiama la *rerum natura* cui faceva riferimento il contemporaneo Celso in D. 50.17.186 (da noi già studiato sopra), hanno fermato l'attenzione molti autori, compresi ovviamente quelli che si sono dedicati specificamente all'argomento in questione: per tutti, v. qui ad esempio U. Brasiello, *'Obligatio'*..., cit., p. 548; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98 e nt. 2; Id., *Sull'obbligazione*...,

Insomma, per concludere sull'impostazione di Giuliano, occorre notare che dal suo punto di vista un termine implicito può ravvisarsi nell'assetto negoziale proprio delle *stipulationes* di *certo loco dare*, perché senza che le parti abbiano avvertito il bisogno di inserirlo espressamente tra i *verba* tuttavia tacitamente l'hanno previsto come intrinseco alla cosa medesima per cui stavano formalizzando l'accordo.

Ad un'epoca quasi certamente intermedia tra quella adrianea e quella severiana risale una lunga ed importante testimonianza di Venuleio Saturnino[36], presa tradizionalmente di mira dalla dottrina interpolazionistica, sulla quale incentreremo la nostra attenzione in ultima battuta, sia perché potrebbe rivelarsi ispirata ad un orientamento ermeneutico diverso rispetto a quello di altri giuristi, sia perché contaminazioni di età giustinianea sono in effetti per essa ipotizzabili, anche dal punto di vista della critica odierna.

Una maggior continuità con il passato, anche per una certa stringatezza interpretativa che ne connota l'approccio in merito, quanto meno, al nostro problema, dimostra Papiniano in due passi delle sue *Quaestiones*: ci riferiamo a D. 40.7.34.1 e a D. 46.1.49.2.

Il testo del primo è il seguente:

Pap. 21 *quaest*. D. 40.7.34.1: *nam et cum Romae stipulatio concipitur ita 'centum in Hispania dare spondes?', inesse tempus stipulationi, quo possit in Hispaniam pervenire, nec ante iure agi placuit*[37].

---

cit., p. 36; G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294; I. Calabi Limentani, *Studi sulla società romana. Il lavoro artistico*, Milano 1958, p. 83; D. Daube, *Zur Palingenesie*..., cit., p. 231; J.D. Harke, *Vorübergehende Unmöglichkeit*, in *ZSS*, 123 (2006), p. 104; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 126; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 64; U. Babusiaux, *Kommentare*..., cit., p. 167, nt. 24.

[36] Questo, senza voler qui entrare nella vecchia questione relativa alla identificazione di Venuleio, se in particolare coincida o meno con Claudio Saturnino, contemporaneo a sua volta di Gaio e Pomponio. Per tutti, si rinvia a O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 1207, nt. 1; F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, pp. 276, 460, 462 s., 614; F. Reinoso Barbero, *Entropía en las obras jurisprudenciales de Digesto*, in *Iura*, 58 (2010), pp. 101 ss.

[37] D. 40.7.34.1, talora sospettato di interpolazioni, ma non per lo più nella parte che a noi interessa, sopra riportata (cfr. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 142), è collocato da O. Lenel, *Palingenesia*…, cit., vol. I, col. 860 s., n. 301, sotto il titolo *De liberali causa*. Come risulta dall'ampio contesto, Papiniano affrontava qui il nostro tema da una diversa angolazione; ma ciò non toglie che l'escerto trascritto nel testo possieda, ai nostri fini, una valenza analoga a quella di altri passi. A commento v. per esempio F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 65 ss.; U. Babusiaux, *Kommentare*..., cit., pp. 158 ss.

Dalla sua lettura si ricavano dati già da noi tutto sommato acquisiti[38]: l'inerenza alla *stipulatio* di un *tempus*, pur per ragioni che non vengono spiegate[39]; il calcolo della durata di esso in rapporto a quel che il promissore possa fare (*possit pervenire*, all'attivo, come poi anche Ulpiano, nel già esaminato D. 13.4.2.6) per trasferirsi da Roma in Spagna[40]; l'affermazione secondo cui l'eventuale esercizio, da parte dello stipulante, dell'*actio certae creditae pecuniae* prima della scadenza non sarebbe avvenuto *iure*[41].

L'altro passo è di per sé assai meno conciso:

Pap. 27 *quaest*. D. 46.1.49.2: *Quaesitum est, an fideiussor, qui 'Capuae pecuniam se daturum' Romae promisit, si reus promittendi Capuae esset, statim conveniri possit. Dixi non magis fideiussorem confestim teneri, quam si ipse Capuae spopondisset, cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset: nec ad rem pertinere, quod hoc latere nemo dubitet nondum fideiussorem teneri, quia nec ipse reus promittendi teneretur. Nam e contrario quoque si quis responderit, quoniam debitor Capuae sit, fideiussorem confestim teneri non habita ratione taciti proprii temporis, eventurum, ut eo casu fideiussor conveniatur, quo debitor ipse, si Romae fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet fideiussoriam obligationem condicionem taciti temporis ex utriusque persona reciperare tam rei promittendi quam ipsius fideiussoris, quoniam aliud respondentibus contra iuris formam in duriorem condicionem acceptus intellegetur*[42].

In esso il grande giureconsulto si occupava della complicata questione relativa

[38] Il frammento non è tra i più studiati, in materia di termini impliciti. V. qui comunque, oltre agli autori citati alle ntt. successive, per esempio G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294; Id., *Obbligazioni*[3], Torino 1966, p. 47.

[39] Cfr. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 67.

[40] Cfr. per esempio F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 67, che pur allude, in termini forse anche più oggettivi, al tempo necessario per coprire la distanza tra il *locus contractus* e la Spagna; l'a. è comunque nel giusto a sostenere che decorsa quella scadenza il debitore è senz'altro inadempiente.

[41] Cfr. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 67, con ulteriore, appropriato riferimento al rischio di soccombenza per *pluris petitio tempore*.

[42] Il passo, inserito nel Digesto sotto il titolo *De fideiussoribus et mandatoribus*, e da O. Lenel, *Palingenesia*…, cit., vol. I, col. 869 s., n. 336, sotto il titolo *De fideiussoribus* del libro 27 delle *Quaestiones* papinianee, non è immune da interventi compilatorii, come già la critica risalente aveva rilevato (v. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 418, ed in particolare per esempio G. Beseler, *'Confestim-Continuo'*, in *ZSS*, 51 (1931), p. 196; E. Betti, *'Declarare voluntatem' nella dogmatica bizantina*, in *Studi E. Albertario*, vol. II, Milano 1953, p. 460, nt. 1), in misura considerata in parte tuttoggi valida: v. per esempio M. Talamanca, *'Alia causa'*..., cit., pp. 169, nt. 91, 170 e ntt. 95-96, 171, 178, nt. 114, relativamente a *fideiussor*, in luogo di *sponsor*, e all'intera ultima frase, da *itaque* a *intellegetur*; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 247 e nt. 102, e F. Sitzia, *Obbligazioni di dare in un luogo determinato e fideiussione: alcune considerazioni su D. 13.4.10*, in P. Corrias (a cura di), *'Liber amicorum' per A. Luminoso*, Milano 2013, p. 558, nt. 5, che riprendono Talamanca.

al riconoscimento del termine implicito all'obbligazione assunta dal garante[43], il quale, come si sa, non poteva essere tenuto *in duriorem causam*[44]; più precisamente i casi studiati sono quello di una *sponsio* di garanzia di pagare una somma a Capua, fatta a Roma, con il garantito che già si trovi a Capua, e quello di una *sponsio* di garanzia di pagare una somma a Capua, con il solo garante che si trovi colà e il garantito invece non ancora[45]. Ora, al di là della soluzione adottata da Papiniano (in entrambi i casi, l'annessione del termine all'*obligatio* dello *sponsor*), della motivazione in proposito offerta e della sua coerenza con il regime generale della *sponsio*[46], a noi importa soprattutto capire come si configuri il termine cui l'obbligazione di *Capuae dare* risulta essere implicitamente sottoposta. Se ne traggono due rilievi, assai semplici: che il *tempus* in questione è definito, come già da Giuliano, *tacitum*, ossia fondato su un tacito assenso, senza che della genuinità di quest'espressione sia lecito dubitare[47]; che la sua durata dev'essere commisurata, come nel frammento precedente, alla possibilità che

[43] Denominato *fideiussor*, ma in origine *sponsor*: v. la nt. precedente.

[44] A rendere la *causa*, come si sa, *durior* poteva contribuire anche l'anticipata esigibilità, donde la necessità di estendere al garante, pur obbligatosi ad esempio *pure*, il termine di per sé intrinseco alla sola obbligazione principale, munita di *adiectio loci*; ma il ragionamento di Papiniano è, come vedremo, alquanto più macchinoso. Sul divieto di *durior causa*, considerato in rapporto al nostro frammento, e quindi al problema del *locus adiectus* e del *tempus*, v. per esempio M. Talamanca, *'Alia causa'*..., cit., pp. 142, 171, 173, 177 e nt. 111, 179; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 248; F. Sitzia, *Obbligazioni*..., cit., p. 558, nt. 5, secondo cui lo *sponsor* poteva fruire del termine implicito in ogni caso, anche allorquando questo fosse già scaduto per il debitore principale.

[45]Come giustamente osserva M. Talamanca, *'Alia causa'*..., cit., p. 172, vi sono però circostanze non chiarite dell'uno e dell'altro caso, certo entrambi concernenti, comunque, *sponsiones* non formalizzate *uno actu*, ma in tempi diversi: ossia, rispettivamente, se il promittente si fosse impegnato a Capua, dove già si trovava, o l'avesse fatto a Roma, per poi recarsi a Capua, con lo *sponsor* rimasto a Roma, nel primo caso, e se lo *sponsor* avesse promesso *pure* o con l'*adiectio loci*, nel secondo caso. V. anche per esempio F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 246 ss.

[46] In base al quale, lo ricordiamo, alla *sponsio* non poteva essere riconosciuta dipendenza funzionale dall'obbligazione principale. A tal fine Papiniano, per giustificare l'applicazione del termine implicito allo *sponsor*, avrebbe fatto appello, soltanto invero per il primo caso, ed in maniera un po' tortuosa, al principio di matrice giulianea dei *facta diversa*, secondo cui due *obligationes in dando* con differenti *loci solutionis* sarebbero state fattispecie a sé stanti, reciprocamente indipendenti (dovendosi ritenere, sotto questo profilo, l'*adiectio loci* non una determinazione accidentale, ma parte integrante del *factum*, dato che fra l'altro, come sappiamo, essa imponeva anche un *facere*, diretto al *dare*) A conferma, v. per esempio M. Talamanca, *'Alia causa'*..., cit., pp. 171 ss. e ntt. 98, 111, 119; cfr. F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 248 ss. e nt. 107.

[47] In proposito, v. per esempio M. Talamanca, *'Alia causa'*..., cit., p. 170, nt. 96, che polemizza sul punto con Betti, citato sopra, alla nt. 42, per il quale invece i bizantini, con l'aggiunta di *taciti*, avrebbero rivelato il loro approccio più individualistico al problema dei rapporti fra dichiarazione e volontà, non più da indagare in forza di una interpretazione oggettiva, ma da ricondursi ad un *animus*, ad un atteggiamento interiore; A. Wacke, *Zur Lehre*..., cit., p. 250, nt. 133. Come già si diceva sopra, testo e nt. 32, in merito a D. 13.4.2.6, il problema di fondo, sulla rilevanza del quale interrogarsi anche in ordine al nostro tema, è quello dell'incidenza nella *stipulatio* riconosciuta, in quest'epoca, alla *conventio* sottostante.

il debitore abbia di recarsi a Capua (*pervenire potuisset*, ancora all'attivo)[48].

Negli stessi termini si esprimeva, come si è visto, un altro autorevole esponente della giurisprudenza tardo-classica, ossia Ulpiano, nel già esaminato D. 13.4.2.6[49]. Ma nell'ambito della medesima opera, il commento all'editto, il giurista utilizzava una locuzione diversa:

Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.60: *Idem erit et si Capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit*[50].

Qui la prestazione di dare a Capua viene ritenuta esigibile, e pertanto la *condictio certae rei* esperibile[51], a partire dal momento in cui sia oggettivamente possibile arrivare colà, senza alcun riferimento al soggetto debitore (*in locum perveniri potuit*, detto in forma impersonale)[52]. Al valore della cosa alla scadenza del *tempus* dovrà peraltro avere riguardo il giudice per il calcolo del *quanti ea res est* della formula[53]. Ora, può anche

[48] Ancora una volta la dottrina non sembra interessata a distinguere tra il tempo necessario al debitore e quello, in termini ancor più oggettivi, necessario ad un soggetto impersonale, tanto più che qui si tratta addirittura di due debitori diversi. Qualche spunto è forse rinvenibile in F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., specialmente p. 250; F. Sitzia, *Obbligazioni*…, cit., p. 568 e nt. 29; ancor più generici per esempio G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294; Id., *Obbligazioni*..., cit., p. 47; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 214 s.

[49] V. sopra, in questo §.

[50] Il passo, che non fu oggetto di particolari critiche da parte degli interpolazionisti, è collocato da O. Lenel, *Palingenesia*…, cit., vol. II, col. 540, n. 644, sotto la rubrica *De adpromissoribus - Ad legem Furiam*. Il riferimento alla *lex Furia de sponsu* è giustificato in base a due argomenti: il primo, che nel libro 20 *ad edictum* Ulpiano trattava proprio di quella materia; il secondo, che la legge identificava nel momento della esigibilità quello della divisione del debito fra i garanti. A conferma, v. per esempio A. Masi, *Due passi in tema di 'lex Furia de sponsu'*, in *Studi economico-giuridici Univ. di Cagliari*, 44 (1966), specialmente pp. 706, 708 s.; cfr. F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 61.

[51] Il legame fra esigibilità del credito ed esperibilità dell'azione, su cui Ulpiano sembra qui richiamare, ancora una volta (v. già D. 13.4.2.6), l'attenzione del lettore, è sottolineato anche, per esempio, da E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., p. 9; A. Masi, *Due passi*..., cit., pp. 701 ss.; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 61 s. Più sfumati, per esempio, R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23, che peraltro si diffonde in osservazioni circa l'esistenza del termine implicito, in quanto tacitamente voluto dalle parti, cui il nostro passo non ci pare dare adito; G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294; Id., *Obbligazioni*..., cit., p. 47; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 267.

[52] La specificità della testimonianza in esame non sfugge, sotto questo profilo, almeno a parte della dottrina: v. per esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., pp. 98, 101, che giustamente considera il criterio qui utilizzato dal giurista severiano come oggettivo ed astratto, contrapposto a quello soggettivo e concreto di cui a Ven. D. 45.1.137.2, anche se non del tutto esattamente S. lo equipara a quello di cui allo stesso Ulp. D. 13.4.2.6; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 61 s., secondo la quale nella consapevole riflessione ulpianea il termine va fissato oggettivamente, come quello *mediamente* necessario per spostarsi dal *locus contractus* a Capua (anche se poi l'*autem* introdurrebbe, secondo P., un inciso in cui il giurista, spostando l'ottica dall'oggettivo al soggettivo, avrebbe riguardo alle concrete circostanze del caso, delle quali però noi non riusciamo a scorgere traccia).

[53] In merito, v. per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., p. 9, che parla di anticipazione della stima dal momento della *litis contestatio* a quello della scadenza del termine; A. Masi, *Due passi*..., cit., pp. 701, 704, F.

darsi che non si debba attribuire eccessiva importanza alla differente espressione utilizzata da Ulpiano, magari financo casuale, nel contesto della stessa opera. Ma è significativo che in un altro commento da lui redatto, quello *ad Sabinum*, il giurista severiano la riproponga:

Ulp. 50 *ad Sab.* D. 45.1.41.1: *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore*[54].

Siamo qui di fronte ad una stipulazione pura, la quale, in applicazione del principio generale, dovrebbe essere adempiuta *statim*[55], a meno che non sia l'*adiectio* di un *locus solutionis* diverso da quello *contractus* a *'inducere'* (verbo, questo, da notare bene, perché senza alcun riferimento ad accordi sottostanti sembra alludere a qualcosa che nell'assetto negoziale si "insinua" quasi automaticamente, per effetto di una clausola solenne aggiuntiva)[56] uno *spatium temporis* a favore del *reus*. Ma all'atto di computare questo termine Ulpiano, ancora una volta, non contempla affatto la sua persona: sarà quello oggettivamente necessario a recarsi nel luogo stabilito (*quo illo possit perveniri*, in forma nuovamente impersonale)[57].

Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 61.

[54] Il frammento, inserito da O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 1195, n. 2974, sotto il titolo *De verborum obligatione* anche nell'*ad Sabinum*, è stato ritenuto spurio dalla critica interpolazionistica (cfr. *Index Interpolationum*..., cit., vol. III, col. 380 s.), ma non, per lo più, in rapporto ai brani che a noi interessano. Riguardo a quanto detto, cfr. per esempio L. Enneccerus, *Rechtsgeschäft*..., cit., p. 314 s.; A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., p. 250; H. Siber, *Recensione* a C. Appleton, *Aperçus*..., cit., in *ZSS*, 48 (1928), p. 761; S. Solazzi, *Sull'obbligazione*..., cit., p. 42; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 59 e nt. 22.

[55] Cfr. sopra, § 1 e nt. 4, con citazione del nostro passo.

[56] Sotto questo profilo la dilazione discenderebbe proprio, in via interpretativa, dall'*adiectio loci* (cfr. per esempio S. Di Marzo, *Le basi*..., cit., p. 216; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 78; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 267), o semmai dalla natura della prestazione (cfr. per esempio E. Betti, *Diritto*..., cit., p. 374 e nt. 3; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 85; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 267), assai più che dalla *conventio* (come invece F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 64 e nt. 85, che forse per sbaglio include il passo tra quelli in cui si conviene qualcosa *tacite*). Molto più generici, per esempio, M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215; R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 97; G. Gandolfi, *Lezioni*..., cit., p. 101 s.; A. Elefante, *La 'mora'*..., cit., p. 410; A.G. Bustelo, *'Dies incertus'*, vol. I, Santiago de Compostela 1996, p. 184, nt. 9.

[57] Sul fatto che qui ci si attiene ad un criterio di tipo rigorosamente oggettivo concordano ad esempio E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 306; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 101; F. Pastori, *Il negozio*..., cit., p. 228, del quale condividiamo l'opinione secondo cui rilevano i tempi calcolati come necessari in base alla comune esperienza, e quindi nel nostro caso quelli necessari al trasferimento da città a città, ma assai di meno l'accostamento, in questo, della testimonianza di cui ad Ulp. D. 45.1.41.1 a quella di cui a Ven. D. 45.1.137.2; F. Pulitanò, *'De eo*

Per concludere sul pensiero di Ulpiano, occorre rimarcare una certa insistenza sul termine implicito inteso proprio come termine di esercizio dell'azione, che prima della scadenza sarà controproducente per lo stipulante esercitare (*petere*). Occorre altresì rilevare come, nonostante qualche oscillazione sul punto, Ulpiano tenda comunque a far coincidere questo *tempus* con quello che normalmente chicchessia impiega per trasferirsi da un luogo all'altro: al suo spirare però sarà il promissore, e non chicchessia, a dover rispondere dell'eventuale inadempimento.

L'approccio di Paolo è poi alquanto diverso, avvolgente, perché, come meglio vedremo in seguito[58], riconducendo praticamente tutte le fattispecie contemplate in questo scritto ad un'unica categoria - quella della prestazione temporaneamente non eseguibile *per rerum naturam*, - apre una riflessione di carattere sistematico[59], estranea ai giuristi studiati fino ad ora. Ciò vale, tramite un *sic* introduttivo della frase, anche per le nostre obbligazioni *in dando*:

Paul. 24 *ad ed.* D. 45.1.73pr.: *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum* Romae *sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint nec sint praestitae*[60].

La *dilatio* nei tempi dell'adempimento dipende chiaramente dalla *res ipsa*, dalla *rerum natura*[61], ma anche, nel caso della stipulazione fatta a Roma di dare a Cartagine,

---

quod certo loco'..., cit., pp. 61, 288, che parla di tempo minimo solitamente necessario per raggiungere il luogo stabilito.

[58] Oltre, § 4, sempre in ordine all'esegesi di D. 45.1.73pr.; cfr. § 3.

[59] Tale carattere si evidenzierà ancor più in Paul. D. 45.1.83.5, testimonianza di grande importanza, ma che di per sé non riguarda le *obligationes* di *certo loco dare*.

[60] Il frammento, collocato da O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. I, col. 1017, n. 400, sotto la rubrica *Ad legem Furiam* (perché originariamente riferibile alla liberazione dei garanti *eo tempore quo pecunia peti potest*: sul punto cfr., ultimamente, F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 64, nt. 32; v. anche sopra, alla nt. 50) è stato sospettato di interpolazioni, più che dalla dottrina risalente, da C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, p. 159 e nt. 2, secondo il quale, per le ragioni che meglio spiegheremo oltre, § 3 (ma v. già la nt. successiva), e pur con qualche dubbio, potrebbe essere insiticia la frase che va da *tunc enim* a *praestari potest*; ma a favore della genuinità del testo hanno preso poi posizione, per esempio, R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79 e nt. 14, 87 e nt. 31.

[61] Dalla natura della prestazione, per esprimersi nei termini del nostro codificatore: ne prendono atto per esempio, riguardo al passo in esame, C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 71; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215 s.; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 78 s. e nt. 14; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física*

da un *assenso tacito* delle parti[62], che è da ritenersi raggiunto (*videtur*). Esso verte su un *tempus* che, come da Ulpiano, così anche da Paolo viene individuato in quello che risulta oggettivamente necessario per recarsi nella città africana (*perveniri potest*, ancora in forma impersonale)[63].

Ma non si creda che il riguardo al profilo del debitore e alle possibilità che egli personalmente abbia di coprire la distanza risulti, con l'epoca tardo-classica, del tutto abbandonato. Esso, che ancora resisteva in Ulpiano[64], affiora anche in Paolo, sia pur in una testimonianza che di per sé rileva in materia di *statuliberi*, e non di stipulazioni[65]. In età giustinianea sembra poi addirittura acquisire un carattere prevalente, come a nostro avviso si evince sia da un passo delle Istituzioni imperiali sia dai non trascurabili interventi che i compilatori probabilmente operarono su Ven. D. 45.1.137.2, del quale già si diceva sopra.

---

de la prestación. Dos estudios breves..., cit., p. 641 s.; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 61 s., 75, 83; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 64 s. Ciò che sembra fare, in uno scritto più recente (*Corso*..., cit., p. 267), persino C.A. Cannata, che invece, in *Per lo studio*..., cit., p. 159 e nt. 2, considerava adiettizio, o comunque irrilevante per la sua eccessiva genericità, l'inciso contenente il riferimento alla *rerum natura*, ritenuto non confacente ad almeno alcune delle fattispecie nel frammento esaminate.

[62] Sulla "tacita" ricomprensione di un *tempus* anche in questo frangente v. per esempio R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 5; U. Brasiello, *'Obligatio'*..., cit., p. 548, che ribadisce la sua convinzione della natura sicuramente classica di siffatta espressione in questo genere di passi; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215 s., il quale opportunamente denota come in D. 45.1.73pr. vengano poste sullo stesso piano due formulazioni, quella del termine *ex re ipsa* e quella del *tacite tempus complecti*, che di per sé non andrebbero considerate coincidenti; A. Wacke, *Zur Lehre*..., cit., p. 250, nt. 133; R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'*..., cit., p. 204, nt. 12, il quale, pur con qualche perplessità (cfr. sopra, alla nt. 32), trova degno di nota che nel pensiero di due giuristi come Giuliano e Paolo affiori l'idea di un termine rilevante in quanto tacitamente concordato.

[63] Ci pare che il problema in questione sia stato, in rapporto al nostro passo, sostanzialmente eluso dalla dottrina, ovvero affrontato del tutto genericamente (v. per esempio S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79, 85; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 65; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 83) o senza il giusto spirito di discernimento, accostando la locuzione in questione ad altre, non analoghe, presenti in fonti diverse (v. per esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98 e nt. 3).

[64] V. sopra, in merito a D. 13.4.2.6.

[65] Alludiamo a Paul. 16 *ad Plaut.* D. 40.7.20.5: *Quaedam condiciones natura sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem, velut cum decem operarum iussus est dare, quia operae per singulos dies dantur. Igitur et si singulos aureos det statuliber, potest dici eum implesse condicionem. Alia causa est operarum, quia hae necessario singulae edendae sunt. Sed et si heres accipere noluerit, non statim liber erit, sed cum tempus transierit, per quod operarum quantitas consummatur. Idem dicendum est, si iussum Capuam ire et liberum esse heres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cum pervenire Capuam potuisset: inesse enim videtur tempus tam operarum praestationi quam itineri.* Questo frammento, su cui avremo occasione di tornare oltre, in tema di *operae*, concerne, nella parte che adesso ci riguarda, il *Capuam ire*, o meglio il *Capuam pervenire posse*, da parte dello *statuliber*: qui il calcolo del *tempus*, del cui *inesse* comunque si tratta, ha rilievo, più che ai fini dell'adempimento di un'obbligazione, ai fini dell'avveramento, reale o fittizio, della condizione cui la *manumissio testamento* è sottoposta. In proposito, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 27, 31, 108; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 51, 83, nt. 132, 117 s. e nt. 206, 128.

Quanto alle *Institutiones* si legga:

I. 3.15.5: *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti 'Carthagine dare spondes?': quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur 'hodie Carthagine dare spondes?', inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

In questo passo, inserito un contesto in cui si trattava di *obligationes verbis* e, più esattamente, di quelle contratte *pure* o con l'*adiectio* di elementi accidentali[66], figura per la prima volta la menzione esplicita del soggetto dell'azione consistente nel recarsi in un'altra città per adempiere all'obbligo[67], qui pecuniario: ossia il *promissor*, all'utilità del quale l'*iniectio* del *tempus* nell'assetto negoziale deve anzi servire (*quo utatur*), ravvisandosi peraltro il fondamento dell'esistenza del termine implicito nella *res ipsa*[68].

Quanto all'altro frammento citato, si veda appunto:

Ven. 1 *stipul.* D. 45.1.137.2: *Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte*

[66] I. 15.1; ma v. in particolare 15.1.2 ss. Cfr. ad esempio, G. Grosso, *Prospettive*..., cit., p. 106 s., secondo cui i commissari attingevano qui probabilmente alle *Institutiones* dello stesso Paolo, autore che più di altri aveva rivelato, in materia, notevoli capacità sistematiche; v. poi in generale ad esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 96 s.; Id., *Sull'obbligazione*..., cit., p. 38 s.; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 158; F. Musumeci, s.v. *Termine*..., cit., p. 185 s.; F. Fasolino, *Studi*..., cit., p. 119.

[67] Trattasi di un dato cui noi annettiamo importanza, ma che è per lo più sfuggito alla dottrina: v., tra i pochi, A. Elefante, *La 'mora'*..., cit., p. 406, che significativamente parla di termine implicito, ipotetico, smentibile da circostanze di fatto contrarie, che diano vita a un termine diverso: F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 83, nt. 132, il quale peraltro, considerando il testo piuttosto ambiguo, lo accosta ad altre fonti, tra cui anche D. 40.7.20.5; molto più vaghi ad esempio R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23; G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294; Id., *Obbligazioni*..., cit., p. 47; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 158; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*, cit., p. 52.

[68] Espressione, questa, che ancora una volta legano alla *rerum natura* di cui ad altre fonti, già da noi esaminate, per esempio G. Grosso, *Obbligazioni*..., cit., pp. 42 ss., specialmente 47; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 83.

condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere: nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus.

Siamo qui di fronte ad un passaggio che riveste, per il nostro studio, particolare importanza, tanto più che nel prosieguo[69] il giurista affronta anche la tematica della stipulazione di *insulam facere*: esso meriterebbe un'analisi assai più ampia di quanto non ci sia consentito in una sede, non monografica, come questa. Ad ogni modo va detto che Venuleio, in un'opera dedicata alle *stipulationes*[70], trattava proprio del termine che *inest*, cominciando dalle promesse di *certo loco dare*, e concentrandosi subito sul modo in cui il tempo dovesse essere computato (*quod autem accipi debeat*), assai più che non sul fondamento di detta inerenza[71]. Nel quadro del *ius controversum* tipico di quel tempo - di cui potrebbe ravvisarsi traccia nell'espressione *et magis est*[72] -, qui caratterizzato da una doppia tendenza interpretativa, quella che aveva riguardo alla persona del promissore e alle circostanze concrete del caso e quella che invece non l'aveva[73], il giureconsulto sembra decisamente optare per la prima, esplicandola nella maniera più ampia possibile. Ora però, se alcuni aspetti del suo ragionamento appaiono congrui col punto di vista classico, altri a nostro avviso no. E' per esempio plausibile[74] che al

[69] Alludiamo a D. 45.1.137.3, trascritto oltre, § 3.

[70] Cfr. in proposito O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 1218, n. 53, che peraltro non sembra in linea di massima dubitare della autenticità del frammento.

[71] Sul punto il nostro passo è praticamente silente, come ha osservato M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 215; ciò nonostante, non mancano autori che talora lo invocano per fondare l'inerenza sulla natura della prestazione (v. per esempio F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 85) o su un tacito accordo delle parti (v. per esempio R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23; U. Brasiello, *'Obligatio'*..., cit., p. 548, ed ancora F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*..., cit., p. 642, nt. 14; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 64, nt. 85).

[72] Il fatto che tali parole possano essere indice, qui, proprio di questo è giustamente rilevato da un'autrice di cui pur non condividiamo altre valutazioni relative all'interpretazione del frammento, ossia S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 83, la quale aggiunge che il carattere enfatico e dettagliato del responso di Venuleio derivava, forse, dalla brama di far prevalere il suo punto di vista su quello di altri.

[73] In merito, v. meglio oltre, testo e nt. 90.

[74] Sulla classicità del criterio in esame già cautamente conveniva, di contro ad alcune tendenze interpolazioniste estreme (di cui si dirà tra breve), per esempio V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 184 ss., specialmente p. 187, il quale parlava di genuinità del brano nella parte in cui si richiedeva al viaggiatore di tenere un ritmo medio, quello che ci si attenderebbe dai *plerique* della sua stessa condizione; v. poi tra i più recenti per esempio A. Elefante, *La 'mora'*..., cit., p. 405 s.; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., pp. 99 ss., pur certo convinto che i compilatori abbiano operato aggiunte d'altro tipo; D. Medicus, *Zur Funktion*..., cit., p. 86 s. e ntt. 64-65, che richiama Cannata; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. I, Bari 1983, pp. 237 ss., 243; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 81 ss., la quale, anzi eccedendo, a nostro avviso,

giudice, anche al di fuori di un *iudicium bonae fidei*, fosse consentito, ai fini della determinazione del *tempus*, di tener conto di ciò che normalmente lo stipulante potesse aspettarsi da un debitore con quelle caratteristiche di età, sesso, salute, il quale, in una circostanza simile, si accingesse ad affrontare il viaggio alla volta di Efeso, senza "fare gli straordinari"[75] (come diremmo noi oggi) e senza neppure "battere la fiacca"[76]; è altresì plausibile[77] che nei suoi confronti, per l'appunto, un giudizio fosse stato correttamente instaurato (*recte condicetur*), una volta scaduto il termine, senza che il denaro fosse stato consegnato ad Efeso né da parte di lui, rimasto a Roma, né da parte di altri che egli avesse incaricato[78]; è infine plausibile[79]che a mezzo di un'operazione logicamente distinta il *iudex* fosse chiamato a decidere se, come in ogni altro caso, l'inadempimento dipendesse da dolo o da colpa, ossia dalla violazione della *diligentia* richiesta in quei frangenti. E' insomma accettabile pensare che al giudice, e in fin dei

in senso opposto, nel ritenere cioè autentico tutto il frammento, svolge considerazioni interessanti circa le normali pratiche di trasporto marittimo e commerciale proprie di quel tempo; F. Pastori, *Il negozio*..., cit., p. 228; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 53 ss.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 84 e nt.134, 85; M.J. Schermaier, *From Meticulous Guide to Average Joe: the Reasonable Man - German Style*, in R. Fiori (a cura di), *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. IV, Napoli 2011, pp. 421 ss., cui peraltro obietteremmo i medesimi rilievi che a Martin.

[75] Senza doversi avvalere di una commendatizia imperiale, tale da procurare considerevoli facilitazioni nel viaggio (*duplomate*, pur ritenuto interpolato, fra gli altri, sulla scorta dell'edizione mommseniana, dallo stesso C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., p. 100 e nt. 45), né viaggiare giorno e notte o in qualsivoglia situazione meteorologica.

[76] Muovendosi cioè tanto lentamente (*delicate*) da risultare meritevole di rimprovero.

[77] Agli studiosi non è sfuggita la circostanza che all'*actio ex stipulatu* si faccia qui, al contrario che altrove, testualmente riferimento, mediante il verbo *condicere*; ad ogni modo è soprattutto sul suo essere esercitata *recte* che va, nell'ottica di Venuleio, appuntata l'attenzione, perché il presupposto di ciò era esclusivamente la scadenza del termine, fissato secondo i criteri descritti. In proposito, v. per esempio V. Arangio Ruiz, *Studii*..., cit., pp. 151 ss.; Id., *Responsabilità*..., cit., p. 186, che peraltro rileva l'anomalia della forma *condicetur*, futuro indicativo in mezzo a una selva di congiuntivi; G. Provera, *La 'pluris petitio'*..., cit., p. 120, nt. 1; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 24, nt. 21; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 53, nt. 9, 342 s.

[78] V., su quest'ultimo punto, S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 82, secondo cui molti di quegli affari erano spesso sbrigati, nella prassi, da procuratori, liberti o schiavi operanti per conto di un principale; cfr. per esempio C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., p. 101, nt. 50. È quindi da ritenersi superata, a nostro avviso, la critica espressa dagli interpolazionisti, ed in particolare da V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 187, secondo la quale la menzione dell'*alius dans* sarebbe incongruente con tutto il discorso precedente sul viaggio del promissore: il risultato cui ci si era obbligati, entro un termine così stabilito, poteva essere correttamente raggiunto anche in quel modo, certo non estraneo agli usi del tempo.

[79] Già sopra, § 1 e nt. 12 si anticipava, citando S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., pp. 98 ss. in merito all'interpretazione di Ven. D. 45.1.137.2, che il giudice era sì chiamato a valutare il comportamento del debitore, ma non ai fini della configurazione stessa di elementi del rapporto obbligatorio, tra i quali il termine. Su questa linea, improntata ad opportuno spirito di discernimento, sembrano a nostro avviso collocarsi anche G. Grosso, *'Dies impossibilis'*..., cit., p. 294, che insiste sulla distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva; D. Medicus, *Zur Funktion*..., cit., p. 86 s. e ntt. 64-65; *contra*, in generale, coloro che ammettono l'utilizzo del parametro della *diligentia (boni patris familias)* non solamente allo scopo di accertare eventuali responsabilità per colpa, come per esempio F.M. De Robertis, *La responsabilità*..., cit., pp. 237 ss., 243; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 81 ss.; M.J. Schermaier, *From Meticulous Guide*..., cit., pp. 421 ss.

conti all'interprete, al giurista[80], spettasse qui svolgere una valutazione ampia, tale da investire profili diversi, distinti l'uno dall'altro più in teoria che in pratica, perché in realtà molto di fatto interconnessi; ma da qui a poter trattare la *tota res*, cui allude Venuleio, come se fosse un rapporto di buona fede, come se i poteri del giudice si estendessero a tal punto da far dipendere dall'accertamento di "ciò che ci si deve aspettare da una persona perbene"[81] il contenuto stesso di un negozio verbale solenne, ce ne passa parecchio. La tecnica formulare non lo permetteva. In ragione di ciò, pur riconoscendo come eccessivi molti attacchi mossi all'autenticità del frammento dalla critica risalente[82], non possiamo, neppure noi, non ritenere sospetta, per esempio, la menzione del *vir bonus*[83], equiparabile che fosse il compito assegnatogli a quello di un

[80] Chi impartisce al *iudex* i suggerimenti in esame è Venuleio, e lo stesso avranno ovviamente fatto, in circostanze simili, altri *prudentes*, anche in via cautelare, nei confronti delle parti. Sull'argomento, v. per esempio le riflessioni di V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 185; G. Gandolfi, *Lezioni*..., cit., p. 90.

[81] Si ricordi che il riferimento ai *boni viri*, ai cui comportamenti avere riguardo in quanto conformi a buona fede oggettiva, era contenuto nella formula dell'*actio fiduciae*, da ritenersi equivalente alle formule, più semplicemente strutturate, degli altri *iudicia bonae fidei*: in proposito, ci sia consentito rinviare al nostro *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015, pp. 22 e nt. 59, 24 e nt. 64, 92, con citazione di fonti e bibliografia; v. anche oltre, testo e nt. 83. Più in generale, che qui ci troviamo di fronte al tentativo, pur avversato da altri giuristi, di accostare la disciplina dell'*actio* derivante da una *stipulatio* a quella di un *iudicium bonae fidei* è apertamente - e secondo noi *non* condivisibilmente - riconosciuto per esempio da S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 83.

[82] Per la quale v. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 397 s., ed in particolare qui, per esempio, G. Beseler, *Das 'Edictum de eo quod certo loco'*, Leipzig 1907, p. 96 s.; Id., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. III, Leipzig 1913, p. 104, e vol. V, 1931, p. 79; Id., *Romanistische Studien*, in *TR*, 10 (1930), pp. 178, 183, 188; Id., *'Confestim'*..., cit., p. 196, per cui, oltre all'inciso *id est ad virum bonum*, erano interpolati i brani compresi fra*ut qui* e *pervenire* e fra *vel quia* e *coniecturae locus*; V. Arangio Ruiz, *Studii*..., cit., pp. 152 ss.; Id., *Responsabilità*..., cit., pp. 184 ss., che considera il testo variamente rimaneggiato, e probabilmente insitici i brani *id est ad virum bonum*, e poi *ut qui-pervenire*, e *quod si-coniecturae locus*, i quali rivelerebbero una meticolosità tutta bizantina di specificare i concetti (dei quali pur egli ritiene, come Kunkel, appena oltre citato, in qualche modo originario quello concernente il ritmo medio che il debitore era obbligato a tenere), mentre andrebbe salvaguardata la parte che va da *vel quia* a *non potest*; A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 226, nt. 5, 249 s. e nt. 1, 254 e nt. 1, per cui è sospetta la frase *et magis-aestimet*, oltre che l'*ubique potest solvere*; W. Kunkel, *'Diligentia'*, in *ZSS*, 45 (1925), p. 305 s. e nt. 7, che nel trascrivere il nostro frammento mette tra parentesi quadre da *ut totam* a *promiserit*, da *cum id agat* a *pervenire* e da *vel quia* a *non potest*; ritenendo dunque spuria la menzione del *diligens pater familias*, ma non la parte del testo che enuncia le circostanze particolari del caso; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., pp. 98 ss., per il quale sono adiettizie le parti che vanno da *ut qui* a *pervenire* e da *vel quia* a *locus*, frutto di una manipolazione forse anche postclassica, ma più probabilmente compilatoria, perché sarebbe tipicamente giustinianeo il riguardo alla diligenza media e alle condizioni personali. V. anche per esempio E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 306, che in linea generale considera il testo alterato; G. Gandolfi, *Lezioni*..., cit., p. 88 s., che mette a sua volta tra uncini le parole da *ut qui* a *pervenire*; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., pp. 99 ss. e ntt. 42-50, dei cui rilievi, in parte critici con la dottrina interpolazionistica tradizionale, ma sempre diretti ad individuare corruzioni significative del testo (come l'inciso sul *vir bonus* o le frasi comprese fra *qui aestimet* e *promiserit*, fra il secondo *vel* e *solvere*, fra *nam* e *non potest*), diremo meglio alle ntt. successive; S. Masuelli, *'In claris non fit interpretatio'. Alle origini del brocardo*, in *RDR*, 2 (2002), p. 412, nt. 48, per il quale è sicuramente interpolata la parte finale, da *quia* a *locus*, in quanto enuncerebbe una *regula* dal tenore generalizzante, estranea alla mentalità classica.

[83] La cui invocazione, altrove giustificabile (v. per esempio D. 19.2.58.1, trascritto oltre, § 3) perché relativa ad un rapporto di *locatio-conductio*, lo è assai di meno qui, in rapporto ad un'*obligatio verbis*. Da questo punto di vista siamo assai più propensi a condividere l'opinione di chi ha sempre ritenuto glossematico l'inciso *id est ad virum bonum* (v. ancora, per esempio, soprattutto G. Beseler, *Das 'Edictum'*..., cit., p. 97; Id., *Romanistische*

arbitro o di un arbitratore[84]; o la menzione del *diligens pater familias*[85], al cui stile di comportamento attenersi per determinare, *a priori*, l'oggetto di un elemento contrattuale, oltreché, *a posteriori*, e nel solo caso di inadempimento, se vi fosse o meno imputabilità dello stesso al debitore; né ci persuadono i riferimenti alla facoltà di pagare *ubique* una somma che ci si era impegnati a dare in un luogo certo[86], o

Studien..., cit., p. 183; V. Arangio Ruiz, *Studii*..., cit., p. 152; Id., *Responsabilità*..., cit., p. 185; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., p. 100 e nt. 43) piuttosto che quella di chi oggi pacificamente lo considera autentico e come tale si dilunga a commentarlo (v. per esempio G. Gandolfi, *Lezioni*..., cit., pp. 88 ss.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 81 s.; P. Voci, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI*, 56 (1990), p. 39 s. e nt. 13, il quale d'altronde nota, oltre a questa, altre ridondanze nel passo, ma le ritiene normali per Venuleio; F. Wubbe, *'Vi tempestatis'*, in J.F. Gerkens, H. Peter, P. Tenk Hinterberger, R. Vigneron (éd.), *Mélanges F. Sturm*, vol. I, Liège 1999, pp. 581 ss.; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 55, che in merito al *vir bonus* sembra forse sbilanciarsi in questo senso più di quanto, prudentemente, per esempio non faccia in merito al *diligens pater familias*, su cui torneremo tra breve).

[84] L'*arbiter*, come era talora chiamato nelle fonti (cfr. Cic. *Rosc. com.* 5.15; *off.* 3.15.61 e3.17.70; *top.* 17.66) il giudice dei *iudicia bonae fidei*; l'arbitratore, cui si poteva fare ricorso, per determinare la prestazione, anche fuori da quell'ambito, e quindi in quello delle *stipulationes*, ma soltanto se i relativi *verba* espressamente lo autorizzavano (cfr. D. 45.1.43-44). Sulle funzioni "arbitrali" che sarebbero qui riconosciute al *iudex* fermano, comprensibilmente, la loro attenzione gli autori inclini a negare l'interpolazione, come per esempio S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 82, nt. 24; P. Voci, *'Diligentia'*..., cit., p. 40; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 55, 58, 343, anche in confronto ai poteri, quelli forse in effetti più ampi, riconosciuti in età classica al giudice dalla formula dell'*actio de eo quod certo loco*; più in generale, sul tema, cfr. per esempio F. Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi G. Grosso*, vol. III, Torino 1970, pp. 477 ss., il quale ricorda come nell'esperienza romana col termine *arbitrium* si indicasse sia l'arbitrato che l'arbitraggio; V. Mannino, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese*, vol. II, Padova 2003, pp. 425 ss., con penetranti osservazioni circa i rapporti tra l'*arbitrium boni viri* e l'interpretazione secondo la buona fede oggettiva che in esso si manifesta.

[85] La ragione per cui, nel dubbio, propendiamo a considerare spurio il passaggio in questione è solo quella che esponiamo nel testo, ossia la grave sovrapposizione di piani nella quale, in alternativa, bisognerebbe rimproverare di essere incorso a Venuleio, la preoccupazione del quale sarà pur stata quella di descrivere il compito che di fatto il giudice era incaricato di svolgere, ai fini di una condanna o di una assoluzione per *pluris petitio tempore*, ma senza che perciò stesso il giurista dovesse disfarsi, quasi del tutto, della sua *prudentia*, del suo spirito di discernimento. Questa è dunque la ragione, e non tanto la circostanza che l'adozione di un parametro di carattere astratto, quale è quello della *diligentia boni patris familias*, sarebbe da ritenersi sospetto perché tipico della mentalità bizantina, come è stato per lo più sostenuto: v. per esempio W. Kunkel, *'Diligentia'*..., cit., p. 305 s.; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., pp. 99 e nt. 43, 100 e nt. 44 (del quale però si segnala che, in uno scritto successivo, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, p. 24 s., 59, che riprendeva i saggi omonimi pubblicati su *Iura*, 43 (1992), pp. 1 ss. e 44 (1993), pp. 1 ss., i dubbi sulla genuinità del brano sembrano venire meno); cfr. S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 101. Tra gli studiosi più recenti, che accettano il testo così com'è, sottovalutando a nostro parere il rischio di confusione di cui si è detto, inaccettabile per l'età classica, che così facendo si corre, vi sono per esempio F.M. De Robertis, *La responsabilità*..., cit., pp. 237 ss.; S.D. Martin, *The Roman Jurists*, cit., p. 81 s.; P. Voci, *'Diligentia'*..., cit., p. 39 s.; F. Wubbe, *'Vi tempestatis'*..., cit., pp. 581 ss.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 84 s. e nt. 134; M.J. Schermaier, *From Meticulous Guide*..., cit., pp. 421 ss., che peraltro postula, per la definizione di questo "Idealmensch" di media *diligentia*, influssi coevi provenienti da ambienti filosofici greci, forse stoici, più che poi bizantini.

[86] Per l'interpolazione della frase *vel quia ubique potest solvere* si erano specificamente pronunciati per esempio A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., p. 226, nt. 5, e S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 101, mentre C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., p. 100 e nt. 47, riprendendo in parte V. Arangio Ruiz, *Studii*..., cit., pp. 168, 181, e soprattutto Id., *Responsabilità*..., cit., p. 187, preferiva pensare ad aggiunte dovute ad uno scoliaste che non comprendeva neanche più il senso del testo. D'altronde, come ha giustamente notato lo stesso Guarneri Citati, sopra citato, anche dal punto di vista giustinianeo quell'inserzione non si giustifica, se non per completomania delle soluzioni adottabili col consenso dello stipulante.

all'obbligo di adempiere prima della scadenza, che graverebbe sul promissore già per avventura arrivato a destinazione, quasi che il suo rifiuto rilevasse a quel punto perché contrario a buona fede[87], anziché alle regole proprie di un rapporto di natura diversa, tale da non dare appunto adito, in materia di *tempus* e *factum*, a nessuna *coniectura*[88].

Non c'è dubbio comunque che l'interpretazione di Venuleio, per come l'abbiamo ricostruita[89], si collocasse nell'ambito di una discussione, accesasi forse tra i *prudentes* più ancora di quanto non si pensi, circa le modalità di calcolo del termine implicito, e che in epoca classica ne abbia rappresentato la soluzione più "estrema" nel senso dell'accoglimento di criteri di tipo soggettivo-concreto[90].

---

[87] Oltretutto il ritenere l'obbligazione esigibile *confestim*, in questo caso, sarebbe contraddittorio con il principio che il *dies* è fissato a favore del debitore, enunciato appena prima da Venuleio, e che non ci pare preferibile considerare interpolato in alternativa alla frase in esame. Come è stato opportunamente osservato (S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 100), il promissore potrebbe essersi affrettato alla volta di Efeso anche per procurarsi il denaro *in loco*; v. anche, a sostegno, gli autori che variamente ritengono corrotto il frammento in questo punto (sopra, alla nt. 82). *Contra*, per esempio, A. Elefante, *La 'mora'*..., cit., p. 405 s.; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., p. 101 e nt. 50, il quale, contro Solazzi, adduce lo stesso Ven. D. 45.1.137.4, ove si spiega che è in genere irrilevante la difficoltà del debitore a reperire la *pecunia* (ma, replicheremmo noi, quel motivo era invocato da S. come uno dei tanti per cui il debitore poteva rifiutarsi di pagare in anticipo, e dei quali lo stipulante non doveva interessarsi); F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 85.

[88] Non vediamo come quest'ultimo asserto, qualora se ne voglia come noi difendere la genuinità, possa essere utilizzato contro ciò che dicevamo appena sopra, circa la non variabilità del termine a discrezione del creditore. Dell'interpolazione già l'ultimo V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 184 ss. pareva meno convinto che non in opere precedenti; ma v. poi, con la sola eccezione forse di S. Masuelli, *'In claris'*..., cit., p. 412, nt. 48, un po' tutti gli autori, dei quali vogliamo qui in particolare ricordare F. Pringsheim, *'Id quod actum'*..., cit., p. 13 s.; C.A. Cannata, *Appunti*..., cit., pp. 101, nt. 49, 102.

[89] In base a quanto detto sopra, del nostro frammento, pur con tutta la prudenza del caso - dovuta anche al sospetto, talora come si è visto affiorato, di glosse sparse, forse non imputabili ad alterazioni giustinianee di carattere organico -, potrebbe essere proposta la seguente ricostruzione, che non ci pare coincida con quella tentata da alcuno in passato: *Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, [id est ad virum bonum] remittamus, qui aestimet, quanto tempore [diligens pater familias] conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari [vel quia ubique potest solvere]: nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. [Quod si duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia] in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus.*

[90] Secondo taluni studiosi, come per esempio E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 306, o S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 99 s., al criterio oggettivo e astratto, pressoché unanimemente accolto in epoca classica, si sarebbe dunque contrapposto un criterio soggettivo e concreto, di matrice giustinianea, sancito dal legislatore medesimo interpolando D. 45.1.137.2, che da questo punto di vista rappresenterebbe un *unicum*; ma noi siamo persuasi che la dialettica tra l'applicazione dei due principi fosse ben viva anche al tempo dei *prudentes*, in ciò concordando con S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 83, ma senza accogliere l'idea di quest'ultima che alcuni giuristi suggerissero, già allora, di introdurre nel regime delle stipulazioni un impiego tanto rilevante, per non dire dirompente, della buona fede in senso tecnico. L'a. ha comunque ragione nel sostenere che le dispute si saranno, in pratica, per lo più concretizzate nel considerare o meno il promissore già in ritardo nel pagamento oppure magari non, e nella esperibilità più o meno anticipata dell'azione, tenuto conto delle peculiari circostanze

È ragionevole sostenere che in età severiana essa non abbia avuto, come si è visto, troppa fortuna. E che l'abbia invece avuta in epoche successive, allorché il venir meno del processo formulare, nonché della rigida, tradizionale distinzione tra *iudicia bonae fidei* e *stricti iuris*, intesa nella sua portata tecnica[91], avrebbe consentito di far dipendere, ancor più, e quasi totalmente, il *tempus iniectum, quo promissor utatur*[92] dalle personali attitudini del *promissor* stesso.

3. Le obbligazioni di *insulam* (o *domum*) *aedificare.*

Altra sfera elettiva per la riflessione, avviata in parallelo dai *prudentes* sulla questione dei termini impliciti, è quella concernente le obbligazioni di costruire un edificio, ossia di *insulam* (o *domum*) *aedificare*, secondo il modello per lo più addotto in proposito, certo assai invalso nella vita pratica, e ritenuto esemplare delle obbligazioni di *facere*[93]. Si tratta, com'è evidente, di una prestazione che solitamente costituisce oggetto dell'impegno assunto dal costruttore nell'ambito di una *locatio operis*[94] e la cui esecuzione richiede del tempo: dovevano esservi dei casi in cui, per qualche ragione, un *dies* vero e proprio non era stato fissato[95], e si era d'altra parte avvertito il bisogno di formalizzare in una promessa stipulatoria l'obbligo di edificare[96], sottraendolo

---

del caso e delle sue caratteristiche personali, non troppo diversamente da quanto sarà dato riscontrare in materia di obbligazioni di *insulam aedificare* (cfr. oltre, § 3).

[91] A tal punto che, lo ricordiamo, in alcuni elenchi di età giustinianea (v. in particolare I. 4.6.28), sono compresi fra i giudizi di buona fede azioni che certo a quella categoria in età classica non appartenevano, come per esempio la *familiae erciscundae*, la *communi dividundo,* la *hereditatis petitio.*

[92] Tornandosi qui non a caso ad utilizzare le parole di I. 3.15.5.

[93] V. per esempio T. Finkenauer, *Vererblichkeit*..., cit., pp. 34 ss. e nt. 11; cfr. S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 27; J.M. Rainer, *Zur 'insula' im römischen Recht*, in M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (hrsg.), *'Iurisprudentia universalis'. Festschrift T. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, pp. 609 ss.

[94] Cfr. per esempio V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 181 s.; **T. Mayer Maly, '*Locatio conductio*'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, p. 88 s.;** R. Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in *SDHI*, 35 (1968), p. 204 s.; **C**.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 152, 166 ss., 265.

[95] In questo genere di rapporti l'indicazione di un *dies* espresso, entro il quale compiere l'*opus*, doveva rappresentare, come del resto al giorno d'oggi, l'eventualità senz'altro più normale (v. per esempio D. 45.1.72.1; 45.1.113pr.; 45.1.124); ma qualche volta questo poteva anche non accadere, forse perché le parti sapevano di non essere pienamente d'accordo, in merito alla lunghezza del lavoro, e speravano che i tempi comunque di fatto impiegati per la costruzione non si rivelassero un problema per nessuno, forse perché, almeno all'inizio, non vi era un particolare interesse ad un'esecuzione spedita. Sul tema, si rinvia alle interessanti riflessioni di S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 27, 73 ss.

[96] Ciò, semmai, anche nella forma di una *stipulatio poenae* (nel qual caso, a rigore, l'obbligazione non sarebbe più stata *in faciendo*, formando la mancata costruzione dell'edificio appaltato l'oggetto di una condizione: v. per esempio D. 45.1.137.7, oltre a D. 19.2.58.1, trascritto appena oltre, nel testo). Ad ogni modo, quale fosse l'utilità di rinunciare a concludere una *locatio-conductio*, o di innestarvi in seconda battuta una *stipulatio*, è abbastanza evidente dal punto di vista del committente: la formalizzazione dell'impegno assunto nei suoi

perciò alla tutela "fluida" dei *iudicia bonae fidei*, ma lasciando pur sempre la *stipulatio* priva di un termine espresso. Esso avrebbe dovuto essere individuato dalle parti e semmai, in caso di controversia, dal giudice, cui la formula dell'*actio incerti ex stipulatu*[97] forse concedeva un margine di valutazione più ampio rispetto a quanto abbiamo visto fino ad ora, in materia di *stipulationes in dando*, ma certo non a tal punto da consentirgli di giudicare *ex fide bona*.

È dunque in questo quadro che va collocato lo studio da parte nostra delle testimonianze rilevanti in materia, le quali sembrano risalire ad epoche persino antecedenti a quelle esaminate in tema di stipulazioni di *certo loco dare*.

E' in effetti da attribuirsi, sostanzialmente, a Labeone[98] il seguente frammento:

Lab. 4 *post. a Iav. epit.*D. 19.2.58.1: *In operis locatione non erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.*

Il testo appare alquanto complesso e interessante, nella nostra ottica, tesa come

riguardi in termini più stringenti, più certi (forse anche a costo di rinunciare a qualcosa rispetto ad un'esecuzione fatta perfettamente a regola d'arte) ed in generale più puntuali, fosse stato o meno aggiunto un *dies* alla stipulazione. A commento v. per esempio V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 181 s.; **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., p. 88 s.;** C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 152, 166 ss., 169 ss.; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 27, 73 ss.

[97] Per la formula dell'*actio incerti ex stipulatu*, nella quale in effetti figurava un *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, v. D. Mantovani, *Le formule*..., cit., p. 45; cfr. per esempio R. Röhle, *Das Problem*..., cit., p. 204 s., interessato ad un raffronto con la formula *incerta* dell'*actio locati-conducti*; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 24, nt. 21, con qualche discutibile sbilanciamento nel senso della ammissibilità, in ogni caso, di una valutazione di buona fede.

[98] Di quest'avviso per esempio O. Lenel *Palingenesia*..., cit., vol. I, col. 309, n. 204; **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., p.** 110 s.; F. Pringsheim, *'Id quod actum est'*..., cit., p. 27 s.; C.A. Cannata, *Sul problema*..., cit., p. 45, nt. 108; v. anche S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 76 s., della quale ci paiono condivisibili sia le opinioni generalmente espresse circa i rapporti tra l'orientamento di Labeone e quello di Giavoleno in questo gruppo di frammenti, sia in particolare l'idea che, nel nostro caso, se anche il secondo fosse intervenuto sul primo, l'avrebbe fatto in senso meno restrittivo. Al pari di altri studiosi (v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 69, 110 s.; **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., p.** 110 s.; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., pp. 214 ss.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 132 s. e ntt. 49, 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 76 e nt. 8, 77, 82; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 54, nt. 8), siamo anche noi convinti che il testo sia genuino, del che neppure la dottrina interpolazionistica tradizionale sembrava dubitare troppo. Soltanto forse G. Beseler, *Romanistische Studien*, cit., p. 183, poi ripreso da F. Horak, *'Rationes decidendi'. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck 1969, p. 220 s. (che, pur con molti dubbi, dava per possibile un ritocco; cfr. C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 169, nt. 1), riteneva sospetta la menzione del *vir bonus*; ma la critica è a nostro avviso da superare in base alle considerazioni che svolgeremo nel testo.

si sa ad indagare sia il fondamento che la durata di un termine (qui, *spatium temporis*) di cui non si ha di per sé traccia nei *verba stipulationis*. In questo caso la promessa stipulatoria ha carattere penale[99], in quanto l'edificatore (di un'*insula*, presumibilmente, dato che ad essa si fa riferimento nel *principium* del frammento stesso[100]) si vincola a pagare una certa somma qualora non riesca ad adempiere all'obbligazione già assunta come conduttore, consistente in un *opus* da compiere, senza l'indicazione di un *dies* (*si ita factum non esset,* oggetto della condizione apposta alla promessa). Orbene, quanto al fondamento dello *spatium temporis*, esso è qui *evidentemente* (*apparet*) da rintracciare nell'*id actum*, ossia nella *conventio* preliminare[101], che è anche un contratto consensuale, regolato da buona fede, e che acquista rilievo nell'assetto della *stipulatio* poiché nella condizione vi si fa rinvio esplicito (*ita*). Pertanto anche la sua durata, certo come sempre in qualche modo commisurata ai tempi entro i quali un'impresa del genere si porta di solito a termine[102], potrà essere stabilita in conformità all'*aestimatio* di un *vir*

[99] Sulla pratica della *stipulatio poenae*, in rapporto alle obbligazioni in esame, v. quanto si è appena detto sopra, testo e nt. 96. Riguardo al nostro caso, v. per esempio **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., pp.** 110 ss.; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 169; S.D. Martin, *The Roman*..., cit., p. 76 s., che pacificamente utilizzano l'espressione *stipulatio poenae*, da adempiere alla scadenza del termine; operano invece dei distinguo, per esempio, F. Horak, *'Rationes'*..., cit., p. 220, secondo cui, se si fosse qui inteso sanzionare soprattutto il ritardo, si sarebbe inserito un *dies* espresso nella *stipulatio* (ma questa era un'esigenza avvertibile dalla parti in generale, e non solo in questo frangente); R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., pp. 132 e nt. 50, 133, il quale è dello stesso avviso, per il resto aggiungendo che in tale circostanza, più che di stipulazione penale, si dovrebbe parlare di stipulazione-interesse, diretta cioè alla salvaguardia dell'interesse complessivo che il committente aveva a ricevere la consegna dell'edificio finito, non solo nei tempi, ma anche nei modi stabiliti nel contratto precedente. In realtà, a parte il criterio cui attenersi per quantificare la somma da pagare - sul quale non è indispensabile in questa sede dilungarci -, quel che va detto è che richiamare esplicitamente, come tale, il negozio in precedenza concluso rivestiva un'utilità specifica anche ai fini, come vedremo, del computo del tempo, con le conseguenze che ne saranno derivate circa la esigibilità o meno dell'*obligatio verbis*.

[100] V. D. 19.2.58pr.

[101] Di tutte le le fonti esaminate in questo scritto, la nostra è forse quella in cui l'ancoramento del termine implicito all'*id quod actum est* risulta più chiaramente attestato. Per una rassegna di opinioni, v. ad esempio F. Pringsheim, *'Id quod actum est'*..., cit., p. 27 s.; F. Horak, *'Rationes'*..., cit., p. 220, per il quale, come si è visto, l'*ita fieri* richiedeva il rispetto completo della *lex contractus*; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., pp. 208, 214 s., che per D. 19.2.58.1 parla di assorbimento della *verborum obligatio* sulla *conventio* sottostante, alla quale le parole della formula facevano un generico ma generale riferimento; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 132 s., per cui l'*ita* depone nel senso che ci si rifaccia al complesso della regolamentazione data, secondo quanto già notava Horak; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 77, 81, l'affermazione della quale, secondo cui l'interpretazione della *stipulatio* andrebbe condotta in conformità al contratto cui accede, che è di buona fede, è da ritenersi condivisibile, ma non per l'appunto estensibile (come invece M. fa) ai casi nei quali la stipulazione non pare affatto innestarsi su alcunché del genere.

[102] Sul fatto che lo *spatium temporis* dovesse essere fissato tenendo conto della "normale" o "media" o "ragionevole" durata dei tempi dell'opera non sussistono ovviamente dubbi (cfr. per esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98 e nt. 2; F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 110 s.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., pp. 133 e nt. 51, 137; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 77, 81); ma ciò che va sottolineato è che qui non si accolgono criteri di tipo oggettivo e astratto nella determinazione del *dies*, come invece tendono a supporre gli autori che considerano insiticia la menzione del *vir bonus* (per tutti, v. ad esempio F. Horak, *'Rationes'*..., cit., p. 221, per il quale è autoevidente che bisognasse rispettare il tempo necessario, per calcolare il quale era del

bonus[103], il quale inevitabilmente terrà conto degli affidamenti reciproci creatisi tra le parti: un'operazione qui consentita grazie a quel richiamo, e che i giustinianei, forzando la disciplina classica dell'*actio ex stipulatu*, cercheranno di applicare anche ad altri casi, come già si è visto ed ancora si vedrà in seguito[104].

L'opinione di Labeone è fatta propria da Giavoleno Prisco[105], ma l'argomento, come è intuibile dall'uso del verbo *puto*, non doveva essere scevro da discussioni. Su quel genere di obbligazioni di *facere* a tempo ebbe modo di pronunciarsi anche Celso, secondo quanto ci testimonia Pomponio:

Pomp. 5 *ad Sab*. D. 45.1.14: *Si ita stipulatus essem abs te 'domum aedificari?' vel heredem meum damnavero insulam aedificare, Celso placet non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset: nec fideiussores dati ante diem tenebuntur*[106].

---

tutto superfluo ricorrere ad un *vir bonus*, che certo non avrebbe potuto esigere tempi di costruzione più rapidi di quelli standard).

[103] Al cui *arbitratus*, in materia di *leges locationis*, si era soliti fare ricorso, fin dai tempi di Catone (v. *agr.* 144); ma v. anche per esempio Paul. D. 19.2.24pr., concernente l'*adprobatio operis*. Riguardo poi alle nostre *stipulationes*, come si è già detto in precedenza, l'*aestimatio* affidata al *vir bonus* andava identificata, prima ancora che in un arbitraggio o in un arbitrato o in un giudizio, in una interpretazione secondo buona fede, di cui nel caso specifico la *stipulatio* era suscettibile, mentre in altri casi non. Concordiamo, qui, con gli autori che ritengono non esperibile l'azione prima che un termine così fissato sia scaduto (v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 110 s.; **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., p.** 111 s. e nt. 31; F. Pringsheim, *'Id quod actum est'*..., cit., p. 27 s.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., pp. 132, 133 e nt. 51, 137; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 76 s., 81 s.) piuttosto che con quelli, citati sopra, alla nt. 98, che considerano il testo corrotto in questo punto.

[104] Rispettivamente, sopra, § 2 e nt. 83, e oltre, testo e nt. 124.

[105] Abbastanza pedissequamente, secondo noi; ma v. anche i rilievi di Martin, ricordati sopra, alla nt. 98.

[106] Il passo, collocato da O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 96, n. 447, sotto il titolo *De legatis* dell'*ad Sabinum* pomponiano, è probabilmente interpolato nell'ultima frase *nec-tenebuntur* (da cui Mommsen espunge *diem*), concernente i garanti, la quale ad ogni modo non riveste per noi cruciale importanza. Altre critiche, per lo più risalenti (v. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 375, ed in particolare H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, vol. II, Berlin 1928, p. 253, nt. 4; cfr. F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 90 e nt. 1, 225, 229; **T. Mayer Maly, '*Locatio*'..., cit., p. 99**), che considerano sospetto anche l'inciso sul legato (da *vel* a *aedificare*), ci sembrano da rigettare, sia perché, con ogni probabilità, in quella parte del suo commento Pomponio, come si è detto, trattava proprio di legati, sia perché in epoca classica la disciplina della *stipulatio* e quella del *legatum* erano, in effetti, spesso accostate per analogia. In base a quest'ultimo argomento non ci pare accoglibile neppure l'opinione di C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., pp. 159 ss., il quale, riprendendo S. Solazzi, *Sull'obbligazione*..., cit., p. 46 s. (ma v. poi le contestazioni mosse da R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 133 e nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79 e nt. 17, 80, 86 s. e nt. 31), riteneva essere invece insiticia la prima parte in cui si parla della *stipulatio* di una *domus*, anziché di un'*insula*, della quale soltanto fa poi infatti cenno il prosieguo del frammento: a parte questa evidente disarmonia del testo, che non è certo un *unicum* nel discorso dei giuristi classici, e a parte la notazione che l'erede, al contrario del promissore, potrebbe anche non essere un costruttore, non si vede perché, nell'ottica di Celso-Pomponio, all'uno e all'altro debbano applicarsi, in linea di principio, regole diverse di computo del termine, che, come diremo, è qui configurato oggettivamente. D'altra parte, i problemi che più preoccupano Cannata, posti per esempio dal palese, grave ritardo con cui l'imprenditore si sia messo all'opera, sono di natura diversa, e dovranno essere, semmai, affrontati partitamente,

In questo frangente l'azione esercitabile (l'*actio incerti, ex stipulatu* o *ex testamento*[107] che fosse) non è, né direttamente, né indirettamente per effetto di qualche rinvio, regolata da buona fede. Per decidere se essa non sia stata esperita anzitempo (*non ante agi posse*), da parte dello *stipulator* committente o da parte del legatario *per damnationem*, bisognerà attenersi a criteri di carattere rigorosamente oggettivo[108]: il termine è quello entro cui chiunque vi si impegni è in grado di edificare un'*insula* (*aedificari posset*, in forma impersonale), secondo un'impostazione che Celso in generale accoglie, come si è visto, anche in D. 50.17.186[109].

Il passo appena esaminato è talora addotto, dagli studiosi[110], come esempio dell'applicazione di una regola - quella della non esperibilità dell'azione prima della scadenza del termine, in nessun caso, neppure quando il costruttore sia in palese

caso per caso.

[107] Ribadiamo che, in generale, si riteneva che il regime delle *stipulationes* fosse estensibile ai *legata per damnationem*: un'equiparazione che non si comprende per quale ragione debba escludersi nel nostro caso, avuto riguardo anche alla formula dell'*actio ex testamento*, per la quale v. D. Mantovani, *Le formule*..., cit., p. 45, nt. 112. A conferma, v. per esempio R. Röhle, *Das Problem*..., cit., p. 204 s., nt. 38; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 80, che parla di situazioni processualmente simili, spiegando che le difficoltà derivanti da un ritardo non erano meno gravi in caso di legato; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 258 e nt. 15; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 75.

[108] In qualche modo attenti a questo profilo ci sembrano, in dottrina, soprattutto C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 159 ss., pur in riferimento, come si è detto, soltanto al legato; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 79. Più favorevoli a paragoni (anche) con fonti, in cui risultano a nostro avviso accolti principi diversi (come ad esempio D. 45.1.84 o 45.1.137.3), F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 110, 225; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 85 ss. e nt. 31, 145, pur a sua volta presa, come Cannata, e nonostante le differenti conclusioni, dalla premura di inserire il passo in esame in una dialettica giurisprudenziale che verte su altro, rispetto alla configurazione del termine in sé considerato. Alquanto generici, infine, e quasi elusivi del problema, per esempio, R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23 e nt. 1; E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., p. 6; Id., *Appunti*..., cit., p. 305; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., pp. 98 ss.; S. Di Marzo, *Le basi*..., cit., p. 216; M. Kaser, *'Restituere' als Prozessgegenstand*[2], München 1968, p. 220; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 208; B. Periñán, *Pomponio y la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, in *Iura*, 52 (2001), p. 199 e nt. 67; M.N. López Gálvez, *La 'stipulatio': consideraciones sobre las estipulaciones pretorias, ambiguas y condicionales*, in *Iustel*, 19 (2012), p. 16.

[109] In esso (trascritto e commentato sopra, al § 1) si menzionava la *rerum natura* come fondamento del termine implicito. Anche il nostro frammento è a volte invocato perché ritenuto riferibile ad una prestazione la cui esecuzione richiede, per sua stessa natura, tempo (v. per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., p. 6; Id., *Appunti*..., cit., p. 305; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., pp. 98 ss.; S. Di Marzo, *Le basi*..., cit., p. 216; B. Periñán, *Pomponio*..., cit., p. 199 e nt. 67; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 31 e nt. 21, 76 s.): ciò che, pur non certo erroneo, appare qui invero privo di riscontro testuale.

[110] In particolare, secondo S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79 e nt. 16, 85 ss., Pomponio, rifacendosi a Celso, forse si opponeva alle tendenze favorevoli, in determinati frangenti, ad un esercizio anticipato dell'azione, ma l'idea, sostenuta dalla studiosa, che di esse si fosse fatto interprete lo stesso giurista commentato, ossia Sabino - il cui punto di vista sarebbe poi, peraltro, divenuto minoritario -, ci sembra destinata a rimanere allo stadio di mera ipotesi. Peraltro, si è detto anche della diversa posizione di C.A. Cannata, *Per lo studio*, cit., pp. 159 ss., secondo cui tale passo, proprio perché interpolato e dunque da ricondursi ai soli legati, sarebbe rivelativo dell'unica regola classica vigente, invece, in materia di stipulazioni, ossia la normale esperibilità dell'azione prima della scadenza del termine, ove ricorressero determinate circostanze.

ritardo nell'avvio dei lavori - in rapporto alla quale è effettivamente plausibile che i *prudentes* abbiano disputato, se fosse appunto ammesso o meno quel genere di deroghe. Su questo ulteriore problema - che è normale fosse sorto per le *obligationes in faciendo*, anziché per quelle *in dando* (*certo loco*)[111] - avremo modo di tornare fra breve; ma bisogna avvertire fin d'ora che esso non sostituiva quello, a noi ben noto, concernente la configurazione stessa del termine, secondo criteri più o meno oggettivi, o soggettivi, il quale costituiva un *prius* logico rispetto ad ogni altro, e che sarebbe sbagliato ritenere, ora, di importanza secondaria.

Sempre Pomponio, nel frammento immediatamente successivo del Digesto, ma appartenente ad un diverso libro del suo commento *ad Sabinum*[112], rilascia un altro parere su una questione di tempo:

Pomp. 27 *ad Sab.* D. 45.1.15: *Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam an vero reliquum dumtaxat exspectandum quod deerat. Et verius est, ut integrum ei detur.*

E', questa, una testimonianza alquanto trascurata, nell'ambito degli studi sul termine dell'adempimento, anche qui da ritenersi implicito, e non solo perché chiamato *tempus* anziché *dies*[113]. Diverse espressioni (*haesitatur, verius*) fanno ritenere con certezza che per casi del genere vi fossero controversie tra i giuristi. Non ci pare che ad esse possa però attribuirsi completa autonomia rispetto a quanto già conosciamo; in particolare, una decisione come quella presa da Pomponio, secondo cui l'*aedificator* andrebbe completamente (*integrum*) "rimesso", per così dire, nei termini originari, desumibili dalla natura della prestazione[114], ci sembra collocarsi in linea con

[111] Per la verità, di fronte ad un promissore che non si fosse, nell'eventualità, affatto messo in viaggio, la questione avrebbe potuto analogamente porsi; ma essendo l'obbligazione di dare comunque anche altrimenti adempibile (tramite per esempio un incaricato *in loco*: cfr. sopra, § 2 e nt. 78), al contrario di quella di edificare una casa, è solo in relazione a quest'ultima che si accese, a nostro avviso, il dibattito giurisprudenziale.

[112] Secondo O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 136 s., n. 735, il passo figurava, nel libro 27, sotto il titolo *De verborum obligatione*. Cfr. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 159 ss.

[113] Ma anche, come si è detto, per la sua collocazione nell'opera giustinianea: della piena continuità col contenuto del frg. 14 danno ancora riscontro, per esempio, gli stessi Lenel e Cannata, appena sopra citati, con la precisazione che, secondo quest'ultimo autore, la continuità che i compilatori intendevano preservare era col frammento precedente per come, inserendo il riferimento alla *stipulatio*, essi stessi lo avevano interpolato.

[114] La natura, la qualità della prestazione è ancora una volta all'uopo richiamata, qui, per esempio da S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98 e nt. 2.

l'orientamento che vuole il computo del termine legato a considerazioni di ordine esclusivamente oggettivo, e invece slegato dal riscontro di evenienze o circostanze particolari (quali un incendio distruttivo della parte d'*insula* già costruita, tale peraltro da escludere ogni responsabilità per il ritardo). Ciò che rileva è che un adempimento esatto[115] è ancora (*rursus*) possibile e che esso consisterà nell'edificare *ex novo* l'*insula*: la soluzione migliore (*verius*) sarà di tener senz'altro fermo il *tempus* già individuato, con ogni probabilità, secondo i criteri riscontrati nel passo precedente[116].

Dell'applicazione di criteri diversi, di carattere soggettivo-concreto, ai fini della disciplina del termine, ci dà conto un'altra, pressoché coeva, testimonianza, invece assai nota agli studiosi, anche perché costituisce la prosecuzione di un passo già sopra esaminato, in tema di *stipulationes in dando*, della cui autenticità si è sempre dubitato[117]. Si legga infatti:

Ven. 1 *stipul.* D. 45.1.137.3: *Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit*[118].

---

[115] Quale in nessun modo, in quanto *opus* non concluso, poteva essere considerata l'*aliqua pars* già costruita e poi rovinata dall'incendio. Su questo punto specifico v. per esempio le osservazioni di R. Röhle, *Das Problem*..., cit., p. 204 s., ripreso da F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 256.

[116] In merito alla continuità tra i due passaggi v., anche sotto questo profilo, ciò che dicevamo sopra, alla nt. 113.

[117] In proposito, v. Ven. D. 45.1.137.2, trascritto sopra, § 2, con la nt. 82 di commento.

[118] Il passo, per la cui collocazione, in un'opera espressamente dedicata alle *stipulationes*, v. ancora O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 1218, n. 53, è stato, al pari del precedente paragrafo 2, pesantemente attaccato dalla dottrina interpolazionistica, per un riscontro della quale si rinvia in generale ad *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 398, ed in particolare ad A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 245, 253 ss., per cui il passo è ampiamente interpolato nella sua seconda parte, dal secondo *item* a *potuit* e da *liberetur* a *tradit*; W. Kunkel, *'Diligentia'*..., cit., p. 306 s., che ritiene adiettizia la frase *secundum-et*; G. Beseler, *Beiträge*..., cit., vol. V, p. 79, che considera spurio praticamente tutto il frammento; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 182 ss., secondo il quale sono sospette alcune espressioni utilizzate nella prima parte (con particolare riguardo a quella sul *diligens aedificator*), e a pressoché tutta la seconda, dal secondo *item* in poi; ma v. anche per esempio C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 10, che pur descrivendo la critica di Arangio Ruiz come radicale sembra, nel citarla, confarsi ad essa; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 153 ss., che in particolare segnala l'interpolazione relativa a *diligentis aedificatoris et* (poi dall'a. non più rimarcata nel successivo *Sul problema*..., cit., pp. 25, 59, 82, 102, nt. 53, in merito al quale si veda quanto detto sopra, alla nt. 85), per il resto contestando taluni eccessi della critica tradizionale.

Possiamo studiare questo passaggio in coerenza con quanto detto a proposito del precedente paragrafo 2, secondo il suggerimento che ci proviene dal frammento stesso (*item*)[119]. Nel fissare il termine bisognerà aver riguardo alle peculiarità del caso[120], comprese quelle relative alle stagioni e ai luoghi in cui è prevista la costruzione dell'*insula*, e secondo un criterio di media (*modus*): sarà in particolare da evitare una previsione che implichi, da parte dell'*aedificator*, un'organizzazione del lavoro suo e del suo personale tale da fuoriuscire dall'ordinario, sia per eccesso che per difetto[121]. Tutto ciò, si badi bene, al solo scopo di determinare, *a priori*, il termine di scadenza dell'*opus*, e non di addossare sul promissore, che sia stato più o meno diligente, la responsabilità dell'eventuale inadempimento, che è cosa ulteriore e diversa, alla quale, solo in forza di un'alterazione del testo (*diligentis aedificatoris et*)[122], siamo qui indotti a

[119] Il primo *item* introduce infatti una frase dal contenuto omologo a quello del paragrafo precedente, sancendo un indubbio collegamento con esso e rendendo a nostro avviso inevitabile un'interpretazione congrua; bisogna riconoscere che il secondo *item*, invece, introduce la trattazione di argomenti diversi. A commento, v. per esempio V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 182; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 133, nt. 51.

[120] Venuleio accoglie qui il criterio che si è detto, di carattere soggettivo-concreto, alternativo, nel dibattito giurisprudenziale, a quello oggettivo-astratto seguito da altri giuristi. Di quest'avviso per esempio A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., p. 253; C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 10; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 182 ss.; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 142, 145, 152 ss., 263 ss., il quale peraltro precisa che il riscontro delle circostanze di fatto serve a fissare il *tempus* per quel peculiare caso, pur sempre, con una certa misura di astrazione, avendo dunque sì riguardo a *quel* soggetto, e non ad un soggetto tipo, ma per stabilire come avrebbe potuto o dovuto agire, e non come abbia agito; D. Medicus, *Zur Funktion*..., cit., p. 86 s. e ntt. 64-65; F.M. De Robertis, *La responsabilità*..., cit., pp. 239, 242 s. e nt. 66, che tuttavia sbaglia, a nostro avviso, nel ritenere classico il criterio del *modus diligentis aedificatoris*; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 83 ss., 110 s., 145 s., la quale, pur incorrendo nello stesso errore di De Robertis, svolge considerazioni interessanti, circa gli usi dell'edilizia antica, di cui Venuleio sembra essere stato a conoscenza, e circa le circostanze proprie di ogni singolo caso, cui i giuristi, con spirito "manovriero", attribuivano giustamente importanza, ché consentire al committente di agire prima della scadenza di un termine ragionevole avrebbe in fin dei conti nuociuto alla buona pratica edificatoria; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 327; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 77 s., al quale peraltro muoveremmo gli stessi rilievi che a De Robertis e a Martin.

[121] E' facile immaginare che ogni costruttore disponesse di un certo numero di tecnici specializzati, ai quali di volta in volta aggiungere manovalanza pura, più o meno cospicua a seconda delle incombenze da sbrigare in ogni singolo frangente. Sul punto v. per esempio V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 183; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 142 e nt. 2, 155, che parla di normale operosità; F.M. De Robertis, *La responsabilità*..., cit., p. 243, per cui è da escludersi ogni eccesso di attivismo.

[122] Come è stato giustamente osservato, dagli autori che subito citeremo, a sostegno, è impensabile che alla "considerazione di" (*secundum rationem* significa infatti "tenuto conto di") circostanze concrete, quali i *tempora* e i *loci*, sia stata originariamente accostata quella di un modello astratto di solerzia, propria del *diligens aedificator*; ma, a parte la struttura assurda della frase, ciò che più stride, a nostro avviso, con il regime classico dell'istituto è quella impropria sovrapposizione di piani che già denunciavamo sopra, a proposito del paragrafo 2, consistente nel far dipendere da una valutazione di diligenza-colpa la configurazione stessa dell'assetto obbligatorio posto in essere dalle parti. Su questa linea, in dottrina, per esempio W. Kunkel, *'Diligentia'*..., cit., p. 306 s.; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 182 ss., 188, per cui il riferimento alla *diligentia*, tanto cara ai giustinianei, è appunto insiticio; C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 10, che riprende Arangio Ruiz; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 145 e nt. 1, 153, 263 ss., che parla di astrazione superflua, sancita con una sicura alterazione del testo, relativa al *diligens aedificator*, del quale si fa peraltro rilevare la sollecitudine, e non la sapienza tecnica

prestare la nostra attenzione. E' unicamente in età giustinianea che, come si è visto, anche fuori dai rapporti di buona fede, e senza bisogno di un espresso richiamo alla *conventio* sottostante, rappresentata da una *locatio operis*[123], il giudice come un *vir bonus*[124] potrà spingere la propria valutazione oltre i limiti consentiti dall'*actio ex stipulatu* classica; anche se bisogna riconoscere che, vertendo essa qui su un *incertum*, era sempre stata probabilmente suscettibile, ai fini della sua stessa configurazione, di un'indagine più ampia, da parte del *iudex*, rispetto alle *stipulationes* di *certo loco dare*.

E' forse alla luce di quest'ultima considerazione che bisogna affrontare la questione successivamente posta da Venuleio, relativa al regime applicabile al caso in cui il promissore differisca l'inizio stesso dei lavori (mentre il problema trattato alla fine, quello dell'adempimento tardivo, a rigore non ci riguarda, perché presuppone la scadenza di un termine di cui si dà per scontata la configurazione: ad ogni modo la libertà che si lascia al debitore di liberarsi *quandoque*, in qualsiasi momento, è contraria alla *ratio* stessa del tempo dell'adempimento[125] e dà luogo ad un forte sospetto di intervento compilatorio sul testo[126]). C'interessa di più il punto che, come detto,

---

propria dell'*artifex*, contemplata da altre fonti. *Contra*, per esempio, F.M. De Robertis, *La responsabilità*..., cit., pp. 239, 242 e nt. 66, 243; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 83 s. e ntt. 27-28, 85, 110 s., 144 ss., la quale, pur riconoscendo che la frase in questione non è elegantemente strutturata, la ritiene tuttavia genuina, perché l'uso di un ideal-tipo, qual è il *diligens aedificator*, sarebbe perfettamente rispondente all'intento dei classici di accordare al giudice flessibilità nel valutare, secondo criteri che per M. sono dichiaratamente di buona fede, i progressi del costruttore, anche per evitare che la fretta di rispettare un termine meccanicamente fissato induca una pratica edificatoria scadente; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 77 e nt.120, 78.

[123] Cfr. quanto detto sopra, esaminando D. 19.2.58.1.

[124] La menzione espressa di esso è contenuta nel paragrafo precedente, ma in forza dell'*item* di collegamento è valida anche per il nostro. In questo senso anche Martin, citata sopra, alla nt. 122.

[125] Così, condivisibilmente, per esempio A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., p. 248 s., 254; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 183.

[126] In questo senso, tra gli autori riportati sopra, alla nt. 118, soprattutto A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 245, 253 ss.; G. Beseler, *Beiträge*..., cit., vol. V, p. 79; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., pp. 182 ss., secondo il quale peraltro l'illogismo potrebbe anche essere l'effetto di un lavorio condotto sul testo in età postclassica. D'altronde analogo sospetto aveva destato, per le obbligazioni di dare *certo loco* (qui, fra l'altro, anche un po' forzosamente richiamate, alla fine del testo), l'espressione *ubique* contenuta nel paragrafo precedente, col quale è instaurabile, sotto questo profilo, un certo parallelismo (forse fornendo così una qualche labile giustificazione alla presenza, ad inizio frase, del secondo *item* del paragrafo, che però, se si ha riguardo agli altri argomenti trattati, appare non averla). Se poi nel testo si voglia riconoscere l'intento, sancito o meno per effetto dell'interpolazione, di accogliere la *regula* cara ai Sabiniani, *omnia iudicia absolutoria esse*, per la quale il debitore avrebbe avuto titolo a liberarsi eseguendo, pur in ritardo, la prestazione, non fino al momento della *litis contestatio* (per cui v. D. 45.1.84), ma fino addirittura al momento della sentenza, è altra questione sulla quale non è necessario, in questa sede, dilungarci: in proposito, ci limitiamo a rinviare, per esempio, ad A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 245 ss., 273; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 166; M. Kaser, *'Restituere'*..., cit., pp. 111, 128, 220; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 188 e nt. 13. Certo è che comunque, a nostro giudizio, nella stessa ottica giustinianea la *solutio* sarà ammissibile *quandoque* solo col consenso dello stipulante: cfr. per esempio

inerisce all'eventualità che, essendo già stato individuato il termine[127], passi un certo lasso di tempo (*intervallum*) prima che l'opera venga cominciata, tanto da generare la ragionevole certezza che non possa essere compiuta puntualmente[128]. Ora, fermo restando che del ritardo lo stipulante dovrà essere ovviamente risarcito[129], c'è da chiedersi se gli possa essere consentito di agire anche prima che il termine sia spirato, cosa sulla quale si dovette a nostro avviso controvertere in seno alla stessa giurisprudenza classica[130]. Ad ogni modo, senza voler necessariamente affermare che Celso-Pomponio, nel già esaminato D. 45.1.14, volessero del tutto escludere questa soluzione[131] (ché in quel passo ci si confronta, com'è comprensibile, con la sola situazione normale, e non con quella eccezionale del mancato tempestivo inizio dei lavori di costruzione), va detto che qui Venuleio, pur molto sfumato sul punto, sembra incline ad ammetterla[132], dato che della condizione in cui si troveranno le parti

A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 245 ss.; M. Kaser, *'Restituere'*..., cit., pp. 111, 220; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 188; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 85.

[127] Questo è, lo ribadiamo, il presupposto logico, a prescindere dal criterio, oggettivo-astratto o, come qui, soggettivo-concreto, con cui il termine sia stato individuato.

[128] *Opus non inchoatum* significa di per sé attività niente affatto cominciata, ma il prosieguo del testo, in cui si allude ad un *intervallum*, fa ovviamente pensare ad un ritardo nell'inizio dei lavori. Il problema dell'esercizio dell'*actio ex stipulatu* prima della scadenza del *tempus* si pone comunque in entrambi i casi, attentamente vagliati, per esempio, da C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 156, secondo cui l'appaltatore deve mettersi subito al lavoro, e dunque poi è responsabile, decorso un periodo ragionevolmente lungo (ma non coincidente con quello richiesto dal completamento dell'opera), se intanto è rimasto inerte o ha operato con eccessiva lentezza; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 85, 144 ss., che parla di ritardo divenuto palese, essendo già trascorsa la maggior parte del tempo.

[129] Ciò, in forza di una *aestimatio*, della quale, in caso di mancato accordo, dovrà farsi naturalmente carico il giudice. Sul punto, cfr. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 164 ss., per cui l'ammontare della condanna va propriamente commisurato a quanto il *promissor* avrebbe dovuto fare e non ha fatto, piuttosto che all'interesse alla tempestività, in sé considerato, dello *stipulator*; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 85 s., secondo la quale Venuleio, nel consentire al giudice (da intendersi, nell'ottica dell'autrice, come *vir bonus)* di stimare solo il valore di ciò che avrebbe dovuto essere costruito nel tempo perso, pone in realtà un limite alle pretese del committente; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 80 e nt. 127, che si esprime in senso sostanzialmente analogo a Cannata.

[130] Anche noi, al pari di altri studiosi (v. per esempio S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79 e nt. 16, 85 ss.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 80 e nt. 127; cfr. F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 110), siamo di quest'avviso, di contro all'orientamento di chi, come C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 156 s., 160, ritiene che la esperibilità fosse la comune dottrina classica, trovandosi perciò in qualche modo costretto a dimostrare l'esistenza di interpolazioni in tutti i testi che, almeno apparentemente, negano al committente la possibilità di agire prima della scadenza.

[131] Come si dà invece talora per scontato che in quel passo, autentico o meno che sia, si voglia fare: in proposito v. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 159 ss.; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 79 e nt. 16, 85 ss.

[132] Abbiamo impiegato l'aggettivo "sfumato" perché Venuleio, al contrario di altri giuristi, non parla affatto, espressamente, di azioni esercitate o da esercitare. Ad ogni modo, tendono come noi ad accogliere la soluzione positiva, per esempio, C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 157, 164, per il quale la vigenza di tale regola, sicura per l'età classica, è implicita nel testo del frammento; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 85 ss., 145, secondo cui, come si è detto, il giureconsulto acconsente sì all'azione prima del tempo, ma nega pieno soddisfacimento alle pretese dello *stipulator*.

transactoque tempore fa invece cenno subito dopo[133].

Sempre ad epoca preseveriana risale un'altra fonte, nella quale per la prima volta si affronta il problema del salvataggio, tramite puntellamento (*fulciri*), di un'*insula* pericolante, certo da ritenersi più urgente, in termini di tempo, che non una costruzione *ex novo*:

Marcell. 20 *dig.* D. 45.1.98.1: *Ex hac stipulatione: 'insulam fulciri spondes?' quando nascatur actio, quaeritur. Et utique non est exspectandum, ut ruat: nec enim nihil stipulatoris interest fultam potius esse, quam non esse: nec tamen recte agetur, si nondum praeterierit temporis tantum, quo fulcire potuerit redemptor*[134].

La *stipulatio*, priva ancora di *adiectio diei*[135], dovrà essere adempiuta, data l'emergenza, senza aspettare che la situazione, in tutti i sensi, precipiti[136]: l'azione, alla cui utile esercitabilità si fa riferimento per indicare la scadenza del termine inerente[137], potrà essere proposta anche prima, ma non prima che sia trascorso il tempo entro il quale è pensabile che il *redemptor* stesso abbia concluso l'impresa di consolidamento. La locuzione utilizzata, munita di soggetto espresso e con verbo all'attivo (*fulcire potuerit*), fa come sempre pensare al riguardo dovuto alle sue possibilità, nelle

[133] In conclusione, riorganizzeremmo il frg. 137.3 nel modo che segue, precisando che la fine della frase, interpolata, è, nel suo tenore originario - certo differente da come oggi risulta -, difficilmente, e certo variamente, ricostruibile, in termini che non è, ai nostri fini, indispensabile ipotizzare: *Item qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem [diligentis aedificatoris et] temporum locorumque. [Item] si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, [sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit]...* .

[134] Il frammento, che O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. I, col. 623, n. 219, inserisce sotto la rubrica *De stipulationibus* del libro 20 dei *Digesta* di Marcello, non è mai stato ritenuto spurio, come la stessa S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 86 s. fa notare.

[135] Forse proprio l'urgenza del provvedere, quanto prima, non induceva praticamente mai, in questi casi, ad indicare un termine espresso.

[136] Considerare l'obbligo dell'appaltatore come sottoposto al termine, certo solo oggettivamente determinabile, della potenziale *ruina* sarebbe stato un controsenso. Qui l'unico termine da ritenersi giuridicamente rilevante è, senza dubbio, quello minimo, e non massimo, perché il collasso della casa, situazione estrema, che fosse cagionato da un ritardo nei lavori, comporterebbe per il committente il danno peggiore possibile (eventualità, questa, che il creditore ha assolutamente interesse ad evitare, come il giurista con comprensibile enfasi sottolinea). A commento, v. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 155 ss.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., pp. 86 ss.

[137] Ancora una volta, col senso pratico che tipicamente improntava l'approccio dei giuristi romani, la *quaestio* viene posta in riferimento all'azione, ossia se l'esercitarla fosse proficuo o meno per il diretto interessato.

circostanze in cui si trova concretamente ad operare[138].

Il fatto che, nella dialettica giurisprudenziale romana, si fosse in parte radicata l'idea che il committente, per procedere, non dovesse, ricorrendo certe condizioni, necessariamente attendere lo scadere del termine - tranne che nel caso, come si è visto, di interventi urgenti di messa in sicurezza[139] - ci è confermato da una testimonianza più tarda, riferibile ad Ulpiano:

Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.72.2: *Plane si 'insulam fulciri' quis stipulatus sit, non est exspectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit: nec 'insulam fieri', ut tantum temporis praetereat, quanto insula fabricari possit: sed ubi iam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur diesque obligationi cedit*[140].

[138] Di quest'avviso per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., pp. 155 ss., secondo cui Marcello, pur in rapporto ad una prestazione diversa (di puntellamento urgente), darebbe qui conferma della soluzione enunciata da Venuleio in D. 45.1.137.3, che ha riguardo al numero degli operai impiegati, nonché allo stato dei tempi e dei luoghi. Meno attenti ai criteri con cui, in un frangente simile, andrebbe calcolato il tempo "ragionevole" accordato all'appaltatore appaiono per esempio R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'...*, cit., p. 23 e nt. 1; F.M. De Robertis, *I rapporti...*, cit., p. 225; S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., pp. 86 ss. Alcuni autori poi (v. per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio'...*, cit., p. 6; S. Solazzi, *L'estinzione...*, cit., p. 98 e nt. 2; M. Talamanca, *'Conventio'...*, cit., p. 214) concentrano giustamente la loro attenzione sulla natura della prestazione - qui differente dal consueto *fieri* o *aedificari* - come fondamento del termine, evidentemente più breve, inerente all'obbligazione; ma bisogna dire che, a parte appunto il diverso verbo utilizzato, nulla induce, nel testo, a questa riflessione specifica.

[139] Questi ultimi già di per sé constavano di operazioni rapide e sollecite, talché i *prudentes* erano probabilmente inclini a far sì che i costruttori, già forse costretti a lavorare in condizioni "estreme", non dovessero subire pressioni troppo pesanti da parte dei committenti, perché esigere sforzi ulteriori, comunque eccedenti il tempo considerato adeguato in quei casi, si sarebbe potuto rivelare controproducente per tutti. Questa sembra essere la prevalente convinzione degli studiosi, compreso chi, come C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., pp. 155 ss., considera la regola dell'esercizio anticipato dell'*actio ex stipulatu* come la normalità in età classica, qualora ricorrano certe situazioni, le quali in casi del genere non possono essere evidentemente riscontrate (per l'esattezza, secondo il citato a., non si tratta propriamente di soluzioni difformi, ma dell'adeguamento a due situazioni diverse dello stesso principio, che l'appaltatore deve mettersi subito all'opera e poi risponde del ritardo nell'esecuzione); v. ancora, per esempio, F.M. De Robertis, *I rapporti...*, cit., p. 225; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133, nt. 51; *contra*, S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., pp. 86 ss., in base ad una discutibile esegesi del passo che ci accingiamo a leggere, della quale diremo meglio fra breve.

[140] Il frammento, che O. Lenel, *Palingenesia...*, cit., vol. II, col. 540, n. 645, inserisce sotto la rubrica *Ad legem Furiam* (*de sponsu*), è stato ritenuto a suo tempo corrotto, nella sua seconda parte: v. in proposito *Index interpolationum...*, cit., vol. III, col. 385, ed in particolare S. Solazzi, *L'estinzione...*, cit., pp. 89, 98, nt. 2, i cui argomenti, diretti a coordinare l'interpretazione del passo in esame con D. 45.1.124 (sul quale non possiamo qui fermare l'analisi, anche perché, fra l'altro, concernente un caso di termine espresso), sono considerati oggi superati dalla dottrina, che non ha dubbi sulla genuinità della sequenza in questione, la quale va da *nec* in poi, considerata espressiva o di un'opinione diversa, risultante da altre fonti, oggetto del dibattito tra i *prudentes* (v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti...*, cit., p. 109 s.; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., p. 87 e nt. 31), o addirittura della *communis opinio* classica, dovendosi semmai sospettare di interpolazioni le altre suddette fonti (v. C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., pp. 155, 158). Rilevante, ai nostri fini, anche l'emenda mommseniana, volta ad escludere la genuinità dell'inserto *fulciendae vel* tra *mora* e *faciendae*: cfr. oltre, alla nt. 143.

Nella prima parte del frammento si ribadisce, in modo financo testualmente identico[141], il principio già accolto da Marcello nel passo in precedenza esaminato, ossia che nelle ipotesi di attività intraprese per puntellare un caseggiato pericolante (*insulam fulciri*) il tempo cui ritenere soggetta l'*obligatio* verbalmente assunta è un tempo minimo, trascorso il quale si potrà subito agire in giudizio, e non quello massimo entro cui è prevedibile il crollo[142]. Nella seconda parte, in cui si studia la diversa fattispecie di un caseggiato nuovo da edificare[143], dato il maggior spazio di tempo a disposizione, vi sarà la possibilità di verificare[144] se il committente abbia o meno indugiato nell'inizio dei lavori e, in caso di riscontro positivo (*sed ubi iam coepit mora faciendae insulae fieri*), di applicare alla circostanza un regime *ad hoc*, quello che già conosciamo[145], e che, ai fini della tutela nelle sedi competenti, tratta l'obbligazione come già scaduta (*dies cedens*)[146], benché non sia ancora decorso il termine cui era in origine sottoposta, qui configurato secondo criteri oggettivi (*fabricari possit*, in forma impersonale)[147], come già da Ulpiano

[141] *Non est exspectandum, ut (insula) ruat*, a rimarcare ancora che un tempo simile non può essere preso in considerazione dal diritto.

[142] Su questa prima parte del frammento, che tanto ricalca la testimonianza di Marcello sopra esaminata, si rinvia a quanto in generale detto in quella sede. A conferma v. qui comunque per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., pp. 155 ss; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., pp. 86 s., 110 s., in ordine alla quale però si vedano i rilievi da noi formulati alla nt. successiva.

[143] La locuzione *insulam fieri*, introdotta da *nec*, contrapposta alla precedente *insulam fulciri*, scandisce il distacco tra le due fattispecie e la diversa disciplina che vi si applica, nonostante che sembrino accomunate dalla facoltà, accordata allo stipulante, di agire prima di quanto si possa teoricamente pensare. Calzante, sotto questo profilo, l'interpretazione di C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., p. 155 s., che, al contrario di S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., pp. 86 s., 110 s., accoglie pienamente l'impostazione di Mommsen, per cui la seconda parte del passo non è in alcun modo riferibile al *fulcire*.

[144] Il che ricorda in qualche modo il dettato dell'art. 1662 c.c., "Verifica nel corso di esecuzione dell'opera", da ritenersi disposizione eccezionale, ove la soluzione adottata è differente, ma pur sempre attinente, si noti, alla disciplina dei termini.

[145] Fosse questo l'unico vigente in quell'epoca, come sostenuto da C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., pp. 155 ss., o soltanto uno tra quelli propugnati dai giuristi, impegnati a controvertere con altri, come sostenuto per esempio da F.M. De Robertis, *I rapporti...*, cit., p. 109 s., secondo cui Ulpiano riprendeva qui un'opinione più radicale e primitiva, che non teneva conto delle necessità di preparazione, delle esigenze di tempo poste dall'organizzazione imprenditoriale; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133, nt. 51, per il quale l'opinione ulpianea non era prevalente; S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., p. 86 s., che è del medesimo parere, molto comunque insistendo sull'esistenza di discussioni sul punto; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación...*, cit., pp. 79 ss., che si rifà a De Robertis.

[146] L'espressione utilizzata, nella quale è persino compresa la parola *dies*, che più spesso indica, come si sa, il termine esplicito, appare molto efficace, rivelando la convinzione, assai forte a nostro avviso in Ulpiano, che in caso di colpevole indugio nell'avvio dei lavori l'appaltatore davvero decadesse dal termine naturalmente inerente all'*obligatio* che si era assunta. Sul *dies cedens obligationi*, che in pratica equivale ad una scadenza anticipata, v. S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., p. 86 s., e soprattutto F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación...*, cit., pp. 80 s., 185, secondo cui l'opinione di Ulpiano era qui basata sul fatto che il ritardo nel cominciare, comportando la impossibilità fisica di terminare a tempo debito, era in tutto equiparabile ad un inadempimento.

[147] Tale formulazione, anche perché differente da quella impiegata da altri giuristi, pronunciatisi tempo addietro, ed invece analoga, non a caso, a quella impiegata altrove dallo stesso Ulpiano, avrebbe dovuto attrarre,

in altri frangenti, in cui l'impegno era di consegnare denaro in un certo luogo[148].

Il tema dell'*insulam fieri* è affrontato anche da Paolo, il quale - analogamente a quanto fa, come si è visto, in D. 40.7.20.5[149] - struttura invece il termine secondo criteri soggettivi (*tempus, quo potueris facere*)[150] nell'ambito di un altro passo per il resto incentrato sul problema, per noi meno interessante, dell'adempimento tardivo[151]:

Paul. 74 *ad ed.* D. 45.1.84: *Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet: quod si iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices*[152].

Ma, come si sa, la cifra peculiare della riflessione paolina in merito alla questione dei termini impliciti è rappresentata dal suo approccio di largo respiro, che

più di quanto non sia avvenuto, l'attenzione della dottrina odierna. Molto generici ci sembrano, in questa circostanza, gli autori medesimi, citati alle ntt. precedenti, che hanno specificamente studiato il frammento, e che, assai più concentrati sul diverso problema dell'esercizio dell'azione anticipato rispetto al termine originario, che non sul computo del termine stesso, si limitano a darne per scontata la natura di tempo ragionevole, normale, adeguato, trascurando la circostanza che anche (e forse soprattutto) su quello invece si dibatteva, come emerge dal lungo frammento di Venuleio, D. 45.1.137.3, sopra esaminato. Nessun approfondimento, sul tema, neppure per esempio in R. De Ruggiero, *Il 'dies impossibilis'*..., cit., p. 23; M. Kaser, *'Restituere'*..., cit., p. 220; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 253, nt. 1, mentre non manca chi, come per esempio E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., p. 6, o lo stesso F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 80 s., preferisce semmai spendere qualche parola in più sulla natura della prestazione, fondamento del termine inerente, della quale però la nostra fonte non fa cenno espresso.

[148] Cfr. in particolare D. 45.1.41.1 e 45.1.60, già da noi studiati sopra, § 2.

[149] In ordine al quale v. sopra, § 2 e nt. 65.

[150] A questo dato paiono avere riguardo, per esempio, A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 352; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., pp. 188 e nt. 10, 189, il quale, attento all'uso dei verbi ausiliari (qui *potueris* e non ad esempio *debueris*), ritiene che il *tempus* in questione sia quello *modicum*, da definire tramite interpretazione, rientrante nelle possibilità del debitore, che all'occorrenza potrà anche adempiere dopo, come risulta dal prosieguo del frammento; più generiche per esempio S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 85; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 253, nt. 1.

[151] Contrariamente a D. 45.1.137.3, che, nell'ultima frase, quasi certamente interpolata, sembrava non fissare alcun limite di tempo per la *solutio* a tempo scaduto (se non forse quello, almeno secondo talune interpretazioni, della sentenza: cfr. sopra, alla nt. 126), qui Paolo fissa il limite della *litis contestatio*, oltre il quale, secondo la tradizione proculiana, in rapporto ad un'azione come la nostra, non vi sarebbe stata possibilità di *satisfactio* che evitasse la condanna. Se poi in ciò vi sia stata consapevole adesione a quella linea, da parte del giurista, se non da parte dei compilatori che pur ebbero a selezionare il passo, è questione della quale non possiamo, qui, approfonditamente occuparci, preferendo rinviare per esempio a E. Betti, *La 'litis aestimatio'*..., cit., pp. 5, 22; Id., *Diritto*..., cit., p. 612 s.; A. Guarneri Citati, *Contributi*..., cit., pp. 161, 244 ss., 252, nt. 3; V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*..., cit., p. 183; F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 225; M. Kaser, *'Restituere'*..., cit., pp. 111, 128 s.; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 154, 166, che peraltro tende ad interpretare secondo D. 45.1.84 anche il frg. 137.3; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., pp. 188, 189 e nt. 13; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 85; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 185.

[152] Il frammento, inserito da O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. I, col. 1091, n. 807, sotto la rubrica *De stipulationibus* del libro 74 del commento di Paolo, è stato talora attaccato dalla dottrina interpolazionistica (v. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 387), anche se non, per lo più, nella parte che costituisce oggetto del nostro studio. Peraltro, v. in particolare M. Kaser, *'Restituere'*..., cit., p. 128 s., con le critiche mossegli, per esempio, da R. Knütel, *'Stipulatio poenae'*..., cit., p. 188 e nt. 10, a sostegno dell'autenticità.

abbiamo avuto modo di riscontrare analizzando D. 45.1.73pr. (trascritto sopra, al § 2)[153] a proposito di una *stipulatio* di *Carthagini dare*. In questo frammento si contempla anche il *domum aedificari*, inserito nell'elenco primario delle prestazioni che per loro natura (*res ipsa, rerum natura*)[154] non possono essere eseguite istantaneamente, ma solo dopo che sia passato un certo tempo (*dilatio*). Ed è, questa di Paolo, un'osservazione importante, perché mira a chiarire quale sia il fondamento[155] dell'inerenza del termine alle nostre obbligazioni di *facere*; fondamento che invece, come si è verificato, le fonti per lo più non specificano, forse perché, più che per altre specie di *obligationes*, lo si dà per scontato[156].

4. Obbligazioni di contenuto diverso.

Dalle fonti si ricava che il problema del termine implicito fu affrontato dai giuristi romani anche in rapporto a *stipulationes* aventi ad oggetto prestazioni d'altro tipo, delle quali dobbiamo quindi rendere conto. La sintesi che segue non è d'altronde un'opera nostra, che *a posteriori*, e un po' artificiosamente, raccolga fattispecie frammentarie e disperse, altrimenti slegate fra loro nella riflessione dei *prudentes*. Sono

[153] In ordine alla presumibile collocazione originaria del passo, nel contesto del commento *ad edictum*, ed alla sua genuinità, oggi giustamente considerata indubbia, si rinvia a quella sede (§ 2 e nt. 60, con gli autori ivi ricordati). V. anche la nt. successiva, in merito alla posizione di Cannata.

[154] La casa da costruire è, forse un po' artificiosamente, in quanto bene non ancora venuto ad esistenza, equiparata al feto della schiava e ai frutti futuri, che, in adempimento di una promessa stipulatoria, non potranno essere messi a disposizione del creditore se non quando sarà decorso il tempo necessario perché sussistano in natura. Solo a partire da quel momento lo stipulante avrà anche azione nei confronti del promittente; nel nostro caso, solo a partire dal momento in cui l'*aedificator* avrà avuto il tempo di completare la costruzione. La convinzione, propria di C.A. Cannata, *Per lo studio...*, cit., p. 159 e nt. 2, che l'*actio ex stipulatu* fosse invece, in età classica, normalmente esercitabile anche prima, non appena si fosse manifestato il ritardo iniziale del costruttore, aveva indotto questo studioso a giudicare, nel nostro passo, la frase *tunc-potest* adiettizia (o comunque così generica da risultare priva di qualsiasi significato incompatibile con la sua tesi): ciò, principalmente perché il riferimento alla *rerum natura* non sarebbe stato da ritenersi congruo con almeno uno dei tre casi descritti nella frase precedente, e cioè proprio il *domum aedificari*. Già sopra però si è discussa l'opinione di Cannata, anche sulla base del fatto che in quell'epoca vi sarà più probabilmente stato *ius controversum* sul punto; ma v. qui in particolare per esempio R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133, nt. 51; S.D. Martin, *The Roman Jurists...*, cit., pp. 78 s., 85 ss. e nt. 31.

[155] Della natura della prestazione, come fondamento della *dilatio*, si è già detto sopra, § 2 e nt. 61, ove letteratura. In rapporto specificamente, qui, al *domum aedificari* v. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'...*, cit., p. 215; R. Knütel, *'Stipulatio poenae'...*, cit., p. 133; S.D. Martin, *The Roman Jurists…*, cit., pp. 79, 85; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación...*, cit., pp. 31, 75 ss.; cfr. F.M. De Robertis, *I rapporti...*, cit., p. 110, che parla di necessità di preparazione.

[156] E' infatti più plausibile che sia stato dato per scontato il fondamento nella *res ipsa* - secondo quanto, come si è visto, diversi autori hanno spesso di volta in volta rilevato, pur senza disporre di appigli di carattere testuale - che non il fondamento nella *conventio* sottostante, alla quale ci si sarebbe tacitamente rifatti (e della quale si fa, invece esplicitamente, menzione nel già esaminato D. 19.2.58.1).

essi stessi, infatti, ed in particolare Paolo, nel già citato D. 45.1.73pr.[157] - passo di cui emerge ancora più l'importanza, per la considerevole valenza sistematica che possiede[158] -, ad aver congiuntamente contemplato tutti i casi per cui è dato riscontrare l'eventualità che, anche in assenza di *adiectio diei*, s'imponga una *dilatio*.

Più esattamente, ci resta da occuparci delle cose future e delle *operae*.

Riguardo alle prime, Paolo allude all'*id quod in utero* (il feto della schiava)[159] e a ai *fructus futuri*[160], essendo l'ottica nella quale si colloca, in questa prima parte del frammento, prevalentemente attinente a cose che ci si è impegnati a *dare* a qualcuno, ma che non sono ancora consegnabili in quanto non venute ad esistenza (ed essendo la stessa prestazione dell'*aedificator* in qualche modo assimilata alle altre, come si è visto, in quanto la *domus*, prima di essere messa a disposizione del committente, ha bisogno di tempo per essere costruita[161]). D'altra parte, queste obbligazioni debbono essere considerate come sottoposte a termine, e non a condizione, perché si ha la ragionevole certezza che i beni che ne formano oggetto presto siano *in rerum natura*[162].

---

[157] Trascritto sopra, al § 2; v. anche la nt. 154.

[158] In merito, v. per esempio M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 208; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., specialmente pp. 55 ss., 62, 75 ss., il quale struttura un po' tutto il suo discorso, relativo ai termini impliciti, a partire dalla nostra fonte, considerata oltremodo importante, anche perché contenente una elencazione esaustiva.

[159] Sul tema del concepito dalla schiava (qui indicato col neutro *id quod*, forse a sottolineare che non è, giuridicamente, una persona), destinato a dar luogo al *partus ancillae*, esiste, come si sa, un'ampia letteratura, alimentata dalle dispute accesesi tra gli stessi giuristi romani; il feto, che poteva formare oggetto di negozi giuridici distintamente dalla madre (oltre che stipulazioni, vendite: cfr. D. 18.1.8pr.; legati: cfr. D. 30.24pr.; I. 2.20.7), interessa qui però in rapporto ai nostri problemi specifici, per i quali v. ad esempio D. Nörr, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in D. Mantovani e A. Schiavone (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, p. 523, nt. 9; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*..., cit., pp. 638 ss., 642; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 58 ss., 63, che a sua volta rileva come, al di là dei termini usati, l'oggetto di queste *stipulationes* (compravendite, legati) di figli di schiavi, come d'altronde di animali, fosse sempre costituito da cose future; P. Ferretti, *'In rerum natura esse. In rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale romano*, Milano 2008, p. 153 s.; C. Terreni, *'Me puero venter'*..., cit., pp. 94 s., 96 e nt. 24, 121, nt. 77, 125.

[160] Saranno per lo più frutti di alberi (da frutto) o messi dei campi; ma il tema, nell'ottica degli studiosi, sembra privo di problematicità, almeno in rapporto a questa fonte; per quanto invece riguarda D. 45.1.83.5, ove si parla di vino prodotto *ex fundo* (cfr. I. 2.20.7, in tema di legati), v. oltre, nel testo.

[161] Ossia, per venire a sua volta ad esistenza. In proposito, v. sopra, § 3 e nt. 154, con i rilievi di Cannata ed il commento nostro.

[162] Su questo punto giustamente insiste F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*..., cit., pp. 642, nt. 11, 643; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 58 ss., 63, nt. 82, 66, secondo il quale le cose future cui fa riferimento Paolo sono quelle che già comunque hanno un principio attuale di esistenza o un'esistenza virtuale, suscettibile di diventare attuale in base ad uno sviluppo normale delle cose (quindi, per tornare, all'esempio del feto, solo nel caso che la donna sia già incinta). Ad ogni modo, v. anche per esempio G. Grosso, *Obbligazioni*..., cit., p. 52, che, in merito alle *stipulationes* (ed altri atti negoziali) di cose future, preferisce però parlare di *condicio iuris*; D. Nörr, *Alla ricerca*…, cit., pp. 554 ss., il quale,

Il fondamento dell'inerenza del termine, ossia della non immediata esigibilità dell'*obligatio* (non esercitabilità dell'*actio*, nell'approccio dei giureconsulti romani), sta quindi nella *res ipsa*, nella natura della prestazione[163]. La sua *computatio* poi, negli esempi fatti, risulterà ancor più agevole che non in altri frangenti: i nove mesi del parto; i tempi di maturazione normali, tali da consentire il distacco, la raccolta dei frutti[164].

Paolo torna ad occuparsi di cose future e di tempo dell'adempimento in un altro passo del suo commento all'*edictum*, da lui stesso definito in qualche modo *tractatus*[165], tanto è ampia la prospettiva che abbraccia, dato che vi si affronta il tema complesso della possibilità ed impossibilità, naturale o giuridica, originaria o sopravvenuta, definitiva o reversibile, della prestazione, con le conseguenze che ne derivano circa la validità o invalidità, esigibilità o inesigibilità dell'obbligazione[166]. Si

tra i beni che possono costituire oggetto di fattispecie sottoposte a termine o a condizione (del che diremo meglio tra breve, a proposito di D. 45.1.83.5), distingue sia i *fructus* che il *partus ancillae* per il loro alto grado di "possibilità"; P. Ferretti, *'In rerum natura'*..., cit., p. 153, del quale ci lascia forse un po' perplessi l'affermazione secondo cui il giurista utilizzerebbe, qui, il neutro *id quod in utero sit* non per la ragione da noi addotta sopra, alla nt. 159, ma perché sarebbe più idoneo ad indicare l'oggetto incerto della promessa, ossia tutti coloro che nasceranno dalla schiava.

[163] Della qual cosa la dottrina prende, pressoché unanimemente, atto: v. per esempio U. Brasiello, *'Obligatio'*..., cit., p. 548; S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98; C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 71; E. Betti, *Appunti*..., cit., p. 305; C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., p. 159, nt. 2; M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 214 s.; S.D. Martin, *The Roman Jurists*..., cit., p. 79 e nt. 2; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., p. 554 s.; Id., *'Exempla'*..., cit., pp. 34, 36, 38; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*..., cit., pp. 639, 642 e nt. 12; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., *passim*, ma specialmente pp. 31, 55, 59, 63 e nt. 83, 65; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., pp. 64 e nt. 33, 65; P. Ferretti, *'In rerum natura'*..., cit., p. 154.

[164] Si tratta, anche in questo caso, di dati abbastanza scontati, ma non a tal punto, a nostro avviso, da giustificare completamente il silenzio degli studiosi in proposito. Come si vedrà analizzando il prossimo frammento, in materia di cose future, la questione relativa alla determinazione del tempo, una volta per tutte, poteva talora complicarsi.

[165] Sul punto v. C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., pp. 65, 73; Id., *Corso*…, cit., p. 224, il quale precisa che con quest'espressione deve intendersi, in quel contesto, una sequenza di *quaestiones* casistiche coordinate, così da assumere una significativa valenza dogmatica; cfr. ad esempio, per tutti, A. Palma, *Vicende della 'res' e permanenza della 'causa'*, in *'Sodalitas'. Scritti A. Guarino*, vol. III, Napoli 1984, p. 1496, per cui quello di Paolo è un discorso complesso impostato su strutture sistematiche forse di scuola; O. Behrends, *Kontroverse Konjunktionen oder: War die römische Jurisprudenz eine Rechtswissenschaft ?*, in *ZSS*, 130 (2013), pp. 433, nt. 3, 452, che lo descrive come un *tractatus'an eadem res sit'*.

[166] A ciò si aggiungano le connesse implicazioni relative alla causa, all'identità della cosa, alla quiescenza e alla reviviscenza dell'obbligazione, alla imputabilità o meno al debitore dell'impossibilità sopravvenuta, al fatto e alla colpa. Per una sintesi ancor più dettagliata rinviamo qui, per esempio, a C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., pp. 58 ss.; Id., *Corso*…, cit., pp. 222 ss.; G. Mac Cormack, *'Factum debitoris' and 'culpa debitoris'*, in *TR*, 41 (1973), p. 62 s. e nt. 19; A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1489 ss.; J.D. Harke, *Vorübergehende Unmöglichkeit*..., cit., pp. 112 s., 116, 120; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 544 ss.; Id., *'Exempla'*..., cit., pp. 7, 11, 29, 33 ss.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 42, 49, 57 ss., 64 ss.; Id., *D. 45.1.83.5 (Paul. 72 'ad ed.') y D. 46.3.98.8 (Paul. 15 'Quaest'.): análisis y comparación*, in *RDR*, 16-17 (2016-2017), pp. 5 ss., 10 ss.; O. Behrends, *Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie. Die Rationalität der antiken römischen Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter Nörrs*, in *Index*, 37 (2009), pp. 432 s., 438; Id., *Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen ?*, in *ZSS*, 128 (2011), pp. 86, 110 ss.; Id., *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., pp. 432 ss., anche a commento dell'opera di Nörr; V. Marotta, *Una nota su D. 45.1.83.5 (Paul. 72 'ad ed.')*, in *'Iuris quidditas'. 'Liber amicorum' per B. Santalucia*,

legga infatti:

Paul. 72 *ad ed.* D. 45.1.83.5: *Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit. Quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. Sed haec dissimilia sunt: adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: 'illum, cum servus esse coeperit, dare spondes? item 'eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari?' quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. Vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur. Et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt. Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad praetorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur et an eadem res sit, quaeritur*[167].

Napoli 2010, pp. 193 ss.; J. Platschek, *Zum Aufbau von D. 45.1.83.5: Notiz "aus Anlass einer Kontroverse"*, in *ZSS*, 129 (2012), pp. 571 ss.; J. Hernando Lera, *'Ad impossibilia nemo tenetur'*, in F. Reinos Barreiro (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid 2014, pp. 422 s.

[167] Il lungo passaggio, che O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. I, col. 1089, n. 798, colloca sotto la rubrica *De stipulationibus* del libro 74 del commento di Paolo, era stato attaccato dalla critica interpolazionistica (cfr. *Index interpolationum*…, vol. III, cit., col. 386 s., ed in particolare G. Beseler, *Beiträge*..., cit., vol. I, Tübingen 1910, p. 111, che considera insiticio il brano che va da *et ea* a *in obligationem*; V. Arangio Ruiz, *Studi formulari*. II. *In tema di 'adiudicatio'*, in *BIDR*, 32 (1922), p. 22, nt. 1, che la pensa allo stesso modo riguardo alla frase che va da *sicuti*

Il discorso del giurista severiano, al quale la dottrina, anche recente, ha dedicato studi numerosi[168], va inserito nel quadro del *ius controversum*, a maggior ragione se, accogliendo una proposta del Cuiacio, integriamo il testo aggiungendovi un riferimento a Celso[169]. Non è questa la sede per un contributo, anche nostro, all'esegesi e all'interpretazione dell'intero frammento, ricco indubbiamente di stimoli rilevanti sotto il profilo etico-culturale, oltre che giuridico[170]: il compito che ci spetta, qui, è unicamente quello di indagare la disciplina dell'*obligatio* nel cui assetto, essendovi cose future, deve ritenersi implicitamente compreso un termine (*tempus continetur*, secondo la chiara attestazione di Paolo in proposito). Bisogna d'altronde quanto meno cercare di riconsiderare la problematica del fondamento, e conseguentemente del computo, di detto termine alla luce di una convinzione che a un certo punto il giurista esprime: *nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt*[171]. La regola è che dunque, in linea di massima, oggetto dell'impegno assunto può essere soltanto ciò che è suscettibile di utilità nell'immediato e non,

---

de aedibus in poi), ma con argomenti già a suo tempo contestati (v. per esempio A. Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *AUME*, 1 (1927), p. 54, nt. 2) ed oggi in gran parte rigettati dalla dottrina (per tutti, v. ad esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., p. 73, nt. 1; Id., *Corso*…, cit., pp. 224 ss.; A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1492 e ntt. 9-10, 1493 e nt. 12; V. Marotta, *Una nota*..., cit., pp. 193 ss.; F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., pp. 1 ss.). V. tuttavia oltre, testo e nt. 169, per quanto attiene all'integrazione proposta dal Cuiacio.

[168] Si tratta di quelli variamente ricordati in queste note; ma, per una rassegna recentissima, cfr. F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., p. 1 s. e nt. 3. Il passo, comunque, è talmente ricco di suggestioni che viene spesso citato, per una ragione o per l'altra, da autori che pur si occupano *ex professo* di altri argomenti: solo a titolo di esempio, v. A.M. Giomaro, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano 2012, p. 68 s. e nt. 69, a proposito della *lex aliqua* di cui si fa a un certo punto cenno.

[169] *Celso tamen contra visum est*, da premettere, secondo Cuiacio, a *quoniam una atque eadem causa*… Tale integrazione, menzionata nell'edizione mommseniana, e per lungo tempo non accolta (v. per esempio Lenel, citato alla nt. 167; ma v. nt. 174), è invece oggi tenuta per lo più in considerazione: v. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., pp. 61 ss., 73, nt. 1; Id., *Corso*…, cit., pp. 222 ss., 228, per cui un confronto fra Celso e Paolo, due dei massimi dogmatici delle rispettive epoche, è perfettamente plausibile; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 539 ss., 549 e nt. 117, 553, 556; Id., *'Exempla'*..., cit., p. 33 s., il quale accetta l'idea che Celso, non rammentato nel testo che ci è stato trasmesso, sia però il vero termine polemico di Paolo; F. Cuena Boy, che, nonostante qualche dubbio sulla piena attribuibilità a Celso, anziché a Paolo, delle parole da *quoniam* in poi (v. *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 42, nt. 43, 99 s., nt. 163), in generale comunque ritiene (v. soprattutto *D. 45.1.83.5*..., cit., pp. 4, 11, 13, 17) che Celso "corra in incognito" lungo tutto il brano, delle cui possibili ricostruzioni l'a. con interesse si occupa; V. Marotta, *Una nota*..., cit., pp. 193 ss., 199 s.; O. Behrends, *Wie haben wir*..., cit., pp. 86, 110 ss., 120; Id., *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., pp. 432 ss. e nt. 6, 445, nt. 39; cfr. A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1492 e nt. 10, 1497 ss., il quale, riprendendo un parere di Ferrini, opina che tutta la motivazione compresa tra *quoniam* e *obligari* sia tratta da un giurista classico solo presumibilmente identificabile con Celso.

[170] A tale aspetto presta particolare attenzione, tra gli studiosi, per esempio D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 539 ss., 544; cfr. per esempio A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1491 s., 1502.

[171] Sulla centralità di questo brano, per l'ermeneutica del discorso complessivo, v. per esempio F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 57 ss.; cfr. per esempio D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., p. 554 s.; Id., *'Exempla'*..., cit., p. 40; O. Behrends, *Wie haben wir*..., cit., pp. 123, 125, 128; Id. *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., p. 436; J. Platschek, *Zum Aufbau*..., cit., p. 572.

eventualmente, nel futuro; ciò, *a fortiori* se l'evento atteso (per esempio, la caduta in schiavitù di un uomo libero, cosicché possa essere consegnato in esecuzione di una promessa stipulatoria) è cosa poco auspicabile innanzi tutto dal punto di vista morale[172]. Vi saranno però delle circostanze in cui l'evento atteso corrisponde allo sviluppo naturale delle cose, ed è assolutamente prevedibile che si verifichi[173]: questa è la ragione autentica per cui un'opinione espressa da Pedio, circa la stipulazione di dare cento anfore di vino proveniente da un certo fondo, da ritenersi valida, è accolta da Paolo[174]. L'ulteriore precisazione di quest'ultimo, che trattasi di *obligatio* di un *genus*,

[172] E' anche, ma non soltanto, in base a questo argomento che Paolo si oppone alla dottrina da altri propugnata, e che in fin dei conti edificava su un presupposto molto semplice, il non tener affatto conto della ragione che aveva causato l'impossibilità. Sull'esempio dell'uomo libero e del servo, in quanto termine di paragone forse più rilevante, contro cui il giurista severiano muove obiezioni anche eticamente ispirate, adducendo come esempio di promessa invece valida quello, per noi interessante, delle anfore di vino, v. qui A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1494, 1502, il quale parla di interpretazione affinata che, anche a costo di sacrificare gli interessi dei contraenti, rifiuta la reviviscenza di un'obbligazione perché qualcuno è caduto in schiavitù; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., pp. 222 ss., 230 s., secondo cui Paolo invoca un interesse pubblico, la salvaguardia della dignità umana; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 539 ss., 546 ss.; Id., *'Exempla'*…, cit., pp. 7, 35 s.; G. Crifò, *'Semitae et vestigia libertatis'*, in *Studi per G. Nicosia*, vol. III, Milano 2007, p. 51; V. Marotta, *Una nota*..., cit., pp. 193 ss., 199 ss., il quale rileva come, nell'ottica paolina, l'*homo liber* costituisca il caso più significativo di impossibilità originaria che, in quanto imposta dal *ius*, non può successivamente tramutarsi in possibilità; C. Corbo, *Tra salvaguardia della 'libertas' e tutela della 'bona fides': il caso della vendita dell'uomo libero*, in *SDHI* 81 (2015), p. 157 s., nt. 5; F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., pp. 1 ss., 11, 13 ss., 17.

[173] In ordine alla circostanza che è proprio in ragione di ciò che tali obbligazioni, aventi ad oggetto cose future, nascono valide, anzichenò, e devono ritenersi semmai soggette a termine, piuttosto che a condizione, v. già quanto si diceva sopra, testo e nt. 162, con gli autori ivi citati. Ma v. ancora qui, con peculiare riferimento a D. 45.1.83.5, soprattutto F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 57 ss., 64 ss., per cui la stessa terminologia utilizzata da Paolo si addice molto più al termine che non alla condizione; cfr. J.D. Harke, *Vorübergehende Unmöglichkeit*..., cit., p. 116; V. Marotta, *Una nota*..., cit., pp. 193 ss., 201 ss., con osservazioni sempre caratterizzate da apprezzabile spirito di discernimento. Sembrano inclini ad ammettere la possibilità, più o meno teorica, di una ricostruzione in termini di *stipulationes condicionales*, per esempio G. Grosso, *Obbligazioni*..., cit., p. 52; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 553 ss.; Id., *'Exempla'*..., cit., pp. 34, 35 e nt. 118, 36, per cui non è escluso che taluno abbia tentato di risolvere tutti i problemi di quel genere in base alla dottrina della *condicio.*

[174] Non è facile comprendere se, nel contesto generale del frammento, il parere di Pedio - che O. Lenel, *Palingenesia*..., cit., vol. II, col. 8, n. 52 (il quale qui sorprendentemente accetta l'integrazione di Cuiacio su Celso), considera ricavato da un'opera monografica *De stipulationibus* - fosse, nonostante l'assenso di Paolo sul punto specifico, invece consentaneo alla linea di pensiero cui si voleva contrapporre. Molto dipende anche dall'interpretazione che si voglia dare delle parole iniziali della frase *pro quo*, che per esempio C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 228, e V. Marotta, *Una nota*..., cit., p. 195 traducono "nello stesso senso"; ma bisogna riconoscere che se Paolo avesse accolto completamente il punto di vista di Pedio, forse esteso da Celso a casi giudicati dal giureconsulto severiano inaccettabili, non avrebbe neppure avvertito la necessità di operare ulteriori distinguo, come invece fa, rimarcando le differenze (*sed haec dissimilia sunt*…). Ad ogni modo, per una rassegna di opinioni, v. per esempio A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1492, nt. 9, 1495 s., 1500, favorevole a riconoscere la suddetta consentaneità di Pedio con la tendenza contestata, anche perché egli non fa riferimento alcuno alla questione del *genus*, che è una precisa aggiunta paolina; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 228, secondo il quale Paolo cita Pedio perché molto probabilmente lo leggeva in Celso; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 549 e nt. 117, 553, 556; Id., *'Exempla'*..., cit., pp. 11, 33 s., per cui Paolo considerava suo ideale contraddittore anche Pedio, il quale, con questo esempio forse un po' paradossale e scolastico (le cento anfore, ben venticinque ettolitri di vino, che, se perdute, andrebbero riconsegnate all'infinito), spia dell'autonomia di pensiero della giurisprudenza, cercava di avvalorare le argomentazioni di Celso; V. Marotta, *Una nota*..., cit., pp. 195, 199 e nt. 15, 200 e nt. 16, ad avviso

e non di una *species*[175], serve in realtà a spiegare come mai essa non si estingua per impossibilità sopravvenuta, nel caso in cui pur senza colpa del promissore il vino così ottenuto vada perduto: bisognerà semplicemente attendere una nuova produzione. Perché proprio questo è il punto che a noi interessa: una *stipulatio* di questo tipo è conclusa *utiliter*, ma non è immediatamente esigibile, visto che bisognerà *exspectare* il tempo necessario perché il vino esca (*donec nascatur*) dalla vendemmia del fondo in questione; una volta che il termine sia decorso, se il prodotto va *consumptum* per qualche ragione, non se ne può pretendere immediatamente di nuovo (*cessatura stipulatio*), ma bisognerà *exspectare* ancora un tempo, quello necessario alla produzione successiva, dato che comunque l'*obligatio verbis* non è venuta meno (*valitura stipulatio*)[176]. Ed ecco infine i due quesiti dal nostro punto di vista cruciali: 1) Quale il fondamento

del quale è difficile stabilire come Pedio sviluppasse il suo ragionamento sull'intera materia, anche se forse alla fine perveniva a conclusioni più vicine a quelle di Celso; O. Behrends, *Wie haben wir*..., cit., pp. 86, 110 ss., 114, 120, 124; Id., *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., pp. 434 s., 445, nt. 39, che, al contrario di Nörr, pensa che il caso descritto da Pedio non sia affatto avulso dalla pratica commerciale del tempo; F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., pp. 9 s., 17, il quale ritiene che anche la soluzione data da Pedio al caso delle anfore di vino fosse in verità parte della citazione o rassegna fatta da Celso.

[175] Naturalmente, la prestazione potrà essere di fatto eseguita solo in rapporto ad una *species* (le cento anfore di vino), ma i *verba stipulationis*, che menzionavano il fondo di provenienza e non l'annata, erano formulati in modo tale da consentire di poter ancora attingere al *genus* "vino ricavato da vendemmie effettuate su quel fondo". In proposito, v. per esempio C.A. Cannata, *Per lo studio*…, cit., pp. 61 ss., 66; Id., *Corso*…, cit., pp. 226, nt. 505, 229 s., il quale osserva che il *genus* esiste anche se concretamente non ne esistono al momento delle *species*, quantunque sia con quelle, destinate ad esistere in futuro perché la produzione è possibile, che poi l'obbligazione andrà adempiuta; G. Mac Cormack, *'Factum'*..., cit., p. 62 s.; A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1495, 1502; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., p. 556, che peraltro nota delle contraddizioni nell'impostazione di Paolo, dato che talora la cosa futura oggetto di una *stipulatio* dal suo punto di vista valida (ad esempio, il *partus ancillae*) può essere senz'altro di specie; V. Marotta, *Una nota*..., cit., p. 200 s.; O. Behrends, *Wie haben wir*..., cit., p. 124; Id., *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., p. 434; F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., p. 13 s., che si pronuncia in termini a nostro avviso analoghi quelli di Nörr, spiegando che gli argomenti forti contro l'orientamento di Celso erano, come si è visto, prevalentemente altri.

[176] Il fenomeno della quiescenza (*cessatura stipulatio*) e della reviviscenza (*valitura*) dell'obbligazione dev'essere in questo caso secondo noi spiegato riferendolo, come fa giustamente C.A. Cannata, *Per lo studio*..., cit., pp. 62, 66 (cfr. Id., *Corso*..., cit., pp. 226, 228 ss.), alla esigibilità dell'obbligazione o, per meglio dire, nella prospettiva dei giuristi romani, alla esercitabilità dell'azione (cui potrebbe alludere il verbo *exspectare*, nel senso di aspettare ad agire). Orbene, l'*actio ex stipulatu*, non esperibile finché i grappoli d'uva sono ancora sui tralci, lo sarà invece non appena il vino verrà prodotto e sarà quindi travasabile nei *dolia*; se questi vanno perduti per colpa del promittente, contro di lui potrà ancora essere utilmente esercitata l'azione; se invece periscono per cause indipendenti dalla sua volontà, allora l'azione non potrà essere esercitata, ma, trattandosi di un *genus*, solo temporaneamente, perché con la nuova vendemmia tornerà ad esserlo. Sulla materia, connessa all'utilizzo di verbi come *cessare* e *valere*, v. per esempio A. Guarneri Citati, *Reviviscenza*..., cit., p. 54 nt. 2; A. Palma, *Vicende*..., cit., pp. 1496, 1500 s. e nt. 39, il quale appare critico verso l'impostazione di Cannata, che nega il vero e proprio estinguersi e rinascere dell'obbligazione; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., pp. 549 e nt. 117, 553 e nt. 143; Id., *'Exempla'*..., cit., pp. 11, 34, secondo cui, in particolare, il verbo *cessare* (provvisoriamente) va appunto distinto dall'estinzione in quanto tale; V. Marotta, *Una nota*..., cit., p. 200, che a ragione parla di temporanea inesigibilità; O. Behrends, *Wie haben wir*..., cit., p. 115; Id., *Kontroverse Konjunktionen*..., cit., p. 446; F. Cuena Boy, *D. 45.1.83.5*..., cit., pp. 11, 15.

dell'inerenza del termine? Certamente la natura della prestazione[177], nel contesto del passo, perché la *datio* delle anfore, contenenti una *species* che non esiste ancora, o non esiste più, non è possibile *statim*, ma avrà bisogno di tempo per venire, o tornare, ad esistenza, ciò che corrisponde al tacito accordo delle parti (*tacite continetur*, espressione dedicata dal giurista propriamente alla stipulazione in esame)[178]; 2) Quale il computo del termine inerente? Il *donec nascatur* dipenderà dalla stagione in cui durante l'anno si è stipulato, da quanto insomma manchi alla vendemmia prossima, secondo ciò che di solito si fa, evidentemente, sul fondo in questione[179].

Riguardo all'altra categoria di obbligazioni di cui dobbiamo occuparci, quelle che vertono sulle *operae*, occorre osservare che sempre il nostro Paul. D. 45.1.73pr. ne assimila la disciplina (*item* di apertura della frase conclusiva del passo[180]) alle fattispecie appena sopra esaminate: ciò, in rapporto alle opere del liberto, il cui *dies*, inespresso,

---

[177] Ciò, malgrado che la *natura*, espressamente citata solo nel prosieguo (*et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt)*, non sia esattamente descritta da Pedio-Paolo come fondamento dell'*exspectare*. In proposito, v. comunque per esempio S. Solazzi, *L'estinzione*..., cit., p. 98 e nt. 2; C.A. Maschi, *La concezione*..., cit., p. 274, nt. 2, secondo cui in D. 45.1.83.5 per natura s'intende la realtà concreta, donde la possibilità dell'oggetto di un'obbligazione; D. Nörr, *Alla ricerca*..., cit., p. 554 s.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 42, 49, 65; Id., *D. 45.1.83.5*..., cit., p. 19, il quale rileva che alla natura, al sussistere in essa, senza dubbio si riferiscono locuzioni come *nascatur* e *dari possit*, presenti nella frase in questione.

[178] Non tanto dunque Pedio, quanto piuttosto Paolo, nella sua specifica osservazione successiva, ritiene che un *tempus* sia compreso nella *stipulatio vini* in forza di un tacito *convenire*, sul punto, delle parti. Si noti altresì che del termine implicito il giurista fa cenno subito dopo aver rappresentato l'obbligazione in questione come di genere, e non di specie, ma l'inerenza (cui si allude nella proposizione principale coordinata immediatamente seguente: *et tacite*…) non è fatta *dipendere* dal carattere generico della *stipulatio*, secondo l'interpretazione qualche volta proposta dagli studiosi. Di questi vogliamo qui soprattutto ricordare, per esempio, A. Wacke, *Zur Lehre*..., cit., pp. 250, 133; R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'*..., cit., p. 202, che collega il *tacite* al *quod actum*; C.A. Cannata, *Corso*..., cit., p. 226, nt. 505; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 64 s.; Id., *D. 45.1.83.5*..., cit., p. 13; V. Marotta, *Una nota*..., cit., p. 201. Più generici, sul problema del fondamento del termine, per esempio M. Talamanca, *'Conventio'*..., cit., p. 208; A. Palma, *Vicende*..., cit., specialmente p. 1501 s.

[179] Questo, senza che però la situazione del promittente possa essere in nessun modo assimilata a quella dell'*aedificator* di cui a Paul. D. 45.1.73pr. (e di cui a tutti gli altri passi esaminati nel § precedente), perché qui l'obbligazione è di *dare*, e non di *facere*, e il debitore potrebbe anche non essere affatto il produttore, alle cui personali possibilità organizzative avere per ipotesi riguardo, ma un semplice commerciante. La *computatio* del termine, della quale la dottrina non pare essersi purtroppo interessata, in questo caso, dovrà tener conto dei tempi oggettivi di maturazione delle uve, nella zona in cui il fondo si trova, di quelli abituali della vendemmia e della produzione del vino, ed infine di quelli, eventuali e molto rapidi, dell'acquisto.

[180] Riteniamo che la suddetta assimilazione valga, oltre che per il fondamento nella *res ipsa* della *dilatio* (frase di apertura; sul punto, cfr. oltre, alla nt. 183), al limite anche per la tacita comprensione del tempo nell'assetto stipulatorio (frase immediatamente precedente: v. per esempio R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'*..., cit., pp. 204, nt. 12, 206, 226); più difficilmente per le prestazioni aventi ad oggetto cose future (frase intermedia: v. F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 126 ss.; cfr. P. Pescani, *Le 'operae libertorum'*, Trieste 1967, p. 74), perché se già considerare la *domus aedificanda* una cosa futura era frutto di un accostamento forzoso, nondimeno in qualche modo consentito dalla contiguità testuale, fare la stessa cosa con le *operae* ci sembra quasi impossibile.

non *cedit* se non al momento in cui il patrono ne fa richiesta (*indictio*)[181], secondo gli usi di quel tempo[182].

D'altra parte è proprio per loro *natura*[183] che le prestazioni di *operae* '*necessariam habent temporis divisionem*', come recita lo stesso Paolo, in un altro passo già in precedenza studiato[184], D. 40.7.20.5[185], dal quale altresì si evince che l'unità di misura era rappresentata dalla giornata lavorativa[186]: l'interessato, che è qui lo *statuliber*[187], doveva attendere che fossero scaduti i tempi normali per la prestazione di esse (*cum tempus transierit, per quod operarum quantitas consummatur*), prima che, anche in caso di rifiuto dell'erede di riceverle, potesse ritenersi libero. Al medesimo principio sono in fin dei conti ispirate le stesse parole conclusive del frammento precedente (*nec sint praestitae*): lo stipulante non potrà farsi valere, nelle sedi opportune, finché non sia

[181] Regola generale, come vedremo, è che le *operae*, la cui prestazione richiedeva comunque tempo, potessero essere tuttavia pretese *ex die interpositae stipulationis* (D. 38.1.24); diversamente, solo in casi particolari, di lavori a carattere stagionale (cfr. oltre, alla nt. 183), ovvero nel caso del liberto, tenuto dal momento in cui ne era sollecitato dal patrono. Sul tema, considerato in connessione alla fonte esaminata, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 32, 107 ss., 110; R. Knütel, *'Stipulatio' und 'pacta'*..., cit., pp. 204, 206, per cui l'*indictio patroni*, che sancisce una scadenza, è una misura determinante, e anche se non trova rispondenza alcuna nel formulario attiene alla logica stessa della *promissio*; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., pp. 257 ss. e ntt. 95 e 98, 309; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 124.

[182] Tali usi vanno ritenuti trasfusi nell'assetto obbligatorio, e ciò indubbiamente contribuisce a quel tipo di differimento, nel tempo. Abbiamo visto come anche al computo del termine inerente alla *stipulatio vini*, di cui a D. 45.1.83.5, non siano estranei gli usi del luogo. D'altronde, si ricordi che lo stesso art. 1183 c.c richiama espressamente gli usi.

[183] Del resto, oltre al passo in esame, che menziona la *natura*, anche Paul. D. 45.1.73pr. citava, come si è detto, la *res ipsa* nel suo proprio *incipit*, riferibile a tutte le fattispecie che poi passa ad esaminare, tra le quali la nostra. In effetti le *operae* si dispiegano necessariamente nello spazio e nel tempo, e la collocazione cronologica è ad esse essenziale, perché spesso non prestarle a tempo debito (basti solo pensare a certi lavori di carattere agricolo, come la mietitura, per i quali si faceva ricorso alla manodopera di estranei liberi in via d'urgenza) è come non prestarle, equivale insomma ad un non-lavoro. E' pertanto dalla natura della prestazione che, in mancanza di un *dies* espresso, si ricavava quando il *dies cedebat*: normalmente, come si è detto, subito, ma in qualche circostanza era implicito che la prestazione dovesse essere eseguita solo in un appropriato momento successivo. E si ricordi che se nel quadro di una *locatio operarum*, in caso di controversia, al giudice pacificamente spettava il potere di valutare con discrezionalità ampia tutti questi fattori, assai meno scontato ciò era, come si sa, nel quadro della *stipulatio*, in cui l'impegno a svolgere l'attività lavorativa fosse stato trasfuso. A commento di quanto sopra, e sempre in rapporto al radicamento del termine nella natura della prestazione, quale in particolare risulta dalle due testimonianze paoline di cui qui si tratta, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 27, nt. 4, 29 ss., 108; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., p. 257 s.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 62 s., 117 s. e nt. 206, 124, 128 s.

[184] Riportato alla nt. 65.

[185] Escerpito dal libro 16 dell'*ad Plautium* di Paolo, e collocato da O. Lenel, *Palingenesia*..., vol. I, cit., col. 1172, n. 1227, sotto il titolo *De manumissionibus*, il frammento non è mai stato sospettato di particolari alterazioni (v. *Index interpolationum*..., cit., vol. III, col. 140).

[186] Comunque in quest'ambito, che attiene all'accorpamento delle ore di lavoro ovvero alla loro distribuzione entro un determinato arco temporale, molto dovevano incidere, oltre agli accordi presi, gli usi dei luoghi. Sulla materia v. soprattutto F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 24, 27, 108.

[187] V. ancora sopra, § 2 e nt. 65.

trascorso un simile lasso di tempo e le *operae* siano rimaste ineseguite[188].

Anche nel secolo precedente i giuristi si erano occupati del termine inerente alle opere.

Nei *Digesta* di Celso, in un altro frammento a noi noto[189], ossia D. 50.17.186, cui i giustinianei attribuirono una portata di carattere generale, ma che originariamente riguardava le *operae libertorum*, veniva posto il problema relativo a *quando* il creditore potesse agire (*petere*). La risposta del giurista è chiara: non prima che sia passato il tempo richiesto dalla *rerum natura* per l'adempimento di una siffatta obbligazione[190]; non prima, insomma, che quelle prestazioni possano ritenersi *praeteritae*, passate, scadute[191].

In termini persino testualmente analoghi si pronunciava nella stessa epoca Giuliano, in un altro dei passi da noi sopra esaminati, D. 38.1.24[192], ed in rapporto ad una *stipulatio* di *operae pictoriae fabriles*[193]: un *tractus temporis*, al di là delle parole utilizzate

---

[188] Talché, dunque, anche in questo caso le *operae* per cui si agisce possono essere ritenute *praeteritae*, secondo quanto si dirà tra breve: cfr. per esempio F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 124.

[189] E riportato sopra, § 1.

[190] A conferma, v. gli autori già citati sopra, alla nt. 18; ma v. qui, con più peculiare riferimento alla natura delle *operae*, per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 107; T. Mayer Maly, *Romanistisches über die Stellung*..., cit., p. 121; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., pp. 257 s. e nt. 95; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación. Dos estudios breves*..., cit., p. 642, nt. 12; Id., *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., pp. 63, nt. 83, 117 s. e nt. 206, 126.

[191] Cfr., rispetto all'interpretazione del passo in questione, per esempio F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 122 e nt. 218.

[192] Trascritto sopra, § 2. Il passo era stato attaccato dalla critica interpolazionistica (v. *Index interpolationum*…, vol. III, cit., p. 54) con argomenti poi ritenuti superati, anche da parte di chi, come per esempio P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., p. 58, nt. 23[bis] (cfr. oltre, alla nt. 198) o K. Viski, *Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano*, in *Studi G. Grosso*, vol. IV, Torino 1971, p. 338, nt. 17, dubita che il frammento possa essere rimasto intatto nel corso dei secoli.

[193] Si tratta ovviamente di attività che potevano formare il contenuto anche di altro genere di contratti (cfr. F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 63.), ma bisogna dire che in questo frangente rilevano esclusivamente come oggetto di *stipulatio*, avuto riguardo anche alla collocazione originaria del passo, nei *Digesta* giulianei (cfr. sopra, § 2 e nt. 33). Di solito le opere fabbrili e quelle pittorie erano citate distintamente, ma qui Giuliano sembra volerle accomunare, quasi che le seconde fossero una *species* delle prime, forse perché nella valutazione sociale del tempo tutte rientravano nel novero dei lavori manuali, tanto da essere per lo più prestate non da liberi ingenui, ma da schiavi o da liberti. Anche quest'ultimi, di cui a un certo punto si fa menzione, potrebbero essere stati a loro volta contemplati in quanto fabbri o pittori, visto che sono gli unici tipi di mestieri presi in esame nel frammento. A commento, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 73 s., 216; R. Martini, '*Mercennarius'. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano 1958, pp. 44 s., 51; I. Calabi Limentani, *Studi*..., cit., pp. 80 ss.; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., pp. 74, 129, nt. 41; K. Viski, *Sulla qualifica*..., cit., p. 337 s.; F. Lucrezi, *'Pictores servi'*, in *Opus*, 3 (1984), pp. 85 ss. (= Id., *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli 1984, pp. 183 ss.), il quale osserva come anche le *operae fabriles* potessero spesso consistere in attività alquanto laboriose, poco comode da svolgere; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., p. 226 s.; F. Pulitanò, *'De eo quod*

nella formula, inerisce alla *res ipsa* di quell'obbligazione[194], e nessuna azione potrà essere proposta se le opere in questione non saranno da considerarsi ormai *praeteritae*[195]. Il grande giureconsulto adrianeo passa poi a trattare delle *operae libertorum*, rimarcandone la differenza con quelle dovute da fabbri e pittori: la prestazione di quest'ultime, pur comportando necessariamente tempo, può essere richiesta dal creditore fin dal giorno in cui l'obbligo è stato contratto (*ex die interpositae stipulationis*)[196]; quella del liberto, invece, dipende dal *commodum* del patrono, che la richiederà quando vorrà[197], e sebbene i *verba stipulationis* non facciano minimamente menzione di questa eventualità tuttavia essa è da ritenersi compresa nell'*id quod actum est inter eos*, cioè nella *conventio* sottostante[198].

Quanto infine ai criteri di calcolo del tempo di tutte queste opere, è ovviamente difficile dire in generale, perché molto dipende dal tipo di lavoro che il promittente si è impegnato a svolgere. Alcune obbligazioni, comunque, sembrano davvero fondate sull'*intuitus personae* (basti pensare a quella assunta dal pittore)[199], ed in tal caso non

---

certo loco'..., cit., p. 63.

[194] Sulla *res ipsa*, che come più volte osservato è da identificarsi con la *rerum natura*, v. qui per esempio S. Solazzi, *Sull'obbligazione*..., cit., p. 36; I. Calabi Limentani, *Studi*..., cit., p. 83; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., p. 91 s.; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., p. 257 s.; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 126 s.

[195] In merito all'uso di quest'espressione, anche da parte di Giuliano, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 31; I. Calabi Limentani, *Studi*..., cit., p. 82 s.; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., pp. 74, 92; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 122 e nt. 218.

[196] Ciò, in applicazione del principio generale per cui il creditore poteva esigere l'esecuzione della prestazione *confestim*. Cfr. in proposito, sopra, nt. 4; ma con particolare riferimento al nostro passo v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., p. 32; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., p. 59; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., p. 258 e nt. 98, con qualche distinguo rispetto a Pescani.

[197] Neppure il patrono, tuttavia, potrà pretendere che un'incombenza che di per sé richiede al liberto più giornate di lavoro (le cento opere pittorie, secondo l'esempio fatto appena sopra) possa essere sbrigata in un sol giorno. Circa il *commodum patroni* ed i limiti cui va inevitabilmente incontro, per le ragioni dette, anche il suo potere di *indictio*, v. per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 24, 30, 32, 60 s.; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., pp. 58 s., 83, 91 s., 100, 121; F. Lucrezi, *'Pictores'*..., cit., p. 88; W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., pp. 257, 309; F. Cuena Boy, *'Rerum natura' e imposibilidad física de la prestación*..., cit., p. 127 e nt. 230.

[198] P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., p. 58 e nt. 23[bis] appare strenuamente impegnato nel tentativo di dimostrare la non genuinità della frase in cui, nel passo, figura il presente *agi*, anziché l'*actum est*, che sarebbe in effetti più rigoroso, per alludere alla *conventio* in precedenza intervenuta, e che anche noi abbiamo per questo preferito utilizzare, nel testo. Ma occorre ricordare come, almeno tra le fonti esaminate in questo scritto, ambedue le locuzioni siano ricorrenti (*agi* compreso: v. per esempio D. 45.1.126.2), del che è consigliabile, a nostro avviso, prendere pacificamente atto. Sul fondamento dell'inerenza nell'*id quod actum est*, e non soltanto negli usi di cui si diceva sopra, v. qui, oltre allo stesso Pescani, per esempio W. Waldstein, *'Operae'*..., cit., p. 258; F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 63, che parla di pattuizioni su elementi accessori.

[199] Il lavoro del quale, anche quando fosse un soggetto libero, ingenuo o liberto, anziché un servo, era pur sempre considerato, nell'esperienza romana, un'occupazione piuttosto umile, da valutarsi alla stregua di altre attività fisiche, più che intellettuali. Ciò non toglie che la pittura avesse a un certo punto ottenuto una speciale tutela giuridica, in quanto ritenuta non assoggettabile ai consueti ritmi di lavoro. In proposito, basti qui

potranno che prevalere i criteri che abbiamo definito di carattere soggettivo-concreto. Forse per almeno certune delle *operae* cui erano tenuti, per esempio, i liberti si applicavano criteri diversi, di carattere più oggettivo-astratto; ma in mancanza di indizi nelle fonti[200] è forse preferibile esercitare, sul punto, l'*ars silendi*.

5. Considerazioni conclusive.

Come si è visto, la questione del termine implicito è posta dai giuristi romani in relazione ad alcune figure negoziali, ovverosia, pressoché esclusivamente, alle *stipulationes*.

Perché si siano limitati a queste, lo abbiamo compreso: perché tutto dal loro punto di vista dipende dalla esercitabilità dell'azione derivante dal contratto, e se questa è di buona fede potrà essere sempre in linea di massima esperita, senza che si possa mai dire che per ciò stesso il creditore rischia la soccombenza per *pluris petitio tempore*. In questi casi non tanto la decorrenza, quanto piuttosto la configurazione, l'esistenza stessa di un termine, o di un termine di un certo tipo, dipende dagli affidamenti creati dalle parti e dalla correttezza dei loro comportamenti, anche successivi alla conclusione dell'accordo negoziale vero e proprio.

Il livello di problematicità tecnicamente sale, invece - e corrispettivamente, non a caso, l'interesse dei *prudentes* -, quando si sia in presenza di promesse formalizzate, dalle quali derivino azioni dal regime ben diverso, caratterizzate da formula rigida, la quale andrà utilizzata tenendo conto di un'altra formula, quella stipulatoria, nella quale però non si fa affatto menzione di un termine.

Ora, non c'è dubbio che il fatto di riconoscercelo comunque, questo termine, debba essere considerato l'eccezione, rispetto alla regola della immediata esperibilità

rinviare agli scritti di F. Lucrezi, e soprattutto a *La 'tabula'*..., cit., pp. 181, 183 ss., in cui anche *'Pictores'*..., cit., pp. 85 ss. è trasfuso; ma v. poi, sempre per lo più in rapporto al problema del tempo dell'adempimento, per esempio F.M. De Robertis, *I rapporti*..., cit., pp. 7, 73 s.; I. Calabi Limentani, *Studi*…, cit., pp. 80 ss.; P. Pescani, *Le 'operae'*..., cit., pp. 91 s., 129, nt. 41; K. Viski, *Sulla qualifica*..., cit., p. 337 s.

[200] Se non labilissimi: alludiamo principalmente all'uso, in D. 50.17.186, della forma impersonale *tempus, quo per rerum naturam persolvi possit*, certo qui però più plausibilmente riferibile ad ogni genere di prestazione, anche quelle per cui la stima dell'organizzazione personale del promittente era essenziale, ai fini della *computatio* del tempo in questione. Cfr. ad esempio, tra i pochissimi, F. Pulitanò, *'De eo quod certo loco'*..., cit., p. 63, che in merito alle *operae*, generalmente intese, parla di tempo "necessario" per compierle.

dell'azione, senza rischi per lo stipulante. Tuttavia ad una più attenta riflessione ci si può convincere della circostanza che nel ritenere un *dies* tacitamente inerente a prestazioni di una certa natura, la cui esecuzione richiede tempo, non si deroga più di tanto ai principi generali che informano il sistema romano delle obbligazioni.

Si è detto che si tratta di termini d'adempimento, e non sospensivi. Lo si è detto a ragione, perché di ciò si trae piena conferma dalle fonti sopra studiate, le quali ad ogni modo impongono al promittente di mettersi subito all'opera[201], nell'esecuzione di una prestazione il cui compimento pur è differito nel tempo.

Tutto questo è particolarmente chiaro per quelle attività lo svolgimento delle quali costituisce interamente, anche nella parte iniziale, oggetto espresso dell'accordo formalizzato nella *stipulatio*: è il caso delle *operae*. Ma anche quando con la promessa ci si è semplicemente obbligati a garantire un risultato[202], è del tutto evidente, pertiene cioè alla logica stessa dell'istituto che all'attività *preparatoria* di quel risultato ci si debba dedicare subito.

Orbene, quando per conseguire quell'obiettivo - si pensi all'*opus facere* rappresentato dalla costruzione di una casa - non vi siano oggettivamente alternative ad un certo tipo di impegno organizzato, la presa d'atto che esso non sia stato profuso da subito induce alcuni giuristi, se non tutti, ad accordare al committente la facoltà di esercitare anticipatamente l'azione, per una sua miglior tutela, approfittando della maggior elasticità di giudizio assicurata della struttura incerta della formula.

Quando invece altro genere di obiettivi - ad esempio, la consegna di una certa somma di denaro in una città diversa - siano teoricamente perseguibili anche in modi diversi (non necessariamente affrontando in prima persona il viaggio, per esempio, se per ipotesi *in loco* ci siano persone incaricate), i *prudentes* sembrano meno preoccupati delle conseguenze di una iniziale inerzia del debitore, sebbene la durata del termine

[201] Con la sola eccezione delle prestazioni dovute dal liberto, per le quali si richiede l'*indictio* del patrono. Ma anche quest'elemento, si noti, non risulta in alcun modo da clausole espresse, e s'insinua tacitamente nell'assetto negoziale in quanto rientrante negli usi, della cui esistenza le parti non possono che ritenersi consapevoli.

[202] Sulla rilevanza, in materia, della distinzione, pur di elaborazione odierna, tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo, v. la riflessione di C.A. CANNATA, *Sul problema*…, cit., pp. 16, 42 s., nt. 77.

continui ad essere calcolata *a priori* in base alle sue possibilità, più o meno adattate alle circostanze a seconda delle varie tendenze interpretative.

Da quanto sopra emerge quale sia, secondo noi, non solo il criterio di computo di questo termine, di cui non c'è traccia nei *verba stipulationis*, ma anche il suo fondamento: la *rerum natura*, come dicevano i giuristi romani. Tale espressione, che richiama la "natura della prestazione", di cui all'art. 1183 c.c., va intesa *cum grano salis*: il pieno soddisfacimento delle aspettative del creditore è subordinato allo svolgersi, *nel frattempo*, di tutta una serie di attività, al venire - quasi - ad "esistenza"[203] di tutta una serie di *res*, senza le quali sul piano anche logico, e non solo cronologico, ciò che ci si è obbligati ad ottenere non è possibile[204] da ottenere, e se anche di esse non è stata fatta menzione espressa è come se stessero *comunque* nella *res ipsa*, all'interno dell'assetto obbligatorio. Di ciò le parti saranno state sicuramente consapevoli, ed in ogni caso avrebbero dovuto esserlo: ecco perché quelle circostanze si considerano come *tacitamente* approvate, sono sempre reputate come comprese nella *conventio* sottostante.

Si osservi tuttavia che essa non resta neanche in parte estranea al quadro negoziale sostanziale, rendendo eventualmente necessario il ricorso ad una tutela che rilevi dal *ius honorarium*. Nelle fonti esaminate, quanto meno, non si fa mai cenno, per esempio, di un'*exceptio pacti* della quale il promittente debba avvalersi per difendersi da un'iniziativa giudicata troppo tempestiva dello stipulante.

Rimane però la differenza di disciplina con le fattispecie tutelate da *iudicia bonae fidei*, rispetto alle quali è discutibile la configurazione stessa di un termine, di per sé inteso, che cioè non dipenda dalle difficoltà delle parti medesime a rispettare i tempi usuali in quei casi. Il tentativo, risultante dai passi di alcuni giuristi, di assimilare, l'uno all'altro, i due ambiti non può che essere imputato, a nostro avviso, ad interventi

[203] Da qui, come si è verificato, l'assimilazione, forse un po' forzosa, dovuta a Paolo, dell'obbligazione a *domum aedificare* con quella di dare *res futurae*, la quale pur è sempre soggetta, per ovvie ragioni, a termine.

[204] Sempre a Paolo, e al suo spirito sistematico, si deve l'ampia riflessione di cui a D. 45.1.83.5, sulla possibilità ed impossibilità della prestazione, connessa ad altri temi, della quale abbiamo cercato di trattare - necessariamente, in questa sede - nella prospettiva che a noi interessa.

effettuati sui testi dai commissari giustinianei.

Abstract
In this contribution, Franchini deals with the implicit term obligation, now regulated by art. 1183 cc. In roman experience, the theme is important not so much for the relationships protected by *iudicia bonae fidei*, in which more emphasis is placed on concrete behaviors and reciprocal trusts between the parties, but rather for relations arising from *stipulation* that, missing an express term, it could be considered, at times, subject to an implicit term, to be identified first, even though different criteria, so that the possible delay in the fulfillment would be imputed exclusively to the expiration of it. The author also investigates the problem of the foundation of the term, found in the *natura rerum* or in an underlying *conventio*, in the framework of roman *ius controversum*, distinguishing between the various types of analyzed performance: to *certo loco dare*, to *insulam aedificare* or other.

Key words: obligation; implicit term; deadline; *certo loco dare*; *insulam aedificare*, future things, *operae*.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Giovanni Bombelli

Professore associato di Filosofia del diritto, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Immagini "pubbliche", diritto e intervento giurisdizionale*(**)

SOMMARIO: - 1. Dalla cronaca al diritto: *Charlie Hebdo* e oltre. - 2. Livelli di analisi. - 3. Sfera sociologico-politica e "spazio pubblico". – 4. Politica del diritto e intervento giurisdizionale. - 4.1 Strumenti normativi "tradizionali" - 4.2 Una possibile via (problematicamente) alternativa. – 5 Per concludere.

1. Dalla cronaca al diritto: Charlie Hebdo e oltre

Vicende di cronaca relativamente recenti, verificatesi soprattutto in ambito francese, hanno posto all'attenzione del dibattito pubblico questioni di rilievo sociologico-giuridico relative al significato e alla tutela giuridica dell'"immagine" o, più ampiamente, di alcune tipologie di diffusione iconica.

La vicenda legata alla rivista satirica transalpina "Charlie Hebdo"[205] è paradigmatica.

In merito, rimarcando le drammatiche conseguenze del precedente danese del 2005 François Boespflug ha rilevato il paradosso tra ampiezza del dibattito, sintomo della libertà d'espressione che si esercita quando "viene contestata su un punto preciso[e l'esiguità] delle prese di posizione veramente misurate[…]. La riprovazione delle caricature di Maometto pare[…]indissociabile[dalla]posizione dell'islam sulla raffigurazione in generale."[206]

La pubblicazione sul periodico francese di immagini relative alla religione islamica, o al mondo islamico (vi è chi distingue tra "Islam" come civiltà e "islam" religione[207]), ha comportato una duplice violazione dello statuto in essi conferito alla sfera iconica: con

---

* Questo testo rappresenta la rielaborazione di una relazione presentata in occasione delle Giornate Tridentine di Retorica–XV edizione (17-19 Giugno 2015) dedicate al tema "Strategie d'immagine e razionalità argomentativa nel processo giudiziale".

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

[205] Il 7 Gennaio 2015 la redazione del periodico francese venne attaccata da due persone dichiaratesi affiliate al gruppo di *Al-Qaeda*: l'attacco provocò dodici vittime. L'evento ebbe un importante precedente nell'*affaire* delle caricature (o meglio disegni umoristici o satirici) di Maometto pubblicate nel Settembre 2005 sul giornale danese "Jyllands-Posten", immagini poi riproposte nel 2006 sulla rivista francese la quale successivamente pubblicò in via autonoma vignette satiriche relative al mondo islamico.

[206] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, Milano 2007 (Paris 2006), pp. 7-16 (il titolo originale del testo è *Caricaturer Dieu? Pouvoirs et dangers de l'image*), ove si insiste anche sui drammatici effetti di tali eventi (più di un centinaio di morti dall'Afghanistan alla Nigeria).

[207] *Ibidem*, p. 7, n. 1. In tema per un'inquadramento generale dell'universo islamico P. Branca, *Introduzione all'Islam*, Cinisello Balsamo 2001[2]; con riguardo allo scenario italiano l'ampia indagine proposta in C. Cardia-Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Torino 2015; circa il problematico nesso mondo occidentale-mondo islamico si veda ad esempio, in prospettiva squisitamente giuridica (specificamente costituzionale), F. Ramajoli, *La clausola confessionale nel costituzionalismo egiziano*, in "Rivista della cooperazione giuridica internazionale", XVII, 50, 2015, pp. 121-141.

riguardo alla riproduzione in sé dell'immagine e alle sue modalità ritenute, in chiave islamica, irriguardose. Peraltro, in modo significativamente simmetrico, occorre registrare l'inedito processo sistematico di distruzione di immagini e opere artistiche ad opera di organizzazioni extraoccidentali, come l'ISIS[208], a forte connotazione *lato sensu* religiosa.

All'improvviso, quasi inopinatamente, nella post-modernità emerge una questione iconica intrecciata al diritto, in qualche misura riconducibile alla prospettiva della "visualizing law and authority"[209] e alla "sociologia visuale" [210]. La questione, come si dirà, sembra travalicare le figure classiche di tutela dell'esercizio di un diritto soggettivo o il concetto di protezione di "beni giuridici" quali l'immagine personale.

La dimensione estetico-iconica, paradigmaticamente ma non esclusivamente di matrice religiosa, in qualche misura negletta nella concettualizzazione moderna del normativo giuridico va ricompresa nella più ampia "questione multiculturale"[211] costituendone una *issue* socio-giuridica. L'irruzione dell'"immagine" nello "spazio pubblico" come portato del postmoderno?

Il punto-chiave è la compatibilità tra un impianto concettuale a noi noto e tali nuovi scenari: un modello culturale per molti versi aniconico come quello di matrice moderna, inclusivo del diritto, può costituire una griglia di lettura per interpretare contesti in cui la sfera iconica riveste un ruolo cruciale?

La modernità ha in qualche misura espunto la portata epistemica dell'immagine.

---

[208] Si veda nella rivista ufficiale dell'ISIS n. 8 il saggio *Shariah alone will rule Africa* sulle motivazioni religiose della distruzione delle immagini di Ninive in http://www.clarionproject.org/news/islamic-state-isis-isil-propaganda magazine-dabiq (ultimo accesso 15 settembre 2017). Ringrazio il dott. Federico Ramajoli per l'ausilio nel reperire materiali relativi all'universo islamico qui utilizzati.

[209] Sul punto L. Dahlberg (ed.), *Visualizing Law and Authority: Essays on Legal Aesthetics*, Berlin-Boston 2012, in particolare per i temi qui discussi i contributi di Martin A. Kayman *"Iconic" Texts of Law and Religion: A Tale of Two Decalogues* e di Paul Reffield *Law and the Equivocal Image: Sacred and Profane in Royal Portraiture*; P. Heritier, *Estetica giuridica*, Torino 2012 (due volumi). *Contra* G. Tuzet, *Contro le immagini. Semiotica giuridica e demenza collettiva*, in C. Faralli-V.Gigliotti-P. Heritier-M.P. Mittica (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti,* Milano-Udin 2014, pp. 175-188.

[210] P. Faccioli-G. Losacco, *Nuovo manuale di sociologia visuale. Dall'analogico al digitale*, Milano 2010.

[211] Alla sfera iconica sono assimilabili questioni ormai note come il divieto del "velo", ancora con riferimento all'universo islamico e all'ambito francese, o la polemica circa l'esposizione del crocifisso in luoghi pubblici. In merito si segnala l'approvazione da parte della Regione Lombardia della Legge Regionale n. 18 del 21 Novembre 2011 che prevede l'obbligo di esposizione del crocifisso presso gli "immobili regionali" sulla base della seguente motivazione (art. 1): "La Regione riconosce[…]i valori storico-culturali e sociali delle sue radici giudaico-cristiane" (con rinvio anche all'art. 2, comma 4, lettera f dello Statuto d'autonomia). Su questi temi si consenta rinviare ad alcuni miei lavori: *Toward a New Lexicon and a Conceptual Grammar to Understand the "Multicultural Issue"*, in M. La Barbera (a cura di), *Identity and Migration in Europe: Multidisciplinary Perspectives*, Springer, Cham et al., 2015, pp. 17-28; *Occidente e 'figure' comunitarie (volume introduttivo). "Comunitarismo" e "comunità": un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Jovene, Napoli 2010, cap. 4; *Il "problema multiculturale" tra sociologia, filosofia e diritto: un approccio cognitivo*, in L'Ircocervo (Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato), 2, 2010, pp. 1-31.

Un profilo sintetizzato implicitamente, per così dire *a contrario*, da Jürgen Habermas, in particolare ove il filosofo tedesco teorizza l'idea moderna di "opinione pubblica" (legata alla nozione di "spazio pubblico", *Öffentlichkeit*) nel quadro della "sfera pubblica borghese" come "categoria tipica di un'epoca"[212]. Quest'ultima "*deve tradurre la «voluntas» in una «ratio», che si produca nella concorrenza pubblica degli argomenti privati come «consensus» su ciò che è praticamente necessario per l'interesse generale*"[213]: *ratio* di cui l'"opinione pubblica" costituisce un'articolazione fondamentale.

Se "[l]a sfera pubblica borghese [è]la sfera dei privati riuniti come pubblico", appare "[p]eculiare e storicamente senza precedenti[…]il tramite di questo confronto politico: la pubblica argomentazione razionale"[214]. Ne segue:

> [l]'*opinion publique* è il risultato illuminato della riflessione comune e pubblica sui fondamenti dell'ordine sociale. Essa ne riassume le leggi naturali; non governa, ma il governante illuminato deve seguirne le idee[215].

Ancora Habermas ha modo di rilevare come la sfera pubblica "non si realizza soltanto nella repubblica dei dotti, ma nell'uso pubblico che tutti coloro che sanno usarla fanno della ragione"[216].

Concettualmente la prospettiva habermasiana sintetizza i contrafforti di buona parte dell'elaborazione politico-giuridica moderna: la presunzione di un contesto sociologico omogeneo (quello europeo-occidentale), l'idea di dibattito pubblico mediato da luoghi/strumenti "pubblici" come arena della dialettica tra posizioni differenti, la condivisione di un modello universale di razionalità e di linguaggio e, infine, il ruolo residuale dell'universo iconico.

Solo in questo quadro si comprende, ad esempio, un'operazione culturale come quella fiorita nel diciottesimo secolo legata all'ironia volterriana nei confronti del coevo *milieu* socio-giuridico. La recezione della corrosiva critica dell'autore francese (peraltro, *en passant*, affidata alle parole più che alle immagini) riposava su una sorta di relativa "tollerabilità" contestuale

---

[212] J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari 1971 (Neuwied 1962), p. 7.

[213] *Ibidem*, p. 103 (corsivi nel testo).

[214] *Ibidem*, p. 41.

[215] *Ibidem*, p. 119.

[216] *Ibidem*, p. 130. Habermas definisce l'"opinione pubblica" anche come "l'opinione di tutti i privati cittadini che fanno uso pubblico della ragione, in luoghi pubblici, attraverso supporti accessibili pubblicamente e che discutono in quanto uomini secondo un'ottica universalistica." Uno schema concettuale, inclusivo della nozione di "spazio pubblico" elaborata dal teorico tedesco e di cui si dirà più avanti, che non sembra scalfito dalla successiva rivisitazione del testo operata da Habermas nel 1990 scrivendo l'introduzione alla nuova edizione (pubblicata dall'editore Suhrkamp Verlag di Frankfurt am Main).

circa l'utilizzo del registro retorico-argomentativo orientato alla critica e al sarcasmo distopico[217].

Diverso lo scenario contemporaneo. Il progressivo mutare dei presupposti appena evocati, dalla stratificazione sociologica alle forme di mediazione del confronto culturale, e il rimescolamento dei registri del dibattito pubblico esigono una riflessione più avvertita intorno allo statuto epistemico dell'"immagine" soprattutto in chiave extraoccidentale.

2. Livelli di analisi

Viene a tema quindi, in una prospettiva che è insieme sociologico-giuridica e politico-religiosa, il rilievo da annettere alla sfera iconica. Più precisamente: la natura epistemica dell'immagine nel contesto di modelli sociologici "altri" rispetto a quelli occidentali benché a quest'ultimi ormai strettamente intrecciati.

Ciò investe l'articolazione dei sistemi democratici o, con Habermas, la loro struttura discorsiva, soprattutto se riguardati in chiave liberale. L'analisi toccherà tre livelli: a) il piano sociologico-politico (individuazione dell'idea di "spazio/luogo pubblico"), b) il ruolo del diritto e, a cerniera, c) la crucialità dell'attività giurisdizionale.

3. Sfera sociologico-politica e "spazio pubblico"

In prima approssimazione la questione, già anticamente occidentale, si lega al ruolo della dimensione iconica nello "spazio pubblico" inteso come matrice di nozioni-chiave come il concetto di "ordine pubblico"[218] e, più in generale, da porre in rapporto ai processi di legittimazione politica.

---

[217] Si veda uno scritto poco noto come l'opera teatrale *Le fanatism, ou Mahomet le prophète* del 1736 (prima rappresentazione nel 1741) ove l'ironia razionalista volterriana si esercita nei confronti dell'universo islamico in analogia ai bersagli polemici presenti in opere più note (volta per volta rappresentati dal pensiero leibniziano o dal mondo cristiano come nel *Candide*, in *Zadig* o l'*Essai sur les moeurs et l'esprit des nations*). Pur molto discussa da parte cattolica, che intravedeva in essa un non troppo larvato riferimento all'assolutismo clericale, l'opera venne comunque rappresentata (anche con modifiche) e discussa.

[218] A livello metodologico si utilizzerà, con le precisazioni che verranno formulate più avanti, un concetto di "spazio pubblico" (o "spazio pubblico-comunicativo") *lato sensu* di matrice habermasiana: esso, come noto, ha trovato diversa e molteplice formulazione nella produzione dell'autore tedesco, da J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit. sino all'articolazione concettualmente più ampia offertane in J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1984 (Franfurt am Main 1981) nel quadro della teorizzazione dell'agire comunicativo. Nelle pagine seguenti si tornerà più volte sulla nozione di "spazio pubblico", anche alla luce della relazione che essa intrattiene con il concetto di "ordine pubblico".

Un confronto paradigmatico è offerto dalla stagione dell'iconoclasmo[219], soprattutto in ragione della sua distanza rispetto agli odierni scenari. La questione iconoclasta si configura come lotta tra poteri in cui, dalla seconda metà del III secolo d. C., emerge il *ruolo politico-giuridico rivestito dalla dimensione iconica*. Esauritasi la fase paleocristiana, di fatto aniconica, la trasformazione del cristianesimo in religione "pubblica" comporta la crescente rilevanza dell'"immagine"[220] e l'insorgere del conflitto iconoclasta legato alla determinazione dello "spazio pubblico". La definizione della sua *natura*, come qualificazione in chiave religiosa o laico-razionale del "pubblico", si accompagna all'individuazione del *diritto* di occupazione di tale spazio e dei relativi ambiti di competenza. Il soggetto che dispone *de facto* del potere di definirne la natura matura il diritto a monopolizzare la sfera "pubblica".

In tale dibattito la *querelle* intorno alle immagini è decisiva: sia come contrapposizione interna tra emisfero politico-imperiale e religioso, sia in rapporto all'Islam (in linea di principio totalmente aniconico[221]). L'opzione per l'iconoclastia o l'iconodulia poteva infatti leggersi in chiave di maggiore o minore fedeltà ad una presunta tradizione occidentale, in tal modo esponendo gli iconoduli all'accusa, da parte iconoclasta, di islamofilia (nel senso di favorire le incursioni dell'Islam legate anche a pretese ragioni dottrinali di lotta all'idolatria).

Qui emerge il profilo rilevante per quanto si vuole sostenere.

Il dibattito sull'iconoclasmo matura in un ambiente culturale sostanzialmente omogeneo che consente il dialettico riconoscimento delle posizioni antitetiche: la contrapposizione nasce e si sviluppa sulla base di presupposti comuni. Diverso l'odierno scenario socio-giuridico[222] ove dinamiche globalizzanti si intrecciano ad un orizzonte multiculturale: ora il punto-chiave è la diversa portata epistemica rivestita dalla dimensione iconica all'interno di modelli eterogenei all'universo occidentale.

---

[219] *Ex multis* F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 81 e ss.; M. Bettetini, *Contro le immagini. Le radici dell'iconoclastia*, Roma-Bari 2006.

[220] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 79-81. Tra l'altro l'Autore francese rileva non solo come il cristianesimo abbia inizialmente "ignorato le immagini" ma come esso "sarebbe potuto rimanere una religione senza immagini", in quanto solo in una fase successiva si registrò lo sviluppo di tre "canoni" o "modelli" iconico-rappresentativi del divino: evocazione simbolica indiretta (ispirata all'ebraismo), raffigurazione attraverso gli emblemi del potere e immagine cristologica (la divinità rappresentata in Cristo). In ultima analisi, "[l]o sviluppo delle immagini del Dio dei cristiani andrà[…]in un senso sempre più specifico, spiccatamente identitario. Come per i dogmi, e molto di più che per i testi sacri, c'è stata una divergenza profonda nelle pratiche dell'immagine dei tre monoteismi[…]. La modalità di raffigurazione che meglio caratterizza l'arte cristiana è la terza che consiste nel 'raffigurare Dio in Cristo' (rappresentazione cristomorfica di Dio)" (ivi anche pp. 84-90 per le vicende dell'iconografia cristiana e il progressivo tramonto del "cristomorfismo").

[221] Per la distanza tra Islam e Cristianesimo J. Ellul, *Islam et judéo-christianisme*, Paris 2004.

[222] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 81-83.

In tal senso, assumendo il mondo islamico come *fil-rouge*, ne rilevano alcuni tratti peculiari: l'idea di Islam transnazionale e la connessa nozione di *Umma*.

La progressiva maturazione dell'(auto)definizione di "Islam transnazionale" legata alla tradizione coranica ha determinato una proiezione in senso universalistico del mondo islamico. A livello iconico ciò postula una sorta di tutela "estesa" in caso di violazione di immagini giudicata rilevante, nella logica di un modello di spazio pubblico transnazionale privo di perimetri statuali e legato all'idea di "comunità islamica" (*Umma*).

Un concetto, quest'ultimo, complesso che lo rende non assimilabile all'idea occidentale di "comunità"[223]. La *Umma* costituisce una sorta di "comunità separata" a proiezione universale, comunità di fedeli e non politico-territoriale, parallela e *trasversale* ad altre aggregazioni fondate su criteri ultronei alla fede in Allah (come le comunità nazionali[224]).

Da qui le possibili frizioni tra radicamento occidentale dell'*Umma* e ordinamenti nazionali.

Paradigmatico il tentativo di introdurre temporaneamente in Gran Bretagna le norme della *Sharia* relative al diritto di famiglia tradizionalmente regolato dalla legge islamica[225]. L'ipotesi, su proposta della *Law Society*, prevedeva l'implementazione di un testo-cornice in ordine alla redazione di atti giuridici coerenti con le norme sharaitiche, invero divergenti rispetto ai principi generali che informano l'ordinamento inglese. Il fallimento dell'esperimento ha evidenziato come ciò avrebbe comportato l'instaurarsi *de facto* di un diritto parallelo, una sorta di "doppio regime" normativo, in rapporto a settori delicati come il diritto successorio, la disciplina dei rapporti tra coniugi e la regolamentazione dei diritti dei non credenti in famiglie islamiche (con la loro eventuale esclusione dalla linea successoria).

---

[223] I. Merdjanova, *Rediscovering the Umma: Muslims in the Balkans between Nationalism and Transnationalism*, Oxford-New York 2013, in particolare pp. 54-59; J. S. Nielsen, *Transnational Islam and the Integration of Islam in Europe*, in S. Allievi-J.S. Nielsen (a cura di), *Muslim Networks and Transnational Communities in and Across Europe*, Leiden 2003, pp. 28-51 Inoltre i miei lavori: *Ambivalenza della comunità occidentale e nuovi modelli comunitari: "comunità radicata" (materiale) e "comunità sradicate" (immateriali) tra identità e istanze pluraliste*, in Sociologia del diritto, XXXV, 2, 2008, pp. 31-58, *Occidente e 'figure' comunitarie (volume introduttivo). "Comunitarismo" e "comunità": un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, cit. e *Occidente e 'figure' comunitarie I Un ordine inquieto: koinonia e comunità "radicata". Profili filosofico-giuridici*, Napoli 2013.

[224] A. T. Karamustafa, *Community*, in J. J. Elias (a cura di), *Key Themes for the Study of Islam*, Oxford 2010, pp. 93-103.

[225] Sul punto rinvio in particolare ai materiali disponibili al sito http://www.lawsociety.org.uk/news/press-releases/law-society-withdraws-sharia-succession-principles-practice-note/(ultimo accesso 30 settembre 2017).

4. Politica del diritto e intervento giurisdizionale

Tra piano socio-politico e intervento normativo sussiste, a livello sia operativo sia *de jure condendo*, una stretta relazione: dal modello di società consegue la tipologia delle soluzioni giuridiche adottate. Qui preme, innanzitutto, cogliere non tanto la plausibilità di alcune opzioni esperibili e le loro criticità (*infra* paragrafo 4.1), bensì tracciare sinteticamente un profilo generale di politica del diritto sottesa al registro normativo-giurisdizionale adottato: ciò che ritaglia il "cono" teorico che guida l'approccio alle questioni di cui si va dicendo.

Si considerano idealtipicamente tre registri normativi[226]: costituzionale, penale e amministrativo.

Muovendo da una griglia strettamente costituzionale il problema della natura, del rilievo e della disciplina normativa da conferire alla dimensione iconica nello spazio pubblico si colloca al livello del tradizionale repertorio di libertà e diritti fondamentali predisposto dalle Carte costituzionali di matrice occidentale. Il circuito immagine-spazio pubblico-diritto andrà allora declinato in rapporto agli spazi da attribuire alla "libertà di espressione", di "confessione religiosa", ecc.[227] Con formula sintetica: in tale approccio prevale il trinomio *immagine-diritto-libertà individuali*.

L'interpretazione del circuito immagine-spazio pubblico-diritto muta radicalmente ove si opti per la cifra repressivo-sanzionatoria peculiare all'approccio penale. Ciò contempla due possibili alternative: l'estensione per via interpretativa della portata di alcune norme incriminatrici[228] oppure, anche in modo eventualmente connesso, l'introduzione di previsioni incriminatrici *ad hoc* (come si dirà due opzioni inappaganti). Con formula sintetica: prevalenza del trinomio *immagine-diritto-sanzione*.

Ancora diverso un approccio che derubrichi i temi in questione al livello amministrativo.

In tal caso essi rifluiscono nel paradigma concettuale connesso alla nozione di "pubblica sicurezza", intesa come potestà amministrativa (sinergicamente alla sfera penale) in rapporto all'idea di "ordine pubblico": una prospettiva, dunque, di polizia amministrativa o "polizia di sicurezza". Ne consegue il diverso regime normativo: dall'ascrizione dell'intervento giuridico

[226] Ovviamente qui non è possibile considerare tutti i combinati disposti che ne possono sortire.

[227] Riguardo alla Costituzione italiana, e almeno per i profili che qui interessano, il riferimento va agli artt. 8, 19 e 21. In merito, per una riflessione in chiave di filosofia politica relativa non solo ai profili costituzionali ma, più in generale, ai modelli politico-istituzionali (segnatamente di matrice liberale) che interessano anche i temi qui discussi si veda C. Del Bo', *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa 2014.

[228] Ad esempio con riguardo a c.p. art. 57 e art. 57 bis (ovviamente nel quadro categoriale definito da Cost. art. 21).

a particolari soggetti (prefetto, questore) e livelli (in particolare enti territoriali) alla natura e collocazione gerarchica delle norme evocate (regolamenti, circolari, ordinanze, ecc.), sino alla tipologia di provvedimenti adottati e dei soggetti che irrogano l'eventuale sanzione[229]. In sostanza: a prevalere è il trinomio *immagine-diritto-ordine pubblico*.[230]

Le opzioni di politica del diritto si riverberano sia sulle scelte normative sia a livello giurisdizionale. In particolare è nella figura del giudice che le questioni legate alla dimensione iconica, per larga parte inedite per il nostro tessuto culturale, in qualche misura si "scaricano" trovando una sintesi o composizione.

Da questa prospettiva si configurano due possibili modelli tra loro in eventuale connessione. Da un lato i modelli normativi classici o "tradizionali".

Essi ripetono i menzionati schemi di politica del diritto ricorrendo volta per volta, anche in combinato disposto, a norme di matrice costituzionale, penale o amministrativa: di seguito si considererà tale versante mostrandone alcune criticità. Dall'altro, successivamente, si sonderà in termini critici una via "alternativa", non a caso maturata nell'ultimo decennio che, pur permanendo nell'alveo del quadro ordinamentale, muove da un'impostazione diversa ed esita in una differente griglia concettuale.

4.1 Strumenti normativi "tradizionali"

Nel quadro degli strumenti normativi ascrivibili al repertorio "tradizionale" cui potrebbe ricorrere l'intervento giurisdizionale occorre innanzitutto fare riferimento all'art. 21 della Costituzione.

A prima vista tale disposizione offre uno schema utilizzabile in ordine alla comprensione della questione iconica. In esso la statuizione per cui tutti "hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione", e la precisazione che "[l]a stampa non può essere soggetta a autorizzazioni o censure", si completano con il divieto delle "pubblicazioni a stampa, [de]gli spettacoli e [di]tutte le altre

[229] Ad esempio circa l'esposizione dell'immagine del crocifisso nelle aule scolastiche, TAR Veneto sent. n. 1110/2005 e Consiglio di Stato sent. n. 354/2006. In merito I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano 2012, p. 57.

[230] La nozione di "ordine pubblico" è altamente complessa e trasversale a molti, se non a tutti, i rami dell'ordinamento: dal livello costituzionale, ove l'"ordine pubblico" (*lato sensu* "interessi pubblici") rappresenta l'orizzonte di regolazione della specifica disciplina delle varie forme di libertà in rapporto a interessi "pubblici" (ad esempio: Costituzione artt. 14 e 17 per la nozione di "incolumità pubblica"), alla sfera penale (c. p. artt. 414-421 e 650 ss.) e civile (c.c. art. 1343). Tale nozione viene qui evocata in quanto intesa come una delle funzioni peculiari della sfera amministrativa.

manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni."

Dalla prospettiva qui considerata il dispositivo costituzionale rivela, in realtà, alcune criticità. In primo luogo con riguardo alla struttura della norma e, quindi, al concetto di manifestazione "libera" del pensiero. A ben vedere la libertà di espressione ivi confezionata viene tutelata, per ragioni storiche e coerentemente con il sostrato moderno-illuminista sotteso ad ogni impianto costituzionale contemporaneo, in senso unidirezionale.

Esso, cioè, investe solo un profilo della relazione. Per dirla con il linguista Roman Jakobson la previsione contenuta nella Carta fondamentale, analogamente ad altri modelli costituzionali o Dichiarazioni sovranazionali/internazionali, sembra tutelare solo il versante del mittente del messaggio senza porre attenzione al destinatario[231]. Alla tutela della libertà (individuale) di espressione non sembra, cioè, corrispondere simmetricamente la protezione della libertà di ricevere/accogliere il messaggio (di costituire l'"oggetto" o l'"obiettivo" della libertà di espressione). La tutela del mittente comporta la sottovalutazione dei riflessi che la manifestazione di pensiero può esercitare in rapporto alle posizioni o orientamenti culturali del destinatario, a meno appunto di prevederne in qualche misura le possibili reazioni in quanto appartenente allo stesso *humus* socio-culturale[232].

Ma nel testo costituzionale anche la nozione di "buon costume" appare problematica.

---

[231] Si fa riferimento allo schema imperniato sul binomio mittente-destinatario notoriamente elaborato dal linguista moscovita Roman Jakobson nel suo testo *Saggi di linguistica generale*, Milano 1966: secondo Jakobson tale schema, unitamente ad altri elementi ad esso connessi ("contesto", "messaggio", "contatto", "codice") individua la struttura fondamentale sottesa ad ogni processo comunicativo (con la precisazione che nel destinatario prevale una dimensione "conativa").

[232] Su questi profili C. Caruso, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in Quaderni costituzionali, XXXIII, 4, 2013, pp. 795-821. L'Autore riflette intorno all'art. 21 della Costituzione a partire da tematiche, come il razzismo che, sebbene certamente distinte dai temi qui discussi, per molti aspetti appaiono ad essi assimilabili; G. Azzoni, *Libertà d'espressione e rispetto*, in Id., *Nomofanie. Esercizi di filosofia del diritto*, Torino 2017, pp. 297-302, in particolare pp. 301-302 ove si discute circa la distinzione proposta da Jeremy Waldron tra "diffamazione" di una persona (mediante la denigrazione del suo gruppo di appartenenza) e l'"offesa" (concernente l'insieme di valori e credenze condivise dal gruppo): con riferimento esplicito al mondo islamico, ciò significa che andrebbe protetta la dignità di ogni musulmano vietando la diffamazione del gruppo di musulmani cui egli appartiene mentre non dovrebbe esservi intervento giuridico in caso di offesa al Corano o a Maometto. In merito concordo con l'Autore per il quale Waldron esprime "la posizione più avanzata realisticamente sostenibile nel contesto statunitense, preoccupato di garantire la circolazione delle idee indipendentemente dalla loro eventuale capacità di offendere", benché appaia dubbio che "l'offesa ai contenuti di una religione possa essere separata dalla diffamazione, seppure indiretta, di chi in quei contenuti crede e, soprattutto, del gruppo che in quei contenuti ha un fondamentale elemento costitutivo della propria identità" (ivi pp. 301-302); da una prospettiva penalistica F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in Quaderni costituzionali, 4, 2013, pp. 823-848 e Id., *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 3, 2010, pp. 1165-1203.

Senza ripercorrere la nota evoluzione giurisprudenziale[233] che, come noto, talora ne ha comportato una profonda rilettura, va da sé che tale disposizione rappresenta un profilo destinato a rendersi ulteriormente complesso (in rapporto anche alla dimensione iconica) nel quadro dell'interazione con altri modelli socio-culturali.

La questione tocca la possibilità di configurare un bilanciamento tra diritti, o posizioni individuali e/o collettive, di rilievo costituzionale: libertà di espressione, sentimento (o "confessione") religiosi, sfera dell'immagine. In altre parole: esiste un "criterio" di bilanciamento tra grandezze, come la dimensione iconica (segnatamente religiosa) propria di alcuni modelli culturali, che appaiono intrinsecamente disomogenee rispetto alla tradizione socio-giuridica a noi più nota? In tal senso le vicende delle raffigurazioni (ritenute) lesive della dimensione sacrale di alcune confessioni religiose configurano un "confronto tra concezioni distinte, se non opposte, della religione e dell'arte religiosa, della vita sociale e della libertà d'espressione"[234].

Il punto attiene alla diversità dei modelli socio-giuridici. Si pensi alla prima modernità, scenario sotteso all'evocata posizione habermasiana, ove l'idea stessa di "satira"[235] si calava in un contesto diverso rispetto agli odierni scenari. Come osservato l'uditorio dello spirito corrosivo di Voltaire era costituito da un cenacolo di *intellectuelles* appartenenti ad un "ambiente" socio-giuridico e culturale omogeneo, laddove nell'odierno *milieu* si intersecano prospettive difficilmente componibili.

Anche il ricorso ad un apparato delicato come il diritto penale (paradigmaticamente: c.p. libro II titolo IV nella nuova intitolazione *ex* L. 85 del 2006 "delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti": capo I "dei delitti contro le confessioni religiose") mostra criticità

---

233 Analogamente al concetto di "ordine pubblico" anche la nozione di "buon costume", frequentemente evocata in congiunzione con il primo, è trasversale a molti rami dell'ordinamento (dall'ambito civile, art. 1343 codice civile, a quello penale, art 529 codice penale). Un sintetico panorama dell'evoluzione normativo-giurisprudenziale in M. Cuniberti, *Il limite del buon costume*, in M. Cuniberti-M. E. Lamarque-B. E. Tonoletti-G. E. Vigevani-M. P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino 2011[3], pp. 45-58 (che mostra come sinora si sia tradizionalmente privilegiato l'attenzione per l'iconismo di matrice pornografica); inoltre V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa: contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano 2012, ove però si affronta il tema sotto il profilo, distinto ma connesso rispetto a quello qui considerato, del nesso tra esercizio della libertà religiosa e art. 19 della Costituzione; si veda anche Id., *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Milano 2007.

234 F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 119.

235 Una definizione giurisprudenziale di "satira" in Cass. sent. n. 9246/2006 (con riferimento agli artt. 21 e 23 Cost.): "La satira, notoriamente, è quella manifestazione del pensiero (talora di altissimo livello) che nei tempi si è addossata il compito di castigare *ridendo mores*; ovvero, di indicare alla pubblica opinione aspetti criticabili o esecrabili di persone, al fine di ottenere, mediante il riso suscitato, un esito finale di carattere etico, correttivo cioè verso il bene." Occorrerebbe forse distinguere meglio tra "satira" e "ironia": per ragioni di semplicità si assumono qui i due termini come sinonimi.

significative a partire dalla nozione stessa di "sentimento religioso" [236]. Quest'ultima risulta in qualche misura inappagante in ordine a cogliere l'orizzonte culturale entro cui *odiernamente* si pone la questione iconica e riguardo alla quale appare forse più utile ricorrere alla categoria di "sacro",[237] concettualmente inclusiva delle nozioni di "sentimento religioso" e "religione". A dispetto di analisi risalenti che ne preconizzavano il tramonto[238], la funzione sociologicamente rilevante della nozione di "sacro" (secondo la classica analisi weberiana[239]) risulta *oggi* forse euristicamente più ricca così da non apparire casuale l'attenzione ad essa dedicata da Habermas nel quadro della discussione della posizione di Durkheim[240]. Essa apre al riconoscimento di modelli religioso-cultuali ulteriori a quelli categorizzati dalla nozione occidentale di "religione", qui intesa con accezione atecnica, e nei quali la sfera iconica gioca un ruolo diverso rispetto alla tradizione più conosciuta (con l'eccezione rappresentata dall'aniconismo del mondo protestante[241]).

Il punto è costituito dal confronto sempre più serrato con fenomenologie *lato sensu* religioso-sacrali legate a contesti culturali fortemente strutturati, ove il sovrapporsi di livelli molteplici (religioso, etico e giuridico) rende quest'ultimi non del tutto assimilabili alle nozioni a noi più note di "religione" o "sentimento religioso"[242]. Le ricadute giuridiche sono immediate: in termini di configurabilità di fattispecie congrue ai fenomeni sociali anche ultronei alla questione iconica (ad esempio riguardo al rapporto religione-cibo[243]) e, più in generale, in

---

[236] Va ribadito che l'attenzione posta in questa sede alla nozione di immagine a contenuto (o a portata) religiosa, particolarmente in rapporto alla sua articolazione in ambito islamico, riveste natura meramente paradigmatica: i profili problematici che ne emergono sono estensibili, in linea di principio, anche a contenuti iconici di altra natura (ad esempio di matrice "culturale": il nesso profilo religioso-profilo culturale emergerà anche nel prosieguo).

[237] Riguardo alla complessità della nozione di "sacro" U. Galimberti, *Cristianesimo. La religione dal cielo vuoto*, Milano 2012, in particolare l'*Introduzione* (pp. 13-51) ove l'Autore si sofferma sul dibattito filosofico-teologico occidentale di matrice novecentesca sorto intorno a tale nozione.

[238] S. Acquaviva, *L'eclissi del sacro nella civiltà industriale*, Milano 1961.

[239] Rinvio all'analisi classica proposta in M. Weber, *Economia e Società*, Milan 1968² (Tübingen 1922), II, pp. 522-527.

[240] J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., II, pp. 603-608.

[241] Con riguardo al mondo ebraico F. Boesplug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., cap. 2 e p. 84, per il quale l'iconografia teologica in una data epoca diventa "un buon 'marcatore', come dicono i sociologi, dell'evoluzione delle sensibilità religiose e delle spiritualità."

[242] Soprattutto ove le si intenda modernamente come sfere distinte rispetto al diritto e alla morale. In merito F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 1988², capp. 2-4, pp. 72-73 per il raccordo costituzionale e cap. 6; sugli artt. 7 e 8 della Costituzione F. Finocchiaro, *Art. 7 e Art. 8*, in G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione (Principi fondamentali, art 1-12)*, Bologna 1975, pp. 321-434 e R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, I, pp. 171-192 e pp. 193-216; a livello penale G. Forti-G. Zuccalà-S. Seminara (a cura di), *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova 2015, p. 402 e ss.

[243] A. Chizzoniti-M. Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Cosenza 2010. In generale limiti significativi vengono posti, ad esempio, dagli artt. 403-404 del codice penale così come riformulati dalla L. n. 85 del 2006.

relazione alla leggibilità socio-giuridica dei processi qui discussi con i conseguenti riflessi giurisdizionali (*infra* paragrafo 4.2).

Sempre in prospettiva penale la problematicità dei temi evocati si può desumere anche ragionando per così dire *a contrario* intorno all'abrogato art. 402 del codice penale ("vilipendio della religione di stato")[244]. A prescindere dalla sua ormai inutilizzabilità, si coglie lo scarto tra lo schema concettuale ad esso sotteso e i nuovi scenari imperniandosi tale disposizione su alcune nozioni-chiave ("Stato", "territorio", "religione di Stato") palesemente non riferibili a dinamiche che prescindono *in principio* da qualsivoglia riferimento di ordine "spaziale".

Ma le criticità investono anche, ad esempio, la problematica valutazione in sede giurisdizionale di esimenti/scriminanti relative alle tipologie di condotta cui si è fatto riferimento (paradigmaticamente il caso Hebdo) in ragione della segnalata eterogeneità delle grandezze in gioco e, quindi, del loro difficile grado di "commensurabilità" [245]. Da un lato la libertà/diritto di espressione, declinati secondo la particolare forma rappresentata dalla satira, come esito paradigmatico della parabola moderno-occidentale. Dall'altro la crescente presenza di costellazioni socio-religiose che contemplano modelli altamente complessi di espressione della dimensione cultuale-sacrale (inclusa la sfera iconica). Più in generale si delinea una potenziale tensione tra alcuni principi generali sottesi ai sistemi penali moderno-occidentali (principi di legalità, territorialità, tassatività, offensività, ecc.) e i fenomeni qui descritti che comportano un difficile contemperamento delle rispettive esigenze.

Ciò, *ça va sans dire* ma va ribadito, non revoca la legittimità dell'intervento repressivo-sanzionatorio, tanto più in presenza della reazione sproporzionata della supposta parte lesa (nel caso di specie: l'attacco violento ai giornalisti francesi). Semmai il punto è *comprendere senza giustificare* le ragioni di quanto accaduto, valutando se la risposta penale costituisca la risposta univoca e più congrua o se, in modo complementare, i processi in gioco non vadano collocati entro un orizzonte concettuale più ampio. Si pensi, ad esempio, al possibile confliggere del principio di territorialità con un universo culturale, come quello islamico,

[244] Il contenuto dell'articolo era il seguente: "Chiunque pubblicamente vilipende la religione dello Stato è punito con la reclusione fino a un anno" (incostituzionale da Corte Costituzionale sent. n. 508/2000; inoltre si veda Corte Costituzionale sent. n. 168/2005 per la difformità di trattamento tra religione cattolica e altre confessioni religiose). Già nel Protocollo Addizionale all'accordo tra lo Stato italiano e la Santa Sede del 18 Febbraio 1984 si osservava: "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano". In tema si veda anche, ad esempio, Cass. sent. n. 41044/2015 e Cass. sent. n. 10535/2009.

[245] In rapporto al caso Charlie Hebdo potrebbe, ad esempio, costituire elemento di valutazione giudiziale la circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 1: "l'avere agito per motivi abietti o futili" o, in senso inverso, la circostanza attenuante prevista dall'art. 62, n. 1: "l'avere agito per motivi di particolare valore morale o sociale".

informato secondo coordinate inscindibilmente giuridico-religiose ispirate a criteri di universalità e "a-spazialità" (oltre alla nozione di *Umma* va ricordato il concetto di *Fatwa*[246]).
Il punto attiene non tanto (o solo) all'applicabilità *hic et nunc* delle previsioni penali, bensì alla possibilità di tenuta sul lungo periodo dell'assetto penale in termini di capacità performativa a fronte dei nuovi scenari. Ciò soprattutto ove si prescinda, *de facto* o *in principio*, dal confronto con modelli culturali "altri" ormai largamente radicatisi in ambito occidentale e, almeno in parte, refrattari alle categorialità gius-penalistiche a noi più note. Ancora una volta una questione di politica del diritto che *de jure condendo* si sintetizza nel seguente interrogativo: è configurabile, come fattispecie autonoma, un reato di lesione dell'"immagine" culturalmente-religiosamente rilevante[247]? Un versante forse assimilabile ai reati "culturalmente motivati" (*infra* paragrafo successivo).
Ma oltre al livello costituzionale o penale[248] anche l'eventuale ricorso allo strumento amministrativo presenta risvolti di criticità. Con riferimento paradigmatico alla previsione di natura generale prospettata nell'art. 1 del TUPS del 1931, o al più recente d.lgs. 112/1998[249],

---

[246] Paradigmatico il "caso Rushdie". Salman Rushdie, autore del romanzo *I versetti satanici* pubblicato nel 1988, venne fatto oggetto di una *fatwa* (opinione motivata di un teologo riguardo a un problema dottrinale) pronunciata dall'ayatollah Khomeini il 24 Febbraio 1989 e non unanimemente condivisa dal mondo islamico: caso emblematico di "una violenza 'di principio', praticamente indipendente […] dall'apprezzamento estetico[…]dell'opera" (F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 44-45 il quale evoca anche l'uccisione ad Amsterdam il 2 Novembre 2004 del regista Teo Van Gogh autore di un cortometraggio sul Corano; ivi p. 90 ss. per la repressione della bestemmia in ambito cristiano che mette in luce come la questione vada oltre l'universo islamico).

[247] Da questa prospettiva alcuni dei fenomeni di cui si va dicendo, in quanto interpretabili come "hate speech", si possono ricomprendere nella categoria degli "hate crimes" con riguardo ad entrambi i profili dell'evento criminoso: profilo commissivo e, per così dire, reattivo-vittimologico. Così, in forma certamente problematica e con riferimento al *guide-case* qui privilegiato, si può osservare: sia in rapporto all'intervento satirico (configurabile come "hate speech"), sia in relazione al tipo di risposta conseguente (attacco determinato da odio nei confronti delle modalità occidentali di manifestazione pubblica del pensiero): C. Caruso, Dignità *degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit.; F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 12-13 (nonché il riferimento a tale testo menzionato *supra* alla n. 2). In merito si vedano anche i rilievi proposti in G. Azzoni, *Libertà d'espressione e rispetto*, cit. ove, interrogandosi sulla liceità della figura di "hate speech", l'Autore tra l'altro mette a confronto lo scenario statunitense con quello europeo-continentale rilevando la "miseria del libertarismo civico": potere del linguaggio offensivo e libertà d'espressione incontrano, così, "come limite da affermare" (ivi p. 300) il rispetto della dignità. In ultima analisi, è "eticamente fondata la protezione che l'ordinamento giuridico deve accordare all'onore della persona, quando offesa da illeciti civili come l'ingiuria o da delitti come la diffamazione, così come il divieto di ogni apologia di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e altresì il divieto di offese ad una confessione religiosa mediane il vilipendio di persone che la professano o di cose connesse al culto", mentre non deve esservi sanzione giuridica nel caso in cui "la libertà di espressione venga utilizzata[…]per offendere la personalità interna dello Stato". Per una fenomenologia relativa agli "hate crimes" nel quadro della diffusione delle nuove tecnologie G. Ziccardi, *L'odio online. Violenza verbale e ossessione in rete,* Milano 2016.

[248] I fenomeni qui considerati si pongono palesemente al di fuori del *range* predisposto dalla tutela dell'immagine *ex* art. 10 c.c. e sfuggono ad una lettura ispirata al registro privatistico.

[249] TUPS (1931), art. 1: "L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà". Inoltre D. lgs. 112/1998, art. 159, c. 2 (in attuazione della legge delega 59/1997 che riserva alla competenza statuale l'unitarietà del mantenimento della polizia di sicurezza e in coerenza con la successiva legge costituzionale 3/2001 di riforma del titolo V della

emerge come a questo livello la nozione-chiave sia costituita dal concetto di "ordine pubblico". Di là dall'intrinseca problematicità di tale previsione normativa[250] gli argomenti sin qui addotti mostrano come essa costituisca una griglia teorica quantomeno insufficiente sul piano concettuale ancor prima che operativo.

In merito è utile riprendere la polarità spazio pubblico-ordine pubblico precedentemente introdotta e l'idea di individuare nella categoria "spazio pubblico" la matrice della nozione giuridica di "ordine pubblico". In questo senso se con "ordine pubblico" ci si riferisce, come nei testi appena menzionati, "[a]l complesso dei beni giuridici fondamentali" e agli "interessi pubblici primari" *riferiti ad una "comunità nazionale"*, essa rappresenta una categoria in qualche misura inadeguata. L'idea di "ordine pubblico" sembra infatti rispondere ad una logica essenzialmente statuale-ordinamentale, si direbbe in funzione della performatività o coerenza interna dell'apparato politico-istituzionale e in rapporto ad un assetto socio-giuridico già sedimentatosi. Una nozione, quindi, in qualche modo statica.

Sembra più fecondo ricorrere al concetto di "spazio pubblico", in particolare nella declinazione di Habermas come "sfera pubblica" in quanto articolazione dell'evocata categoria di "opinione pubblica" e sostanzialmente coincidente con il concetto di "spazio pubblico". A livello nucleare quest'ultimo attiene, nella sua impostazione classica[251], ad un processo di riappropriazione, da parte di soggettività razionali, dell'ambito pubblico come luogo di elaborazione della critica nei confronti del potere costituito.

Costituzione) per cui "le funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica[…]concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni" (si veda anche il comma 1 circa le funzioni della polizia amministrativa regionale e locale). Quest'ultima definizione enfatizza sia la protezione da ogni lesione potenziale del godimento dei diritti, sia la sicurezza in termini personali e patrimoniali (inoltre Corte Costituzionale sentenze n. 218/1998 e n. 290/2001: in quest'ultima emerge la centralità della nozione di "ordinata convivenza civile").

[250] In merito F. Carrer-J. C. Salamon (a cura di), *L'ordine pubblico: un equilibrio fra il disordine sopportabile e l'ordine indispensabile*, Milan 2011; M. Di Raimondo, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica: profili ricostruttivi e applicativi*, Torino 2010 e Id., *Il sistema dell'amministrazione della pubblica sicurezza*, Padova 1984; G. Corso, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1995, X, pp. 437-448; Id., *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, XXX, pp. 1057-1084; Id., *L'ordine pubblico*, Bologna 1979; in prospettiva costituzionale A. Cerri, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, XXV, paginazione autonoma; sul terreno privatistico G. Ferri, *Ordine pubblico (diritto privato)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, XXX, pp. 1038-1057; in chiave penalistica C. Fiore, *Ordine pubblico (diritto penale)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, XXX, pp. 1084-1106; in una prospettiva di teoria generale del diritto G. Panza, *Ordine pubblico (teoria generale)*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, XXV, paginazione autonoma; per un'analisi filosofico-giuridica S. Amato, *L'ordine pubblico*, in A. Scerbo (a cura di), *Diritto e politica. Le nuove dimensioni del potere* (Atti del XVII Congresso della Società italiana di Filosofia del Diritto, Copanello di Staletti, 16-18 Settembre 2010), Milano 2014, pp. 203-228.

[251] J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit. e Id., *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.

Tuttavia anche la prospettiva habermasiana, a prescindere dalle successive revisioni[252], si presta ad essere reinterpretata a livello intensionale ed estensionale.

A livello intensionale lo "spazio pubblico" non rappresenta più solo il luogo ove si sviluppa la critica su basi razionali all'apparato politico-istituzionale grazie al confronto tra modelli conflittuali in competizione ma, in ultima analisi, omogenei. Sul palcoscenico socio-giuridico si misurano visioni del mondo talora radicalmente eterogenee nelle quali, in un buon numero di casi, non vige il binomio pubblico/privato su cui riposa l'analisi habermasiana[253].

Inoltre sono i contorni stessi dello "spazio/sfera pubblica" ad essere estensionalmente mutati. Tramontata ogni sovrapposizione (ove questa si sia realmente mai data) tra "ordine pubblico" e "spazio pubblico", o tra confine statual-nazionale e dibattito collettivo, le dinamiche tecnologico-massmediatiche contribuiscono all'ulteriore estensione di quella che Habermas definiva tre decenni orsono "sfera pubblica astratta" e in cui assumono rilievo cruciale profili (come la dimensione iconica) sostanzialmente alieni alla prospettiva habermasiana.

Nel "nuovo" spazio pubblico globalizzato prevale una dimensione tecnologicamente virtuale, ma al contempo drammaticamente reale, di confronto tra modelli culturali eterogenei: è questo l'ambiente "pubblico" in cui si situa la circolazione dell'universo iconico e che determina la mutazione progressiva della polarità ordine pubblico-spazio pubblico con le conseguenti ricadute sul piano socio-giuridico.

In conclusione.

Se gli strumenti giuridici tradizionali sembrano palesare alcuni limiti nel misurarsi con fenomeni inediti per i contesti occidentali[254], occorrerebbe vagliare la possibilità di superare tali criticità ripensando gli orizzonti gius-filosofici ad essi sottesi. Anche a prescindere dalla questione iconica, viene a tema lo sfondo culturale dei temi qui discussi e il possibile ricorso ad approcci sinergici al diritto: da forme preventive di *moral suasion* nei confronti delle parti coinvolte sino alla progettazione di (vere) politiche di integrazione o dialogo culturale. Strumenti preziosi e sul lungo termine imprescindibili che tuttavia, postulando progettualità

---

[252] Si veda *supra* n. 12.

[253] J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., p. 44; si consenta rinviare anche ai miei *Il "problema multiculturale" tra sociologia, filosofia e diritto: un approccio cognitivo*, cit. e *Toward a New Lexicon and a Conceptual Grammar to Understand the "Multicultural Issue"*, cit.

[254] Un ragionamento analogo è estensibile al problema dei processi migratori per molti versi connesso alle questioni qui discusse: si consenta rinviare a G. Bombelli-B. Montanari (a cura di), *Identità europea e politiche migratorie*, Milano 2008.

di ampio respiro, cozzano con l'immediata incisività che da più parti si richiede all'intervento normativo.

4.2 Una possibile via (problematicamente) alternativa

Il punto decisivo è dato dalla possibilità di ripensare l'intera questione in chiave parzialmente, sebbene problematicamente, alternativa. Con due precisazioni preliminari.

Prima precisazione. In discussione non è la fondatezza e/o efficacia del repertorio di strumenti normativi sin qui considerati o un loro possibile ridimensionamento. Al contrario si valuta se essi siano suscettibili di una rilettura diversa, in particolare a livello giurisdizionale, con riguardo all'emergere delle "strategie d'immagine" come tratto peculiare degli odierni scenari socio-giuridici. Di nuovo: comprendere senza giustificare.

Seconda precisazione. In questione non è il valore squisitamente processual-probatorio da annettere a taluni materiali o repertori iconici che, secondo un ampio arco tipologico, integrano a vari livelli l'attività giurisdizionale: utilizzo dell'*imaging* scientifico[255], rappresentazione massmediatica del crimine[256], ecc. L'attenzione va qui al *ruolo argomentativo* e alla *portata epistemica* eventualmente da conferire sul piano endoprocessuale alla dimensione iconica, *riconosciuta come rilevante all'interno di un determinato modello culturale-religioso*, nel quadro del modello moderno di giurisdizione (soprattutto in chiave penale: impianto accusatorio, principio del libero convincimento del giudice, ecc.).

Su queste premesse di seguito occorre compiere due operazioni connesse: a) considerare più da vicino alcune configurazioni socio-giuridiche del nesso immagine-sacro-diritto (con lessico qui utilizzato) e b) coglierne qualche riflesso più diretto in chiave giurisdizionale.

a) Per il primo versante è utile soffermarsi criticamente sulla griglia di lettura offerta da François Boespflug: sia perché essa muove dalla nozione di "sacro", sia perché antecedente all'*affaire* Hebdo e all'*annus horribilis* 2015 (pubblicato nel 2006 il testo di Boespflug di seguito considerato si riferisce alla vicenda delle vignette satiriche danesi[257]).

---

[255] In merito, sui molteplici nessi che costellano ormai la relazione tra le neuroscienze e il diritto, http://www2.units.it/etica/2014_2/EP_2014_2.pdf (sezione Monographica 1 *Naturalizzare, normalizzare, potenziare. Prospettive filosofiche su neuroscience and neurolaw* in *Etica & Politica /Ethics & Politics* XVI, 2014, 1) (ultimo accesso 31 agosto 2017).

[256] Su questo si veda ad esempio, secondo un approccio criminologico-penalistico, G. Forti-M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno "La rappresentazione televisiva del crimine", 15-16 Maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano- Università degli Studi di Milano-Bicocca*, Milano 2005.

[257] *Supra* nota 1.

Interessa ragionare su tre profili: nesso dimensione iconica-scenari contemporanei, sua configurazione in ambito islamico e spazio in quest'ultimo rivestito dal trinomio umorismo-derisione-bestemmia[258].

Muovendo dal rapporto qui inizialmente richiamato tra "immagine" e contesti postmoderni, con l'inedita connessione tra società di massa e dimensione iconica[259], emerge come l'Europa sembri "riscoprire che un semplice 'problema di immagine'[…]può diventare esplosivo": l'idea moderno-illuminista di tolleranza illimitata verso la caricatura religiosa che l'Europa potrebbe imporre a quanti "vivono sul suo territorio, in nome della democrazia e della[…]libertà d'espressione, sembra […]sempre più utopistica"[260].

Il punto decisivo, va rilevato, risiede nel potere simbolico-persuasivo dell'iconicità: il simbolico come tratto culturale, a proiezione identitario-collettiva, dell'orizzonte postmoderno[261].

Sul piano socio-giuridico la distinzione tra "diversità dei generi d'immagini" e "rapporti con l'immagine", operanti all'interno delle tradizioni, consente di comprendere la natura inevitabilmente evolutiva della dimensione sacrale-religiosa e, in modo conseguente, la dialettica tra norme (teologie) e pratiche (devozioni). Occorre inoltre distinguere tra statuto iconico *a livello giuridico* e situazione iconica *di fatto*: ossia "il posto che le norme[…]di una religione accordano alla loro immagine plastica *sul piano del diritto*" e il "posto che[Dio]occupa *di fatto* come soggetto [nell'insieme]delle raffigurazioni plastiche di un dato momento[…]ivi comprese le caricature di Dio"[262].

---

[258] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 42.

[259] *Ibidem*, p. 16. L'Autore rimarca gli "enormi poteri, mal gestiti e meno conosciuti di quanto si potrebbe pensare, conferiti all'immagine dai diversi registri della comunicazione di massa in alcune società, sicuramente in tutte le società in cui vivono le comunità religiose monoteiste".

[260] Citazioni da *ibidem*, pp. 119-120.

[261] *Ibidem*, pp. 123-129. Così, tra l'altro, si osserva come la "[f]onte principale dell'eccezionale strapotere delle immagini [consista]nella loro capacità di simbolizzare e sostituire ciò che rappresentano": ciò garantisce loro "il potere tramite un'identificazione di massa" in termini di riconoscimento e assimilazione. La carica simbolica di un'immagine "non si decreta né si programma in modo razionale" essendo "questione di coinvolgimento, che dipende a sua volta dalle circostanze storiche." Ne segue che "[l]e distinzioni teologiche razionali in questo caso non hanno forza[poiché l']efficacia simbolica propria di certe immagini può annullare qualsiasi distanza critica o ontologica tra esse e ciò che simbolizzano[…]." In prospettiva socio-collettiva "[l'identificazione]autorizzata dal processo di simbolizzazione spiega anche come l'immagine[…]contribuisca potentemente all'identità del gruppo che in questo simbolo, o in questa immagine, si riconosce o si identifica": si innesta così "il 'narcisismo sociale' e culturale, cioè l'amor proprio di un gruppo – religioso, nazionale, linguistico –[…]", nella consapevolezza che"[i]l numero di figure che, in una data religione, hanno il potere di condensarne la sacralità è variabile" (cioè "elevatissimo nel cristianesimo[…]mentre è molto più ristretto nell'islam[ove]la disseminazione simbolica, che comunque diluisce l'energia della violenza, è[…]molto minore e la sacralità delle rare figure è dunque proporzionalmente densificata.")

[262] *Ibidem*, pp. 19-20, corsivi nel testo. Lo statuto iconico a livello giuridico può essere: permissivo, restrittivo, globale o casistico (quando "le norme introducono distinzioni che riguardano lo statuto della rappresentazione stessa, ad esempio se essa sia 'mimetica' o meno, o relative al soggetto della rappresentazione,

Da parte nostra occorre notare come l'inevitabile interazione tra i due piani, e il progressivo intreccio *tra* sistemi culturali, comporti l'esigenza di valutarne la riconfigurazione soprattutto ove l'assetto storico-culturale-religioso in cui i due livelli segnalati sono maturati intersechi contesti eterogenei (come verificatosi in ambito occidentale con riguardo alle immagini islamiche). In tal senso l'universo islamico è paradigmatico della complessa relazione postmoderna tra dimensione iconica e sfera culturale-religiosa.

Irriducibile a schemi iconofili o iconoclasti (categorie occidentali), l'Islam appare una realtà composita: "più aniconico e iconofobo che iconoclasta"[263]. L'assenza nel Corano di un espresso divieto di raffigurazione, introdotto dagli *Hadith*[264], giustifica l'atteggiamento oscillante nei confronti della dimensione iconica: solo un insieme di *Hadith* decretò il divieto assoluto dell'immagine accreditandone il carattere blasfemo (l'attività umana come mimesi dell'inimitabile atto creatore divino). Acquisita rilevanza giuridica, l'interdetto investì le immagini religiose "passibili di suscitare un culto" ma non impedì la fioritura "di un'arte figurativa di decorazione nei Paesi dell'Islam"[265].

Nel mondo islamico, dunque, non sussiste un divieto in sé di raffigurazione.

L'interdetto tocca solo il versante devozionale e la rappresentazione, in ogni forma, di Allah. La sfera divina è irrappresentabile in quanto inaccessibile da parte dell'intelletto umano: a differenza del mondo cristiano "lo statuto iconico dell'islam è[…]molto restrittivo, ancor di più che nell'ebraismo. È tollerata unicamente la grafia del suo Nome"[266].

Si comprende, allora, lo spazio conferito al trinomio umorismo-derisione-bestemmia.

A dispetto di un'immagine seriosamente severa, sin dalle origini nell'Islam trova spazio il registro dello *humor* con l'unica eccezione, simmetrica al rispetto richiesto e preteso da parte

ad esempio condannando certi soggetti"). Inoltre ivi anche pp. 20-25: le caricature dipendono dalla situazione di fatto "più che dal diritto, anche se la loro diffusione[…]non può avvenire senza il consenso[…]di qualche istanza religiosa e/o politica.[…]Il linguaggio corrente tende a equiparare il termine 'caricatura' a 'disegno umoristico'[…]. In ogni caso[…]la *storia della caricatura come genere artistico a pieno titolo* cominci[a] in Occidente solo verso la fine del XVI secolo[…]. La caricatura è un fenomeno internazionale.[…][L]a caricatura degli dèi e di altre figure sacre sembra più rara e relativamente recente[…]"(corsivi nel testo). Inoltre si veda J. Flori, *La caricature de l'Islam dans l'occident médiéval: origine et signification de quelques stéréotypes concernant l'Islam*, in Aevum, 2, 1992, pp. 245-256.

[263] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 27, nonché p. 28 per le radici ebraico-cristiane di tale profilo.

[264] Testi contenenti atti e/o detti del Profeta integranti la Tradizione e il diritto islamico.

[265] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 20-33.

[266] *Ibidem*, pp. 35-37.

islamica[267], rappresentata dall'attenzione che quest'ultima è chiamata a prestare agli altri modelli storico-religiosi[268].

Tuttavia occorre essere prudenti. La vicenda "Charlie Hebdo", da cui si sono prese le mosse, ha smentito quanti preconizzavano un rapporto irenico tra Islam e immagine giudicando la vicenda danese del 2006 come l'ultima espressione di rigorismo confessionale. Ciò nasceva dalla convinzione che, similmente all'ebraismo e al cristianesimo, l'Islam avrebbe maturato la capacità di separare politica e religione trovando "un suo ruolo preciso nella costruzione di una cultura della libertà nel rispetto"[269].

La problematicità *ex post* di tali posizioni restituisce un quadro del mondo islamico, e del suo rapporto con l'universo occidentale, molto più articolato rispetto a taluni approcci superficiali veicolati dai mass-media a ridosso delle drammatiche vicende evocate. Come nota ancora Boespflug, solo "nelle società occidentali secolarizzate, e solo agli occhi dei non credenti, il concetto stesso di ingiuria a Dio è delegittimato fino a perdere senso"[270].

b) Riguardato come una sorta di prisma di lettura, in chiave più spiccatamente socio-giuridica il riferimento al tema dell'immagine nel mondo islamico (come universo indistintamente culturale-religioso: "Islam" e "islam" con lessico di Boespflug) consente di valutare una via alternativa.

Essa ruota intorno al nesso diritto-cultura come corollario dell'orizzonte multiculturalmente postmoderno più volte evocato e con riflessi anche in rapporto alla questione dell'"immagine".

L'idea verte sulla possibilità di approcciare il tema della dimensione iconica a partire dall'ambito penale, il versante forse più delicato dell'ordinamento, riconducendola (in analogia a quanto accade in altri sistemi) alla questione dei "reati culturalmente motivati".

In particolare ci si riferisce al rilievo assunto, soprattutto nelle corti nordamericane, dal tema della *cultural defence* (o *defense* nella tradizione di *common law*) intesa tecnicamente come causa di giustificazione, esimente o attenuante sul presupposto che l'ordinamento conferisca rilevanza "a fattori culturali nella determinazione sia dell'elemento oggettivo che soggettivo del reato,

---

[267] Si veda *supra* riguardo al "caso Rushdie" e alla bestemmia in ambito cristiano.

[268] J. J. Schmidt, *Livre de l'humour arabe*, Arles 2005 (citato in F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 43 con valutazione critica, p. 84 e p. 118; inoltre si veda *supra* sul tema della "caricatura").

[269] F. Boesplug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 48. Con l'ulteriore notazione che il ricorso al registro figurativo sembra lecito "quando si tratta di serrare i ranghi della *umma* e difendere i fratelli palestinesi."

[270] *Ibidem*, p. 25.

in sede penale"[271]. Una fenomenologia, beninteso, frastagliata e problematica le cui criticità sono state rilevate sia in ambito nordamericano, ove la *cultural defence* ha trovato sinora più compiuta maturazione, sia a livello nazionale[272].

Il punto si può riassumere nel seguente interrogativo: l'impianto argomentativo maturato in seno alla *cultural defence* è estensibile ai reati connessi alla sfera iconica?

A rischio di essere ripetitivi in questione non è la legittimità né lo spazio dell'intervento penale e quindi, per stare alle vicende qui considerate, ovviamente non si suggerisce alcuna equiparazione o proporzionalità tra "caricatura" e reazione omicida. Già con riguardo alle vicende danesi del 2005 si rilevava la sproporzione tra causa dell'evento e effetti conseguenti in quanto residua "un'enorme differenza morale tra una caricatura e un attentato" [273].

Si tratta, viceversa, di provare a comprendere in modo più articolato quanto accaduto.

In tal senso qualche spunto è ricavabile dalla prospettiva proposta da Ilenia Ruggiu[274] che va incrociata criticamente con l'impostazione discussa poc'anzi al punto a). Di matrice costituzionale, uno dei registri normativi precedentemente considerati, in chiave socio-giuridica tale impostazione rileva qui con riguardo ad alcuni punti-chiave: la nozione di "cultura", il concetto di "test" culturale e la figura di "giudice antropologo".

Occorre, in primo luogo, ripensare i concetti di "cultura"[275] e "religione".

---

[271] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano 2012, p. 129 e n. 113, con riguardo a fattispecie delicate quali: lesioni personali, omicidio e reati a sfondo sessuale. Circa la nozione di "fattori culturali", e la sua introduzione nel lessico gius-penalistico, occorre fare riferimento a A. Bernardi, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino 2010 e Id., *L'ondivaga rilevanza penale del fattore culturale*, in Politica del diritto, XXXVIII, 1, 2007, pp. 3-48. Inoltre su questi temi F. Basile, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Padova 2010 e M.C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010 ove non sembra conferirsi particolare rilievo alla dimensione iconica; inoltre C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2007. Si consenta inoltre rinviare al mio *Il "problema multiculturale" tra sociologia, filosofia e diritto: un approccio cognitivo*, cit. Ringrazio la dott.ssa Lara Ferla per la discussione intorno ai profili penalistici dei temi qui discussi nonché per la segnalazione di riferimenti critici ad essi relativi.

[272] Ad esempio Cass. sent. n. 14960/2015, ove si sancisce l'irrilevanza di scriminanti culturali per ragioni di certezza del diritto e coerenza ordinamentale. Nel dispositivo si legge tra l'altro: "Il soggetto che si inserisce in una società multietnica è tenuto a prestare osservanza all'obbligo giuridico di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e, quindi, la liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina, non essendo, di conseguenza, riconoscibile una posizione di buona fede in colui che, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un paese diverso, presume di avere il diritto (non riconosciuto da alcuna norma internazionale) di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e, quindi, lecite secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere."

[273] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., p. 128.

[274] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit.

[275] In merito i miei *Occidente e 'figure' comunitarie (volume introduttivo)*…, cit., cap. 4 e *Il "problema multiculturale" tra sociologia, filosofia e diritto: un approccio cognitivo*, cit.

Se agli albori del costituzionalismo la religione costituiva "il principale fattore di 'alterità'[…]da tempo essa è riconosciuta come un bene costituzionale da proteggere"[276]. La distinzione tra cultura e religione, sebbene recepita a livello giurisdizionale, risulta così inappagante: del resto appare ormai arduo ignorare la portata identitaria rivestita *nel loro insieme* dai due ambiti (paradigmaticamente: l'universo islamico qui considerato) e i riflessi giuridici derivanti dalla loro eventuale scissione. Negli assetti democratici cultura e religione rappresentano "fonte di pluralismo di idee e di orizzonti di senso [e per converso le rivendicazioni] delle cosiddette 'minoranze illiberali' tocca[no] trasversalmente sia minoranze culturali che religiose"[277].

In questione, quindi, non è una distinzione stipulativa tra cultura e religione, bensì la differente disciplina giuridica dei conflitti, soprattutto nei casi di "confine" ove al giudice è conferita la possibilità di rubricare un comportamento alternativamente entro la categoria "cultura" o "religione"[278]. Il confronto tra i modelli di risoluzione delle controversie religioso-culturali dovrebbe dunque mirare a ricostruire la tipologia sottesa all'attuale approccio argomentativo relativo "ai conflitti multiculturali considerati come un *genus* unitario"[279].

Il concetto di "cultura" si situa, così, tra antropologia (culturale) e diritto.

Se i modelli di cultura sottesi all'intervento e ragionamento giurisdizionale orientano gli schemi di comprensione della diversità, la decostruzione del dibattito antropologico-filosofico in tema di "cultura" consente di recuperare il ruolo della sfera giuridica emancipandola dai concetti corrivi di cultura "che spesso il diritto sembra assorbire in modo osmoticamente passivo.[…].[A]l diritto spetta[…]un ruolo più attivo"[280] in ordine all'apertura di spazi per nuovi modelli di convivenza.

---

[276] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., pp. 59-60.

[277] *Ibidem*, p. 62.

[278] Per un esempio dell'incrocio tra i livelli, riferito alle abitudini alimentari, A. Chizzoniti-M. Tallacchini, *Cibo e religione: diritto e diritti*, cit.

[279] Le citazioni sono da I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., p. 62; inoltre ivi p. 145 per la necessità di un approccio topico-casistico: "[Q]ualsiasi teoria sulla risoluzione dei conflitti multiculturali non [può]non confrontarsi con la dimensione topica che questi assumono. Laddove per dimensione topica intendo sia il carattere concreto, casistico che le tematiche sul multiculturalismo rivestono, sia il fatto che esse siano state effettuate tramite un pensare per problemi e non per sistemi, incentivato spesso dall'assenza di formazione."

[280] *Ibidem*, pp. 150-152. Si veda ivi anche il cap. 3 per l'esame analitico di alcuni modelli (o tipologie concettuali) relativi alla nozione di "cultura": la "cultura" come manufatto, come evoluzione di civiltà, come esotismo, come relativismo, come dimensione posseduta solo dall'"altro", come interpretazione e traduzione, come autenticità e come creolizzazione, nonché la prospettiva panculturalista e il modello della cultura come etnosfera (cui segue l'analisi del nichilismo antropologico e della crisi del multiculturalismo nel diritto con l'auspicio di un nuovo rapporto tra diritto e antropologia).

Su questa base, ciò che qui interessa, si staglia un rapporto più consapevole tra diritto e antropologia: da un'impostazione *Law and Anthropology* alla *Law through Anthropology*.

Da questa prospettiva, se è vero che l'apporto antropologico ha problematizzato la sfera giuridica non si devono, però, occultare le specificità dei due approcci: l'uno (l'antropologia) muove da modelli teorici statico-descrittivi, laddove al diritto si riconosce portata trasformativa in vista "della regola del caso concreto o[…]dei valori costitutivi della convivenza. [Esso] non può prescindere [dall'antropologia ma]dovrebbe anche andare oltre"[281]. Sulla scorta di quest'impostazione, ove si noti *en passant* l'oblio per la dimensione *specificamente* iconica, il rilievo conferito a livello giurisdizionale e costituzionale alle "regolarità nella valutazione degli elementi di cui tenere conto nel riconoscimento dell'altrui cultura"[282] spinge ad elaborare criteri per calibrare il rilievo socio-giuridico da conferire alla dimensione culturale.

Da qui la proposta, metodologicamente consapevole della sua problematicità e rilevante per quanto si va ragionando, di un "test culturale". Quest'ultimo si propone come uno strumento di verifica processuale circa la non punibilità (o la presenza di esimenti)[283] a riguardo di comportamenti penalmente rilevanti e culturalmente motivati. Ispirate all'esperienza nordamericana, le istanze sottese a tale strumento mostrano come esso muova dall'esigenza di adottare la prospettiva dell'"altro"[284]. L'insieme costituito dall'esplicitazione del nesso cultura-diritto e dal "test culturale" configura, così, una "teoria topica sistematizzata": in altre parole, una sorta di sillogismo dialettico basato sul pensare per problemi a partire da *topoi* condivisi.

Ciò riplasma la figura del giudice: dal giudice "sociologo" al giudice "antropologo".

---

[281] *Ibidem*, pp. 211-212.

[282] *Ibidem*, p. 265; inoltre ivi cap. 4 per l'esplorazione dello "*status* del concetto di cultura nel diritto positivo costituzionale e internazionale" anche alla luce dei modelli di "riconoscimento culturale".

[283] Si utilizza qui una nozione di non punibilità in qualche misura atecnica e, cioè, riferita alla mancata applicazione in concreto della sanzione penale. In termini più precisi si può affermare che la causa di giustificazione ha un significato più "forte" poiché implica la possibilità di un bilanciamento tra diritti del soggetto agente meritevoli di protezione e beni tutelati dall'ordinamento. In tal senso realisticamente la questione della differenza culturale a livello penale viene a tema in termini di riconoscimento di una causa di giustificazione (anche putativa) a vantaggio dell'autore del reato o riconoscimento di un rimprovero attenuato di colpevolezza (dolo, intensità dei motivi a delinquere, mancato riconoscimento di aggravanti come motivi futili). Le cause di non punibilità sono oggetto di una specifica previsione normativa costituendo regime peculiare rispetto alla normale punibilità del reato. Ma si veda anche *infra* n. 82.

[284] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., pp. 285-292; inoltre pp. 340-346 per l'applicazione del test a conflitti concreti.

Se i giudici si sono fatti carico "delle sfide poste dal multiculturalismo"[285] elaborando un diritto giurisprudenziale multiculturale,[286] ne consegue un mutamento di paradigma: dalla logica "intro-verso" a quella "estro-verso". Si transita da un modello classico, legato al giudice-sociologo attento alla cultura in cui egli era immerso, a contesti che postulano un giudice-antropologo interprete di "altre reti di significato[e con il test a]guidare il giudice[…]nell'affrontare una questione multiculturale"[287]. Il test, insomma, come strumento multifunzionale: guida dell'*iter* conoscitivo del legislatore e parametro costituzionale per valutare la ragionevolezza di una disposizione legislativa.

Si tratta, in definitiva, di una prospettiva in cui si sintetizza una transizione socio-giuridica o, quantomeno, nella quale emerge un'esigenza in tal senso.[288] Tramontata la derubricazione a

---

[285] *Ibidem*, p. 347.

[286] L'espressione riportata nel testo sintetizza quanto elaborato e prospettato dall'Autrice dell'impostazione qui presa in esame. Va osservato che, a fronte dell'impegno della dottrina nel proporre nuovi approcci in relazione alla differenza culturale-religiosa, invero nella prassi giurisprudenziale l'attenzione per la dimensione multiculturale, soprattutto in chiave cognitiva (in termini cioè di valorizzazione e attribuzione di rilevanza giuridica ai modelli culturali), appare ancora parziale e altamente problematica prevalendo una prospettiva assimilazionista. In particolare emerge la tendenza ad esprimere censure verso la differenza culturale anche a prescindere dall'effettivo disvalore etico-sociale espresso dal fatto "in sé". Lo scenario è complesso.

Da un lato l'attenzione per l'offesa ai diritti fondamentali della persona (*in primis* nel caso di minori come persone offese dal reato) contempla una maggiore disponibilità degli organi giudicanti a riconoscere la differenza culturale ove l'offesa non sia particolarmente accentuata: ad esempio con riguardo alla valutazione di episodi di impiego di minori nell'accattonaggio, volta per volta ricondotti a art. 600 c.p., art. 572 c.p. o art. 600 octies c.p. a seconda che il fatto venga rubricato come accattonaggio continuativo, come sfruttamento o, infine, come comportamento di tipo episodico. In sostanza, maggiore è l'offesa alla persona e minore è la disponibilità ad attribuire rilevanza alla differenza culturale: sul tema M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino 2010, p. 63 ss., circa la complessità del concetto di "maltrattamenti" in un contesto multiculturale popolato da una molteplicità di concezioni etico-morali (e la necessità di conferire rilevanza alla figura di un "minore in concreto", e non ideale, in relazione al singolo procedimento).

Diverso il quadro relativo alle fattispecie di reato che non ledono o mettono in pericolo interessi della persona. Qui il tema della differenza culturale-religiosa si rapporta a interessi di natura pubblicistica come emerge emblematicamente nel caso relativo all'utilizzo da parte dei Sikh del pugnale *Kirpan*. Da un lato va menzionata la sentenza del Tribunale di Cremona, 13 gennaio 2009, n. 15, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, p. 978 e ss. (con nota di A. Provera) e in Corr. Merito, 2009, 4, p. 399 e ss. (con nota di G.L. Gatta): si tratta della pronuncia al momento più aperta in quanto orientata a cogliere la veridicità della tradizione religiosa rivendicata dall'imputato (il Tribunale di Cremona tra l'altro menziona significativamente una sentenza della Corte Suprema del Canada favorevole al *Kirpan*): sul punto L. Ferla, *Il pugnale dei* Sikh *tra esigenze di sicurezza e divieti normativo-culturali*, in Giur.it, 10, 2017, pp. 2208-2214.

Contra la sentenza di maggiore chiusura in Cass. sent. n. 24084/2017: si tratta di una decisione di legittimità, quindi meno "vicina" al fatto e agli imputati in quanto concentrata sul controllo di legittimità, ma nella quale anche il lessico mostra la tendenza a rimarcare gli obblighi degli stranieri ad adattarsi ai valori del mondo occidentale. Inoltre la pronuncia del Tribunale di Asti, 24 giugno 2015, n. 1245 (inedita), che ha riconosciuto la causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. per particolare tenuità del fatto nei confronti della madre di un minore, che lo aveva portato con sé a chiedere l'elemosina. Il tribunale non ha ravvisato sofferenza del minore e ha valorizzato le condizioni di povertà e di emarginazione sociale e culturale: la tenuità particolare del fatto oggetto di contestazione ha consentito di escludere la punibilità dell'agente per il reato commesso.

[287] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., p. 348; ivi si vedano anche le considerazioni proposte a p. 264 e ss.

[288] Occorre, quindi, essere molto cauti. Gli elementi peculiari di tale prospettiva, ad esempio il "test culturale", sinora si sono radicati soprattutto in contesti socio-giuridici (come ad esempio l'ambito

livello costituzionale della "cultura" a dato pre-giuridico[289], ad essa si riconosce un ruolo normativamente emancipatorio sia "nella formazione dell'identità personale[sia]in molti ordinamenti statali e sovrastatali[ove]essa è assurt[a] allo *status* di diritto"[290].

Proviamo a tirare le fila.

La relazione tra dimensione iconica (soprattutto di matrice religioso-sacrale) e diritto, quale emerge in alcuni modelli storico-culturali, postula una visione più articolata del rapporto che quest'ultimi vanno intrattenendo con gli scenari socio-giuridici occidentali.

Ciò autorizza una rilettura di alcuni profili della sfera giuridica, segnatamente del livello giurisdizionale, che, senza abdicare ai principi fondamentali che informano i sistemi moderno-contemporanei, consenta di offrire un'interpretazione più congrua delle nuove dinamiche sociali. Al di là delle criticità evidenziate, come il mancato rilievo assegnato alla dimensione iconica[291], l'impostazione qui evocata appare uno strumento potenzialmente fecondo in ordine all'elaborazione di una gamma più ampia di strumenti ermeneutici.

5. Per concludere

L'esame di alcuni spunti di cronaca ha consentito di ragionare intorno al rapporto che intercorre tra dimensione iconica e sfera socio-giuridica e, in particolare, sulla delicata funzione giurisdizionale.

Sono emersi alcuni limiti degli strumenti normativi di cui quest'ultima può avvalersi e, più in generale, degli orizzonti concettuali ad essi sottesi all'interno di un quadro socio-giuridico "a geometria variabile" e in costante transizione. Nello spirito di comprendere senza giustificare, in conclusione si prova a fissare qualche "paletto" argomentativo che orienti la futura riflessione appuntando l'attenzione sui seguenti aspetti: rilevanza culturale della sfera iconica, nesso immagine-spazio pubblico e rapporto tra immagine e diritto.

Si conferma il tema dell'"immagine" come questione culturalmente, prima ancora che giuridicamente, rilevante. Un profilo legato al mutare degli scenari socio-giuridici che connotano l'inizio del nuovo secolo legati alla conflittuale interazione tra modelli culturali

nordamericano) ove è più matura l'esperienza della *cultural defence* e, conseguentemente, la riflessione intorno ad essa.

[289] Quanto ne decretava l'espunzione da molte costituzioni novecentesche.

[290] I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, cit., pp. 58-60; p. 224 e ss. e p. 348.

[291] Ove si acceda all'idea di utilizzare il "test", nel quadro della prospettiva segnalata, una disamina del ruolo giocato dalla dimensione iconica in alcuni modelli culturali potrebbe costituire un elemento prezioso ad integrazione dell'intervento giurisdizionale.

radicalmente eterogenei: per questa via la dimensione iconica, in qualche misura modernamente negletta, ha ripreso vigore e rilevanza. Ciò, si noti, secondo forme diverse rispetto a quanto avvenuto nella prima metà del secolo scorso ove il ricorso all'iconicità era emerso nel quadro di una significativa coincidenza tra affermazione della società di massa e radicarsi degli assetti totalitari[292]. Quest'ultimi attingevano, infatti, in modo strumentale a materiali iconici appartenenti alla tradizione occidentale, laddove oggi emergono repertori di immagini eterogenei a tale tradizione e, a loro volta, suscettibili di un processo di strumentalizzazione (o risimbolizzazione).

In chiave più ampia la reviviscenza postmoderna della "questione iconica", come istanza simbolica legata soprattutto alla sfera religiosa, apre a modelli alternativi di razionalità: ciò che ha indotto taluno a proporre una "storia iconica di Dio" che scardini il primato della razionalità "senza per questo cadere nell'irrazionale[e considerare la tensione]tra la cultura visiva e la cultura discorsiva o concettuale e[…]la loro stretta corrispondenza"[293].

Da questa prospettiva in secondo luogo si delinea, in chiave esplicitamente socio-giuridica, la problematicità del nesso immagine-spazio pubblico. Occorre forse conferire all'idea di "spazio pubblico", più inclusiva rispetto al concetto di "ordine pubblico", un'estensione inedita e non del tutto coincidente con nozioni apparentemente equivalenti tradizionalmente codificate nelle carte costituzionali. Uno "spazio pubblico" progressivamente abitato da fattori radicalmente eterogenei rispetto ai contesti a noi più noti: ciò da un lato richiederà agli assetti democratici di (ri)determinare i confini tra ambiti operativo-concettuali (diritto, religione, cultura, ecc.), ma al contempo esigerà anche una sorta di *self-restraint* da parte delle tradizioni religiose.

È nel quadro di queste coordinate che andranno valutati l'*an* e il *quomodo* dell'intervento giuridico (dal livello legislativo a quello giurisdizionale) o, in termini ben più problematici, l'opportunità di articolare una "polizia delle immagini" come "diritto di controllo che i credenti pensano di dover esercitare o di potersi concedere sulle rappresentazioni di Dio"[294].

---

[292] Sul punto rinvio al classico G. Mosse, *La nazionalizzazione delle masse: simbolismo politico e movimenti di massa in Germania (1815-1933)*, Bologna 1975 (New York 1974).

[293] F. Boespflug, *La caricatura e il sacro. Islam, ebraismo e cristianesimo a confronto*, cit., pp. 139-140.

[294] *Ibidem*, pp. 130-134. Più chiaramente: per i credenti "la tentazione di comportarsi come eredi e proprietari che sorvegliano i confini dei propri possedimenti è grande.[…]Del resto pare impossibile istituire una 'polizia delle immagini religiose', che sarebbe ben presto messa in contraddizione con se stessa.[…]Un controllo di questo tipo, in una società democratica, è praticamente un'impresa disperata." Di qui l'interrogativo: "I simboli più importanti delle religioni oggi praticate devono o non devono essere protetti da leggi che reprimano i discorsi e i disegni, per dire, antiebraici, antimusulmani o anticristiani? È pensabile legiferare in questo campo nelle democrazie che pongono tra i propri principi fondatori la libertà d'espressione?" Boespflug risponde negativamente: "L'inflazione delle leggi è una tendenza incresciosa che non

Analogamente andrà valutata la prospettiva di un neutralismo "necessario"[295] indissolubilmente legato all'idea di laicità. Ove non si misuri con le questioni sollevate dagli scenari qui evocati e i relativi sfondi culturali, ulteriori alle immediate ricadute normative, esso rischia di ripetere uno schema concettuale rivelatosi fecondo per un buon tratto della modernità (e tarda modernità) ma, forse, legato ad una stagione storico-culturale in qualche modo tramontata. Semmai il punto decisivo tocca la possibilità di creare uno spazio di confronto, se non di dialogo[296], *tra* modelli culturali che, senza facili sincretismi e demagogie, costituisca realisticamente la premessa per soluzioni giuridiche e politico-istituzionali praticabili.

Diventa infine più comprensibile, in terzo luogo, la rilevanza rivestita dalle immagini a livello giurisdizionale. Il profilo iconico rappresenta un elemento potenzialmente innovativo all'interno dell'architettura argomentativa, sostanzialmente aniconica, sottesa al processo in senso moderno (sia essa intesa in senso squisitamente logico-deduttivo o con riferimento allo spazio conferito alla dimensione retorica[297]). Il punto è il rapporto tra "dialettica" e "immagine", tra struttura processuale e sfera iconica, con il ruolo decisivo del giudice.

In definitiva il circuito immagine-spazio pubblico-ruolo giurisdizionale proietta i suoi riflessi *de jure condendo* in vista della predisposizione di un assetto normativo congruo alle dinamiche in atto. In prospettiva occorrerà misurarsi con costellazioni culturali più complesse rispetto al consueto nesso diritto-cultura: ciò interroga, in ultima analisi, la configurazione moderna della sfera giuridica e, forse, la sua stessa natura.

Abstract: Starting from some recent new stories the essay explores the contemporary complex relation among Western social contexts, the relevance of iconic dimension within some cultural models (especially religiously motivated) and law. Along these lines the challenges related to legal tools, including their conceptual horizons, allow to rethink the legal system and, in particular, jurisdiction. Without abandoning the fundamental principles underlying the modern legal systems, it is possible to suggest some conceptual and actionable points (coordinates) in order to better understand the new social processes and the connected "iconic question".

Key-words: Image-law-culture-religion-society

giova alla giustizia" (con particolare riferimento allo scenario francese): "[n]essuna nuova legge, dunque, e soprattutto nessuna nuova polizia; piuttosto un'educazione civica[…]. Noi siamo quindi a favore del fatto che i simboli delle religioni siano d'ora in poi circondati da una certa riservatezza, da una discrezione cortese." In definitiva: "Ciò che lo studio delle faccende legate alle immagini lascia intendere è che libertà d'espressione e pace sociale possono vicendevolmente minacciarsi, nuocersi o addirittura distruggersi."

[295] C. Del Bo', *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, cit.: ivi la relazione tra "liberalismo neutrale" e "sfera religiosa" in un contesto di pluralismo nel quadro del rapporto laicità-neutralità (soprattutto p. 141 e ss. con riferimenti normativi italiani ed europei).

[296] Sulla problematicità della figura del "dialogo" si consenta rinviare al mio *Il "problema multiculturale" tra sociologia, filosofia e diritto: un approccio cognitivo*, cit.

[297] F. Cavalla (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense* (seconda edizione), Milano 2007².

Andrea Sanguinetti

Ricercatore confermato di diritto romano e diritti dell'antichità,
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Le *rogationes per saturam* prima della *lex Caecilia Didia**

SOMMARIO: - 1. Impostazione dell'indagine. - 2. La nozione di *lex satura* nelle fonti antiche. - 3. La prassi delle *rogationes per saturam*. - 3.1. Le *leges Liciniae Sextiae*. - 3.2. La *lex Aquilia*. - 3.3. La *lex* epigrafica sulle province orientali. - 3.4. Altri provvedimenti. - 4. Conclusioni.

1. Impostazione dell'indagine

La presente ricerca si propone di indagare un tema che, sebbene non sconosciuto alla dottrina, non è stato mai – per quanto io ne sappia – fatto oggetto di una trattazione specifica. Si tratta del tema delle cc.dd. *rogationes per saturam*. Cosa fosse una *rogatio per saturam* è cosa nota, sicché sarà appena il caso di richiamare questa nozione: si trattava di una proposta di legge comiziale nella quale il magistrato proponente cumulava diverse disposizioni, tra loro eterogenee, che l'assemblea popolare avebbe dovuto approvare o rigettare *en bloc*, cioè con un voto unico[1].

Lo scopo di un siffatto *modus agendi* da parte dei magistrati era, naturalmente, quello di impedire al popolo di tenere distinte questioni tra loro diverse, senza poter differenziare il voto. Ciò consentiva a magistrati che volessero far approvare misure scomode, oppure sgradite a una parte consistente della popolazione, oppure sulle

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

[1] Molti manuali e trattati di Storia del diritto romano o di Storia costituzionale romana dedicano qualche riga alle *rogationes per saturam*, soprattutto per ricordare che esse furono dichiarate illegittime dalla *lex Caecilia Didia*. A titolo di esempi v. E. Herzog, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung,* vol. I. *Königszeit und Republik*, Leipzig 1884, pp. 488 e 1107; T. Mommsen, *Le droit public romain, Tome VIeme – 1ere partie, Livre 3eme*, Paris 1889, p. 384 e nntt. 2 e 3; G. Grosso, *Lezioni di Storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino 1965, p. 229; F. De Martino, *Storia della Costituzione romana,* vol. III, 2ª ed., Napoli 1973, p. 40; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, 7ª ed., Napoli 1966 (rist. dell'ed. 1957), p. 95; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte,* vol. I, München 1988, p. 399; F. Càssola – L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, 3ª ed., Napoli 1991, pp. 189 e 308; S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana*. Parte seconda, Milano 1993, p. 114. Fra tutti questi autori l'unico che dedica una disamina un po' più approfondita al tema è Mommsen, il solo ad analizzare – se pur brevemente – i passi che prenderemo in considerazione nel prossimo paragrafo. Per altro tali passi sono citati anche, sebbene soltanto in sede di rassegna generale sull'argomento, da L. Gagliardi, *La lex Iunia Licinia e le procedure di pubblicazione e di conservazione delle leges nella Roma tardo-repubblicana*, in *Diritto@Storia*, 8 (2009), p. 23 nt. 83 dell'estratto scaricabile dal sito Internet della rivista.

quali si concentrava l'opposizione degli avversari politici, di mescolarle con misure nei confronti delle quali la popolazione era invece sicuramente ben disposta (si poteva trattare ad esempio di misure di tipo demagogico, quali *frumentationes* e altre concessioni o agevolazioni), che avrebbero facilitato l'approvazione della legge nel suo complesso, ivi compresa, dunque, la misura sgradita al popolo, la quale avrebbe finito per passare alla stregua di un sacrificio spiacevole, ma necessario per ottenere un beneficio.

Naturalmente un comportamento di questo tipo da parte dei magistrati, è facile intuirlo, dovette essere utilizzato come arma politica specialmente nei periodi di maggiore tensione, e poiché di fatto privava il popolo della possibilità di esprimersi con il voto su ognuna delle diverse questioni contenute nella *rogatio*, integrava una condotta che possiamo senz'altro definire come scorretta e sleale nei confronti dell'assemblea popolare. È dunque del tutto naturale che ad un certo punto tale prassi sia stata avvertita come inopportuna, e si sia cercato in vario modo di limitarla e ostacolarla.

Questa ricerca si propone di indagare in che misura la prassi delle *rogationes per saturam* sia stata utilizzata. Rimarrà ai margini della ricerca – rappresentandone per così dire il punto di arrivo – la *lex Caecilia Didia*, che nel 98 a.C. vietò il ricorso a tale modalità di presentazione delle proposte legislative[2]. Si tratta del resto dell'aspetto sul quale si è di preferenza, per non dire quasi esclusivamente, concentrata sinora la dottrina romanistica. Tra l'altro le fonti che ci tramandano le notizie più chiare sulla *lex Caecilia Didia* non forniscono, rispetto a quelle di cui si parlerà nel paragrafo seguente, alcun sussidio per identificare più chiaramente in che cosa consistesse esattamente una *rogatio per saturam*, né consentono di valutare la prassi delle *rogationes per saturam* delle epoche precedenti[3].

[2] La *lex Caecilia Didia*, le *leges saturae* che furono rogate dopo la sua entrata in vigore, le procedure per il controllo della loro legittimità e le modalità del loro annullamento saranno oggetto di uno studio che costituirà il completamento della presente ricerca.

[3] Mi riferisco in particolare a Cic., *De domo*, 19.50, dove si parla genericamente di *pluribus de rebus uno sortitore ferre* (o, secondo le letture, *uno sortitu referre*), e 20.53, dove il retore afferma che la *lex Cecilia Didia* aveva lo scopo di impedire che al popolo *necesse sit in coniunctis rebus compluribus aut id quod nolit accipere aut id quod velit repudiare*. Accenni si trovano anche (senza, per la verità, che si faccia espressa menzione della *lex Caecilia Didia*) in Cic., *De leg.*, 3.4.11 e 3.19.43, dove si parla genericamente dell'obbligo, per i magistrati, di *agere* o *consulere de*

2. La nozione di *lex satura* nelle fonti antiche

I passi[4] che conservano informazioni dirette sulla nozione di *lex satura* (e su quella, evidentemente ad essa intimamente connessa, di *rogatio per saturam*) concordano strettamente l'uno con l'altro dal punto di vista contenutistico. Iniziando dalla testimonianza più antica abbiamo:

Fest. *s.v. Satura* (L 416): *Satura, et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex <mul>tis alis legibus conferta.*

confermato dall'*excerptum* tratto dall'epitome di Paolo Diacono, ove si aggiunge il riferimento anche al genere letterario che porta lo stesso nome:

Satura et cibi genus ex variis rebus conditum, et lex multis aliis conferta legibus, et genus carminis, ubi de multis rebus disputatur.

Festo sottolinea la varietà di materie presente nella *rogatio per saturam*, accostando la nozione a quella di *lanx satura*, piatto ricolmo di primizie di vario genere offerte agli dèi. In entrambi i casi si sottolinea la ricchezza di materiale: l'aggettivo

singulis rebus. Le altre fonti che serbano qualche ricordo della *lex Caecilia Didia* si occupano per lo più dell'altra disposizione in essa contenuta, cioè quella che prevedeva che tra la *promulgatio* della *lex* e la convocazione dei comizi per il voto dovesse trascorrere almeno un *trinundinum*.

[4] Sui passi considerati nel presente paragrafo si veda innanzi tutto W. Kroll, *s.v. Satura*, in *PWRE*, vol. II A,1, 1921, cc. 192 e ss., spec. 193; v. anche W. Liebenam, *s.v. Comitia*, in *PWRE*, vol. IV, 1, 1900, c. 695. La testimonianza di Festo è citata *en passant* da J. Bleicken, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin – New York 1975, p. 235 nt. 132. Sul passo di Festo si sofferma anche, brevemente, L. Maganzani, *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in J.-L. Ferrary (a cura di), *Leges publicae: la legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 54 e 74.

confertus vale letteralmente "ricolmo, strapieno". La stessa cosa si può dire, naturalmente, del genere letterario cui fa riferimento l'*excerptum* paolino, dato che la satira prese proprio il nome dall'aggettivo *satura*, a causa del fatto che si trattava di una forma artistica mista, con presenza di poesia, musica e danza.

Alla testimonianza di Festo possiamo aggiungerne altre più tarde, ma che sostanzialmente, come si diceva, concordano con essa. Partiamo da un passo tratto dal III libro della *Ars grammatica* di Diomede grammatico, vissuto forse nella seconda parte del IV sec. d.C., il quale, soffermandosi sull'origine del nome della satira letteraria, ricorda una serie di ipotesi diverse[5]:

Diom., *Ars gramm.*: 485 *Satira autem dicta sive a Satyris, quod similiter in hoc carmine ridiculae res pudendaeque dicuntur, quae velut a Satyris proferuntur et fiunt: sive satura a lance quae referta variis multisque primitiis in sacro apud priscos* 486 *dis inferebatur et a copia ac saturitate rei satura vocabatur; cuius generis lancium et Vergilius in georgicis meminit, cum hoc modo dicit, "lancibus et pandis fumantia reddimus exta" et "lancesque et liba feremus": sive a quodam genere farciminis, quod multis rebus refertum saturam dicit Varro vocitatum. est autem hoc positum in secundo libro Plautinarum quaestionum, "satura est uva passa et polenta et nuclei pini ex mulso consparsi". ad haec alii addunt et de malo punico grana. alii autem dictam putant a lege satura, quae uno rogatu multa simul conprehendat, quod scilicet et satura carmine multa simul poemata conprehenduntur.*

La successione di ipotesi formulate da Diomede è la seguente: il nome del genere letterario 'satira' deriverebbe o dal nome dei *Satyri*, poiché nella satira si dicevano battute di spirito e cose licenziose, come quelle che erano soliti dire e fare i satiri; oppure discenderebbe dalla *satura lanx*, piatto ricolmo di molte e varie primizie

[5] Si cita qui dalla classica edizione di H. Keil, *Grammatici latini,* vol. I, Lipsiae 1857. I numeri rinviano alle pagine che il passo occupa, appunto, nell'edizione di Keil. Per la precisione la citazione va dalla l. 34 di p. 485, alla l. 13 di p. 486.

che veniva anticamente offerto agli dèi, e veniva così chiamato a causa della sovrabbondanza di prodotti contenuti. A tale proposito il grammatico ricorda che di tale piatto è menzione anche nelle Georgiche di Virgilio. Una ulteriore ipotesi è che il nome deriverebbe da un tipo di salsiccia ripiena di parecchi ingredienti, della quale Varrone afferma che il nome corrente sarebbe appunto *satura*. Di tale specialità gastronomica Diomede riporta poi anche la lista degli ingredienti che si trova attestata da Varrone nelle *Quaestiones plautinae*. Ma l'ipotesi che ci interessa è, ovviamente, l'ultima, secondo la quale il nome del genere letterario trarrebbe origine dalla *lex satura*, atto normativo che racchiudeva assieme contemporaneamente, in una sola *rogatio*, molte proposte diverse. L'osservazione finale costituisce la giustificazione di quest'ultima ipotesi: come infatti la *lex satura* è piena di tante disposizioni diverse, così nella poesia satirica sono contenuti molti componimenti poetici contemporaneamente.

La testimonianza di Diomede, benché più ricca ed articolata di quella festina, si colloca sostanzialmente nella stessa linea. Con l'ultima testimonianza ci spostiamo ancora avanti nel tempo, e giungiamo alle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia, che il teologo spagnolo redasse verso la fine della propria vita, quindi all'inizio del VII secolo d.C.:

Isid. *Etym*., 5.16: DE LEGE SATVRA. *Satura vero lex est quae de pluribus simul rebus eloquitur, dicta a copia rerum et quasi a saturitate; unde et saturas scribere est poemata varia condere, ut Horatii, Iuvenalis et Persii.*

Isidoro sottolinea che la *lex satura* era così chiamata poiché si occupava di più argomenti insieme, e riceveva dunque la propria denominazione dalla sovrabbondanza delle disposizioni in essa contenute. Anche Isidoro, come già Festo e Diomede, riprende poi l'analogia con l'omonimo genere letterario, con il quale la *lex satura* condivide la varietà di contenuti.

Questo significato di *lex satura* è attestato anche, sebbene indirettamente, da una fonte più tarda, e cioè uno degli *Scholia Bobiensia* alla *Pro Milone* di Cicerone.

Commentando il passo dell'orazione (6.14) in cui il retore afferma "*Divisa sententia est, postulante nescio quo*", lo scoliaste afferma (117) che tale *sententiae divisio* "*solebat accidere, cum videbatur aliquis per saturam de multis rebus unam sententiam dixisse*". Anche qui, sebbene in campo retorico e non giuridico, la qualifica di *sententia per saturam dicta* dipende dalla moltitudine di argomenti diversi di cui era infarcito un unico discorso.

La locuzione *per saturam* si sviluppò dunque, precisamente, a partire dal significato di "combinazione, miscuglio", e venne a designare la prassi, che poteva verificarsi in diversi ambiti, di affastellare in un'unica operazione diversi argomenti o materie tra loro eterogenei.

3. La prassi delle *rogationes per saturam*

Se, come visto, è relativamente facile comprendere il significato delle espressioni *rogatio per saturam* e *lex satura*, non altrettanto facile è determinare quali fossero i casi in cui una proposta di legge poteva concretamente essere qualificata *per saturam*, e di conseguenza non è facile determinare quali possano essere stati concreti esempi di *leges saturae*. Poiché la reazione alla prassi delle *leges saturae* si manifestò soprattutto in un periodo di forti tensioni politiche quale fu l'ultimo secolo dell'età repubblicana, si può intuire che non doveva essere semplice stabilire se una legge fosse effettivamente *satura* oppure no, anche perché non risulta che sia mai stato stabilito chiaramente e dettagliatamente quando una legge contenente una pluralità di disposizioni doveva essere considerata *satura*. Esempi di leggi comiziali contenenti più disposizioni ne conosciamo diversi; ma quasi mai le fonti a noi pervenute testimoniano con sicurezza che esse furono considerate problematiche sotto il profilo che qui interessa. Credo comunque che possa essere adottato un criterio di buon senso, almeno ai fini di un censimento tra le leggi a noi note: una legge comiziale contenente più disposizioni può essere considerata *satura* quando le sue singole disposizioni, indipendentemente dal fatto che riguardino materie oggettivamente diverse oppure no, potrebbero reggersi anche indipendentemente l'una dall'altra senza stravolgere l'intenzione del legislatore e senza divenire, di fatto, inutili. In tale caso è lecito pensare che esse avrebbero potuto essere sottoposte a differenti procedimenti di voto senza che ciò ne inficiasse l'efficacia.

In ogni caso, come vedremo, anche questo criterio non permette di risolvere con sicurezza tutti i casi dubbi; infatti la precisa individuazione delle *leges saturae* romane è ostacolata da una serie di difficoltà non di rado insuperabili: innanzi tutto ci è giunta notizia di un numero limitato di *leges publicae*, e molte, forse, rimangono ignote; secondariamente, anche di quelle conosciute non è sempre – in particolare la presente osservazione vale per le più risalenti – possibile determinare con sicurezza il contenuto, perché talvolta non è sicuro se due o più disposizioni siano state votate separatamente, e costituissero quindi una pluralità di leggi, oppure siano state votate assieme, e quindi costituissero soltanto disposizioni diverse di un'unica legge; infine la qualifica di una *lex* come *satura* potrebbe dipendere da un fattore entro certi limiti soggettivo; infatti il magistrato proponente avrebbe potuto sostenere che il suo progetto doveva necessariamente prevedere l'approvazione in blocco di tutti gli 'articoli' della norma, mancando anche uno solo dei quali la legge sarebbe stata, almeno nelle sue intenzioni, totalmente o parzialmente inefficace.

Ciò premesso, le leggi comiziali della storia romana promulgate prima della *lex Caecilia Didia* per le quali sia stata avanzata in dottrina, in genere piuttosto sbrigativamente, l'ipotesi che si trattasse di *leges saturae* sono le seguenti[6].

3.1. Le *leges Liciniae Sextiae*

Si tratta, come è noto, delle disposizioni che nel 367 a.C. i tribuni della plebe G. Licinio Stolone e L. Sestio Laterano promossero nel quadro della lotta tra il patriziato e la plebe, ed in seguito all'approvazione delle quali si compì un passo decisivo sulla via della parificazione tra i due ordini. Normalmente si parla – e del resto nemmeno qui si viene meno a questa consuetudine – di leggi al plurale; in realtà il racconto liviano, al quale dobbiamo le notizie più puntuali su questo importante momento della storia di Roma, è, proprio su questo punto, di interpretazione tutt'altro che agevole e scontata, non foss'altro che per le incongruenze che rivela. Si può dire che sono pochi i dettagli della narrazione di Livio che non siano stati messi in

[6] L. A. Burckhardt, *Politische Strategien der Optimaten in der späten römischen Republik*, Stuttgart 1988, p. 213 afferma che la possibilità di sapere quante volte prima della *lex Caecilia Didia* si sia fatto ricorso alla prassi della *rogatio per saturam* si sottrae alla nostra conoscenza. Ritengo tuttavia che sia comunque opportuno formulare qualche ipotesi, pur con la dovuta cautela.

discussione, tanto che l'autenticità stessa delle leggi è stata revocata in dubbio da studiosi autorevoli. La letteratura in argomento è vastissima, e naturalmente esula dai limiti del presente studio la possibilità di discutere dettagliatamente le ipotesi formulate[7]. La possibilità di considerare storiche le leggi sembrerebbe rappresentare un *prius* indispensabile rispetto a quella di parlare di *leges saturae*; e tuttavia anche su questo punto possiamo fare qualche precisazione. E' ovvio che se ci riferiamo al termine *lex* nel senso più rigoroso di delibera del popolo riunito in assemblea comiziale su una proposta formalmente e ritualmente presentata da un magistrato dotato di *ius agendi cum populo*, le pesanti ombre gettate da più di una voce sulla possibilità che effettivamente le proposte di Licinio e Sestio siano state portate al voto dinanzi al comizio centuriato sembrerebbero inficiare *ab origine* le *chances* di discutere di *rogationes per saturam* o di *leges saturae.* Una parte consistente, forse quella maggioritaria, della dottrina inclina oggi, e non da poco tempo, a ravvisare nelle novità costituzionali narrate da Livio come frutto degli avvenimenti del 367 a.C., più il risultato di un compromesso tra il patriziato e la parte più elevata, almeno economicamente, del ceto plebeo, che non come l'esito di un procedimento legislativo andato a buon fine[8]. Se ne potrebbe dunque dedurre che manchi il presupposto

[7] Per un primo ma esauriente ragguaglio bibliografico v. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*…, cit., p. 344 nt. 4 (e p. 361 nt. 37 in particolare sulla *rogatio de modo agri*). Sulle incongruenze e contraddizioni presenti nel racconto liviano v. in particolare: K. von Fritz, *The Reorganisation of the Roman Government in 366 B.C. and the So-Called Licinio-Sextian Laws*, in *Historia*, 1 (1950), p. 7 e ss.; F. De Martino, *Storia della Costituzione*…, cit., vol. I, 2ª ed., Napoli 1972, p. 380 e ss.

[8] Che le prassi costituzionali nella Roma arcaica derivassero la loro obbligatorietà, prima che da leggi scritte, dai concreti rapporti di forze tra i ceti e i soggetti che furono protagonisti volta a volta delle vicende di quella stagione, è stato acutamente sostenuto da G. Branca, *Convenzioni costituzionali e antica repubblica romana*, in A. Corbino (a cura di), *Diritto e storia, L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova 1995, p. 95 e s. (già in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano 1988, p. 75 e ss.). In particolare sulla natura di compromesso della legislazione licinio-sestia v. H. Siber, *s.v. Plebs*, in *PWRE*, vol. XXI,1, 1951, cc. 150 e s.; Id., *Römische Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr 1952, p. 58; J. Bleicken, *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*, 2ª ed., München 1968, p. 16 e s.; A. Guarino, *La rivoluzione della plebe*, Napoli 1975, p. 229 e ss. e 324 e ss.; Id., *Storia del diritto romano*, 12ª ed., Napoli 1998, p. 83 e s.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*…, cit., p. 343 e s.. *Contra* U. von Lübtow, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt am Main 1955, p. 222 e ss., il quale si mostra incline a dare fiducia al racconto liviano, nonché P. Frezza, *Corso di storia del diritto romano*, 2ª ed., Roma 1968, p. 174 e ss. Riportano la narrazione di Livio senza metterla in discussione S. Tondo, *Profilo*…, cit.. Parte prima, Milano 1981, p. 221 e s., e L. Amirante, *Una storia giuridica di Roma. Undicesimo quaderno di lezioni*, Napoli 1994, p. 168 e ss. Una posizione per così dire intermedia tiene G. Grosso, *Lezioni*…, cit., p. 106 e ss., il quale, pur riconoscendo nel racconto di Livio la presenza di incongruenze, è incline a ritenere che esso contenga un nucleo di genuinità. Una originale interpretazione, che si discosta dalla linea di quelle sinora ricordate, si trova in P. Zamorani, *Plebe genti esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.). Lezioni*, Milano 1987, p. 31 e ss., spec., per gli aspetti trattati nella presente ricerca, p. 43 e ss. Secondo Zamorani la narrazione liviana può essere

fondamentale – cioè una proposta legislativa sottoposta al voto dell'assemblea popolare – per porsi il problema di qualificare le proposte di Licinio e Sestio in termini di *rogationes per saturam*. Se non che, va aggiunto che una parte non trascurabile di quella stessa dottrina la quale nega la storicità delle *leges Liciniae Sextiae* in quanto tali, non è affatto restia a ritenere che il compromesso fu raggiunto sulla base di proposte fatte votare dai due tribuni nel *concilium plebis*, quindi sulla base di uno o più plebisciti[9]. Ora, è vero che nel 367 a.C. i plebisciti non erano ancora stati completamente equiparati alle leggi comiziali – cosa che sarebbe avvenuta, com'è noto, soltanto nel 287 a.C. per mezzo della *lex Hortensia* – ma ciò non impedirebbe a mio avviso di parlare comunque di *rogationes*, dato che, a parte la portata del provvedimento, una delibera della plebe era, per il resto – dal punto di vista procedurale, intendo dire – analoga a quella di tutto quanto il popolo. In altre parole, se si accetta, come pare sia possibile fare, che Licinio e Sestio presentarono le tre proposte all'assemblea dei soli plebei, prima di raggiungere un'intesa con i patrizi, è allora possibile porsi il problema di una presentazione unitaria o separata delle tre *rogationes*, indipendentemente dal fatto che non tutto il popolo fu chiamato a deliberare, ma soltanto la componente plebea.

In *limine* alla trattazione del punto che qui interessa, non sarà inutile ricordare che dubbi particolarmente consistenti gravano sulla storicità, in particolare, della *rogatio de modo agri*[10]. L'esistenza di tradizioni che si discostano notevolmente da quella liviana e la presenza nel racconto di Livio di alcune incongruenze rendono difficile credere alla storicità di un provvedimento che, in pieno IV secolo a.C., avrebbe fissato

interpretata nel senso che al compromesso del 367 sarebbero stati interessati soltanto i patrizi e la parte più abbiente della plebe, mentre la massa della plebe più povera sarebbe stata ad esso contraria.

[9] Così H. Siber, *Römische Verfassungsrecht*…, cit., p. 57 e s.; J. Bleicken, *Lex publica*…, cit., p 85 e ss.; A. Guarino, *La rivoluzione*…, cit., p. 230 e s. Ritiene che la vicenda si sia sviluppata attorno a dei plebisciti muniti poi di *auctoritas patrum* E. Hermon, *Les lois Licinia-Sextia* (sic!)*: un nouvel examen*, in *Ktema*, 19 (1994), p. 128 e 141; cfr. anche Id., *La souveraineté populaire: "la loi et l'ager publicus au début de la République"*, in *IVRA*, 51 (2000) (ma pubbl. 2003), p. 73 e s. Secondo la Hermon (della quale v. anche *Habiter et partager les terres avant les Gracques*, Rome 2001, p. 148 e ss.) nel racconto liviano sarebbero chiaramente visibili le tracce di un raddoppiamento della procedura legislativa, cui lo storico sarebbe stato indotto dalla necessità di allungare i tempi del racconto per coprire il lungo lasso di tempo (dieci anni) dell'anarchia, esigenza che non sarebbe evidentemente stata sentita dalla concorrente tradizione da cui deriva il racconto di Diodoro siculo, secondo la quale il periodo di *solitudo magistratuum* sarebbe stato di un solo anno (E. Hermon, *Les lois*…, cit., p. 123 e s.)

[10] A partire soprattutto dallo studio di B. Niese, *Das sogenannte Licinisch-Sextische Ackergesetz*, in *Hermes*, 23 (1888), p. 410 e ss. Un'accurata rassegna della storia della ricerca sulla *rogatio de modo agrorum* è offerta da B. Forsén, *Lex Licinia Sextia de modo agrorum – fiction or reality?*, Helsinki 1991, p. 13 e ss., e, più recentemente, da A. Manzo, *La lex Licinia Sextia de modo agrorum. Lotte e leggi agrarie tra il V e il IV secolo a.C.*, Napoli 2001, p. 19 e ss.

un limite così alto, dal punto di vista quantitativo, alla *possessio* di *ager publicus*, mentre un provvedimento del genere sarebbe comprensibile se collocato in un momento successivo all'assoggettamento di tutto il territorio italico, come parrebbe doversi fare seguendo l'altra tradizione che ci tramanda la notizia di una legge *de modo agri* precedente quella di T. Gracco. Se non che, anche se si accetta che Livio abbia frainteso le notizie di cui disponeva, o che abbia seguito su questo punto una tradizione già inquinata, nulla vieta di ritenere che al 367 vada comunque attribuito un provvedimento in materia di limiti nel possesso di *ager publicus*, provvedimento il cui contenuto certo sarebbe diverso, in dettagli più o meno significativi, rispetto a quello ricordato da Livio[11].

Fatte queste premesse, per affrontare nel modo più chiaro possibile il problema delle *leges Liciniae Sextiae* come possibile esempio di *lex satura*, o almeno di *rogatio per saturam*, conviene forse ripercorrere gli avvenimenti principali che caratterizzarono la vicenda secondo il racconto di Tito Livio, che costituisce la fonte che più diffusamente delle altre[12] si sofferma sull'episodio, e che è anche l'unica a sollecitare la nostra attenzione dal particolare angolo visuale da cui prende le mosse questo studio. Le vicende che ci interessano sono narrate nella parte finale del sesto libro *ab urbe condita* dello storico patavino, in particolare nel tratto 6.35-42. Si tratta di avvenimenti assai noti; ma non sarà inutile ripercorrerli brevemente, poiché si tratta qui di sottolineare quei momenti e quegli snodi che possono fare luce sul particolare aspetto che qui ci interessa. Riporteremo di volta in volta i brani che presentano il maggiore interesse nell'ottica della nostra ricerca.

[11] Così B. Forsén, *Lex Licinia Sextia*…, cit., p. 81; ma a conclusioni simili erano già giunti numerosi studiosi: K. J. Beloch, *Römische Geschichte bis zum Beginn der punischen Kriege*, Berlin und Leipzig 1926, p. 343 e s.; G. Tibiletti, *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*, in *Athenaeum*, 26 (1948), p. 215 e ss. e p. 228; in tal senso anche A. Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Torino 1952, p. 52 e ss.; v. anche Id., *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro implicazioni politiche tra IV e II secolo a. C.*, in *BIDR*, 88 (1985), p. 51, e , più di recente, E. Hermon, *Les lois*…, cit., p. 140 e s., e *Habiter et partager les terres*…, cit., p. 143 e ss., spec. p. 169 e ss. Un indizio importante che depone nel senso indicato dai due studiosi si ricava da Liv. 10.13.14, che riferisce una notizia attendibile secondo la quale nel 298 a.C. venne effettivamente comminata una condanna a seguito della trasgressione di una legge *de modo agrorum*, la quale era dunque già in vigore.

[12] Sulle altre tradizioni relative alle riforme proposte da Licinio e Sestio v. E. Hermon, *Les lois*…, cit., p. 123 e s.; qualche cenno anche in A. Manzo, *La lex*…, cit., p. 129 e ss.; per quanto riguarda in particolare la *rogatio de modo agrorum* v. G. Tibiletti, *Il possesso*…, cit., p. 209 e ss.

Stando al racconto di Liv. 6.35.4-5, nel 377 a.C. i due tribuni della plebe avrebbero presentato tre proposte di legge riguardanti importanti aspetti economici e politici nel quadro delle rivendicazioni plebee:

Liv. 6.35.4 *Creatique tribuni C. Licinius et L. Sextius promulgavere leges… unam de aere alieno…* 5 *alteram de modo agrorum… tertiam, ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur.*

Le tribù vennero chiamate al voto, ma la *intercessio* dei tribuni della plebe colleghi di Licinio e Sestio impedì che si svolgesse, non che la votazione, nemmeno la *recitatio* o qualsivoglia altra formalità preparatoria del voto:

Liv. 6.35.7 *…ubi tribus ad suffragium ineundum citari a Licinio Sextioque viderunt, stipati patrum praesidiis nec recitari rogationes nec sollemne quicquam aliud ad sciscendum plebi fieri passi sunt.*

Licinio e Sestio ripagarono i colleghi della medesima moneta, e opposero la propria *intercessio* ai comizi elettorali, impedendo che si svolgessero le regolari elezioni. Il persistere di Licinio e Sestio in questo atteggiamento avrebbe provocato un periodo di cinque anni di vacanza delle magistrature (eccettuati il tribunato della plebe e l'edilità plebea), che Livio qualifica significativamente come tempo di *solitudo magistratuum* (Liv. 6.35.8-10)[13].

Dopo cinque anni i due tribuni desistettero dal loro atteggiamento di pervicace opposizione, e permisero che venissero eletti i tribuni militari, che allora reggevano la città, per condurre le operazioni contro i coloni di Velletri, i quali avevano compiuto scorrerie nell'agro romano e avevano cinto d'assedio Tuscolo (Liv. 6.36.1-6).

In città, intanto, Licinio e Sestio persistevano nella loro attività di promotori della legge, e pure il patrizio Marco Fabio Ambusto, suocero di Stolone e tribuno militare, che era stato ispiratore (*auctor*) di quelle proposte, ne era diventato acceso

[13] Ma Diod., *Bibl. hist.*, 15.75, limita il periodo di anarchia a un solo anno.

sostenitore (*suasor*: Liv. 6.36.7). I colleghi nel tribunato che sino a quel momento avevano avversato con la propria *intercessio* le *rogationes* di Licinio e Sestio erano scesi da otto a cinque, mentre i due promotori delle proposte provocavano in pubblici dibattiti i più autorevoli patrizi perorando contemporaneamente davanti alla plebe la causa delle proprie *rogationes* (Liv. 6.36.8-37.11). Si era intanto giunti, non bisogna trascurare questo particolare, al 369 a.C.: erano cioè passati ben otto anni da quando i due tribuni avevano presentato per la prima volta le loro *rogationes*; e in questo periodo essi, stando almeno al racconto di Livio, erano sempre, ininterrottamente, stati rieletti al tribunato.

Licinio e Sestio, vedendo che i loro discorsi facevano presa sulla popolazione, decisero di avanzare una nuova proposta, ma rimandarono il voto al rientro dell'esercito da Velletri:

Liv. 6.37.12-38.1 *Huius generis orationes ubi accipi videre, novam rogationem promulgant, ut pro duumviris sacris faciundis decemviri creentur ita ut pars ex plebe, pars ex patribus fiat; omniumque earum rogationum comitia in adventum eius exercitus differunt qui Velitras obsidebat*. 1 *Prius circumactus est annus quam a Velitris reducerentur legiones; ita suspensa de legibus res ad novos tribunos militum dilata*.

La *rogatio*, è bene sottolinearlo, riguardava un aspetto che era strettamente collegato con la rivendicazione di un posto nel consolato, poiché metteva in discussione – chiedendo che anche i plebei potessero essere reclutati nel collegio dei sacerdoti *sacris faciundis* – il principio consolidato secondo il quale i plebei non erano capaci di *sumere auspicia*. Ed è altrettanto importante notare che la nuova *rogatio*, almeno nel racconto di Livio, è considerata ormai un tutt'uno con le altre, tanto che il voto di tutte è rimandato: *omniumque earum rogationum… suspensa de legibus res…*

Nei primi giorni del nuovo anno – e siamo così al 368 a.C. – sembrò finalmente giunto il momento di votare; ma ancora una volta le cose non andarono a finire come Licinio e Sestio avrebbero voluto:

Liv. 6.38.3 …*et cum tribus vocarentur nec intercessio collegarum latoribus obstaret, trepidi patres ad duo ultima auxilia, summum imperium summumque ad civem decurrunt*. 4 *Dictatorem dici placet; dicitur M. Furius Camillus... Legum quoque latores... concilioque plebis indicto tribus ad suffragium vocant.* 5 … *et 'uti rogas' primae tribus dicerent, tum Camillus… inquit…* 7 '*Si C. Licinius et L. Sextius intercessioni collegarum cedunt, nihil patricium magistratum inseram concilio plebis; si adversus intercessionem... leges imponere tendent, vim tribuniciam a se ipsa dissolvi non patiar'*. 8 *Adversus ea cum contemptim tribuni plebis rem nihilo segnius peragerent, tum percitus ira Camillus lictores qui de medio plebem emoverent misit et addidit minas, si pergerent, sacramento omnes iuniores adacturum exercitumque extemplo ex urbe educturum*.

Dunque vennero chiamate al voto le tribù, e i *patres* reagirono – considerando evidentemente ormai impraticabile la *intercessio* da parte di tribuni compiacenti – ricorrendo alla nomina di un dittatore nella persona di Marco Furio Camillo. I *latores legum* non si lasciarono intimidire e chiamarono le tribù plebee al voto. Le tribù iniziarono a votare, e a quanto pare le cose stavano andando nel senso auspicato dai due promotori. A questo punto Furio Camillo affermò che se Licinio e Sestio avessero persistito nel loro ostinato atteggiamento egli non avrebbe tollerato che la *vis tribunicia* fosse messa in discussione *a se ipsa*. Poiché però i due tribuni parvero non darsene per intesi, il dittatore inviò i littori a disperdere la plebe, e minacciò che, se avessero insistito nella loro ostinazione, avrebbe costretto i giovani a prestare giuramento e li avrebbe fatti partire con l'esercito verso qualche località lontana dalla città. Dunque le procedure di voto furono iniziate, ma a quanto pare, sebbene Livio non lo dica espressamente, non furono portate a termine.

Subito dopo, inopinatamente, Furio Camillo abbandonò la carica. E Livio stesso ricorda che vi erano versioni discordanti sul motivo che aveva indotto il dittatore a compiere quel gesto (Liv. 6.38.9-13).

Ma è dopo la deposizione della dittatura da parte di Furio Camillo che ebbero luogo gli eventi più significativi nell'ottica della presente ricerca, anche se si tratta di un episodio di non facile interpretazione:

Liv. 6.39.1 *Inter priorem dictaturam abdicatam novamque a Manlio initam ab tribunis velut per interregnum concilio plebis habito apparuit quae ex promulgatis plebi, quae latoribus gratiora essent.* 2 *Nam de fenore atque agro rogationes iubebant, de plebeio consule antiquabant; et perfecta utraque res esset, ni tribuni se in omnia simul consulere plebem dixissent*.

Licinio e Sestio approfittarono di una sorta di interregno tra le due dittature di Furio Camillo e di Manlio Licinio per convocare il concilio plebeo; nella riunione dell'assemblea si manifestarono per la prima volta differenze di vedute tra i tribuni proponenti e la massa dei plebei. Qui non si capisce bene se si giunse effettivamente al voto oppure no: l'uso dei verbi *iubere* e *antiquare*, usati di solito per indicare tecnicamente il voto favorevole e quello contrario, lascia pensare che le tribù plebee abbiano effettivamente votato. Ma, come vedremo, non pochi accenni presenti nel seguito del racconto lasciano intendere che in quella riunione il voto non sia stato espresso, almeno non completamente[14]. Fatto sta che Livio conclude la narrazione dell'episodio dicendo che le cose sarebbero andate a finire secondo le intenzioni della massa plebea – cioè con approvazione delle *rogationes de aere alieno* e *de modo agrorum* e con rigetto di quella *de consule plebeio* – se Licinio e Sestio non avessero affermato *se in omnia simul consulere plebem*, cioè che essi intendevano sottoporre al voto della plebe tutte le questioni contemporaneamente: in sostanza volevano un voto unico su tutte e tre le proposte. Qui compare il primo accenno ad una *rogatio per saturam*. E' interessante notare che qui della *rogatio de decemviris sacris faciundis*, la quale poco prima era stata descritta ormai come parte integrante del disegno politico dei due tribuni, non vi è alcuna traccia.

[14] Ritengono che in quella occasione siano state effettivamente votate disgiuntamente le tre proposte avanzate da Licinio e Sestio K. von Fritz, *The Reorganisation*…, cit., p. 11, e A. Manzo, *La lex*, cit., p. 133 e ss. Ritengono invece che in quella occasione non si sia giunti al voto G. Tibiletti, *Il possesso*…, cit., p. 211 e s., il quale afferma che tutto si arenò, e F. Càssola-L. Labruna, *Linee*…, cit., p. 100, i quali affermano che «la votazione dell'assemblea non è mai ricordata… e il *concilium plebis* è citato dalle fonti solo nelle occasioni in cui non volle o non riuscì a votare la proposta dei tribuni». Crede invece ad un voto unico, *per saturam*, T. Mommsen, *Le droit public*…, cit., p. 384 nt. 1. P. Zamorani, *Plebe*, cit., p. 46 traduce il passaggio nel modo seguente: "stavano per essere approvate le leggi sui debiti e sulla terra, e respinta quella sul console plebeo". A tacer d'altro a me pare che l'uso dell'imperfetto (*iubebant*… *antiquabant*) deponga a favore del fatto che se anche le procedure di voto furono intraprese, esse non giunsero però a compimento.

Dopo la nomina di Manlio Licinio come dittatore, Licinio e Sestio approfittarono dei comizi elettorali per tenere alla plebe un discorso nel quale perorarono ancora una volta la propria causa (Liv. 6.39.3-10). Essi terminarono questo discorso ponendo alla plebe un vero e proprio *aut aut*:

Liv. 6.39.11 *Si coniuncte ferre ab se promulgatas rogationes vellent, esse quod eosdem reficerent tribunos plebis; perlaturos enim quae promulgaverint:* 12 *sin quod cuique privatim opus sit id modo accipi velint, opus esse nihil invidiosa continuatione honoris; nec se tribunatum nec illos ea quae promulgata sint habituros.*

La plebe avrebbe dovuto scegliere se rieleggere Licinio e Sestio, ma a condizione di approvare poi tutte le proposte *en bloc*, oppure scegliersi altri candidati al tribunato. Se essa avesse optato per questa seconda soluzione, sostennero i due tribuni, essi non avrebbero iterato la loro carica, ma la plebe non avrebbe ottenuto i vantaggi derivanti dalle proposte che erano già state presentate. Nessuno, insomma, avrebbe ottenuto ciò che sperava. Nel discorso dei due tribuni è presente una forte sfumatura di ricatto morale: essi infatti affermano che se i plebei avessero optato per la seconda possibilità ciò avrebbe rappresentato la prova che essi perseguivano interessi privati e non il bene della plebe.

Dopo i due tribuni prese la parola il senatore Appio Claudio Crasso, nipote del decemviro, il quale tenne un lungo discorso a sua volta (Liv. 6.40-41). Alcune parti di questo discorso meritano di essere ricordate perché, per bocca di Appio, Livio torna insistentemente sul tema della *rogatio per saturam*:

Liv. 6.40.6 *Si Claudiae familiae non sim… sed unus Quiritium quilibet…* 7 *reticere possim L. illum Sextium et C. Licinium… tantum licentiae… sumpsisse, ut vobis negent potestatem liberam suffragii non in comitiis, non in legibus iubendis se permissuros esse? …* 9 *Sed quae tandem ista merces est qua vos semper tribunos plebis habeamus? "ut rogationes" inquit, "nostras, seu placent seu displicent, seu utiles seu inutiles sunt, omnes coniunctim accipiatis".* 10 *Obsecro vos, Tarquinii tribuni plebis, putate me ex media contione unum civem succlamare "bona venia vestra liceat ex his*

rogationibus legere quas salubres nobis censemus esse, antiquare alias." 11 *"non" inquit, "licebit... aut omnia accipe, aut nihil fero";* 12 *ut si quis ei quem urgeat fames venenum ponat cum cibo et aut abstinere eo quod vitale sit iubeat aut mortiferum vitali admisceat…* 13 *Illud si quis patricius, si quis, quod illi volunt invidiosius esse, Claudius diceret "aut omnia accipite, aut nihil fero", quis vestrum, Quirites, ferret?*

Il senatore batté insistentemente sulla scorrettezza dei due tribuni, che pretendendo la votazione accorpata di tutte le proposte privavano di fatto la plebe della libertà di voto ponendola di fronte ad un vero e proprio ricatto.

La lunga perorazione di Crasso si concluse con un invito quanto mai significativo:

Liv. 6.41.12 *Omnium rerum causa vobis antiquandas censeo istas rogationes. Quod faxitis deos velim fortunare.*

Appio affermò chiaramente che, a suo avviso, i plebei avrebbero dovuto rigettare tutte quante le proposte dei due tribuni. E ciò lascia intendere, evidentemente, che la votazione disgiunta di cui sembra esservi traccia in Liv. 6.39.1-2 o non aveva avuto luogo, o quanto meno non era andata a buon fine.

Subito dopo lo storico ricorda che il discorso del senatore non raggiunse il proprio scopo:

Liv. 6.42.1 *Oratio Appi ad id modo valuit ut tempus rogationum iubendarum proferretur.* 2 *Refecti decumum iidem tribuni, Sextius et Licinius, de decemviris sacrorum ex parte de plebe creandis legem pertulere. Creati quinque patrum, quinque plebis; graduque eo iam via facta ad consulatum videbatur.* 3 *Hac victoria contenta plebes cessit patribus ut in praesentia consulum mentione omissa tribuni militum crearentur.*

Essa valse soltanto a ottenere una ulteriore dilazione del voto. Licinio e Sestio vennero rieletti per la decima volta al tribunato, e fecero approvare la *rogatio* relativa

ai *decemviri sacris faciundis*: ne furono quindi creati cinque patrizi e cinque plebei. Sembrava dunque dischiudersi, una volta caduta la pregiudiziale legata alla impossibilità di *sumere auspicia*, la possibilità per i plebei di accedere al consolato. La plebe, paga per il momento di questo risultato, concesse ai *patres* che anche per quell'anno si procedesse all'elezione dei *tribuni militum* lasciando cadere per il momento la questione relativa al consolato.

Dopo l'elezione dei tribuni militari Roma fu occupata, oltre che dall'assedio di Velletri (azione destinata al successo, dice Livio, ma che procedeva più lentamente del dovuto), anche da una guerra contro i Galli, in vista della quale fu nominato dittatore per la quinta volta M. Furio Camillo. Il dittatore condusse in breve a vittoria l'esercito romano e gli fu decretato il trionfo (Liv. 6.42.4-8). Ma in patria – e siamo ormai al 367 a.C. – lo attendeva una battaglia non meno dura:

Liv. 6.42.9 *Vixdum perfunctum eum bello atrocior domi seditio excepit, et per ingentia certamina dictator senatusque victus, ut rogationes tribuniciae acciperentur; et comitia consulum adversa nobilitate habita, quibus L. Sextius de plebe primus consul factus.*

Il dittatore e il senato uscirono sconfitti nell'ultima battaglia sulle *rogationes* tribunizie, che alla fine furono accolte. E nei comizi per l'elezione dei consoli Lucio Sestio fu eletto primo console plebeo. Ciò che Livio non dice è quali furono esattamente le proposte accolte (senz'altro, parrebbe, quella *de consule plebeio*; ma non sappiamo se siano state presentate e accolte entrambe le altre, cioè quella *de aere alieno* e quella *de modo agrorum*[15], oppure una sola di esse), né in quale modo esse furono presentate, cioè se disgiuntamente o congiuntamente, anche se il tenore del discorso pronunciato da Licinio e Sestio ai comizi elettorali dell'anno precedente lascia intendere che, essendo essi stati rieletti, la plebe avesse finito per piegare il capo dinanzi al loro *aut aut*.

I contrasti, per altro, non erano finiti: i *patres* affermarono che non avrebbero mai concesso l'*auctoritas* all'elezione di Sestio. Di fronte ad una minaccia di secessione

[15] Ma su una diversa tradizione in Putarco secondo la quale la *rogatio de modo agrorum* sarebbe stata approvata da sola v. poco più avanti nel testo.

della plebe si riuscì comunque a raggiungere un accordo grazie alla mediazione di Furio Camillo: i patrizi riconobbero l'elezione del console plebeo, ed ottennero in cambio, in esclusiva, la nuova carica del pretore *qui ius in urbe diceret*. La concordia finalmente raggiunta dopo scontri così accesi fu festeggiata con *ludi maximi* decretati dal senato. Gli edili plebei rifiutarono tuttavia di sobbarcarsi il relativo onere, mentre i giovani patrizi dichiararono che si sarebbero volentieri assunto quel compito. I patrizi vennero ringraziati, e il senato stabilì che il dittatore presentasse una proposta di legge per la creazione di due edili patrizi. Inoltre i *patres* concessero l'*auctoritas* a tutte le delibere comiziali di quell'anno (Liv. 6.42.10-14)[16].

Sin qui il racconto di Livio. Di questo racconto, si è già accennato, sono state sottolineate le tante incongruenze che valgono a mettere in discussione la sua credibilità[17]. Della discordanza tra la tradizione liviana e quella di Diodoro sulla durata della vacanza delle magistrature abbiamo detto; abbiamo pure menzionato i dubbi che riguardano in particolare la *rogatio de modo agrorum*. Così come abbiamo già accennato al fatto che soltanto in Liv. 6.39 compare inaspettatamente una frattura tra i due tribuni, interessati soprattutto all'approvazione della *rogatio de consule plebeio*, e la massa plebea, la quale, interessata più che altro alle rivendicazioni di tipo economico, avversava invece la richiesta di riservare un posto ai plebei nella suprema carica. Né prima né dopo compaiono indizi di questa frattura; anzi, alcuni accenni lasciano intendere che la plebe fosse positivamente interessata a tutte quante le proposte.

A diversi studiosi paiono poi poco credibili altri particolari: che i due tribuni siano riusciti a farsi rieleggere per ben dieci anni consecutivamente; che la vacanza quinquennale delle magistrature, da loro provocata, non abbia avuto alcuna conseguenza negativa sulla loro carriera; che i loro colleghi prezzolati dai patrizi al fine di ostacolare con l'*intercessio* il progetto di Licinio e Sestio siano anch'essi riusciti a farsi rieleggere per più anni consecutivamente senza che la plebe facesse loro pagare

[16] Sul ruolo del senato nella parte finale della lunga vicenda che condusse all'elezione di Sestio al consolato e alla soluzione dell'annosa contrapposizione tra patriziato e plebe v. V. Mannino, *L'"auctoritas patrum"*, Milano 1979, pp. 64 e s., 72, 113 e s. (e, in generale, sul problema dell'apposizione dell'*auctoritas* ai plebisciti, *ivi*, p. 96 e ss.).

[17] V. in particolare G. Tibiletti, *Il possesso*…, cit., p. 209 e ss.; A. Manzo, *La lex*…, cit., p. 129 e ss.; F. De Martino, *Storia…,* cit., vol. I, 2ª ed., Napoli 1972, p. 378 e ss., F. Càssola – L. Labruna, *Linee*…, cit., p. 99 e ss. e, in generale, gli altri autori citt. *supra* alla nt. 7.

l'atteggiamento ostruzionistico. Vi è poi chi ha fatto notare che mentre secondo Livio le *rogationes* sarebbero state approvate nel 367, secondo Plut., *Cam.*, 39.5, la *rogatio* agraria sarebbe stata approvata, da sola, nel 368[18]. In particolare, per quanto riguarda l'*iter* di approvazione delle leggi, pare ad alcuni costruita ad arte tutta la serie di rinvii, riproposizioni e tentativi andati a vuoto, che avrebbe come finalità principale quella di colmare un lasso di tempo – dieci anni! – che appare in effetti esageratamente dilatato[19]. Inoltre il racconto si mostra confuso poiché, come si è avuto già occasione di notare, mentre in Liv. 6.39 le proposte sembrerebbero essere state effettivamente votate (in particolare due approvate e una respinta), diversi accenni contenuti nel prosieguo del racconto lasciano chiaramente capire che esse dovevano ancora essere sottoposte ad approvazione. Abbiamo visto anche che della *rogatio de decemviris sacris faciundis*, che ad un certo punto viene mostrata come parte integrante del progetto tribunizio, si perdono le tracce, tanto che di essa non si fa alcuna menzione in Liv. 6.39. Essa ricompare poi, ma staccata dal resto del progetto, in Liv. 6.42.2, quando venne ripresentata da sola.

Questa non trascurabile serie di incongruenze porterebbe a concludere che il racconto liviano non possa essere considerato nella sua totalità credibile, almeno per quanto riguarda i particolari. E del resto lo stesso Livio, almeno in una occasione, sembra ammettere l'incertezza di alcune delle sue fonti[20].

Per quanto riguarda in particolare il punto relativo alla qualifica delle proposte di Licinio e Sestio come *rogationes per saturam*, gli studiosi che si sono soffermati su questo punto, di solito nell'ambito di ricerche su altri aspetti della vicenda, sono in genere dell'avviso che non sia esistita una *lex satura*[21]. Ma a me pare che, anche se effettivamente non sembri esservi spazio per concludere con sicurezza che sia

[18] Su questo punto A. Manzo, *La lex*…, cit., p. 132.

[19] Su questo aspetto, in particolare, v. E. Hermon, *Les lois*…, cit., p. 124 e ss., *Habiter et partager les terres*…, cit., p. 145 e ss.; Id., *La souveraineté*…, cit., p. 73 e ss. e nt. 52. Sull'ipotesi della studiosa canadese secondo cui nel racconto liviano le varie tappe dell'*iter* legislativo (*indictio*, *promulgatio, trinundinum*, presentazione di emendamenti e infine voto) sarebbero state moltiplicate ad arte proprio per consentire la copertura di un lunghissimo lasso di tempo, v. *supra* nt. 7.

[20] In 6.38.9-13 a proposito dei motivi che avrebbero indotto M. Furio Camillo ad abbandonare la dittatura.

[21] Così G. Tibiletti, *Il possesso*…, cit., pp. 212, 218 e 232; K. von Fritz, *The Reorganisation*…, cit., p. 11; E. Hermon, *Les lois*…, cit., pp. 128 e 140 e s., *Habiter et partager les terres*…, cit., p. 151, e A. Manzo, *La lex*, cit., p. 131 e ss.

effettivamente esistita una delibera che si possa qualificare come *lex satura*, si debba comunque riconoscere che, nel quadro della vicenda che occupa gli anni 377-367 a.C., "spalmata" sull'arco di 7 paragrafi e mezzo del sesto libro *ab urbe condita*, il tema della *rogatio per saturam* occupi uno spazio francamente troppo ampio e di spicco per essere liquidato con una semplice risposta negativa. Se ne parla in 6.39.1-2; poi di nuovo in 6.39.11-12; e ancora tutta la prima parte del lungo discorso di Appio Claudio Crasso (6.40.6-13) ha come *leit-motiv* quello della *rogatio per saturam*. Va detto che Livio non aveva alcun motivo per 'retrodatare' l'avversione per le *rogationes per saturam* facendola risalire ad epoca lontana: quello delle proposte di legge cumulative era problema, all'epoca di Livio, risolto da tempo. Infatti la *lex Caecilia Didia*, che definitivamente aveva vietato la prassi delle *rogationes per saturam*, era stata approvata nel 98 a.C.; e non si capisce, francamente, che interesse avrebbe avuto Livio, che scriveva diversi decenni dopo tale data, a far risalire ad epoca così lontana la notizia di una chiara avversione per le *rogationes per saturam* se egli non avesse effettivamente avuto informazioni chiare e sicure al riguardo. Ciò non significa, naturalmente, che tutti i particolari della narrazione su questo punto siano veri; ma credo si possa ritenere con un certo grado di probabilità che effettivamente Licinio e Sestio abbiano tentato di realizzare le proprie aspirazioni al consolato unendo le tre proposte in una sola. Che poi l'operazione non sia andata a buon fine in questi termini è possibile. Ma rimane a mio avviso significativo che si possa – se l'ipotesi qui formulata è attendibile – far risalire al IV secolo a.C. la prassi di presentare al popolo (più esattamente alla plebe, in quella occasione) proposte di delibere che cumulavano materie disparate con lo scopo di far passare, insieme a quelle gradite al popolo, anche quelle ad esso 'indigeste', ma funzionali agli interessi dei proponenti. Ed è anche significativo che l'atteggiamento del popolo e degli avversari politici fosse, sin da allora, chiaramente sfavorevole a tale prassi, con argomenti e motivazioni che non sono in definitiva molto diversi da quelli ricordati da Cicerone quando ci parla della *lex Caecilia Didia*[22].

3.2. La *lex Aquilia*

[22] Mi riferisco a Cic., *De domo*, 20.53: *Quae est, quaeso, alia vis, quae sententia Caeciliae legis et Didiae nisi haec, ne populo necesse sit in coniunctis rebus compluribus aut id quod nolit accipere aut id quod velit repudiare?*

Secondo le fonti giunte sino a noi, la *lex Aquilia* era un plebiscito composto di tre *capita*, ciascuno dei quali disciplinava una diversa fattispecie sanzionando atti che, in vario modo, si risolvevano in un pregiudizio recato all'altrui patrimonio[23]. La ricostruzione delle fattispecie non è agevole, soprattutto perché le fonti non sono del tutto concordi sul contenuto dei tre *capita*[24]. Il secondo *caput*, poi, appare ai più fortemente eterogeneo rispetto agli altri, tanto che si è formata quella che potremmo chiamare una sorta di *communis opinio* la quale lo reputa un "corpo estraneo"[25] rispetto al resto del provvedimento legislativo. Le difficoltà relative alla ricostruzione della portata originaria della legge, unite anche a quello che sembra un problema quasi insolubile, e cioè quello della sua datazione, ha fatto sì che alcuni autori abbiano escluso la formazione contestuale dei tre *capita*, e abbiano proposto l'idea di una formazione "stratificata" del plebiscito.

D. Daube[26], ad esempio, ha ipotizzato che inizialmente sia stata emanata una norma sulla fattispecie più rilevante, cioè l'uccisione di uno schiavo o di un animale; si sarebbe trattato della *lex alia quae fuit* menzionata da Ulpiano in D. 9.2.1 pr. Secondo l'autore tedesco essa potrebbe essere stata pubblicata, in una con il provvedimento relativo alla *adstipulatio*, come *lex satura*. Più avanti sarebbe stata promulgata la *lex Aquilia*, la quale avrebbe modificato la disciplina riguardante le uccisioni e introdotto la norma sui ferimenti e le lesioni. Nella nuova disciplina così risultante, però, la nuova norma non sarebbe stata inserita dopo il primo *caput*, come forse sarebbe stato lecito attendersi dal punto di vista sistematico, e la disposizione sulla *adstipulatio* rimase al secondo posto.

[23] Le fonti, assai note, che ci ragguagliano sulla struttura in più *capita* della *lex Aquilia* sono le seguenti: Gai. 3.210; 3.215; 3.217; Ulp. D. 9.2.1.1 (ove ci si dice che si trattava di un plebiscito); Gai. D. 9.2.2 pr.; eod. 2; Ulp. D. 9.2.27.4-5; Ulp. D. 9.2.29.6; Paul. D. 9.2.30.3.

[24] Su questi problemi v. ora S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di damnum,* I. *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, spec. p. 97 e ss., con corposa bibliografia.

[25] V. gli autori citati da S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 145 nntt. 332 e 333.

[26] D. Daube, *On the third Chapter of the lex Aquilia*, in *Collected Studies in Roman Law*, vol. I, Frankfurt am Main 1991, p.17 e s. [già in *LQR*, 52 (1936), p. 253 e ss.]. Sembra accettare l'ipotesi di Daube A. Watson, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1984, p. 234.

Secondo F. Pringsheim[27] la *lex Aquilia* sarebbe stata soltanto la definita formulazione di leggi precedenti seguite dall'aggiunta di un provvedimento generale. Sarebbero individuabili cinque diversi strati susseguitisi l'uno all'altro. La *lex Aquilia* non avrebbe fatto altro che riassemblare i provvedimenti precedenti senza abrogarli.

Secondo A. Guarino il plebiscito Aquilio sarebbe risultato dall'assemblaggio del terzo *caput* con gli altri due in epoca notevolmente posteriore «in modo da formare una sorta di 'testo unico'»[28]; e sarebbe forse stato votato nel 286 a.C., costituendo una *lex satura*[29].

Anche M. F. Cursi[30] propende, se pur con cautela, per una formazione stratificata della legge Aquilia: secondo la studiosa una serie di indizi contenuti nelle Istituzioni e nel commento all'editto provinciale di Gaio consentirebbe di ipotizzare che inizialmente sia stata emanata una disposizione che prevedeva soltanto le fattispecie dei primi due *capita*, e che soltanto in seguito si sarebbe aggiunta la previsione del terzo *caput*, introdotta da una nuova e più recente disposizione.

Ma per quanto i sostenitori della formazione stratificata del plebiscito[31] si siano adoperati per dare credibilità alla loro ipotesi, questa rimane ad oggi, sostanzialmente, non provata[32]. E del resto si è visto che anche l'ipotesi della formazione stratificata non escluderebbe *in toto* la possibilità che uno dei provvedimenti fosse una *lex satura*.

---

[27] F. Pringsheim, *The Origin of the Lex Aquilia*, in *Gesammelte Abhandlungen,* vol. II, Heidelberg 1962, p. 410 e s. (già in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges H. Levy-Bruhl*, Paris 1959, p. 233 e ss.).

[28] A. Guarino, *Diritto privato romano*, 9ª ed., Napoli 1992, p. 997 e s. nt. 97.2.

[29] A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 12ª ed., Napoli 1998, pp. 286 e 299.

[30] M. F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, p. 208 e ss.

[31] Vedine la rassegna, in cui a quelli citati si aggiungono i nomi di altri autori, in S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 145 nt. 334; v. anche, per la letteratura meno recente, G. Grosso, *La distinzione fra res corporales e res incorporales e il secondo capo della lex Aquilia,* in *Synteleia V. Arangio-Ruiz,* vol. II*,* Napoli 1964, p. 791 e s. nt. 2.

[32] Giunge più o meno a questa conclusione, in modo che a me pare condivisibile, S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 174 e ss. Per una critica all'ipotesi di formazione stratificata o progressiva del plebiscito Aquilio cfr. anche A. Corbino, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, in *Studi in onore di R. Martini,* vol. I, Milano 2008, p. 699 nt. 2, secondo il quale l'ipotesi della formazione stratificata è poco difendibile «per il costante riferimento delle nostre fonti ai tre capitoli nei quali si articolava il plebiscito aquiliano... non è concepibile che il dettato che conosciamo come "*lex Aquilia*" non sia un dettato unitariamente sottoposto alla deliberazione assembleare», nonché C. A. Cannata, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in L. Vacca (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano,* vol. II*,* Torino 2012, p. 9 e s. e nt. 46 [già in *SDHI*, 58 (1992), p. 194 ss.].

Se dunque bisogna ammettere – o quanto meno non si può escludere – la natura di provvedimento unico della *lex Aquilia*[33], bisogna allora domandarsi se essa risponda ad un progetto normativo coerente, quantunque articolato in diverse disposizioni, o non rappresenti piuttosto l'accostamento di disposizioni almeno in parte eterogenee nel contenuto e nelle finalità perseguite, sì che se ne possa dedurre la natura di *lex satura* del plebiscito. Come si è detto, oggi c'è una tendenza alquanto diffusa in dottrina a ritenere il secondo *caput* una sorta di intruso nel tessuto del plebiscito, sicché se non si accetta la congettura relativa alla formazione progressiva di esso (che non eliminerebbe comunque ogni problema, da questo punto di vista), si dovrebbe logicamente concludere che esso era effettivamente una *lex satura*. Se non che, anche questa conclusione non è così pacifica e scontata come si potrebbe pensare. Proprio recentemente è stata proposta da S. Galeotti[34] una ricostruzione del dettato e della finalità del plebiscito aquiliano – in particolare del secondo e del terzo *caput* – che permetterebbe di ravvisare nelle sue tre disposizioni un intento unitario, perseguito con completezza e coerenza dal rogante.

Per quanto riguarda il secondo *caput*, esso disciplina una fattispecie, che, almeno *prima facie*, appare piuttosto distante da quelle prese in considerazione nel primo e nel terzo. Infatti mentre le altre due norme appaiono dirette a proteggere la proprietà di beni punendo condotte idonee a causarne la rovina materiale, il secondo *caput* tutela un credito, bene che oggi definiremmo "immateriale". E se si ammette che la finalità della legge fosse la tutela della proprietà contro atti che potevano causare la rovina dell'oggetto di essa, indubbiamente il secondo *caput* appare non indispensabile al raggiungimento di questa finalità.

Tuttavia le cose possono essere considerate anche sotto un diverso angolo visuale, il quale consentirebbe di eliminare, o almeno ridurre ai minimi termini, il problema della eterogeneità del secondo *caput*. Partendo da una riflessione sui termini *pecunia* e *fraus* presenti nella parafrasi che della disposizione dà Gaio nelle sue *Institutiones*, se si ammette che la disposizione tutelasse non tanto il credito dello

[33] Meritevole di un cenno mi sembra il tentativo di armonizzare il secondo *caput* con le altre due disposizioni di G. Grosso, *La distinzione*…, cit., p. 791 e ss., spec. p. 792.

[34] *Ricerche*…, cit., p. 138 e ss. e le conclusioni a p. 176 e s.

stipulator «nella dimensione astratta di diritto, ma in quella assai concreta di 'complesso di beni/utilità patrimoniali' dovuti dallo *sponsor*», allora si potrebbe ritenere che la *pecunia* dovuta e fraudolentemente *accepta facta* dall'*adstipulator* fosse, in origine, «un debito di *res* individuate nel genere, anziché... una somma di denaro». L'idea è che la disposizione avrebbe preso in considerazione «*res* che sarebbero appartenute al *dominus* se la condotta fraudolenta dell'*adstipulator* non ne avesse procurato la perdita»[35]. Il secondo *caput* avrebbe allora avuto lo scopo di tutelare il *dominus* dalla perdita per opera dell'*adstipulator* della *pecunia*, concretamente considerata, dovutagli dal promittente. Questa fattispecie, analogamente a quella sanzionata nel primo *caput*, sarebbe dunque consistita «nella perdita irreversibile di una cosa (*pecunia obligata*) conseguente a una condotta tipica (*acceptilatio*)»[36].

Per quanto riguarda invece il terzo *caput* del plebiscito, il problema della sua eterogeneità rispetto al primo *caput* è certo meno assillante, in quanto esso condivide indubbiamente la finalità di tutelare il diritto di proprietà contro atti che fossero idonei a causare la rovina della cosa (con il termine rovina intendo qui indicare tanto il semplice deterioramento quanto la distruzione della cosa). Qualche perplessità in ordine alla sua omogeneità con l'altra disposizione sorgerebbe se si accettasse l'idea che esso avrebbe avuto lo scopo di proteggere (anche) contro atti che causavano non la perdita, bensì il semplice deterioramento della *res*, come sembrerebbe potersi desumere da quanto Gaio dice in 3.217 affermando che tale *caput* "*de omni cetero damno cavetur*". Rispetto a questa posizione, vi è allora chi – per tentare di armonizzare la *ratio* del primo e del terzo *caput* – ha ipotizzato che il terzo *caput* fosse stato concepito come un completamento del primo, sanzionando le condotte che portavano alla completa o parziale distruzione delle *ceterae res*, in aggiunta alle fattispecie di lesione non distruttiva delle cose già prese in considerazione dal primo *caput*. Sicché primo e terzo *caput* insieme avrebbero avuto la finalità di tutelare il *dominus* rispetto alle perdite

[35] Le tre frasi riportate sono di S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 149 e s.. Da notare che nella prima delle tre frasi l'autrice usa il termine *sponsor* impropriamente per a indicare il *reus promittendi*. Come è noto, nell'uso classico il termine *sponsor* indicava soltanto l'*adpromissor* che si fosse obbligato utilizzando il verbo *spondere*. V., per tutti, V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli 1984, p. 325, e M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 559.

[36] S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 152.

patrimoniali dipendenti dal detrimento di una cosa di evidente rilevanza economica[37]. Ma vi è un'ulteriore possibilità di ricostruire il contenuto del terzo *caput*, la quale in modo anche più completo permetterebbe di intravedere una finalità comune di tutte le disposizioni della legge, la quale non potrebbe dunque essere più considerata una *lex satura*. Mi riferisco a quella proposta da S. Galeotti[38], la quale presenta una ricostruzione del terzo *caput* secondo cui esso avrebbe disciplinato i casi di condotta distruttiva (poiché «il bruciare, il rompere, il fare a pezzi un bene implica ... eliminarlo o renderlo del tutto inidoneo a funzionare, con il conseguente obbligo, per il *dominus*, di sostituirlo»[39]). Questa ricostruzione conduce la Galeotti a dichiarare che la finalità della *lex Aquilia* apparirebbe «unitaria e coerente nei *tria capita*»[40], e si configurerebbe come quella di tutelare il *dominus* nei confronti di atti idonei a causare la distruzione, o quanto meno la pratica inutilizzabilità, della cosa. Ciò, continua la studiosa, confermerebbe anche che non è necessario ipotizzare una formazione stratificata del plebiscito aquiliano forzando obiettivamente il dettato delle fonti. E, aggiungerei io, consentirebbe anche di concludere – come a me pare tutto sommato abbastanza probabile – che non si possa parlare, nel caso di specie, di una *lex satura*. Ma riconosco anche che la complessità dei problemi che emergono dall'analisi delle testimonianze in materia di *lex Aquilia* consiglia comunque una conclusione prudente.

Un aiuto alla soluzione del problema qui affrontato – e cioè se sia possibile considerare la *lex Aquilia* una *lex satura* – verrebbe forse dalla possibilità di datare con precisione il provvedimento: in questo caso, infatti, sarebbe possibile capire in che clima esso fu proposto e votato, e sarebbe anche più agevole ricostruire la reale intenzione del magistrato proponente. Sfortunatamente, però, i tentativi sinora fatti di datare il plebiscito non hanno consentito di raggiungere risultati certi, tanto che ancora oggi alla datazione 'tradizionale' del 286 a.C., pur sostenuta da diversi studiosi, altri contrappongono diverse ipotesi più o meno distanti. Si può dire che si va da una datazione assai risalente – grosso modo a ridosso della legislazione decemvirale – sino

[37] Seguo su questo punto la puntuale ricostruzione di S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 162 e s.
[38] *Ivi*, p. 163 e ss.
[39] *Ivi*, p. 167, da cui si deve intendere qui richiamata anche la bibliografia citata dall'autrice.
[40] *Ivi*, p. 176.

a una datazione alquanto 'bassa' verso la metà del II secolo a.C[41]. In particolare l'ipotesi di Serrao, che data la legge nell'ultimo ventennio del III sec. a.C., e sostiene che la sua promulgazione fu suggerita e ispirata da ragioni politiche connesse agli interessi economici dell'emergente ceto equestre[42], consentirebbe di intravedere motivazioni che avrebbero forse giustificato il ricorso ad una *rogatio per saturam*. Tuttavia l'ipotesi è destinata a rimanere tale, poiché «non possediamo fonti sul processo di composizione della legge, né informazioni certe sulla sua datazione»[43].

3.3. La *lex* epigrafica sulle province orientali

Si tratta di una legge nota da tempo grazie a una epigrafe in lingua greca scoperta a Delfi tra il 1893 e il 1896, ed edita nel 1921 da H. Pomtow[44], la cui conoscenza è stata accresciuta in modo decisivo grazie alla scoperta, avvenuta negli anni '70 del secolo scorso, di un'altra epigrafe, sempre in lingua greca, a Cnido, che fu poi pubblicata in *editio princeps* nel 1974[45]. Gli studiosi, dopo incertezze iniziali, hanno da tempo raggiunto la convinzione che le due iscrizioni riportino due traduzioni, con alcune differenze, della medesima legge[46]. Grazie alla iscrizione di Cnido la datazione

---

[41] Cfr. la rassegna ampia, chiara e dettagliata di S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 51 e ss., la quale dedica tutto il secondo capitolo della sua ricerca ai problemi relativi alla datazione della *lex Aquilia*, e giunge alla conclusione (p. 95) che «la datazione della *lex Aquilia* deve considerarsi a tutt'oggi un mistero», conclusione condivisa del resto da un corposo e autorevole settore della romanistica, come ricorda la studiosa (p. 85 e nt. 170).

[42] F. Serrao, *Uomini d'affari, adstipulatores, lex Aquilia alla fine del III secolo a.C.*, in *Studi in onore di R. Martini,* vol. III, Milano 2009, p. 567 ss. e p. 575.

[43] Così S. Galeotti, *Ricerche*…, cit., p. 146.

[44] H. Pomtow, *Römertexte in Delphi. Das Piratengesetz des römischen Senats vom J. 100*, in *Klio*, 17 (1921), p. 170 e ss. Ma l'edizione cui ancora si fa talvolta riferimento per l'epigrafe di Delfi è quella di G. Colin, *Traduction grecque d'une loi romaine de la fin de 101 av. J.-C.: projets de politique orientale des démocrates et de Marius?*, in *BCH*, 48 (1924), p. 58 e ss.

[45] M. Hassall-M. Crawford-J. Reynolds, *Rome and the Eastern Provinces at the End of the Second Century B.C. The so-called 'Piracy Law' and a new Inscription from Cnidos*, in *JRS*, 64 (1974), p. 195 e ss. Sulle vicende relative alla scoperta e alla edizione delle due epigrafi v. in part. L. Monaco, *Persecutio piratarum,* vol. I. *Battaglie ambigue e svolte costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 1996, p. 106 e ss., M. H. Crawford, *Roman Statutes,* vol. I, London 1996, p. 234 e ss., e, ora, R. Braga, *La lex de prouinciis praetoriis. Aspetti notevoli e questioni aperte*, Milano 2014, p. 7 e ss.

[46] Sugli aspetti linguistici del testo della *lex* v. M. Hassall-M. Crawford-J. Reynolds, *Rome and the Eastern Provinces*…, cit., p. 197 ss., J.-L. Ferrary, *Retour sur la loi des inscriptions de Delphes et de Cnide (Roman Statutes, n° 12)*, in M. L. Caldelli-G.L. Gregori-S. Orlandi (a cura di), *Epigrafia 2006. Atti della XIVe Rencontre sur l'Epigraphie in onore di Silvio Panciera con altri contributi di colleghi, allievi e collaboratori*, Roma 2008, p. 102 e s., R. Braga, *La lex*..., cit., p. 17 e ss. e G. D. Merola, *Traduzioni in greco di leggi romane*, in *Index*, 44 (2016), p. 101 e ss. Su alcuni aspetti della traduzione greca si sofferma U. Laffi, *In greco per i Greci. Ricerche sul lessico greco del processo civile e criminale romano nelle attestazioni di fonti documentarie romane*, Pavia 2013, p. 8 e ss.

Che il provvedimento sia una legge comiziale è ritenuto dalla dottrina un dato acquisito. Lo provano i seguenti indizi: nel testo ci si riferisce molto di frequente al provvedimento indicandolo con le espressioni

del provvedimento ha potuto essere definitivamente precisata tra la fine del II e l'inizio del I sec. a.C.; si tratta di una datazione oggi generalmente accettata, pur con oscillazioni sull'anno esatto di promulgazione[47]. Un punto sul quale la dottrina è ancora oggi divisa è quello della effettiva portata della legge. Mentre sino alla scoperta della epigrafe di Cnido si dava per scontato che essa avesse come oggetto se non esclusivo almeno principale quello della lotta alla pirateria che infestava alcune zone del Mediterraneo orientale (la legge era infatti nota come *lex de piratis persequendis*), negli ultimi decenni non pochi autori ritengono che anche i provvedimenti contro la pirateria vadano inseriti in un più ampio disegno di riassetto delle province pretorie orientali, e preferiscono dunque considerare la legge in questione una vera e propria legge sulle province, che alcuni qualificano ulteriormente come legge sulle province pretorie, mentre altri, più genericamente, sulle province orientali[48].

Nel complesso la legge di cui ci stiamo occupando contiene i seguenti provvedimenti[49]:

- prescrizione ai consoli di revocare l'invio di truppe in Macedonia;

- prescrizione, sempre ai consoli, di annullare il rendiconto al senato sulle *frumentationes* a favore dell'esercito stanziato in Macedonia;

- proibizione a tutti i magistrati e promagistrati, nonché ai loro subalterni, di condurre un esercito fuori dalla provincia di competenza;

- conferma dei diritti di amici e alleati di Roma sui loro sudditi;

'questa legge' o 'questa legge, sia essa legge o plebiscito' (v. ad es. Delfi, fr. B, ll. 12, 19 e 27-28, fr. C, ll. 7-8, 20-21, 30; Cnido, Col. II, ll. 4, 12-13, 25, Col. III, ll. 11, 16-17, 20-21, 25-26, Col. IV, ll. 2, 6,); inoltre in Delfi, fr. C, ll. 9 e 11 ci si riferisce esplicitamente all'approvazione della legge da parte del popolo riunito nei comizi. Su questi aspetti v. le osservazioni di R. Braga, *La lex*..., cit., p. 57.

[47] Sulle diverse ipotesi proposte in dottrina relativamente alla datazione della legge v. L. Monaco, *Persecutio piratarum*…, cit., p. 145 e ss., M. H. Crawford, *Roman Statutes…,* vol. I, cit., p. 236 e s., e R. Braga, *La lex*, cit., p. 49 e ss.

[48] A partire dal lavoro di J.-L. Ferrary, *Recherches sur la législation de Saturninus et de Glaucia*, in *MEFRA*, 89 (1977), p. 620 e ss. la maggior parte degli studiosi denomina il provvedimento '*lex de provinciis praetoriis*' (v. ad es. R. Braga, *La lex*…, cit., *passim*); ma J.-L. Ferrary, *Retour*…, cit., p. 103 e s. preferisce ora considerarla genericamente una legge sulle province orientali. E del resto anche R. Braga, *La lex*…, cit., p. 93 afferma, al di là di ogni questione nominalistica: «Mi pare ormai acquisito che la *lex de prouinciis praetoriis* tratti, sotto vari aspetti, la gestione delle *prouinciae* orientali».

[49] Sul contenuto della legge v. A. W. Lintott, *Notes on the Roman Law inscribed at Delphi and Cnidos*, in *ZPE*, 20 (1976), p. 69; A. Giovannini-E. Grzybek, *La lex de piratis persequendis*, in *MH*, 35 (1978), p. 38 e s.; L. Monaco, *Persecutio piratarum*…, cit., p. 115 e ss.; M. H. Crawford, *Roman Statutes…,* vol. I, cit., pp. 234 ss. e 258 ss.; P. de Souza, *Piracy in the Greco-Roman World*, Cambridge 1999, p. 108 e ss.; J.-L. Ferrary, *Retour*…, cit., p. 103; R. Braga, *La lex*…, cit., p. 58 e ss.

- concessione al governatore d'Asia di mantenere la Licaonia quale parte della sua provincia;

- ordine al *consul prior* di inviare a tutti gli amici e alleati di Roma lettere sulla sicurezza della navigazione;

- notizia che, al fine di assicurare una navigazione sicura, la Cilicia è stata costituita come provincia pretoria;

- misure affinché il *consul prior* ottenga la collaborazione dei re di Cipro, Egitto, Cirene e Siria al fine di garantire la sicurezza della navigazione nel Mediterraneo orientale, impedendo che i pirati possano trovare rifugio e ospitalità nei porti di quelle terre al fine di ivi preparare le loro scorribande;

- imposizione al *consul prior* di fare rapporto al senato riguardo alle richieste degli ambasciatori inviati a Roma, e di convocare una riunione del senato;

- obbligo per il senato di concedere udienza ai rappresentanti degli alleati; particolarmente si impone al senato di dare udienza *extra ordinem* ai delegati di Rodi;

- ordine al governatore d'Asia di notificare agli amici e alleati l'invito a collaborare;

- una serie di misure per assicurare la più larga diffusione e divulgazione della legge;

- concessione al governatore di Macedonia, Chersoneso tracico e *Caenica* del diritto di percepire le rendite pubbliche;

- una serie di ordini impartiti al governatore di Macedonia sulla buona amministrazione della sua provincia;

- ingiunzione al *quaestor* o *proquaestor* di Asia o di Macedonia di occuparsi della riscossione di denaro pubblico, unitamente al potere di irrogare multe e fare tutto ciò che la legge prescrive fino al suo rientro a Roma.

Le misure contenute nella legge sono indubbiamente numerose, ed è davvero difficile pensare che, quale che fosse l'intenzione del proponente, tutte le clausole ora elencate dovessero per forza essere sottoposte ad un unico procedimento di approvazione pena il rischio di vanificare il disegno del magistrato rogante. La *ratio*

comune di alcune delle disposizioni è quasi sicuramente l'urgenza di contrastare in modo rapido ed efficace la pirateria; ma come si è visto tale finalità non è l'unica del provvedimento.

Certamente su questo punto ci si potrebbe formare un'idea più chiara se si conoscessero con sicurezza l'identità del proponente e il progetto politico che egli intendeva perseguire. Ma proprio su questi punti decisivi la dottrina è ancor oggi divisa. Infatti, non soltanto è ignota l'identità del magistrato che propose la legge, ma la legge stessa contiene provvedimenti per così dire 'contraddittorî', nel senso che per alcuni versi essa sembra comprimere e limitare le prerogative dei magistrati e soprattutto del senato, mentre per altri versi essa sembra ribadire e rafforzare i poteri del senato stesso. Sicché in dottrina vi è chi – e si tratta, va detto, della maggioranza – ha ravvisato nella nostra legge un provvedimento di parte popolare, ispirato probabilmente dai maggiori esponenti di questa fazione (forse L. Appuleio Saturnino?); mentre altri non hanno esitato a interpretare la legge come una iniziativa degli *optimates*[50]. Stando così le cose, il compito di stabilire se la legge possa essere qualificata come *satura*, già di per sé arduo, appare ulteriormente complicato, anche se bisogna ammettere che è particolarmente seducente l'ipotesi di chi ha voluto intravedere in Servilio Glaucia il promotore della nostra legge[51].

Personalmente, pur con tutte le cautele che un caso del genere richiede, data la obiettiva eterogeneità e quantità delle clausole normative, propenderei per qualificare la *lex* come *satura*[52]. A tale proposito merita di essere almeno ricordata una

[50] Per le diverse posizioni della dottrina su questo punto v. la puntuale rassegna proposta da R. Braga, *La lex*…, cit., p. 69 e ss.

[51] M. Hassall-M. Crawford-J. Reynolds, *Rome and the Eastern Provinces*…, cit., p. 219.

[52] Questa opinione, già avanzata da H. A. Ormerod, *Piracy in the Ancient World. An essay in Mediterranean history*, Liverpool 1924, p. 242, è stata poi condivisa da A. Passerini, *Studi su Caio Mario*, Milano 1971, p. 91 [già in in *Athenaeum*, 12 (1934), p. 109 e ss., con il titolo *Le leggi di Saturnino e Glaucia*]; da M. Hassall-M. Crawford-J. Reynolds, *Rome and the Eastern Provinces*…, cit., p. 219, da A. W. Lintott, *Notes*…, cit., p. 70, che arguisce il carattere di *lex satura* del provvedimento dalla circostanza che esso si occupava di due diversi aspetti: a) la soppressione della pirateria e b) l'amministrazione della Macedonia, da J.-L. Ferrary, *Recherches*…, cit., pp. 628 e 644, da L. De Libero, *Obstruktion. Politische Praktiken im Senat und in der Volksversammlung der ausgehenden römischen Republik (70-49 v. Chr.)*, Stuttgart 1992, p. 93, da L. Monaco, *Persecutio piratarum*…, cit., p. 162**,** che riconosce parzialmente carattere di *lex satura* alla nostra legge, e ribadita da M. H. Crawford, *Roman Statutes…,* vol. I cit., p. 237, il quale sembra però sfumare un poco il proprio giudizio rispetto a quanto aveva espresso due decenni prima: «It remains true that the statute covers a considerable range of topics; we suggested in 1974 that it smacked of *satura*, a suggestion endorsed by Lintott with more enthusiasm than we think wise». J.-L. Ferrary, *Retour*…, cit., p. 112, si mostra ora meno risoluto su questo punto, poiché «l'unité et la cohérence de la loi dans

vecchia congettura di A. Passerini[53], il quale muoveva dalla considerazione che nell'epigrafe di Delfi (fr. B, ll. 28 ss.)[54] si prevede l'invio di un successore a T. Didio, che aveva conquistato il Chersoneso e la Cenica, territori annessi alla provincia di Macedonia; in forza di ciò Passerini vedeva nel provvedimento un chiaro indizio dell'atteggiamento settario del legislatore, mosso dall'intento di colpire un uomo – T. Didio appunto – caro alla *nobilitas* con la quale i *populares*, che lo studioso considerava i promotori della legge, dovevano evidentemente regolare dei conti[55]. E collegava a questi fatti la circostanza che, poco dopo la promulgazione della legge sulle province orientali, e cioè nel 98 a.C., proprio T. Didio, eletto per quell'anno al consolato assieme al collega Q. C. Metello *nepos*, sarebbe stato promotore della famosa *lex Caecilia Didia*, la quale vietò le *rogationes per saturam*. Secondo questa congettura, dunque, la legge sulle province orientali sarebbe stata la *occasio* concreta che avrebbe suggerito a Didio e al collega Metello la presentazione della *rogatio* che poi, approvata dai comizi, sarebbe passata alla storia con il loro nome.

3.4. Altri provvedimenti

Oltre alle leggi citate, delle quali si hanno nelle fonti notizie caratterizzate, a prescindere dalla loro affidabilità, da un certo grado di chiarezza e completezza, siamo a conoscenza di alcune altre delibere le quali avrebbero avuto le caratteristiche di *leges saturae*; si tratta però di delibere delle quali apprendiamo attraverso fonti che dicono poco o pochissimo, e quindi non permettono di fare completa luce sulla natura e/o sulla portata dei provvedimenti.

I.

son ensemble m'apparaissent plus nettement que ç'avait été le cas en 1977, et je ne parlerais plus si volontiers d'une loi votée *per saturam*».

[53] *Op. loc. ult cit.*

[54] Il dato è poi stato confermato dall'epigrafe di Cnido, col. IV, ll. 5-10.

[55] Condivide l'idea che il provvedimento fosse mosso dall'intento di penalizzare T. Didio impedendogli di organizzare i territori che aveva da poco conquistato J.-L. Ferrary, *Recherches*…, cit., pp. 628 e 656, e Id., *Retour*…, cit., p. 103 ss., spec. p. 105. *Contra* M. Hassall-M. Crawford-J. Reynolds, *Rome and the Eastern Provinces*…, cit., p. 218 nt. 28, e A. Giovannini, *Date et objectifs de la Lex de provinciis praetoriis (Roman Statutes, no. 12)*, in *Historia*, 57/1 (2008), p. 103, secondo il quale non è possibile stabilire se il governatore di cui si parla in quel punto della legge era T. Didio oppure il suo successore.

Partiamo dalla testimonianza più elusiva. Nel passo di Diomede grammatico che abbiamo sopra riportato, proprio al punto in cui avevamo arrestato la lettura, l'autore prosegue dicendo:

Cuius saturae legis Lucilius meminit in primo, «per sat<u>ram aedilem factum qui legibus solvat».

Il passo è catalogato al v. 48 del I libro nel classico lavoro di F. Marx[56]. Data la esiguità del frammento è davvero difficile esprimere un parere sulla vicenda cui esso si riferisce (che potrebbe essere, naturalmente, anche una vicenda di fantasia, dato il genere letterario cui la fonte appartiene). Secondo una prima ed elementare lettura, parrebbe parlarsi di un edile creato *per saturam* con poteri di sciogliere dai vincoli delle leggi. Ma obiettivamente bisogna riconoscere con Mommsen, seguito sul punto da Marx, che non si riesce a capire come avrebbe potuto essere considerata presa *per saturam* l'atto di elezione di un magistrato. D'altro canto non è nemmeno convincente l'idea che le parole "*per saturam*" debbano essere collegate a *solvat*; a tale proposito Marx[57] sottolinea che «*qua coniunctione* factum *tantum non foras expellitur*». Bisognerebbe dunque pensare a un'affermazione di carattere metaforico, come opina Mommsen[58]. A meno che non si voglia ipotizzare che *per saturam* debba essere collegato non a *factum*, né a *solvat*, bensì a *legibus*. In questo caso si potrebbe pensare che il poeta si stesse riferendo a qualcuno (il *qui* soggetto, che andrebbe riferito a qualche soggetto nominato altrove, e non all'edile) che dispensasse l'edile dal rispetto di leggi rogate e approvate *per saturam*; oppure, ma mi pare congettura meno felice, ad un edile che esoneri (si suppone i consociati) dall'osservanza delle leggi rogate *per saturam*. Delle possibili interpretazioni l'ultima, con le sue due sotto-ipotesi, è forse quella che forza un po' di più la costruzione sintattica; ma alle obiezioni di questo genere si può ribattere, se non altro, che una costruzione meno che ortodossa può essere consentita

[56] F. Marx, *C. Lucilii carminum reliquiae*, vol. I, Lipsiae 1904, p. 6. Il verso è invece catalogato come n. 23 dei resti luciliani da E. Diehl, *Poetarum romanorum veterum reliquiae*, Bonn 1911, p. 104.

[57] F. Marx, *C. Lucilii Carminum reliquiae*…, cit., vol. II, Lipsiae 1905, p. 23.

[58] T. Mommsen, *Le droit public*…, cit., p. 384 nt. 2

a un poeta il quale debba rispettare le leggi della prosodia e della metrica. Dunque – fatta salva la premessa che trattandosi di un frammento isolato di satira ogni congettura deve necessariamente essere quanto mai cauta – il frammento potrebbe conservare un senso se si ipotizza che Lucilio stesse parlando di un soggetto (forse il senato[59]) che dispensò un certo edile dal dovere di rispettare leggi che erano state rogate *per saturam*. Questa interpretazione, nella misura in cui possa essere ritenuta attendibile, non permetterebbe dunque di risalire a un concreto caso di *rogatio per saturam*, ma costituisce se mai la testimonianza relativa a uno dei modi in cui, prima della *lex Caecilia Didia*, si tentava di correre ai ripari rispetto a una prassi vista con sfavore. A questo proposito è opportuno sottolineare che, se si accettasse l'ipotesi qui proposta, il testo di Lucilio riecheggerebbe una clausola contenuta nella *lex repetundarum* epigrafica, la quale aveva lo scopo di mettere la legge al riparo da comportamenti, tenuti da magistrati, promagistrati e altri detentori di *imperium*, che ne ostacolassero l'applicazione. In particolare essa faceva divieto a tali soggetti di ostacolare o impedire lo svolgimento del processo; né avrebbero potuto, questi soggetti, disporre la sospensione del processo *de repetundis*. Questi comportamenti sarebbero invece stati leciti nel caso in cui il senato fosse stato legittimamente convocato, oppure fossero state convocate per una votazione le centurie o le tribù, cioè i comizi. Il che significa che i magistrati e promagistrati avrebbero potuto legittimamente ordinare la sospensione del processo per consentire una riunione del senato o un comizio deliberativo legittimamente convocati, ma non avrebbero potuto esercitare questa facoltà se al comizio in vista della cui votazione il magistrato o promagistrato aveva ordinato la sospensione del processo fosse stata presentata una *rogatio per saturam*[60]. Tra la *lex* epigrafica, datata con certezza al 123-122 a.C., e il

[59] Come opina C. Cichorius, *Untersuchungen zu Lucilius*, Berlin 1908, p. 235.

[60] *Lex repet.*, ll. 70-72 (seguo qui l'edizione di M. H. Crawford, *Roman Statutes…*, vol. I, cit., p. 71):

l. 70: *... nei quis magistratus proue magistratu proue* [*quo inperio inp*]*ediu*[*nto quo*] *minus setiusue fiat iudiceturue, neiue quis eum, quei ex hace lege iudicium exercebit, neiue eum, que*[*i ex h*(*acè*) *l*(*ege*) *iudicabit neiue eum quei ex h*(*acè*) *l*(*ege*) *petet neiue eum unde petetur --- ab eo iudicio auocato neiue*]

l. 71: *auocarier iubeto, neiue ab/ /ducito neiue abducier iubeto, neiue facito quo quis eorum minus ad id iudicium adesse poss*[*it, neiue facito quo minus iudic*]*i uerba audeire, in consilium eire, iudicare liceat, neiue iudicium dimitere iubeto, nisei quom senatu*[*s ioure uocabitur --- aut nisei quom centuriae aut*]

l. 72: *tribus intro uocabuntur, ex/ /tra quam sei quid in saturam feretur.*

frammento di Lucilio c'è compatibilità cronologica, tenuto conto che la vita e l'attività del poeta si snodarono per intero all'interno del II sec. a.C.[61]

II.

Il secondo episodio di cui è opportuno fare menzione è quello narrato da Festo nel seguito del passo che abbiamo già citato (*s.v. Satura*, L 416):

T. Annius Luscus in ea, [*quam*] *quam dixit adversus Ti. Gracchum: "Imperium quod plebes per saturam dederat, id abrogatum est".*

Dopo aver dato le definizioni di *lanx satura* e di *lex satura* che abbiamo letto in precedenza, Festo passa ad una serie di esempi tratti dal suo patrimonio di conoscenze, e ricorda un episodio in cui T. Annio Lusco[62] aveva pronunciato contro

[61] L'ipotesi da me formulata permette anche di non ricorrere a eccessive forzature del significato letterale del verso, quali quella di F. Marx, *C. Lucilii carminum*…, vol. II, cit., p. 23, il quale afferma che «*per saturam* non iam significat *lege in saturam lata* sed usurpatur ea locutio in plebiscitis temere et inconsiderate factis ut apparet: nam apud Lucilium intellegi non posse quomodo aedilis aliquis fiat a populo per legem saturam iure adnotat Mommsenus» e che la locuzione indicherebbe «sententias temere et festinanter dictas». L'espressione usata da Lucilio varrebbe dunque "edile eletto in modo avventato, sconsiderato, affrettato" (invero C. Cichorius, *op. loc. cit.*, interpreta gli avverbi utilizzati da Marx in modo abbastanza libero, poiché li ritiene equivalenti a "in nicht korrekter, nicht gesetzmäßiger Weise"). Se non che, a me pare che l'interpretazione ora ricordata forzi non poco il significato della espressione '*per saturam*', la quale può valere, al più, "confusamente, alla rinfusa, disordinatamente", ma non pare attestata nel significato di "*temere, inconsiderate, festinanter*", soprattutto se si pretenda di considerare questi avverbi equivalenti a "scorrettamente" o "in modo illegittimo". Ma su questo punto avremo occasione di tornare poco più avanti, nel testo.

Per quanto riguarda i dati biografici del poeta, la data di nascita di Lucilio è incerta; gli studiosi oscillano tra il 198 e il 148 a.C., con altre ipotesi intermedie (180 e 168 a.C.); mentre conosciamo con precisione la data della sua morte: il 102 a.C. La maggior parte degli studiosi circoscrive poi il periodo della sua attività di autore di satire tra il 133 e il 102 a.C.

[62] Su T. Annio Lusco v. H. Meyer, *Oratorum romanorum fragmenta ab Appio inde Caeco usque ad Q. Aurelium Symmachum*, Parisiis 1837, p. 209; E. Klebs, *s.v. Annius* (64), in *PWRE*, vol. I, 2, 1894, c. 2270; P. Fraccaro, *Studi sull'età dei Gracchi, I. Oratori ed orazioni dell'età dei Gracchi*, in *Studi storici per l'antichità classica*, 5 (1912), p. 330 e nt. 2; T. R. S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic,* vol. I*,* Atlanta 1986 (rist. dell'ed. New York 1951), p. 413 e s. e p. 452; H. Malcovati, *Oratorum romanorum fragmenta liberae rei publicae.* vol. I – *Textus*, 3ª ed., Torino 1967, p. 104; E. Badian, *Tiberius Gracchus and the Beginning of the Roman Revolution*, in *ANRW, I.1*, Berlin · New York 1972, p. 715 nt. 137. La difficoltà di ricostruire un profilo biografico del nostro dipende dal fatto che le fonti ci tramandano notizie che riguardano un personaggio che portava questo nome tra il 173-172 e il 133 a.C., dunque nell'arco di un quarantennio. Secondo Klebs, e Broughton che lo segue, avremmo a che fare con due personaggi diversi: il T. Annio Lusco di cui parla Festo (64) sarebbe stato figlio dell'omonimo (63) che nel 173-172 a.C. era stato inviato come legato assieme ai due senatori Gn. Servilio Cepione e A. Claudio Centone presso Perseo re di Macedonia (episodio su cui v. Liv., 42.25.1-13), e che nel 169 aveva fatto parte del collegio di *tresviri* cui era stato affidato l'ampliamento della colonia di Aquileia (v. Liv., 43.17.1). Il T. Annio Lusco di cui parla Festo fu, per parte sua, console nel 153 con Q. Fulvio Nobiliore (Cic., *Brut*., 69), e forse censore nel 137 (v. Fest., *s. v. Religionis*). Fraccaro, invece, seguito dalla Malcovati e da Badian, ritiene che si tratti di un unico personaggio che all'epoca dell'ambasceria in Macedonia sarebbe stato di rango questorio, in età di circa trent'anni; all'epoca del consolato sarebbe stato sulla cinquantina, e «un vecchio settantenne» quando pronunciò

T. Gracco un discorso nel quale affermava che l'*imperium* concesso *per saturam* dalla plebe era stato abrogato. Ricostruire l'episodio di cui fu protagonista Lusco nei dettagli è impresa ardua. Le fonti ci dicono che Lusco fu oratore *non indisertus* (Cic., *Brut*., 79) e che era uomo non appariscente né particolarmente saggio (o temperante: *sófron*), ma insuperabile nel confronto dialettico serrato a domanda e risposta (Plut., *Ti. Gracch*., 14.4). Sappiamo anche che nel 133 egli era venuto a contesa con Tiberio Gracco, lo aveva provocato in una sorta di scommessa (*orismós*: il termine allude forse alla prassi di concludere le orazioni con una *sponsio* con cui si sfidava l'avversario[63]) e accusato di avere disonorato il collega Ottavio, nonostante fosse sacro e inviolabile, in quanto gli aveva fatto revocare con apposita legge la *potestas*, e lo aveva attaccato con un veemente discorso (Plut., *Ti. Gracch*., 14.4 ss.; Liv., *Per*., 58). E' assai probabile che il frammento di orazione riportato da Festo debba essere inquadrato in questa contesa tra Lusco e il tribuno. Detto questo, identificare con sicurezza il provvedimento che secondo Lusco sarebbe stato deliberato *per saturam* è tutt'altro che facile. Sostanzialmente le ipotesi che si contendono il campo sono due: quella proposta da T. Mommsen, secondo il quale Lusco si sarebbe riferito all'*imperium* in cui si sostanziava il potere giudiziario che era stato concesso a Tiberio e agli altri *tresviri agris dandis adsignandis iudicandis*; si trattava, com'è noto, del collegio magistratuale costituito dando corso alla riforma agraria che Tiberio aveva fatto votare nel 133 a.C.[64]; e quella proposta da P. Fraccaro, il quale ritiene che Mommsen abbia frainteso il passo di Festo. Secondo Fraccaro non vi è prova che la legge che aveva attribuito il potere giudiziario ai *tresviri* fosse *satura*; «e se *satura* fosse stata, difficilmente i *possessores* dell'agro pubblico in senato avrebbero fatto a meno di non riconoscerla per questo motivo come non valevole». Inoltre, aggiunge lo studioso, i *tresviri* esercitarono il loro potere giudiziario fino al 129 a.C., secondo quanto si ricava da App., *Bell. civ*., 1.19.79,

la sua orazione contro Tiberio Gracco. La questione non riveste, ai fini della presente ricerca, soverchia importanza, anche se le argomentazioni addotte da Fraccaro mi paiono convincenti.

[63] Secondo quanto ricorda P. Fraccaro, *Studi*…, cit., p. 331 e bibliografia cit. nella nt. 5.

[64] T. Mommsen, *Le droit public*…, vol. III, cit., p. 384 nt. 2, nonché *Le droit public*, cit., vol. IV, p. 347 nt. 2. Che Lusco si fosse schierato contro T. Gracco è del resto confermato da più di una fonte: Plut., *Ti. Gracch*., 14; Liv., *Per*., 58.5-6. La maggior parte degli studiosi è del parere che i *tresviri* fossero dotati di *imperium*: tra gli altri H. Last, in *Storia antica,* vol. IX,I. *Roma: la Repubblica 133-44 a.C*., Milano 1971, p. 52, e R. A. Bauman, *The Gracchan Agrarian Commission: Four Questions*, in *Historia*, 28 (1979), p. 401 e ss.. Contrario è invece H. C. Boren, *The Gracchi*, New York 1968, p. 134 nt. 9.

dunque ancora per alcuni anni dopo la morte di Tiberio; perciò «di una tale abrogazione non si poteva parlare in un discorso contro di lui». Aderendo poi all'idea di F. Marx secondo cui l'espressione *per saturam* non deve necessariamente intendersi come riferita a una legge, poiché può equivalere a *temere, festinanter*, Fraccaro, dopo aver affermato cautamente che «Lusco deve quindi riferirsi ad un fatto a noi ignoto. L'andare oltre con congetture mi sembra pericoloso», finisce con l'affermare che la testimonianza di Festo deve riferirsi al fatto che Lusco aveva stigmatizzato la inopportuna e ingiustificata deposizione di Ottavio ottenuta da Tiberio ricordando altre abrogazioni avvenute invece per motivi giustificati[65]. Secondo Fraccaro, dunque, non si potrebbe parlare propriamente di una delibera presa *per saturam* in senso tecnico; infatti, se si pensa alla revoca di un potere, nel caso in questione sarebbero stati fuori discussione i magistrati curuli, i quali ottenevano il potere dal popolo, e non dalla plebe; e se si pensa ad una legge in senso proprio bisognerebbe credere ad una magistratura straordinaria (come quella dei proconsoli, il cui *imperium* fu spesso prorogato da delibere plebee), poiché i magistrati ordinari non ricevevano il potere da una *lex*. Ma non possediamo notizie, nelle fonti conosciute, riguardanti l'*abrogatio* di un *imperium* straordinario deliberata prima dell'età dei Gracchi.

L'ipotesi formulata dall'autorevole studioso parte da un presupposto a mio avviso non dimostrato, e cioè che *per saturam* possa significare semplicemente *temere*, *inconsiderate, festinanter* cioè "alla cieca, avventatamente, senza riflettere, sconsideratamente, affrettatamente". Come ho già avuto modo di osservare[66], tale significato primario non pare attestato, o comunque provato, in modo sufficientemente sicuro. A ben vedere, l'unica fonte da cui i sostenitori dell'esistenza di tale significato pretendono di trarre appoggio alla loro opinione è un passo del

[65] P. Fraccaro, *Studi*…, cit., p. 332 e ss.; Id., *Studi sull'età dei Gracchi. La tradizione storica sulla rivoluzione graccana*, Roma 1967 (rist. dell'ed. Città di Castello 1914), p. 142 e s.. Ritiene che il discorso di Lusco si riferisse alla abrogazione della *potestas* tribunizia di Ottavio anche R. A. Bauman, *The Gracchan Agrarian Commission*…, cit., p. 401 nt. 96. H. C. Boren, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che Lusco abbia usato l'esempio di una nomina magistratuale annullata come un precedente, ma afferma (v. p. 67), a mio avviso erroneamente, che, stando a Fest., *s.v. Satura*, L 416, Lusco fu appoggiato niente meno che da un personaggio del calibro di G. Lelio. Ora, è vero che Festo, subito dopo aver riportato le parole di Lusco aggiunge "*Et C. Laelius, in ea, quam pro se dixit*"; ma è probabile che queste parole, seguite purtroppo da una lacuna, si riferiscano o a un episodio che non siamo in grado di ricostruire, oppure alla citazione del passo del *Bellum iugurthinum* di Sallustio che segue la lacuna.

[66] *Supra*, nt. 57.

Bellum iugurthinum di Sallustio (29.5) che a mio parere non può significare ciò che questi studiosi pretendono. Il racconto di Sallustio è il seguente (il passo è citato anche da Fest., *s. v. Satura*, L 416):

Igitur rex, uti constituerat, in castra venit, ac pauca praesenti consilio locutus de invidia facti sui atque uti in deditionem acciperetur, reliqua cum Bestia et Scauro secreta transigit. Dein postero die quasi per saturam sententiis exquisitis in deditionem accipitur.

Sallustio narra che Giugurta si recò all'accampamento per discutere con i propri luogotenenti le proposte avanzate dal console romano L. Calpurnio Bestia, il quale era accompagnato da M. Emilio Scauro. In realtà il parere dei sottoposti non interessava al re, poiché egli si era già accordato sottobanco con i due Romani. Tanto che il giorno dopo i vari pareri furono vagliati *quasi per saturam*. Ora, secondo me qui (*quasi*) *per saturam* non può essere inteso nel senso di "avventatamente, sconsideratamente, affrettatamente", quanto piuttosto nel senso che il re lasciò che la discussione fosse condotta in modo confuso, con i pareri che si accavallavano e si cumulavano l'uno all'altro: "alla rinfusa", per l'appunto, perché tanto il re aveva già deciso in separata sede, con Bestia e Scauro, le condizioni (favorevoli) della resa. Qui non si vuole escludere in assoluto che la locuzione in questione possa alludere a procedimenti decisori frettolosi, approssimativi o avventati; ma anche quando essa faccia riferimento a tali aspetti, essi non paiono mai, per così dire, autonomi o primarî, quanto piuttosto frutto di un procedimento che comporta sempre l'accumularsi disordinato e/o eterogeneo di più cose in una unica operazione; ed è quest'ultimo l'aspetto che pare costantemente presente, e direi anche prevalente, nelle testimonianze che alludono a decisioni prese (o richieste) *per saturam*. Nell'episodio narrato da Sallustio, che per altro non allude alla procedura di approvazione di una legge, la condotta confusa e disordinata, fors'anche frettolosa, della seduta, non era certo stata sconsiderata o avventata. E' anzi da credere che l'andamento disordinato della riunione – disordinato, ripeto, nel senso che nel corso della seduta si lasciò che i pareri si accavallassero gli uni agli altri in modo confuso – fosse stato accuratamente

preparato, o quanto meno sapientemente e deliberatamente consentito dal re, proprio per evitare che si trovasse qualcuno dei suoi subalterni pronto a sabotare o a mettere in discussione l'accordo già concluso con i due avversari. Si può facilmente immaginare Giugurta che, dopo aver sollecitato il parere dei luogotenenti su di un determinato punto dell'accordo, e mentre alcuni di essi cominciano ad esprimere il proprio punto di vista, sollecita immediatamente il dibattito su altri e diversi punti del patto, *quasi per saturam*, per l'appunto, cioè proprio "come se" si trattasse di un magistrato che sottopone al voto questioni diverse in un'unica *rogatio*. Una conferma di ciò viene proprio, ancora una volta, dalla voce "*Satura*" di Festo, il quale, dopo avere dato la definizione di *lanx satura* e di *lex satura* che ormai ben conosciamo, cita tra gli altri, come esempio, proprio questo passo di Sallustio. Contro una interpretazione così chiara e lineare bisognerebbe addurre qualche prova concreta e solida che Festo avesse clamorosamente frainteso il racconto di Sallustio. Ma non mi pare che tale prova esista.

Inoltre non mi sembra insuperabile l'obiezione secondo la quale la fazione senatoria dei possidenti terrieri non avrebbe lasciato passare una legge *satura*; anzi, avrebbe approfittato di tale carattere della delibera per farla dichiarare non valida. Non bisogna dimenticare, infatti, due aspetti: in primo luogo non è detto che la delibera fosse 'apertamente' *satura* (abbiamo visto che non è sempre facile stabilire se una *rogatio* o una *lex* lo fossero); in secondo luogo va rammentato che, sebbene la prassi delle *rogationes per saturam* non fosse certo vista di buon occhio sin dai tempi in cui aveva cominciato ad essere seguita, essa sarebbe stata dichiarata formalmente illegittima soltanto dalla *lex Caecilia Didia* nel 98 a.C. Sino a quel momento leggi *saturae* ne furono proposte e approvate, probabilmente anche per opera di magistrati del partito popolare. Il che significa che per gli esponenti della fazione senatoria non doveva poi essere né scontato né agevole ottenere la revoca o l'annullamento di provvedimenti del genere.

Entrambe le ipotesi ora descritte, dunque, presentano punti deboli, che nel complesso mi sembrano essere prevalenti rispetto ai punti di forza[67]. Forse la

[67] Un esiguo indizio in favore della ipotesi formulata da Mommsen può forse essere rinvenuto nel fatto che Liv., *Per.*, 58 afferma che Tiberio, dopo aver fatto approvare la legge agraria contro il volere del senato

posizione più equilibrata è riconoscere che, allo stato attuale delle nostre conoscenze, non è possibile determinare se nell'ambito delle vicende che coinvolsero Tiberio Gracco nel 133 a.C. fu effettivamente proposta e votata una *lex satura*.

4. Conclusioni

La ricerca condotta ha permesso da un lato di confermare un dato già noto, e cioè il significato dell'espressione *rogatio per saturam* (e anche di quella affine *lex satura*), che alludeva a proposte di legge caratterizzate dalla presenza di più argomenti eterogenei tra loro, ma sottoposti ad un unico voto dell'assemblea popolare. Se è stata agevole la ricostruzione del significato in parola, è invece molto arduo capire nella pratica quando una concreta proposta legge potesse essere considerata *satura*; infatti i criteri apparentemente chiari e lineari della pluralità ed eterogeneità degli argomenti dovevano essere nella realtà tutt'altro che semplici da verificare, poiché di fatto molto doveva dipendere dalla concreta intenzione (per lo più politica) del magistrato proponente, le cui intenzioni, per altro, non erano sempre limpide. E del resto mancano, nelle fonti, appigli per verificare se il criterio qui empiricamente adottato (cioè verificare se le singole disposizioni di una legge avrebbero potuto essere approvate individualmente senza snaturare il disegno del proponenete) fosse seguito.

L'indagine si è poi concentrata sui casi che avrebbero potuto integrare ipotesi di *rogationes per saturam* nella storia di Roma in base ai dati disponibili nelle fonti in nostro possesso. Volutamente l'indagine è stata limitata al periodo che si chiude con la *lex Caecilia Didia* del 98 a.C., la quale vietò una volta per tutte la prassi delle *rogationes*

"*... in eum furorem exarsit ut M. Octavio collegae causam diversae partis defendenti potestatem lege lata abrogaret, seque et C. Gracchum fratrem et Appium Claudium socerum triumviros ad dividendum agrum crearet*". Sembrerebbe non esserci stata soluzione di continuità tra il provvedimento (definito *lex*) con cui fu deposto Ottavio, e la *creatio* dei *tresviri agris dandis adsignandis iudicandis*. Potrebbe ciò significare che un solo provvedimento fu votato per entrambi gli scopi? Bisognerebbe allora supporre che quella dei *tresviri* non sia stata una vera elezione, ma semplicemente l'adesione della plebe a una proposta di Tiberio. La unicità del provvedimento potrebbe allora essere il motivo che consentì a Annio Lusco di parlare del potere concesso ai *tresviri* in termini di *imperium quod plebes per saturam dederat*. Tuttavia contro una siffatta interpretazione si può ricordare la testimonianza di App., 1.12.51-13.55, in base alla quale parrebbe che la deposizione di Ottavio, la *rogatio agraria* e la elezione dei *tresviri* abbiano costituito l'oggetto di tre diverse delibere. Stando invece a Plut., *Ti. Gracch*., 12.1-13.1, sembrerebbe che la vicenda si sia sviluppata sostanzialmente in due momenti diversi: prima venne votata la deposizione di Ottavio (12.1-4), e dopo fu approvata la *rogatio agraria* e furono eletti i *tresviri* (13.1).

per saturam. E' evidente, infatti, che dopo la entrata in vigore di questo provvedimento la prospettiva mutò in modo decisivo.

L'esame condotto ha consentito di identificare una manciata di casi, alcuni dei quali si riferiscono e delibere popolari ben identificate e anche piuttosto conosciute, mentre altri sono di assai complicata identificazione a causa della frammentarietà delle notizie conservate nelle fonti, o fanno riferimento ad eventi che comunque non possono essere precisati in tutti i loro dettagli.

Un dato che pare comune almeno a due dei casi esaminati è che la prassi delle *rogationes per saturam* era utilizzata particolarmente in momenti di forte tensione politica, e doveva essere un espediente messo a frutto da parte di alcuni magistrati romani per far passare, assieme a misure gradite al popolo, anche altri provvedimenti non graditi ma che il popolo – privato della possibilità di scegliere quali provvedimenti approvare e quali rigettare – era di fatto costretto ad accettare se voleva vedere approvate le misure desiderate.

In almeno un caso (quello delle cc.dd. *leges Liciniae Sextiae*) esiste un'attestazione chiara del disfavore che accompagnava, presso il popolo e i magistrati avversari, l'uso di questa prassi, disfavore espresso con modalità che ricordano da vicino le motivazioni che Cicerone, nella sua *De domo*, ricorda come fondamento della *lex Caecilia Didia*.

Per quanto rigarda la collocazione cronologica degli episodi indagati, essi si snodano in un arco di tempo che va dalla prima metà del IV secolo a.C. sino alla fine del II / inizio del I secolo a.C. Dei cinque episodi vagliati tre sono concentrati tra la metà e la fine del II seoclo a.C., il che non è probabilmente casuale, poiché si trattò di un periodo fortemente caratterizzato da aspre tensioni politiche.

Rimane un dato del quale bisogna prendere volenti o nolenti atto: a causa delle difficoltà alle quali si è più volte accennato, nella maggior parte dei casi bisogna limitarsi a formulare ipotesi sulla natura di *rogationes per saturam* delle proposte considerate. Anche se ciò non può costituire in fin dei conti una sorpresa troppo grande, induce forse lo studioso a temperare un poco l'idea, abbastanza diffusa in

dottrina, che quella delle *rogationes per saturam* fosse una brutta caratteristica di molte leggi repubblicane[68].

Abstract
After focusing on the meaning of 'rogatio per saturam' and 'lex satura', the research tries to verify which laws of the republican age before the lex Caecilia Didia, which in 98 a.C. banned once and for all the practice of submitting bills per saturam, can be qualified as leges saturae. Among the measures analyzed, the leges Liciniae Sextiae, the lex Aquilia and the epigraphic law concerning eastern provinces occupy a special place. Other measures are also taken into account, but quite labile traces remain about them in the sources. It is not always possible to determine whether the single measures actually had the character of leges saturae. The conclusion that seems to be derived from the analysis is that in the period considered the leges saturae, heavily depreciated from the social and political point of view, were not very numerous.

Key words
People's law, rogatio, lex, per saturam, people's assemblies, magistrates.

[68] A. Guarino, *Storia*…, cit., p. 286.

Marco Gardini

Ricercatore di Diritto romano, Università di Parma

La trama giurisprudenziale sulla pregiudizialità in CTh.9.20.1*

SOMMARIO: 1. La costituzione di Graziano. - 2. Il problema del concorso tra strumenti giudiziali. - 3. La 'trama giurisprudenziale'. - 4. Il problema della falsità documentale. - 5. *Occasio legis*. - 6. Conclusioni

1. La costituzione di Graziano

In una nota costituzione emanata da Graziano nel 378 in tema di falso documentale viene affrontato un problema di concorso fra *civiliter agere* e *criminaliter agere* che fornisce importanti indicazioni di carattere generale[1].

CTh.9.20.1 Impp. Valens, Gra(ti)anus et Val(entini)anus AAA. ad Antonium pp. (378)

A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi.

Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem; et suppresso testamento quum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri; et quum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgeri.

Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum. et quum una excepta sit causa de moribus, sexcenta alia sunt, quae enumerari non possunt, ut, quum altera prius actio intentata sit, per alteram, quae supererit, iudicatum liceat retractari.

Qua iuris definitione non ambigitur, etiam falsi crimen, de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum[2].

---

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

[1] Pubblico in questa sede i risultati di una ricerca presentata al Terzo Workshop del progetto Redhis ("Rediscovering the hidden structure. A new appreciation of Juristic texts and Patterns of thought in Late Antiquity") - Pavia, 17-18 marzo 2017 -, dedicato allo studio della persistenza del pensiero giurisprudenziale classico nella Tarda Antichità, proposto da Dario Mantovani e sviluppato presso l'Università di Pavia grazie al contributo dell'European Reserch Council (ERC Advanced Grant 2013). Il progetto si articola in tre principali linee di ricerca: (1) edizione dei testimoni su papiro e pergamena delle opere dei giuristi classici di provenienza orientale, (2) studio della genesi e destinazione delle antologie compilate nel IV e V secolo in Occidente e (3) studio delle modalità con cui la legislazione imperiale si rapportava al pensiero giurisprudenziale classico. Questo saggio si inserisce in quest'ultimo filone di indagine.

[2] Propongo una traduzione che ne dovrebbe chiarire l'esegesi. «Dalla maggioranza dei *prudentes* è stato definito in linea di principio che ogni volta che, in merito a una questione patrimoniale, compete sia l'azione civile, sia l'azione penale, è possibile servirsi di entrambe e se si sarà agito civilmente non si può ritenere consumata l'azione penale.

Del provvedimento colpisce l'impianto, che si può dividere in tre parti[3].

La prima, da *a plerisque* a *posse consumi*, è costituita da una premessa in cui viene richiamato un principio, che viene attribuito all'opinione maggioritaria dei *prudentes* (*a plerisque prudentium generaliter definitum est*), ossia dei giuristi classici.

La seconda, da *sic denique* a *retractari*, ha lo scopo di confermare la premessa e contiene un cospicuo elenco di fattispecie in cui l'azione civile concorre con quella penale. Sono quattro coppie di strumenti giudiziali.

1) possibilità di ottenere l'*interdictum unde vi*, poi di accusare con la *lex Iulia de vi publica seu privata*[4];

Così, dunque, anche a chi è stato spogliato violentemente del possesso, se per recuperarlo avrà impiegato l'interdetto *unde vi*, non è impedito di proporre l'accusa in sede di giudizio pubblico mediante la *lex Iulia de vi*; e in ipotesi di occultamento di un testamento, una volta che si sarà agito con l'interdetto de tabulis exhibendis, nondimeno si potrà promuovere l'accusa criminale in base alla *lex Cornelia* testamentaria. E quando un liberto si dichiara ingenuo, si potrà tanto agire civilmente de operis, quanto sporgere denuncia penale in forza della *lex Visellia*.

Sotto questo principio ricade anche l'*actio furti* e la statuizione della *lex Fabia* e, benché faccia eccezione la causa *de moribus*, vi sono moltissimi altri casi, che non è possibile elencare, in cui dopo aver esercitato un'azione è consentito affrontare di nuovo ciò che è stato giudicato.

Sulla base di questo principio, non si dubita che anche il crimine di falso, del quale si è già agito civilmente, possa essere affrontato di nuovo penalmente».

La stessa costituzione compare anche nel Codice giustinianeo, nel titolo 31 del libro IX, che riporta la rubrica '*Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri possit*'. C.9.31.1-3: *A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis sive civilis actio moveatur, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario.* 1. *Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem: et suppresso testamento cum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri: et cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgueri.* 2. *Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum, et plurima alia sunt, quae enumerari non possunt, ut, cum altera prius actio intentata sit, per alteram quae supererit iudicatum liceat retractari.* 3. *Qua iuris definitione non ambigitur etiam falsi crimen, de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum.*

[3] I principali lavori che si sono occupati di questo provvedimento imperiale nel quadro di ricerche in tema di concorso di azioni sono: G.G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere. In tema di falso documentale*, in Scritti Ferrini, vol. I, Milano 1947, ora in Id., Scritti di diritto romano, III, pp. 1588-1653.; F. Avonzo, *Coesistenza e connessione tra* 'iudicium publicum' *e* '*iudicium privatum*'. *Ricerche sul tardo diritto classico*, in *BIDR,* 59-60, 1956, pp. 125-198; M. A. de Dominicis, *Rapporti tra "iudicium privatum" e "iudicium publicum" dal diritto classico a Giustiniano*, in Scritti in memoria di Antonino Giuffrè, Milano 1967, pp. 223-272; D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe. Vandenhoeck und Ruprecht*, Göttingen 1972; G. Negri, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in Digesto civ., Torino 1988, pp. 251-273; R. Bonini, *Ricerche di diritto Giustinianeo*, Milano 1990; M.J. Garcia Garrido, F. Reinoso Barbero, *Civiliter vel criminaliter agere. Los precedentes jurisprudenciales de la constitucion de Valente, Graciano y Valentiniano del año 378 (CTh. 9,20,1 = CI. 9,31,1)*, in Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, 9, Napoli 1993, pp. 439-456; P. Voci, *Azioni penali in concorso tra loro*, in SDHI, 65, 1999, pp. 1- 41; M. Miglietta, *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, Napoli 2001; S. Schiavo, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei, criminaliter agere, civiliter agere*, Milano 2007.

[4] D.43.16.1 pr. Ulp. 69 *ad ed.*: *Praetor ait: «unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo».* Con l'*interdictum de vi* si mirava a recuperare il possesso perso con l'uso della forza altrui. Se l'ordine interdittale non

2) possibilità di ottenere l'*interdictum de tabulis exhibendis*, poi di promuovere l'*accusatio ex lege Cornelia*[5];

3) possibilità di agire nei confronti del liberto prima in via civile col *iudicium operarum*, poi di promuovere un'accusa *ex lege Visellia*[6];

4) possibilità di agire prima con l'*actio furti*, poi di accusare *ex lege Fabia*[7].

La terza parte contiene la statuizione a cui era rivolto il provvedimento imperiale, secondo cui, viste le premesse (*qua iuris definitione*), non si può dubitare (*non ambigitur*) che anche in tema di *crimen falsi* si possa percorrere il procedimento penale dopo aver compiuto quello civile. La costituzione si conclude dunque con l'aggiunta di una quinta coppia di strumenti giudiziali: l'azione civile di falso e l'accusa criminale per il *crimen falsi*. Lo scopo del provvedimento doveva essere pertanto quello di confermare che il principio del concorso cumulativo tra azione civile e azione penale si dovesse estendere anche all'ipotesi di falso. L'idea che il

---

veniva rispettato, l'autore dello spoglio poteva essere convenuto con l'*actio ex interdicto* dove si sarebbe affrontato il problema di chi avesse usato violenza. La *lex Iulia de vi privata* riguardava una serie di ipotesi in cui taluno, invece di ricorrere all'*ordo iudiciorum*, preferiva farsi giustizia da sé. Fra le operazioni di esercizio violento delle proprie ragioni la legge prevedeva in particolare la *deiectio violenta* con uomini armati; la *deiectio sine armis*, invece, non era criminalmente repressa in diritto classico. Su questo v. C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano/Roma 1902/1976 p. 365 e p. 375 n. 5. La pena prevista per colui che fosse stato condannato per *vis privata* era la confisca di un terzo del suo patrimonio. C.8.4.4: Imperatores Diocletianus, Maximianus (294): *Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Iuliae vis privatae reum postulare et ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur.*

[5] Con l'*interdictum de tabulis exhibendis* il *pretore* ordinava la presentazione del testamento al fine di rendere possibile l'apertura della successione, mentre la *lex Cornelia de falsis* puniva la falsificazione dei testamenti e delle monete. P.S. 5.25.1:*Lege Cornelia testamentaria tenentur: qui testamentum quodve aliud instrumentum falsum sciens dolo malo scripserit recitaverit subiecerit suppresserit amoverit resignaverit deleverit, quodve signum adulterinum sculpserit fecerit expresserit amoverit reseraverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit laverit conflaverit raserit corruperit vitiaverit, vultuve principum signatam monetam praeter adulterinam reprobaverit: honestiores quidem in insulam deportantur, humiliores autem aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur: servi autem post admissum manumissi capite puniuntur*. Il profilo soggettivo richiesto per integrare il reato è il dolo specifico (*sciens dolo malo usus fuerit*); la pena comminata è molto severa (*humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam deportantur*).

[6] Se un servo liberato dichiara di essere sempre stato libero e rifiuta le *operae*, chi lo ha manomesso può ricorrere al*iudicium operarum* e alla *accusatio ex lege Visellia*. C.9.21.1.1 Diocl./Maxim (300): *Qui autem libertinus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgueri: in curiam autem se immiscens damno quidem cum infamia adficitur: muneribus vero personalibus in patria patroni, quae congruunt huiusmodi hominibus, singulos pro viribus adstrictos esse non dubium est*.

[7] La *lex Fabia* puniva il plagio. L'ipotesi contemplata dalla costituzione può essere ricostruita a partire da una costituzione di Diocleziano che attesta la possibilità del concorso tra *actio furti* e *accusatio ex lege Fabia*. C. 9.20.12 Diocl./Maxim. AA. et CC. Muciano (294): *Si quis servum fugitivum sciens cum rebus furtivis suscepit, cum horum nomine furti actione teneatur, haec tibi rector provinciae cum solita poena restitui efficiet. sed et si criminis plagii accusationem institueris, tibi audientiam praebere non dubitabit.* Chi accoglie consapevolmente (*sciens*) un servo fuggitivo che porta con sè degli oggetti rubati poiché, con riferimento a essi (*horum nomine*), chi offre rifugio può essere chiamato a rispondere con l'azione di furto, il rettore della provincia provvederà a che esse vengano restituite insieme alla pena ordinaria; se fosse presentata anche l'accusa di plagio, il provvedimento imperiale rassicura sul fatto che si dovrà essere ascoltati.

provvedimento sia stato adottato avendo come prospettiva il crimine di falso è confermata dalla sua collocazione all'interno del codice Teodosiano, in un contesto dove si affrontano diversi problemi legati al *crimen falsi*. Si tratta dell'unico provvedimento presente nel titolo 20 del libro 9 con rubrica *Victum civiliter agere et criminaliter*"[8]. Il titolo che precede la costituzione in commento è dedicato alla legge Cornelia in materia di falso (*Ad legem Corneliam de falso*), mentre quello successivo riguarda il tema dei falsi monetari (*De falsa moneta*)[9].

2. Il problema del concorso tra strumenti giudiziali

La premessa della costituzione di Graziano contiene un espresso richiamo a un principio di portata generale (*generaliter definitum est*) condiviso dalla maggioranza dei giuristi 'classici' (*plerisque prudentium*). La risposta positiva di Graziano viene poi ulteriormente rafforzata, 'appoggiata' si potrebbe dire, a una serie di richiami esemplificativi tratti dalla prassi giudiziale antica. Nell'ottica della presente ricerca è certamente questo il profilo che interessa maggiormente e che merita di essere approfondito, anche per valutare la tenuta dei dubbi che in passato sono stati sollevati in merito al valore di questi richiami al pensiero dei *prudentes*.

Prima di andare a verificare i precedenti giurisprudenziali ricordati da Graziano, è però opportuno chiarire la portata sistematica del problema del 'concorso', che può essere guardato da molteplici prospettive.

---

[8] Come già ricordato, nel Codice giustinianeo la stessa costituzione è inserita sotto la rubrica '*Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri possit*'. La rubrica è coerente con le modifiche apportate dai compilatori al testo imperiale in commento, tutte volte a garantire la 'bi-direzionalità' del concorso (per cui l'esercizio dell'azione criminale non impedisce l'esercizio successivo di quella privata). Così facendo, come giustamente hanno osservato R. Bonini, *Ricerche*..., cit., pp. 81-82, e G. Negri, *Concorso*..., cit., p. 265, i compilatori giustinianei hanno ampliato la portata della costituzione, svincolandola dal caso particolare del falso.

[9] Nel *Breviarium* la costituzione è unita a un altro provvedimento, sempre in tema di falso documentale, che i compilatori del Teodosiano hanno inserito nel titolo 39 del libro 11, *De fide testium et instrumentorum*. CTh.11.39.7 Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Antonium pp.: *Iubemus, omnes deinceps, qui scripturas nefarias comminiscuntur, cum quid in iudicio promiserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut suspectae scripturae et falsi reos esse detinendos*. J. Gothofredus, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae 1736, III, p. 187 e IV, p. 342, ritiene che questo testo vada congiunto a quello di CTh.9.20.1. S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., pp. 184-187, non accoglie pienamente l'opinione prevalente in letteratura secondo la quale (anche per l'influenza esercitata dalle modifiche introdotte dai compilatori giustinianei in C.4.19.24, dove le scritture *nefariae* diventano *suspectae*) il testo stabilirebbe che il *prolator* di qualsiasi scrittura debba dimostrarne la *fides*; secondo l'autrice, infatti, dovrebbe essere assecondata la lettura di Gotofredo, che attribuisce al testo originario di Graziano una preoccupazione molto particolare, riguardante la produzione in giudizio di scritture di tipo magico-divinatorio (*nefariae*).

Il principio da cui prende le mosse la costituzione di Graziano prevede che, fatti salvi casi particolari, in via prioritaria, si può dire che quando in merito a una questione patrimoniale spetti sia l'azione pubblica sia l'azione privata, è possibile esercitare entrambe, con l'ulteriore precisazione che, se si fosse agito prima in via privata, non si sarebbe consumata l'azione pubblica.

Qui il problema del concorso è visto da una particolare angolatura, quella della 'consumazione' dell'azione, che si può esplicitare nella seguente domanda: il *victum civiliter*, ossia colui che ha perso agendo in via privata, ha ancora la possibilità di agire *criminaliter*?

L'impostazione di base da prendere a riferimento per affrontare il problema del concorso di azioni si può compendiare in questi termini: se con riferimento a un'unica vicenda spettano più azioni, il criterio per affrontare la concorrenza dipende dall'individuazione della *res* che viene dedotta in giudizio; se risulta che a fondamento delle due azioni sta la medesima *res* (*eadem res*), il concorso è alternativo, se la *res* risulta diversa, il concorso è cumulativo, ma se questo risulta iniquo, il cumulo può essere evitato con rimedi pretori. Il termine *res* ha il duplice significato di «ragione fatta valere e di scopo che l'attore si ripromette con l'esercizio dell'azione concreta»[10]; già con Servio e Labeone il problema del concorso veniva affrontato con riferimento al profilo del rapporto concretamente dedotto in giudizio e, pertanto, non poteva essere risolto solo sulla base della funzione tipica degli schemi processuali, comparando 'un catalogo di ragioni tipiche', cioè di fattispecie astratte[11].

Questa impostazione trova preciso riscontro in un passo di Ulpiano.

D.47.10.15.46 Ulp. 77 *ad ed.*

Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

[10] G. Negri, *Concorso...*, cit., p. 253.
[11] *Ivi*, p. 253-255.

In questo frammento la medesima vicenda può essere ricondotta a due diverse fattispecie di illecito, che possono dar vita a due azioni con scopi diversi; il concorso, pertanto, è cumulativo. L'*eadem res* è ravvisata in relazione al risultato giuridico che l'attore intende raggiungere «nella concreta e peculiare realtà del rapporto dedotto in giudizio»; la nozione di *eadem res* è dunque elastica e «funzionale alla natura dei casi concreti»[12]. Ogni episodio può coinvolgere interessi diversi, che danno vita a *causae* (ragioni) diverse, che si riflettono in figure processuali diverse[13].

Anche se queste riflessioni sono state compiute prendendo a riferimento il processo privato formulare, con le sue *actiones*, la logica di fondo è preziosa anche per affrontare il problema del concorso tra azioni private e azioni pubbliche, benché nel contesto storico in cui si inserisce il provvedimento imperiale le cose siano complicate dal fatto che al problema del concorso delle *actiones* si sovrappone il problema del concorso dei diversi riti processuali (privato e pubblico).

Quella appena descritta non è però l'unica visuale con cui guardare al problema del concorso.

La rubrica sotto cui la costituzione di Graziano è stata collocata dai compilatori giustinianei ('*Quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri possit*') richiama una diversa angolatura del problema, più ampia rispetto a quella della costituzione in commento (consumazione processuale), che va sotto il nome di *praeiudicium*, e che, come si avrà modo di vedere, era anche quella privilegiata dalla giurisprudenza classica.

---

[12] *Ivi*, pp. 254-259.

[13] La diversità funzionale di alcune delle azioni menzionate da Paolo (D.48.1.4 Paul. 37 *ad ed.* - v. *infra*-) e originate da una medesima vicenda è descritta bene, anche se adattata alla prospettiva normativa del suo tempo, da C. Ferrini, *Diritto penale romano*..., cit., p. 137, dove scrive che la «coincidenza di lesioni di diverse norme nel medesimo fatto può verificarsi anche coll'effetto di dare contemporaneamente vita ad un delitto perseguibile con azione popolare (o anche in via criminale) e ad un delitto privato: così, ad esempio, in occasione di un plagio può aversi tanto un delitto *ex lege Fabia*, quanto un furto; in occasione della uccisione di un servo può sorgere e il *crimen publicum ex lege Cornelia* e il delitto privato *ex lege Aquilia*. Le norme infatti che lo stesso fatto ha leso sono diverse; nel primo caso è lesa la norma tutrice della potestà dominicale e quella tutrice della proprietà; nel secondo la norma tutrice della vita umana e quella tutrice della proprietà privata». L. De Sarlo, *Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano*, in Rivista di diritto e procedura civile, 14, 1937, p. 336 distingue il duplice piano, sostanziale e processuale, del problema del concorso, servendosi dell'espressione 'coesistenza', che poi verrà valorizzata dalla de Marini Avonzo: «perché sorga davvero il problema del concorso – per potersi domandare se esso ha carattere cumulativo o elettivo – bisogna aver già risolto il quesito di diritto sostanziale, nel senso della coesistenza del delitto privato col *crimen*»; non c'è coesistenza tutte le volte che il delitto privato perde rilevanza per il fatto di essere «riassorbito nel *crimen*».

Nelle fonti la parola *praeiudicium* viene in considerazione con significati diversi e per orientarsi nei molteplici risvolti problematici è utile fissare una 'mappa dei problemi' in tema di 'pregiudizialità'[14]. Si devono anzitutto distinguere due possibili livelli: una pregiudizialità 'in senso stretto' e una pregiudizialità 'di fatto'. Quella 'in senso stretto' si ha quando la decisione di un giudice dipende dalla decisione di un'altra controversia, che ne costituisce l'antecedente logico; quella 'di fatto', invece, avviene quando vi sono fattispecie diverse che hanno elementi comuni.

La preoccupazione di Graziano, lo si ribadisce, si colloca all'interno del secondo livello, quello della 'connessione per fatto', dove una medesima vicenda è in grado di generare *causae* diverse[15]. Si tratta di una situazione che genera il problema del raccordo fra due potenziali sentenze che potrebbero essere pronunciate su una medesima vicenda, con il rischio di generare giudicati contraddittori e comunque con il rischio che il giudice chiamato a giudicare per secondo possa essere influenzato dalla decisione presa nel giudizio precedente.

Un modo per prevenire la contraddittorietà dei giudicati ed eliminare alla radice il problema dell'influenza del primo giudizio su quello successivo è quello di consentire l'esercizio di una sola azione, fra le due o più suggerite da una medesima vicenda. È questa la soluzione che la tradizione dottrinale qualifica come 'consumazione processuale' o 'concorso elettivo'[16]. Un'altra modalità di raccordo tra

---

[14] La recupero da D. Mantovani, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile, Atti del convengno della Società Italiana di Storia del Diritto*, ed. G. Renzo Villata, Napoli 2003, pp. 119-121.

[15] In una prospettiva sostanziale, il concorso originato da una medesima vicenda viene oggi qualificato come 'concorso formale' - P. Voci, *Azioni penali*..., cit., p. 2 -. Va osservato che il confine tra i due tipi di pregiudizialità può essere nitido solo in astratto. In concreto si può affermare che più sono i presupposti comuni alle due azioni, più è facile che la controversia civile influisca sulla decisione penale con un'incisività che potrebbe far passare in secondo piano il problema dell' 'influenza' sul libero convincimento del giudice adito successivamente, facendo venire in primo piano un problema di accertamento in senso stretto, dove la decisione in sede civile serve da presupposto logico alla decisione in sede penale. Questa condizione di coordinamento logico-fattuale tra giudizi successivi emerge bene da una costituzione di Alessandro Severo del 209. C.7.62.1 Pompeiano et Avito conss. *Severus dixit: prius de possessione pronuntiare et ita crimen violentiae excutere praeses provinciae debuit. quod cum non fecerit, iuste provocatum est*.

[16] Perché il concorso elettivo si possa prospettare, ovviamente, una medesima vicenda deve potere in astratto suggerire due possibili impostazioni processuali con *causa* diversa. M. A. de Dominicis, *Rapporti*..., cit., p. 226, 243, 262, subordina tutta la trattazione del concorso di azioni private e pubbliche sul seguente assunto: in età classica le fattispecie delittuose (*delicta*) e quelle criminali (*crimina*) avevano identico *petitum*, essendo entrambe preordinate a infliggere una 'pena'; solo in epoca post-classica, venuta meno la funzione punitiva dell'azione penale privata (De Dominicis parla di "snaturamento dell'azione penale privata"), quest'ultima avrebbe potuto 'concorrere' con quella criminale. Fu tale equiparazione a livello funzionale che

i due giudizi è quella che prevede che la prima sentenza 'faccia stato' su quella successiva[17].

Per farsi un'idea di come in epoca classica fosse vissuto il problema dell'influenza del primo giudizio sul secondo, utili spunti di riflessione possono venire da un passo del *De inventione* di Cicerone[18]. La vicenda vede protagonista un cavaliere romano, che si oppone con le armi a degli aggressori armati; uno degli assalitori gli taglia una mano con la spada; il cavaliere vuole agire contro l'aggressore con l'*actio iniuriarum*, ma il convenuto chiede al pretore di inserire nel *iudicium* una *exceptio* di questo tenore: "*extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat*", giustificando la richiesta con il fatto che si deve evitare che il giudizio davanti ai *recuperatores* vada a pregiudicare quello relativo ai *sicarii*; l'attore vorrebbe invece una *formula* senza aggiunte (*pura*), rafforzando la sua pretesa con l'argomento che le *iniuriae* erano talmente gravi da rendere indegno un rinvio del giudizio (*indignum sit non primo quoque tempore iudicari*); la questione da decidere (*iudicatio*) è se l'atrocità delle *iniuriae* sia tale da giustificare che venga portata in giudizio prima (*praeiudicetur*) di quello relativo a qualche fattispecie più grave (*de aliquo maiore maleficio*)[19].

---

consentì uno slittamento di significato del termine *praeiudicium* verso l'idea di 'influenza' di un giudicato sull'altro. È tuttavia sufficiente correggere leggermente la rigidità della premessa su cui poggia l'impianto della trattazione di De Dominicis, accettando che le azioni delittuose presentassero tratti reipersecutori anche in epoca classica, essendo la pena anche un modo per ottenere il risarcimento, per far spazio a letture che vedono nelle fonti giurisprudenziali non contraddizioni o alterazioni testuali, ma una varietà di posizioni, che è un riflesso della complessità delle situazioni concrete e dei molteplici punti di vista che possono essere assunti per affrontarle. Sulla natura anche reipersecutoria dell'*actio legis Aquiliae* C. Ferrini, *Diritto penale romano*..., cit., p. 139, scrive: «*Eadem res* si ammette che vi sia nelle azioni reipersecutorie da una parte e *ex lege Aquilia* dall'altra e giustamente, poiché l'azione aquiliana, nonostante che formalmente si abbia come penale, sostanzialmente ha funzione di risarcimento ed in tutta questa materia della concorrenza è trattata alla stregua delle reipersecutorie».

[17] G. Pugliese, *Giudicato civile (Storia)*, in Enc. del diritto, 18, Milano 1969, pp. 722-785, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli (1985), p. 753, sottolinea come CTh. 9.20.1 neghi tutti e tre i possibili effetti del precedente giudizio: preclusivo, consuntivo e pregiudiziale.

[18] Cic. *De inv. 2.59-60*: *[59] ... Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi: cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt et equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Postulat is, qui cum agitur, a praetore exceptionem: " EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT ".*

[60] Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est: excipiundum sit an non? Ratio: "Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri." Infirmatio rationis : "Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari." Iudicatio: atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium conparatum sit, praeiudicetur? Atque exemplum quidem hoc est.In omni autem causa ab utroque quaeri oportebit, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut iudicari aut quid statui de ea re conveniat.

[19] Sul passo di Cicerone rinvio all'approfondita analisi contenuta in D. Mantovani, *Praetoris partes*..., cit., pp. 116-136, dove, 117, viene proposta la seguente traduzione dell'eccezione *extra quam*: «tranne che si

Cicerone costruisce ad arte il caso del cavaliere ferito per portare un esempio di *causa translativa*, che era uno strumento di tattica processuale con cui si mirava in generale a trasferire l'azione in altra sede. Si ritiene infatti che l'*exceptio*[20] ricordata da Cicerone avesse lo scopo principale di spingere l'attore a rinunciare a concludere la *litis contestatio* e a rinviare l'azione (*differre actionem*)[21] a un momento successivo alla proposizione del giudizio pubblico. Si trattava pertanto di una 'eccezione dilatoria', da intendere come uno strumento volto a premere sulla volontà dell'attore in modo da dissuaderlo, pena il rischio di perdere la lite, a esercitare questo prima della conclusione del *iudicium publicum*[22]. Una medesima vicenda generava la concorrenza di due fattispecie (la *quaestio inter sicarios* e l'*actio iniuriarum*) e il rinvio del giudizio privato poteva essere giustificato dal timore che la sentenza privata potesse influenzare l'esito del giudizio penale pubblico, che ha sempre goduto di una posizione di preminenza[23].

---

determini a carico del convenuto un pregiudizio capitale». Mantovani ricorda come Lenel *EP* § 52 non dubitasse dell'esistenza di questa clausola, che prevedeva il divieto di formare *praeiudicium* a una *causa capits*, anche se, ai tempi del *de inventione*, le fonti non consentono di affermare con sicurezza se nell'editto del pretore (urbano?) vi fosse una regola come quella che in epoca classica sarebbe stata inserita sotto la rubrica *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*; quello che è plausibile è che ai tempi di Cicerone esistesse una prassi consolidata in questo senso.

[20] D. Mantovani, *Praetoris partes...*, cit., p. 132 n. 225, sottolinea il fatto che Lenel (*EP* p. 506) non riporti l'*exceptio 'extra quam capitis praeiudicium fiat'* tra quelle contenute nella penultima sezione dell'editto e da ciò desume che, in epoca classica, la questione della pregiudizialità fosse normalmente risolta dal pretore con decreto.

[21] *Ivi,* p. 125.

[22] M. Marrone, *Sulla funzione delle formulae praeiudiciales*, in *Scritti in onore di Giovanni Salemi*, Milano 1961, 121-145 ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, p. 81. Una sintesi efficace sulla funzione di queste eccezioni "spauracchio" si trova in V. Arangio-Ruiz, *v. Eccezione* in Enciclopedia Italiana, Appendice, I, 1938, p. 536: «I giuristi di Roma distinsero le eccezioni in perentorie e dilatorie, secondo che la circostanza messa in rilievo dal convenuto fosse opponibile all'attore in qualunque momento (come in caso di dolo, o di violenza, o di patto di non chiedere con efficacia perpetua) o solo entro un certo limite di tempo (ad es., se il patto di non chiedere fosse stato concluso per un anno). Ma l'efficacia dilatoria si produce soltanto se lo spauracchio dell'eccezione fa desistere per il momento l'attore: se invece questo insistesse nell'agire, l'assoluzione del convenuto sarebbe definitiva, per il principio che impedisce di agire due volte per lo stesso oggetto». D. Mantovani, *Praetoris partes...*, cit., pp. 124-125, osserva che in dottrina si sia talvolta impiegato impropriamente il termine 'sospendere' con riferimento all'efficacia dell'eccezione dilatoria, anche se nella sostanza il funzionamento dell'eccezione *extra quam* comportava che l'attore normalmente rinunciasse alla *litis contestatio* rinviando l'azione (come si legge in *Gai* 4.123). Questa linea di pensiero si ritrova in C. Ferrini, *Diritto penale romano...*, cit., p. 142, che sembra circoscrivere il *praeiudicium* alle ipotesi in cui per lo stesso fatto hanno cumulativamente luogo due azioni, privata e pubblica, con medesima funzione, per cui il pretore era incoraggiato a utilizzare forme di coazione indiretta per ottenere che l'attore promuovesse l'accusa criminale, giacché, come già sosteneva Mommsen, non vi erano garanzie che poi l'attore non avrebbe promosso anche quella.

[23] D. Mantovani, *Praetoris partes...*, cit., p. 119, esprime bene la preoccupazione che stava alla base della *exceptio* '*extra quam capitis praeiudicium fiat*': «il desiderio di evitare che una sentenza emessa in un processo (per delitto) potesse contenere un (pre)giudizio, ossia un giudizio anticipato riguardo a un crimine più grave,

La preoccupazione di Graziano si colloca in un contesto processuale successivo rispetto a quello descritto da Cicerone; l'azione civile, infatti, è già stata esperita (*si civiliter fuerit actum*; *de quo civiliter iam actum est*) e ci si chiede se vi sia ancora la possibilità di intraprendere la strada dell'accusa criminale. La portata del problema astratto non cambia molto, dal momento che, per decidere se concedere o meno il giudizio pubblico dopo la conclusione di quello privato, si dovrà comunque affrontare la questione dell'*eadem res*, con i suoi corollari: evitare di pronunciarsi due volte sulla stessa cosa (*bona fides non patitur ut bis idem exigatur*); evitare il conflitto fra giudicati; evitare che il secondo giudice sia influenzato dalla decisione già presa. Cambia tuttavia la portata del problema concreto: se il giudizio privato non si è ancora svolto e sullo sfondo si prospetta la possibilità di un giudizio criminale, c'è la possibilità di fermare l'azione privata, consentendo l'inserimento della *exceptio* o denegando l'azione, compiendo una valutazione preventiva[24]; se invece il giudizio

---

sul quale avrebbero potuto essere chiamati a giudicare in futuro altri giudici (e che era quindi opportuno lasciare integro alla loro cognizione)». Si trattava di una ripercussione del giudizio civile sul piano fattuale, come condizionamento psicologico sui giurati che sarebbero poi stati chiamati a esprimere un verdetto al termine della *quaestio*. Tra le ragioni che avrebbero potuto suggerire di consentire eccezionalmente che il giudizio privato si svolgesse prima di quello pubblico, D. Mantovani, *Praetoris partes...*, cit., p. 129 ricorda anche il fatto che il giudizio recuperatorio fosse più celere. La preminenza di un giudizio 'maggiore' su uno 'minore', con la conseguente necessità di evitare pregiudizi di fatto, è espressa in termini generali in P.S. 1.12.8: *Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet: maior enim quaestio minorem causam ad se trahit*.

[24] Il problema è piuttosto delicato. Come già rilevato, Lenel era convinto che nell'editto, sotto la rubrica *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet* (EP § 52), vi fosse una clausola che conteneva esplicitamente il divieto di formare *praeiudicium* a una *causa capitis*, anche se rimaneva aperto il problema di come venisse in concreto garantita la precedenza cronologica del giudizio capitale. È stato tuttavia osservato - D. Mantovani, *Praetoris partes...*, cit., p. 115 n. 188 - che i retori erano concordi su un punto: la *causa translationis* veniva posta 'prevalentemente' nella fase *in iure*, prima del giudizio vero e proprio; come già ricordato, ID., p. 132 n. 225 ritiene probabile che in età classica la questione della pregiudizialità venisse risolta dal pretore mediante decreto e non fosse rimessa al *iudex* mediante *exceptio*. Sarebbe interessante valutare i margini in cui tale prassi potesse conoscere delle deroghe, consentendo all'eccezione *extra quam* -o eccezione analoga- di assumere un ruolo operativo (abbandonando quello abituale di eccezione 'solo minacciata', visto che dissuadeva l'attore dal proseguire), senza che ciò dovesse necessariamente segnare la sorte della controversia (inevitabile assoluzione, come è verosimile che fosse nel caso di scuola descritto da Cicerone, dove la fondatezza dell'*exceptio* era data per scontata -in questo senso ID., p. 124 n. 205-. La questione del *praeiudicium* sarebbe stata in quei casi lasciata alla valutazione del *iudex*, che avrebbe condannato solo se la sua sentenza, a istruttoria completata, si fosse potuta basare su elementi diversi da quelli su cui si sarebbe potuta successivamente fondare la condanna penale pubblica. L'interesse di questa ipotesi viene dal fatto che le condizioni di compatibilità tra i due giudizi successivi non sarebbero dipese dal profilo astratto delle fattispecie concorrenti e sulla cognizione sommaria dei fatti desumibili dalle dichiarazioni delle parti, quanto piuttosto dallo svolgimento concreto della controversia privata *apud iudicem*, dove si sarebbe dovuto evitare di toccare gli elementi cruciali per il giudizio pubblico, che di solito riguardavano uno specifico profilo dell'intenzionalità. Avvertendo il rischio che la sentenza avrebbe potuto costituire un giudizio anticipato capace di influenzare la futura decisione pubblica, il giudice avrebbe potuto assolvere o, anche, decidere di non pronunciarsi (*non liquet*). C. Ferrini, *Diritto penale romano...*, cit., p. 142, offre un esempio in cui si avverte l'eco della diversa portata concreta, direi probatoria,

privato si è già svolto, il problema se sia da concedere di agire anche in via criminale potrà essere compiuta avendo a disposizione elementi concreti e precisi (ad esempio le testimonianze già raccolte).

3. La 'trama giurisprudenziale'

Chiarita la portata del problema, può essere utile passare in rassegna i testi della giurisprudenza che si sono occupati del problema.

Un primo testo da prendere in considerazione è di Paolo ed è caratterizzato da un impianto che ricorda molto da vicino la costituzione di Graziano.

D.48.1.4 Paul. 37 *ad ed.*

Interdum evenit, ut praeiudicium iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum raptorum et interdicto unde vi et de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.

Le assonanze sono evidenti, a partire dalla giustificazione che contiene lo stesso richiamo contenuto nella costituzione: *de re familiari*. Paolo scrive che a volte accade che si faccia pregiudizio al giudizio pubblico (nel senso di giudizio anteriore), come nel caso delle azioni che derivano dalla legge Aquilia, da quella di furto, dei beni sottratti con violenza e con l'interdetto che mira all'esibizione delle tavole testamentarie: infatti, in questi casi l'azione privata verte sui profili patrimoniali della vicenda intercorsa, trascurati invece nell'azione criminale. A differenza di Graziano, Paolo però non presenta coppie di percorsi giudiziali, ma offre solo un elenco del primo elemento della coppia, quello civilistico. Vengono infatti nell'ordine richiamati: 1. azione aquiliana, 2. azione di furto, 3. azione di rapina, 4. interdetto

dei due giudizi: «non c'è opposizione a che il domino, il cui servo sia stato ucciso, esperisca prima l'azione aquiliana per danneggiamento, salvo a promuovere poi il *iudicium publicum ex lege Cornelia*. Infatti, qui non v'è *praeiudicium*: l'azione aquiliana mira alla riparazione del danno e basta che la morte sia avvenuta per colpa del convenuto. Non è detto che costui perché condannato nell'azione aquiliana debba esserlo anche come omicida nel *publicum iudicium*». Nel giudizio privato si poteva aver cercato di provare anche solo la colpa, nell'altro sarebbe stato invece necessario provare il dolo.

per lo spossessamento violento, 5. l'interdetto per l'esibizione delle tavole testamentarie[25].

Sul concorso tra l'azione aquiliana e il procedimento penale pubblico *ex lege Cornelia* c'è un frammento di Ulpiano che, per tradizione, viene messo in dialogo con quello di Paolo appena visto.

D. 9.2.23.9 Ulp. 18 *ad ed.*

Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: et si lege Aquilia egerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.

Ulpiano spiega che se uno schiavo sia stato ucciso con dolo, risulta che il proprietario possa agire anche sulla base della legge Cornelia e, se avrà agito con la legge Aquilia, non dovrà essere fatto pregiudizio per l'azione Cornelia[26].

I testi di Paolo e quello di Ulpiano sono in apparente contraddizione sul piano formale. Il primo contiene l'espressione *praeiudicium fiat* (si fa pregiudizio), il secondo utilizza invece l'espressione *praeiudicium fieri non debet* (non dovrà esserci pregiudizio).

È forse un caso di *ius controversum*, in cui Ulpiano e Paolo si collocavano su opposte posizioni di principio? A livello puramente linguistico le due espressioni potrebbero effettivamente suggerire una contrapposizione tra Paolo, schierato a favore del concorso 'elettivo' e Ulpiano a favore del concorso 'cumulativo'[27].

---

[25] Le azioni richiamate sono cinque, lo stesso numero di quelli richiamate da Graziano, ma la sovrapposizione con la costituzione di Graziano è per 3/5 (restano fuori l'*actio legis Aquliae* e l'*actio vi bonorum raptorum*). Le coppie in concorso nei due casi mancanti dovrebbero essere queste: danneggiamento e accusa *ex lege Cornelia de sicariis*; rapina e accusa *ex lege Iulia de vi*.

[26] La legge Cornelia puniva l'uccisione dolosa anche se la vittima fosse stato un servo, come si evince dalla conclusione di un passo di Marciano. D. 48.8.1 pr.-2 (Marcian. 14 inst.) *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur. 1. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret. 2. Et qui hominem occiderit, punitur non habita differentia, cuius condicionis hominem interemit.*

Gai. 3. 213: *Cuius autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum, qui occiderit, vel hac lege damnum persequi […]* .

[27] M. Miglietta, *Servus dolo occisus...*, cit., p. 233-234 ritiene che Paolo e Ulpiano avessero idee diverse sullo stesso argomento e, per la precisione, Paolo farebbe parte di coloro che sostenevano l'opinione minoritaria (del concorso 'elettivo'). P. Voci, *Azioni penali...*, cit., p. 26 e p. 36, propone di distinguere gli orientamenti di Paolo e Ulpiano, ma a un livello diverso; entrambi, infatti, terrebbero conto della diversa

La contraddizione viene tuttavia meno se si valorizzano le diversità dei due contesti: nel testo di Paolo, infatti, viene detto che talvolta accade (*interdum evenit*) che si consenta il *praeiudicium*, vale a dire, che il giudizio privato venga svolto prima di quello pubblico; la concorrenza fra i due strumenti giudiziali viene dunque legata al problema cronologico[28]. Nel frammento di Ulpiano c'è invece *egerit* (avrà agito), nella prospettiva di chi si è già rivolto al pretore per l'azione di danneggiamento; in questo caso *preiudicium* sta a significare che nel giudizio privato non si devono affrontare le questioni riservate all'*accusatio de sicariis* in base alla *lex Cornelia*[29].

In un altro passo, in merito a una vicenda in cui una parte subisce *vis*, in relazione a un potenziale concorso tra azione privata (*actio vi bonorum raptorum*) e procedimento pubblico sulla base della *lex Iulia de vi* (*privata*), Ulpiano si mette nella stessa prospettiva di Paolo, affrontando il problema se consentire o meno che il giudizio civile venga svolto prima di quello, potenzialmente ancora possibile e più grave, di natura criminale.

---

funzione delle due specie di azioni penali, ma divergerebbero sul regime specifico delle *actiones vindictam spirantes* (Voci accoglie infatti l'orientamento di Lenel - Pal. 554.-, secondo cui Paolo in questo frammento si stava occupando del *iudicium de moribus* – quello menzionato nella versione teodosiana della costituzione di Graziano del 378 –per cui il *iudicium de moribus* non si sarebbe potuto cumulare con l'*accusatio* criminale di adulterio, come avviene invece, *interdum,* nei casi menzionati); Ulpiano, dunque, riconoscerebbe la possibilità del cumulo anche alle azioni *vindictam spirantes* (e questo è confermato da D.47.8.2.1, su cui v. *infra* nel testo), dando però precedenza al giudizio pubblico; Paolo sarebbe invece a favore della scelta preclusiva (fatta la scelta, veniva preclusa quella trascurata). A questa lettura ha contribuito in modo significativo la conclusione di un altro passo di Paolo. D.47.10.6 Paul. 55 *ad ed. Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.* La preclusione riconosciuta in questo caso, tuttavia, è una naturale conseguenza della riconosciuta uguaglianza di oggetto (ingiuria alla persona), a differenza di quanto avveniva negli altri casi, compresi quelli considerati da Ulpiano (D.47.8.2.1 e D.48.2.15).

[28] Secondo M. A. de Dominicis, *Rapporti...*, cit., p. 226 la parola *praeiudicium* che compare nel passo di Paolo in età classica esprimeva sempre l'idea di giudicato con effetto preclusivo rispetto all'altro. Questa convinzione è il corollario della premessa (v. *supra* n. 16) che governa l'intera opera di questo studioso. P. Voci, *Azioni penali...*, cit., p. 25, accoglie invece l'idea che Paolo, con l'espressione *praeiudicium iudicio publico fiat*, si limitasse a dire che ci sono casi in cui le azioni private possono essere esercitate 'prima' del giudizio pubblico.

[29] *Ivi*, p. 15 e p. 24, ricorda come le espressioni *praeiudicium* e *praeiudicare* possano esprimere tanto la 'semplice precedenza', quanto la 'efficacia pregiudiziale' della sentenza. Ciò però non esaurisce il quadro, visto che l'efficacia pregiudiziale può assumere tre ulteriori significati: influenza, valore probatorio (nel senso che quanto stabilito dal primo giudice deve essere considerato provato anche nel secondo giudizio) e preclusione del secondo giudizio (consumato da quello precedente). Voci propone infatti di vedere nell'espressione *praeiudicium fieri non debet* di Ulpiano la necessità che il giudizio privato non potesse far pesare la sua efficacia sul giudizio pubblico. M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in Annali del seminario Giuridico della Università di Palermo, 24, 1955, p. 271, ritiene che un'influenza 'di diritto' sarebbe da escludere. Il giudizio precedente sarebbe stato pertanto liberamente apprezzato dal giudice.

D.47.8.2.1 Ulp. 56 *ad ed.*

Hoc edicto contra ea, quae vi committuntur, consuluit praetor. nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debet publico iudicio privata actione praeiudicari quidam putant: sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Iuliae de vi privata fiat, nihilo minus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem.

Dopo aver ricordato che il pretore ha preso posizione contro quelle situazioni in cui si commette violenza, per le quali è già previsto un giudizio pubblico, Ulpiano ricorda che secondo alcuni l'azione privata non può essere proposta prima di quella pubblica, ma è stato tuttavia ritenuto più utile che, anche se con l'azione privata si anticipa un giudizio sulla stessa questione che poi potrà essere anche sottoposta al giudizio criminale in base alla legge Giulia, nondimeno non si debba denegare l'azione a coloro che hanno scelto la procedura privata. Il punto è che, quando si prospetta un potenziale concorso con il giudizio pubblico, non è sempre opportuno denegare '*a priori*' la possibilità di agire privatamente. Il timore di un'astratta influenza del giudizio civile sul successivo giudizio criminale potrebbe suggerire di non concedere l'azione privata (o di farla rinviare), ma Ulpiano spiega che vi sono casi in cui è più utile concederla, lasciando al *iudex* il compito di non fare *praeiudicium* sulle questioni riservate al giudizio pubblico[30].

In un altro passo Ulpiano descrive bene come il principio che stabilisce la cumulatività dell'azione privata con quella pubblica valga solo se le due azioni esprimono una funzione diversa. Il caso specifico che rende inapplicabile il cumulo ricorda da vicino la vicenda del cavaliere descritta da Cicerone.

D. 47.10.7.1 Ulp. 57 *ad ed.*[31]

Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? idemque et si ita quis agere velit "quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?" rectius igitur

---

[30] Una conferma viene anche da D. 48.2.15 Ulp. 56 *ad ed.*: *In eum, cuius dolo malo hominibus coactis damni quid datum esse dicatur, non debet cogi actor omissa actione civili crimen intendere.* D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz*..., cit., p. 268, compie a questo riguardo un'importante osservazione: se il reo fosse stato mandato in esilio previa la confisca dei suoi beni, l'attore avrebbe perso ogni possibilità di rivalsa patrimoniale.

[31] Per un approfondita analisi degli aspetti problematici di questa testimonianza v. F. Avonzo, *Coesistenza*..., cit., pp. 172-174; D. Dalla, *Azione civile e azione criminale per uccisione*, in Studi in onore di Tito Carnacini, III, Milano 1984, p. 505; M. Miglietta, *Servus dolo occisus*..., cit., p. 281.

fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam exsecutionem. quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?

Il frammento attiene al titolo *De iniuriis* ed è tratto dal commento alla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Ulpiano esordisce con una interrogazione indiretta, chiedendosi se si possa dubitare che, in ipotesi di uccisione *iniuria* di uno schiavo, il pretore non deve consentire che con un giudizio privato si faccia pregiudizio alla *lex Cornelia de veneficis*. Lo stesso principio, a suo dire, dovrebbe valere anche quando, in ipotesi di avvelenamento doloso, si volesse inserire la clausola 'dal momento che sei stato tu a fornire il veleno per uccidere lo schiavo'. Anche in questo caso, dice Ulpiano, il pretore avrà agito più correttamente (*rectius*) se non avrà concesso il giudizio privato anche se, prosegue Ulpiano, siamo soliti dire che non si deve vietare di agire anche in via privata (*non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus*) con riferimento alle cause che possono dar vita anche a giudizi pubblici (*ex quibus causis publica sunt iudicia*). Ciò vale, precisa Ulpiano, solo se nel giudizio privato non ci si occupa direttamente (*principaliter*) dello stesso oggetto che riguarda il giudizio pubblico (*ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam exsecutionem*). Detto questo, Ulpiano si sofferma sulla funzione dell'*actio legis Aquiliae* e osserva che con essa si persegue in via principale il danno causato al padrone, in via secondaria l'uccisione come comportamento, diversamente da quanto avviene con l'*actio iniuriarum*, dove si agisce in principalità sul comportamento per ottenere vendetta, non un risarcimento (*ut vindicetur, non ut damnum sarciatur*). A questo punto Ulpiano si chiede: se uno vuole agire con l'*actio iniuriarum* perché gli è stata toccata la testa con una spada, glielo si dovrà consentire? Secondo Labeone sì, perché è evidente che quell'azione non ricade sotto ciò che viene perseguito con un giudizio pubblico. Ulpiano però dissente, perché a suo giudizio non si può dubitare che in questo caso la persona possa essere convenuta per la medesima vicenda anche in forza della *lex Cornelia* (*cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?*).

Muovendosi nella prospettiva del *praeiudicium* inteso in termini di anticipazione cronologica, Ulpiano conferma indirettamente il principio del cumulo per le ipotesi che non riguardano la medesima *res*. Sulla vicenda specifica del colpo alla testa con la spada, però, prende le distanze da Labeone. Essendo oltretutto in gioco conseguenze di carattere non patrimoniale, vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra le funzioni dell'azione privata e di quella pubblica. Con riferimento a quella vicenda, dunque, sembra di capire che Ulpiano avrebbe consigliato al pretore di non consentire che l'azione privata precedesse quella pubblica. Il principio che viene fissato sembra pertanto essere che l'anticipazione del giudizio civile non debba essere consentita tutte le volte che i fatti vengono in esso configurati in termini che coincidono con la fattispecie penale. L'impostazione della *res* che l'attore espone al magistrato può essere così caratterizzata in senso criminale da non poter essere inserita in un giudizio privato.

Il problema se concedere o meno uno strumento giudiziale privato quando all'orizzonte se ne profila uno pubblico viene affrontato da Ulpiano anche in merito al concorso fra l'interdetto *de tabulis exhibendis* e il procedimento penale *ex lege Cornelia*[32].

D.43.5.3.6 (Ulp. 68 *ad ed.*)

Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit. nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.

Ulpiano afferma che se qualcuno con dolo ha fatto in modo che le tavole non siano più presso di lui, sarà ciò nonostante tenuto con l'interdetto *de tabulis exhibendis*, senza il limite del *praeiudicium* alla legge Cornelia testamentaria, come se

[32] Il contenuto della *lex Cornelia* viene descritto da Paolo in D.48.10.2 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Qui testamentum amoverit celaverit eripuerit deleverit interleverit subiecerit resignaverit quive testamentum falsum scripserit signaverit recitaverit dolo malo cuiusve dolo malo id factum erit, legis Corneliae poena damnatur*. Cfr. anche P.S. 5.25.1 -v. *supra* n. 5-. Per un'analisi delle diverse ipotesi punite dalla *lex Cornelia* v. L. De Sarlo, *Sulla repressione...*, cit., pp. 317-223.

avesse distrutto il testamento intenzionalmente. Nessuno, infatti, può trattenere impunemente le tavole, allegando che, una volta esibite le tavole, si sarà manifestato reo di un illecito molto grave. Del resto è ben possibile che uno commetta qualcosa con dolo, ma proprio per non andare contro quella legge, come ad esempio se non ha né sottratto né nascosto le tavole, ma le ha consegnate a un altro per non esibirle a chi chiedeva l'interdetto, vale a dire se lo ha fatto non con l'intenzione o il proposito di distruggerle, ma per non esibirle all'interessato[33]. In questo passo è importante la precisazione che è possibile che uno commetta qualcosa con dolo (per non consegnare le tavole), ma senza il dolo specifico previsto dalla fattispecie criminale pubblica (probabilmente il proposito di distruggere definitivamente un mezzo di prova). Ulpiano sostiene che non si possa precludere il ricorso all'interdetto esibitorio, consentendo dunque che chi ha il testamento possa continuare a trattenerlo, con l'argomento che, se venisse concesso l'interdetto, si potrebbe influenzare un possibile, successivo, giudizio penale (*nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit*).

4. Il problema della falsità documentale

Si può a questo punto tornare al cuore del provvedimento del 378: il falso documentale.

Sull'esistenza di una c.d. "via civile" per l'impugnazione di una scrittura, ossia di un processo civile che nelle fonti viene indicato con le espressioni *civiliter agere* o *civiliter experiri de fide instrumenti*, la dottrina non ha raggiunto risultati unanimi. In passato è stato autorevolmente sostenuto che l'elaborazione del *civiliter agere*, come forma autonoma di processo, sarebbe maturata solo in ambiente postclassico, in particolare proprio da due costituzioni di Graziano[34].

---

[33] Questa ipotesi per la verità pone delicati problemi di raccordo con P.S. 4.7.4: *Supprimere tabulas videtur, qui cum habeat et proferre possit, eas proferre non curat,* su cui v. L. De Sarlo, *Sulla repressione*..., cit., p. 335 e p. 352.

[34] La convinzione che il *civiliter agere* abbia avuto origine solo in epoca postclassica a partire da due costituzioni di Graziano (quella in commento ma, soprattutto, un'altra di due anni precedente, su cui v. *infra*) è ampiamente condivisa in dottrina; per un elenco bibliografico rinvio a S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 214 n. 5.

Una recente ricerca ha però cercato di rivalutare diverse testimonianze di tarda età classica in cui si rinvengono precisi riferimenti a un procedimento civile di falso, riferimenti che sarebbero stati considerati in passato frutto di interpolazioni da parte dei compilatori giustinianei[35]; si tratta in particolare di una serie di costituzioni imperiali raccolte nel titolo 9.22 del Codice di Giustiniano[36], da collocare sullo sfondo della *cognitio extra ordinem*[37].

Di particolare interesse è la seguente costituzione di Diocleziano.

C.9.22.16: Imperatores Diocletianus, Maximianus (294)

De fide testamenti querenti duplex via litigandi tributa est. quamvis itaque per procuratorem accusationem persequi non potes, disceptatione privata tamen de eius fide queri non prohiberis, cum reus ita conventus non tantum ab alio iuste, sed etiam [*ab*] *eo qui civiliter egit sollemniter accusari possit.*

A colui che contesta la veridicità di un testamento sono concesse due strade per affrontare la controversia. Pertanto, anche quando non è possibile perseguire l'accusa attraverso una rappresentante, non sarà tuttavia proibito mettere in discussione la genuinità del documento mediante un giudizio privato, in modo che il

---

[35] Come sostenuto ad esempio da G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1595.

[36] Oltre alla costituzione di Diocleziano su cui v. *infra* nel testo, S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., pp. 213-240 propone la lettura di due rescritti, uno di Alessandro C.9.22.5 e uno di Carino e Numeriano C.9.22.9. Alessandro ammetteva la possibilità dell'indagine civile *de fide scripturae* in un caso in cui, per motivi etico-religiosi, un figlio non poteva proporre l'*accusatio falsi* nei confronti della propria madre; suggeriva di compiere un'indagine civile che avrebbe evitato il *metus criminis*. Carino e Numeriano stabilivano invece che l'indagine sull'autenticità di alcuni codicilli prodotti in giudizio, iniziata per via criminale ed interrottasi *interventu indulgentiae*, non fosse completamente preclusa, poiché era possibile anche la via civile (*de fide scripturae civiliter quaeri*).

[37] Una testimonianza che dovrebbe collocarsi in un contesto formulare è invece quella contenuta in un passo della *Institutio Oratoria* di Quintiliano (inst. 5.5.1-2): *Contra tabulas quoque saepe dicendum est, cum eas non solum refelli sed etiam accusari sciamus esse usitatum. Cum sit autem in his aut scelus signatorum aut ignorantia, tutius ac facilius id, quod secundo loco diximus, tractatur, quod pauciores rei fiunt. [2] Sed hoc ipsum argumenta ex causa trahit, si forte aut incredibile est id actum esse, quod tabulae continent, aut, ut frequentius evenit, aliis probationibus aeque inartificialibus solvitur; si aut is in quem signatum est, aut aliquis signator dicitur afuisse vel prius esse defunctus; si tempora non congruunt; si vel antecedentia vel insequentia tabulis repugnant. inspectio etiam ipsa saepe falsum deprehendit*. Quintiliano sta trattando dei mezzi probatori, che aveva diviso in *artificiales* e *inartificiales* (5.2.1). Il problema è quello della prova documentale. Con l'espressione *tabula* si fa riferimento alle tavolette. Il loro contenuto può essere contestato (*contra tabulas dicendum est*) secondo due modalità: *refellere tabulas* e *accusare tabulas*. L'*accusare* indicherebbe il processo criminale di falso, di fronte all'apposita *quaestio*. Secondo G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1603, con *accusari* il retore prendeva di mira lo *scelus signatorum*, ossia, il *dolus* dei *signatores*, per punirli quali rei di falso; con il *refelli*, invece, ha per scopo solo la *fides* delle *tabulae*, che poteva dipendere anche solo dalla *ignorantia signatorum*; verrebbe pertanto sottolineata la diversità funzionale dei due mezzi. Al di là delle possibili interpretazioni del contenuto del *refellere*, S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 221, ritiene che dal passo trovi conferma l'ipotesi dell'esistenza di una via per indagare sulle *tabulae* nell'ambito dell'istruttoria del processo in corso e differente dall'*accusatio falsi*.

convenuto, citato in quel modo, non solo possa essere accusato solennemente da parte di un terzo, ma anche da colui che agisce sul piano civile. Di fronte a un testamento che si sospetta essere falso vi sarebbe una *duplex via*: una *accusatio falsi* o una *disceptatio privata*, presentata come un'alternativa al percorso penale (in questo caso non percorribile). Il testo dimostrerebbe dunque che, già alla fine del terzo secolo, esisteva la possibilità del cumulo fra *civiliter* e *criminaliter agere*. Non era dunque una novità introdotta da Graziano.

Mentre l'azione di falso civile è diretta a invalidare l'efficacia probatoria di un documento, nel procedimento penale viene in considerazione l'atto, penalmente rilevante, della falsificazione, il cui accertamento ha contenuto più ampio di quello che avviene in sede civile[38].

La *ratio* del concorso cumulativo proposta sia da Graziano che da Paolo (*quia de re familiari agitur*) vuole sottolineare il fatto che il giudizio privato ha un obbiettivo che lo distingue nettamente da quello del giudizio penale[39]: il primo è *in rem*, il

[38] S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 178 rifiuta l'idea autorevolmente sostenuta - G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1653 - che anche nell'ambito del processo civile di falso l'oggetto dell'indagine sia un crimine; il significato della frase finale contenuta nella costituzione di Graziano dovrebbe invece suggerire che il contenuto dell'indagine civile è diverso da quello criminale, nonostante che, anche alla base del processo civile, vi sia un *crimen*, ossia la falsificazione del documento, su cui però si indaga *civiliter*; il contenuto dell'indagine civile, sarebbe infatti diverso da quello criminale.

[39] P. Voci, *Azioni penali*..., cit., p. 15, esprime bene la diversa prospettiva dei due percorsi giudiziali:«L'offeso dal delitto può preferire al giudizio pubblico quello privato, che è più semplice e gli assicura una composizione pecuniaria per il danno subito; mentre col giudizio pubblico soddisfa solo il suo desiderio di rivalsa (*vindicta*, dicono i romani)». Queste considerazioni dovrebbero essere sufficienti per dubitare della correttezza della tesi avanzata da G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1595, secondo la quale la cancelleria imperiale avrebbe voluto attribuire al giudizio pubblico una sorta di funzione d'appello disponibile a chi era stato vinto nel processo civile. Questa conclusione è condivisa da F. Serrao, *Il frammento leidense di Paolo*, Milano 1956, p. 102, che dopo aver difeso la coerenza dei richiami giurisprudenziali attestanti le quattro ipotesi di concorso cumulativo, accusa la cancelleria imperiale di averli fraintesi «al fine di sostituire, in materia di falso documentale, al sistema del concorso elettivo quello del concorso cumulativo, limitatamente al caso che si fosse agito precedentemente in via civile senza successo». La suggestione del *retractari* come allusiva a un giudizio d'appello è seguita anche da L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni nel processo civile romano*, Milano 1961, p. 214 (che tuttavia osserva come la *retractatio* non si realizzi a un grado giurisdizionale superiore) e da M.J. Garcia Garrido, F. Reinoso Barbero, *Civiliter*..., cit., p. 442, secondo cui con la costituzione verrebbe introdotta la possibilità di ottenere una «revisión del proceso en via criminal» a favore di colui che avesse già intentato l'azione civile. Va osservato che l'immagine dell'appello, che è sbagliata nella misura in cui viene legata all'attuale idea di occasione di perfezionamento del precedente giudizio, coglie un aspetto indubbiamente corretto: il secondo giudizio consente una 'ridiscussione' della causa. Il fatto che il giudicato sfavorevole in sede privata potesse essere rimesso in discussione e contraddetto in sede criminale è messo in risalto da G. Pugliese, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1963, 143 – 168, ora in *Scritti giuridici scelti* (1985), II , Napoli, p. 164.

secondo è *in personam*, per usare una felice espressione di Gotofredo[40]. L'espressione *in rem*, calata nel giudizio di falso, esprime bene la funzione di verificare l'autenticità per togliere di mezzo il documento senza toccare profili penali personali[41]. Basti pensare al fatto che è possibile eliminare dal processo civile il falso testamento, provandone la falsità attraverso il raffronto con olografi (*comparatio litterarum*), senza conoscere il responsabile della falsificazione. È ben possibile, dunque, che il processo civile mi veda soccombere (ad esempio, gli olografi da me prodotti non sono stati sufficienti a provare la falsità), ma io possa poi accusare il falsario (*in personam*) che ho scoperto dopo o non avevo in precedenza avuto il desiderio di accusare[42].

---

[40] L'espressione ricorre nel commento a una costituzione emanata dagli stessi imperatori due anni prima di quella in commento, ossia nel 376, di cui si dirà a breve. L'*interpretatio* spiegava come l'agire *civiliter* consentisse all'attore non tanto di perseguire il *crimen falsi* ma, semplicemente, di *quarere veritatem scripturae*; questo offre lo spunto a Gotofredo per precisare che:«*De scripturae fide, id est simpliciter de veritate eius (ut Interpres explicat) citra vindictae persecutionem: in rem magis seu in scripturam concepta actione, quam in personam*». J. Gothofredus, *Codex Theodosianus*..., cit., p. 163, in nota. S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 243, chiosa al riguardo, che: «a differenza di quanto accade nel corso dell'indagine criminale, per nulla interessa il profilo della responsabilità del soggetto cha ha prodotto il documento»; 247, «Quanto all'accusa criminale di falso, essa conduce ad un'indagine più ampia, dovendo l'accusatore provare non solo la falsità della scrittura, ma anche il dolo del suo utilizzatore».

[41] Una conferma di questa lettura che contrappone la via *in rem* a quella *in personam* viene dall'*interpretatio* visigotica alla costituzione di Graziano (CTh. 9.20.1): *Sunt causae permixtae, civiles pariter et criminales; et possunt hae causae ita dividi, ut prius civilis, deinde criminalis agatur, si voluerit accusator: ita ut si quis de re sua fuerit violenter expulsus, et rem ablatam civili primitus maluerit actione repetere, momentum sibi restitui petat, et si de eius proprietate is, qui expulsus est, civiliter fuerit superatus, criminali postmodum actione servata, recepto primitus momento, potest postmodum impetere violentum. de testamento etiam, si quis commendatum a testatore testamentum in fraudem heredis fortasse suppresserit, et id heres scriptus iudicio restitui petit, testamento per iudicium momenti beneficio restituto, potest postmodum de suppresso testamento criminalem proponere actionem. et reliquis similibus causis similis actio tribuatur*. Vi si legge che vi sono cause di natura mista, con profili sia civili che penali. Ve ne sono in cui si agisce prima sul piano civile poi su quello penale, se così vuole l'accusatore; se ad esempio qualcuno sia stato estromesso violentemente dal suo bene e preferisca agire dapprima in via civile e chieda di essere reimmesso nel possesso in via temporanea e sia risultato soccombente nel giudizio civile, essendosi riservato la possibilità di promuovere l'azione criminale per un momento successivo, può in un secondo momento accusare la persona che gli ha usato violenza. Anche in caso di testamento, se qualcuno a cui era stato affidato un testamento da parte del testatore, se l'erede indicato nel testamento chieda in giudizio che venga ripristinato, una volta ripristinato il testamento attraverso il giudizio preordinato a conferire un beneficio temporaneo, può successivamente proporre azione penale per la distruzione di testamento. Mettendo a confronto gli impianti della costituzione e del commento visigotico, L. di Cintio, *L'*interpretatio *Visigothorum al Codex Theodosianus*, Milano 2013, p. 22 mette in risalto il tono espositivo diairetico della seconda e, da una comparazione specifica sulla prima parte (che mette in risalto l'assenza di una *definitio* nel testo della costituzione) ipotizza che l'interprete avesse a disposizione un testo più lungo di quello a noi pervenuto.

[42] S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 249, dubita invece che questa ipotesi (che è poi quella descritta dalla rubrica del Teodosiano –*victum civiliter*-) potesse verificarsi con frequenza, visti i rischi di incorrere nell'accusa di calunnia; più frequente, a suo giudizio, doveva essere l'ipotesi opposta, in cui chi, incoraggiato dal successo nel percorso privato (*civiliter*) avrebbe poi potuto presentare anche l'accusa di falso contro il *prolator*. Per farsi un'idea dell'attualità del problema, si veda, ad esempio, T.A.R. Torino (Piemonte) sez. I 15 gennaio 2014 n. 66:«Il giudizio civile di falso e il procedimento penale di falso differiscono tra loro in quanto il primo tende a dimostrare la totale o parziale non rispondenza al vero di un determinato

5. *Occasio legis*

All'apparenza quello di Graziano è un provvedimento che ha carattere generale [43], ma ciò non implica necessariamente che abbia anche carattere innovativo[44]. Un indizio in questo senso viene da una costituzione emanata dagli stessi imperatori due anni prima.

CTh.9.19.4pr.-1

Imppp. valens, grat. et valent. aaa. ad maximinum pf. p.

pr. *Damus copiam iurgantibus, si apud iudicem proferatur scriptura, de qua oritur aliqua disputatio, spatium ut habeat, qui perurgeat, profitendi, utrum de falso criminaliter, an de scripturae fide statuat civiliter experiri.*

1. Quod si expetens vindictam falsi crimen intenderit, erit in arbitrio iudicantis, an eum sinat etiam sine inscriptione certare. iudicis enim potestati committi oportet, ut de eo, qui obiecta non probaverit, sumat propositum antiquo iure supplicium. rationi quoque huius modi plenissime suffragatur antiquitas, quae nequissimos homines et argui voluit et coerceri legibus variis, Cornelia de veneficiis, sicariis, parricidiis, Iulia de adulteris ambitusve criminibus, ceterisve ita promulgatis, ut possit etiam sine inscriptione cognosci, poena tamen accusatorem etiam sine solennibus occuparet. de qua re et divus Antoninus rescripsisse docetur, id in iudicis potestate constituens, quod nosmet in legibus iusseramus. removebitur itaque istius lenitate rescripti praecepti superioris austeritas, ut, si quis deinceps tabulas testamenti, chirographa testationesque, nec non etiam rationes privatas vel publicas, pacta et epistolas vel ultimas voluntates, donationes, venditiones vel si quid prolatum aliud insimulare conabitur, habeat, praetermissis solennibus, accusandi facultatem, pro iudicis motu sententiam relaturus.

2. Civiles autem inquisitiones inter utrasque confligentium partes aequali motu ingruit et recurrit humanitas, quum is, qui praeerit quaestioni, intentiones falsas aut conficta crimina ex legibus poenis competentibus possit ulcisci.

---

documento nel suo contenuto obiettivo, il secondo invece a identificare l'autore del falso per sottoporlo alla punizione prevista dalla legge; tuttavia entrambi conducono all'eliminazione dell'efficacia rappresentativa del documento risultato falso, con la conseguenza che non può negarsi l'equivalenza tra l'accertamento civile e quello penale del documento falso per quanto attiene alla sua efficacia probatoria, tanto più che l'art. 537 comma 1, c.p.p. stabilisce che la falsità di un atto o di un documento, accertata con sentenza di condanna, è dichiarata nel dispositivo».

[43] Viene affrontato un problema particolare (*victum civiliter*) attraverso il richiamo a un principio generale.

[44] A. M. Giomaro, *Dalla legge di Costantino all'Interpretatio visigotica: l'imposizione fiscale su un caso di separazione/connessione di cause (C.Th. 2.18.3)*, in G. Bassanelli Sommariva (ed.), *Ravenna Capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La terra, strumento di arricchimento e sopravvivenza*, Sant'Arcangelo di Romagna 2016, p. 85, il richiamo all'opinione generalizzata dei *prudentes* fa pensare che il provvedimento non avesse finalità innovative.

Con questa legge la cancelleria di Graziano dà facoltà alle parti in lite fra loro, se in sede di giudizio viene presentata una qualsiasi scrittura sulla cui autenticità sorge qualche contrasto, di dichiarare se si intenda agire per il falso, in via criminale, o, per l'attendibilità della scrittura, in via civile. Se l'attore, perseguendo la vendetta (*si expetens vindictam*), avrà optato per la persecuzione criminale del falso, sarà in facoltà del giudice, consentirgli o meno di affrontare la contesa anche senza *inscriptio*, conservando la facoltà -non l'obbligo-, di applicare, a chi non ha fornito la prova delle questioni sollevate, la pena prevista dal diritto antico[45].

Di questo provvedimento imperiale il punto che interessa maggiormente è rappresentato dalla concessione della facoltà di scegliere quale strada seguire, dal momento che ciascun percorso ha un'impostazione diversa (in uno è in gioco la persona, nell'altro il fatto materiale) con oneri probatori diversi e conseguenze diverse.

Volendo provare a ipotizzare un legame tra i due provvedimenti imperiali della cancelleria di Graziano (quello del 378 e quello del 376), si potrebbe immaginare che, a seguito dell'emanazione della costituzione del 376 (quella appena vista, dove, lo si ripete, veniva concesso alla persona sorpresa dalla produzione documentale ritenuta potenzialmente falsa uno *spatium*[46] per decidere quale strada seguire per affrontare il problema), i funzionari ne abbiano praticato un'applicazione in cui la scelta compiuta diveniva anche quella definitiva, con conseguente preclusione dell'opzione abbandonata[47]. Nella prassi applicativa l'accento poteva

---

[45] La possibilità di avanzare l'accusa di *crimen falsi* anche senza *inscriptio*, rimuovendo l'automatismo della sanzione penale per l'accusatore che non fosse in grado di provare l'accusa costituirebbe l'obiettivo principale del provvedimento imperiale. Secondo l'opinione maggioritaria, questa facoltà sarebbe in linea con quanto era già stato disposto da un rescritto di Antonino. Così S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., pp. 172-174 e p. 173 n. 165: l'attenuazione della risposta sanzionatoria al *crimen calumniae* era probabilmente stata suggerita dal fatto che esso aveva subito un'involuzione in età postclassica, potendo rispondere di quel reato non solo chi avesse consapevolmente mosso accuse infondate, ma anche chi non fosse riuscito a provarle. Su questa rinuncia all'elemento intenzionale per il *crimen calumniae* nella tarda antichità v. anche D. A. Centola, *Il* crimen calumniae. *Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, p. 107.

[46] S. Schiavo, *Il falso documentale*..., cit., p. 242 propone giustamente di leggere nell'espressione *damus copiam ut habeat spatium* la concessione «ai litiganti di uno spazio di riflessione affinché essi decidano serenamente con quale mezzo contestare la *fides scripturae*». Anche G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1647, aveva attribuito allo *spatium* il compito di consentire una decisione 'a ragion veduta'.

[47] A questo riguardo va ricordato c'è chi – v. ad es. F. Avonzo, *Coesistenza*..., cit., p. 178 e n. 180 - ha ritenuto che l'effetto preclusivo fosse stato introdotto dalla costituzione del 376 (CTh.9.19.4 pr.: *utrum - an*). Sarebbe stato proprio per correggere quell'assetto espressamente voluto due anni prima, che Graziano emana

essere pertanto passato dallo *spatium* per consentire di scegliere a ragion veduta, alla scelta compiuta, con implicita consumazione dell'alternativa. Questo spostamento di accento con effetti preclusivi poteva avere una plausibile giustificazione. Non va dimenticato che poteva essere lo stesso giudice che aveva affrontato la controversia patrimoniale (*civiliter*) a essere richiesto, successivamente, di affrontare quella criminale. Questa condizione è bene espressa dal verbo *retractari*, che, come si è visto, ad alcuni ha addirittura suggerito l'idea che la costituzione introducesse la possibilità di un giudizio di appello[48]. Molto più semplicemente, doveva essere lo stesso funzionario che, vedendosi nuovamente investito della medesima vicenda (*re-tractatio*), anche se proposta con una nuova impostazione (*criminaliter*), poteva ritenere inutile il rito, in quanto sarebbe approdato al medesimo risultato.

Ecco allora che, due anni dopo, la stessa cancelleria è intervenuta per evitare abusi da parte dei funzionari, precisando che, anche in materia di falso, il *victum civiliter* può intentare anche l'accusa criminale, in ossequio al principio fissato dai *prudentes*.

La cancelleria di Graziano ribadisce quindi il principio secondo cui il giudizio civile non preclude un successivo giudizio criminale sugli stessi fatti e, per farlo, si appoggia alla tradizione giurisprudenziale, richiamando i diversi casi in cui il cumulo è stato ritenuto possibile e precisandone la *ratio*[49]. È proprio questa *ratio*, infatti, che coglie il profilo su cui convergono tutte le eterogenee ipotesi esemplificative richiamate[50]. Come si è visto, il problema del *praeiudicium* è legato a quello dell'*eadem res* e si è anche visto che questo problema veniva risolto facendo riferimento alle

---

la costituzione del 378. Ritengo tuttavia che la disgiuntiva *utrum-an* si riferisca alla scelta che deve compiere l'attore e non implichi necessariamente la consumazione dell'alternativa tralasciata. Come già detto, preferisco ipotizzare che la consumazione fosse un prodotto della prassi applicativa.

[48] V. *supra* n. 39.

[49] G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, Milano 1983, p. 22 n. 22, richiama la costituzione di Graziano CTh. 20.9.1 come esempio dell'atteggiamento delle cancellerie postclassiche che, quando prendono a riferimento un orientamento giurisprudenziale, lo fanno per indicare la norma giuridica da applicare, senza apportarvi modifica alcuna.

[50] G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1595, vede nell'eterogeneità dei richiami un indizio che contribuirebbe a gettare un'ombra sulle consapevolezze degli estensori di CTh. 9.20.1. Come osserva F. Serrao, *Il frammento leidense*..., cit., p. 96, il fatto che la costituzione collochi « su identico piano esempi in cui la persecuzione criminale si cumula con azioni penali private ed esempi in cui il cumulo è con azioni reipersecutorie» non può essere messo in dubbio. Ritengo tuttavia che il piano comune su cui poggiano le eterogenee ipotesi sia stato correttamente individuato dalla cancelleria imperiale.

funzioni concretamente perseguite dalle parti. Ebbene, la *ratio* scelta da Graziano e da Paolo ha il merito di fornire un'indicazione per orientarsi di fronte a quel problema di carattere funzionale: tutte le volte che uno strumento giudiziale persegue finalità reipersecuorie (*in rem*) e viene correttamente mantenuto in quell'ambito, non influenza e quindi non preclude il successivo giudizio criminale (*in personam*)[51].

6. Conclusioni

L'esame dei testi giurisprudenziali in tema di concorso di azioni, dove il *praeiudicium* viene in considerazione perché, 'anticipando', potrebbe influenzare il giudizio successivo, evidenzia una significativa sintonia con il testo di CTh.9.20.1. Le antiche fattispecie citate dalla costituzione servivano a individuare e regolare situazioni ritenute rilevanti a tre diversi livelli: privato (patrimoniale), privato (penale), pubblico (criminale). Poteva però accadere che all'interno di una medesima vicenda si trovassero spunti di rilevanza su più fronti. Tendenzialmente i giuristi evevano assecondato la concorrenza di profili diversi, fissando il principio del cumulo[52], che però implicava anche il problema di quale azione dovesse avere la precedenza. Si è visto che la precedenza in linea di principio era accordata all'azione penale (pubblica) in quanto espressione di un interesse di rango superiore. Però, per varie ragioni, a condizioni diverse, si era ritenuto che l'azione privata potesse in molti casi precedere quella penale, a condizione però che non interferisse con essa (da qui il problema del *praeiudicium* con le sue diverse implicazioni).

---

[51] Per una lucida individuazione dei presupposti che in astratto consentono a fattispecie diverse, private e criminali, di concorrere in via cumulativa, *ivi*, pp. 98-100: l'unico caso in cui il concorso ha carattere elettivo si ha quando il reato produce un danno 'non patrimoniale', che non è considerato risarcibile o riparabile dall'ordinamento giuridico romano; in quel caso, se la medesima vicenda può essere colpita con due mezzi, uno criminale e l'altro penale privato, questi hanno la medesima funzione afflittiva, determinando un concorso elettivo. In tutti i casi, invece, in cui il reato produce un danno patrimoniale, anche il giudizio che mira a infliggere una pena privata patrimoniale ha la 'funzione pratica' «di riparare la parte lesa del detrimento patrimoniale subito».

[52] T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, pp. 890-891 fa notare che il divieto di cumulo era stato introdotto da un senatoconsulto emanato sotto Tito, che vietava che, per un medesimo crimine, una persona fosse considerata responsabile sulla base di diverse leggi (D.48.2.14 Paul. 2 *de off. procons.*: *Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*); questo principio (del divieto di cumulo) era però più facile da enunciare che da applicare e la giurisprudenza fu al riguardo molto oscillante, anche se i giuristi, nel dubbio, propendevano per il cumulo.

I testi giurisprudenziali appaiono animati da due principali preoccupazioni di fondo: prevenire influenze del giudizio di carattere privato su quello criminale ed evitare che l'attore possa ottenere due volte la stessa cosa [53]. Queste due problematiche venivano gestite in funzione della *res*, che si può esprimere in termini di *causa*, a sua volta declinabile in due principali modalità: reipersecutoria e punitiva.

Il quadro è reso complesso dal fatto che i precedenti citati da Graziano erano operativi in un contesto giurisdizionale in cui le fattispecie private e criminali venivano utilizzate in procedimenti separati, mentre al tempo di Graziano si era ormai completato il processo di avvicinamento del processo formulare e delle *quaestiones* sotto il profilo della *cognitio*, che aveva eliminato la concorrenza tra azioni e giudizi diversi[54]. Questa circostanza conferisce particolare risalto alla vitalità della fisionomia delle vecchie fattispecie, che al tempo di Graziano sono ancora in grado di offrire un contributo orientativo, nonostante si fosse da tempo rotto il legame tra controversia e configurazione dei fatti secondo precise fattispecie -private e criminali- (*iuidicia privata* e *iudicia publica*)[55].

Nella costituzione di Graziano il cambiamento convive con la tradizione e si manifesta negli avverbi *civiliter e criminaliter*, che esprimono due diverse impostazioni interne a un medesimo assetto processuale, dove la stessa vicenda veniva ormai

---

[53] G. Pugliese, *La cognitio*..., cit., p. 164, nota che nella costituzione del 378 di Graziano le due principali preoccupazioni che animano il problema del concorso di azioni sono rimosse: quello della consumazione processuale (*nec si civiliter fuerit actum criminalem posse consumi*) e quello del giudicato difforme (*per alteram quae supererit iudicatum liceat retractari*); si tratta di due effetti della sentenza che erano conseguibili con la *exceptio rei iudicatae* e che «erano ancora conosciuti e ammessi in generale nella seconda metà del IV secolo».

[54] Con l'affermarsi della *cognitio*, la distinzione tra processo civile e processo penale continuava ad essere presente ma, come osserva L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni*..., cit., p. 177, le strutture dei due giudizi (pubblico e privato) vengono unificate, per cui al *iudicium publicum* non poteva più essere automaticamente attribuito quel maggior rango che gli era sempre stato riconosciuto. Sull'affermazione progressiva della *cognitio* v. G. Pugliese, *Processo privato e processo pubblico*, in *Riv. Dir. e proc. civ.*, 3 (1948), pp. 3-49 ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 3. I nomi di *iudicia privata* e *iudicia publica* che avevano designato i processi formulari e le *quaestiones* continuarono a essere ancora per un certo tempo impiegati e riferiti alla *cognitio*, che aveva ereditato le funzioni dei processi scomparsi. L'uso della vecchia terminologia venne tuttavia tendenzialmente abbandonato dopo Diocleziano, anche se, come osserva Pugliese, l'espressione *iudicium publicum* ricompare in due costituzioni di Graziano, tra cui vi è proprio quella del 378.

[55] La persistenza delle fattispecie individuate dalle leggi istitutive delle *quaestiones* di fronte alla concorrenza della *cognitio* è descritta in modo efficace da D. Mantovani, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, pp. 500-501: le leggi che avevano istituito le *quaestiones* continuarono a rappresentare fino a Giustiniano un punto di riferimento per la definizione dei reati e delle pene, nonostante gli innesti operati dai senatoconsulti e le interpretazioni compiute nei tribunali imperiali e senatorii. La resilienza degli antichi modelli risulta anche dal fatto che, indipendentemente dalla forma con cui venivano celebrati, i processi che vertevano sui reati puniti per legge continuarono a essere chiamati *iudicia publica*.

impostata e giudicata dallo stesso soggetto. I dubbi che hanno sollecitato il provvedimento, infatti, erano probabilmente nati dal fatto che lo stesso giudice si trovava di fronte alla richiesta di dover affrontare di nuovo una questione già decisa in senso negativo e che lui viveva come completamente esaurita.

Alla luce di queste considerazioni si apprezza ancora di più lo sforzo di sintesi operato dalla cancelleria imperiale di Graziano, che ha messo in risalto la ragione di fondo che consentiva il concorso cumulativo dei passati distinti percorsi processuali, scegliendo di mettere l'accento sull'espressione '*de re familiari*', che aveva trovato in Paolo. Con essa, come si è visto, si è voluto sottolineare l'assetto di un giudizio in cui emerge un interesse prioritario rivolto alla cosa, che idealmente si contrappone a quello *in personam*, che prevale quando si mira invece alla *vindicta*. L'espressione *res familiaris*, a prescindere dalla possibile sottovalutazione del significato specifico che tale espressione poteva avere nel contesto originario (forse dedicato all'*actio de moribus* [56]), ha anche il pregio di consentire un punto di riferimento unitario per due possibili *causae* che, pur contrapponendosi idealmente a quelle di carattere afflittivo, presentano due diverse declinazioni della finalità reipersecutoria: quelle dirette a ottenere un risarcimento (per equivalente in denaro) e quelle che mirano a ottenere un risultato specifico, come quando si vuole ottenere la consegna del testamento o si vuole eliminare dal processo un documento ritenuto falso.

Come tutti i provvedimenti tardoimperiali che contengono richiami al pensiero dei *prudentes* anche quello di Graziano è stato fatto oggetto di giudizi demolitori da parte della dottrina che aveva ormai deciso di militare sotto la bandiera del declino tardoantico [57]. Alla luce degli spunti offerti dalle fonti più antiche, si può concludere che tali giudizi siano stati ingenerosi.

---

[56] V. *supra* n. 27.

[57] Quella parte della dottrina meno recente che vede nell'epoca postclassica un periodo di generale travisamento e che intreccia le sue critiche a forti dubbi sull'affidabilità dei testi è ben rappresentata dalla severità del giudizio di G.G. Archi, *Civiliter*..., cit. p. 1592: «Nonostante tutto questo apparato illustrativo di precedenti della innovazione, un'attenta lettura del testo non tarda a rivelare in quale profondo equivoco sia caduta la cancelleria imperiale. Questa afferma di essersi ispirata ai principi della risalente giurisprudenza. Non oso contestare l'affermazione, nel senso che sia mancata una sincera intenzione di riannodarsi a norme del sistema classico. Vi sono però elementi che fanno dubitare che questa intenzione abbia portato anche a un diretto approfondito esame del pensiero dei giureconsulti... verrebbe fatto di pensare che tutta

Resta semmai possibile compiere un'ultima notazione: se fosse vero che i redattori della costituzione del 378 ebbero niente più che l'intenzione di allacciarsi al pensiero giurisprudenziale, come è disposto a concedere anche Archi, saremmo comunque di fronte a un aspetto piuttosto rilevante, visto che la cancelleria imperiale era dotata dei più ampi poteri prescrittivi e non aveva certo bisogno di giustificare le proprie decisioni attraverso una articolata motivazione. Anche la sola espressione del desiderio di inserirsi in una tradizione e lo sforzo di costruire un percorso argomentativo suggeriscono il perdurare della convinzione che esistesse una dimensione giuridica in cui l'impianto razionale poteva vivere anche senza quello autoritativo.

---

l'esemplificazione fosse stata offerta ai redattori del 378 ... da precedenti imperiali a loro noti nella cancelleria, e non derivasse da un diligente spoglio degli scritti dei giureconsulti»; ID., pp. 1652-1653, conclude dicendo che «ci troviamo di fronte a riforme elaborate in un'epoca, che, più la si studia, più la si trova lontana dal vigore del pensiero dell'epoca aurea» e che «per quel che riguarda il suo spirito animatore con CTh. 9.20.1 siamo ben lontani dal pensiero classico». F. Avonzo, *Coesistenza*..., cit., pp. 155-156, invece, pur muovendo da posizioni piuttosto critiche, ritiene che i testi giurisprudenziali e, in particolare il passo di Paolo tramandato in D.48.1.4 fosse «*certamente presente alla cancelleria imperiale che redasse la costituzione del 378*»; l'autrice tuttavia ritiene che i redattori della costituzione fraintesero le soluzioni date dai giureconsulti, per cui non perde valore la considerazione di Archi, che tende a dimostrare la mancanza di un esame approfondito delle opere classiche e, in conseguenza, che l'accostamento dei princìpi in esse contenuti alla riforma in tema di falso non si giustifica da un punto di vista di logica giuridica; secondo la Avonzo, infatti, non ritiene che dalla concordanza tra il frammento di Paolo e CTh. 9.20.1 si possa dedurre che il regolamento del concorso sia rimasto immutato anche in epoca postclassica; a suo giudizio infatti, tale raccordo è stato reso possibile da un intervento dei compilatori sul passo di Paolo per inserirlo nella teoria generale del diritto penale pubblico. Chi era disposto a vedere nella costituzione un contenuto che riflette il pensiero della giurisprudenza classica, viene rimproverato da M. A. de Dominicis, *Rapporti*..., cit., p. 264 n. 17, di non essersi accorto dell'evidente errore (lo stesso rimproverato da Archi) in cui erano caduti i compilatori della cancelleria imperiale.

Abstract
The essay addresses the problem of concurrence between private action and public action, inspired by a famous constitution drawn up by the imperial chancellery of Graziano. The reading that is proposed seeks to pay particular attention to the persistence in the normative text of the principles suggested by classical jurisprudence. Part of the doctrine had found in the imperial measure confirmation of a decline in legal thinking in the late antiquity. This research has instead allowed to bring into light the effort to tune the ancient principles to changed procedural requirements, coordinating the new settings with traditional principles.

Key words
concurrence of actions, *praeiudicium, criminaliter agere*, *civiliter agere*, jurisprudence, late antiquity

Filippo Pizzolato

Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università Milano-Bicocca

In mezzo al guado: i CAL e il sistema delle autonomie*

SOMMARIO: 1. Comuni e Regioni: ordinamenti rivali o sistema delle autonomie? - 2. La costruzione "dal basso" della Repubblica - 3. Rappresentanza di liberi e uguali e rappresentanza di territori: una convivenza difficile - 4. Alcuni problemi attuali della disciplina dei CAL - 5. Osservazioni conclusive.

1. Comuni e Regioni: ordinamenti rivali o sistema delle autonomie?

Il Consiglio delle autonomie locali (CAL) è un organo regionale apparentemente minore, cui la Costituzione riserva funzioni consultive. Quasi fosse sfuggito di penna al legislatore costituzionale del 2001, esso resta escluso dall'elenco degli organi regionali citati dall'art. 121 Cost.[1]. Eppure quest'organo ha suscitato nella dottrina attenzioni apparentemente sproporzionate. Questo scarto potrebbe essere il riflesso dello iato tra la propensione all'astrattezza della dottrina, solleticata dagli snodi teorici che l'istituzione del CAL tocca o almeno sfiora, e la concreta vita istituzionale che non sembra, per ora, consegnare a quest'organo un rilievo significativo. Dal punto di vista teorico, la ragione dell'interesse sta nella collocazione del CAL su un crinale strategico per l'assetto delle istituzioni repubblicane. Esso è infatti l'unico organo di raccordo che sia esplicitamente costituzionalizzato, se si esclude l'integrazione della commissione bicamerale per le questioni regionali mediante rappresentanti delle Regioni e delle autonomie locali, ai sensi della l. cost. 3/2001, art. 11.

Come altrove si è argomentato[2], un limite strutturale – oltre quelli contingenti - alla promozione effettiva delle autonomie politiche territoriali nel nostro ordinamento sta nella replica, a ogni livello delle istituzioni repubblicane, del dispositivo della rappresentanza che, per sua natura logica, riparte, per così dire, ogni volta da zero, nel senso che, anziché innestarsi sulle articolazioni previe, si regge su

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

[1] La dottrina ha prospettato la soluzione dell'abrogazione parziale tacita dell'art. 121 (M. Olivetti, *Nuovi Statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali*, Bologna 2002, p. 358).

[2] F. Pizzolato, *Democrazia come autogoverno: la questione dell'autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

una reiterata autorizzazione direttamente proveniente da un bacino di individui liberi e uguali[3]. Riprodotta a ogni livello, in questo modo uniforme e seriale, la rappresentanza politica ha ostacolato l'espressione politica delle differenze e del pluralismo, divenendo piuttosto, in sinergia con il circuito partitico, un fattore di omologazione[4]. Essa attinge a un serbatoio composto in modo conforme, solo quantitativamente variabile, e dispone gli organi così composti su fronti paralleli e quasi indifferenti l'uno all'altro, ciascuno forte di un'indipendente legittimazione democratica.

La replica seriale del dispositivo rappresentativo penalizza fatalmente le autonomie, posto che il livello statale detiene competenze, risorse finanziarie e finanche simboliche, che lo rendono "inattaccabile" dai livelli sottostanti. Dall'origine, la rappresentanza politica si intreccia con la sovranità statale[5]. Prezioso e profetico a riguardo appare il monito di Proudhon sui tradimenti cui è esposta una democrazia sospinta dal suffragio universale su un crinale di "indivisione" che riduce il popolo a una sola voce[6]. Le autonomie versano in un invincibile stato di precarietà,

[3] Benché rimanga il collegamento con il territorio garantito dalla suddivisione dei collegi elettori, come nota I. Ciolli, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010, pp. 78 e 97: "quelli che si rappresentano sono idealmente gli individui, non i loro interessi, né la loro identità geografica, pertanto le circoscrizioni elettorali devono essere ritagliate in modo da scongiurare la rappresentazione del locale. Eppure, in qualche modo, la rappresentanza del territorio, ma anche la rappresentatività delle istanze locali e territoriali sopravvive al modello stilizzato del *«one person, one vote»*". Il *malapportionment* deve dunque rimanere nell'alveo del ragionevole (*ibidem*, p. 211 ss., con riferimento all'esperienza comparata).

[4] L'aporia nella replica della rappresentanza politica generale, davanti a individui liberi e uguali, che annulla proprio ciò che dovrebbe valorizzare, e cioè le differenze, omologandole, è stata in più occasioni sottolineata da G. Duso. Il testo più organico resta Id., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano 2003. Sul dibattito relativo alla dinamica di indistinzione/differenziazione tra rappresentanza corporativa e territoriale, si v. I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli 2006, p. 83 ss..

[5] Oltre a Duso, cfr. A. Mattioni, *Sovranità*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino 2012, p. 662 ss..

[6] P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, tr. it., Milano 2000 (l'originale francese è del 1863), pp. 84-85: "laddove regna, nella sua ingenuità, il suffragio universale, si può tranquillamente affermare che tutto si svolgerà nel senso dell'indivisione. Poiché il popolo è la collettività che racchiude in sé tutta l'autorità e tutto il diritto, il suffragio universale, per essere espressione sincera del suo significato, dovrà per quanto possibile essere lui stesso indiviso (...) Da questo scrutinio indiviso nasce dunque un'assemblea indivisa, che delibererà e legifererà come un solo uomo. In caso di disparità di pareri, è la maggioranza a rappresentare, senza sentirsi limitata, l'unità nazionale. Da questa maggioranza uscirà a sua volta un governo indiviso che, derivando i suoi poteri dalla nazione indivisibile, è chiamato a governare e ad amministrare collettivamente ed unitariamente, senza spirito di localismo né forme di campanilismo. è così che il sistema di centralizzazione, di imperialismo, di comunismo, di assolutismo - tutti questi termini sono sinonimi - scaturisce dall'idealismo popolare; è così che nel patto sociale, concepito alla maniera di Rousseau e dei giacobini, il cittadino si dimette dalla sua sovranità ed il comune, e sopra al comune il dipartimento e la provincia, assorbiti nell'autorità centrale, non sono altro che agenzie sotto la direzione immediata del ministero".

strutturalmente e, se possibile, ulteriormente accentuato dai più recenti passaggi istituzionali: lo attesta la sorte incerta delle Regioni, "scampate" a una revisione costituzionale penalizzante; delle Province, di cui era "attesa" la soppressione[7]; e perfino dei Comuni, le cui funzioni fondamentali non hanno mai trovato soddisfacente stabilizzazione nell'ordinamento[8]. Il mancato varo della "carta delle autonomie" certifica questo stato di precarietà e di perdurante soggezione, cui ha fornito valido supporto l'interpretazione, avvalorata dalla Corte costituzionale, delle esigenze del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario[9].

Le stesse autonomie territoriali finiscono con l'apparire sistemi slegati l'uno dall'altro, quando non apertamente conflittuali[10], in contesa per la stessa legittimazione popolare e il *favor* del legislatore statale, perdurante *dominus* del riparto delle competenze e delle risorse. I segnali di un'interpretazione delle diverse autonomie quali livelli "rivali" si sono concretizzati, ad esempio, proprio nella vicenda che ha portato la Corte costituzionale a sancire l'inapplicabilità della previsione - ex art. 123 - dell'istituzione dei Consigli delle autonomie locali alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano. Nella sent. 370/2006 l'interpretazione dell'art. 10 della l. cost. 3/2001, incentrandosi su un'accezione "quantitativa" delle forme più ampie di autonomia, finisce per restare impigliata nell'esclusiva ottica delle Regioni, senza cioè (poter) indagare la prospettiva di potenziamento di un complessivo tessuto autonomistico che tragga alimento dal rafforzamento dei raccordi inter-istituzionali[11]. Dall'istituzione del CAL, secondo la Corte, che scrutinava la l.p. 7/2005 di Trento, "potrebbero trarre vantaggio gli enti territoriali minori, ai quali verrebbe assicurata la rappresentanza dei propri interessi in un organismo, obbligatoriamente istituito, di coordinamento tra i diversi livelli istituzionali di governo"; ma per la Corte resta fermo che "il meccanismo di estensione di cui al citato art. 10 possa funzionare soltanto quando esso miri a

[7] Art. 1.51 della l. 56/2014.

[8] Rinvio a F. Pizzolato, *Sulle funzioni fondamentali dei Comuni*, in *Diritto Pubblico*, 2015, p. 547 ss..

[9] Su cui, soprattutto, C. Buzzacchi, *Equilibrio di bilancio versus autonomie e 'Stato sociale'*, in *Amministrare*, 2014, p. 49 ss.

[10] A. Mastromarino, *Il Consiglio delle autonomie locali nella prospettiva dell'azione legislativa regionale*, in *Quaderni regionali*, 2012, pp. 549 e 565.

[11] L'impostazione è ribadita nella sent. 238/2007 della Corte costituzionale. V. già la sent. 175/2006.

garantire, all'esito di una valutazione complessiva, maggiore autonomia all'ente Regione e non anche all'ente locale".

Il CAL promette di introdurre un cuneo entro questa logica antagonista, perché inietta una rappresentanza delle autonomie locali entro il corpo della Regione e dunque istituisce, più ancora che un elemento di raccordo, un fattore di compenetrazione istituzionale. Le autonomie locali, per il tramite della loro rappresentanza presso il CAL, contribuiscono a dare forma alla Regione, rispetto a cui non appaiono più in posizione esterna.

In questo contributo si vogliono indagare, anche in chiave prospettica, le forme, le ragioni e le criticità di questa compenetrazione istituzionale.

2. La costruzione "dal basso" della Repubblica

Qualche anno fa, proprio per sfuggire ai denunciati limiti di un autonomismo governato – e commissariato - dal centro statale, una ricerca, autorevolmente condotta, aveva pionieristicamente prospettato l'istituzione di un Consiglio delle autonomie locali, a rilievo costituzionale e rimesso, per il resto, alla disciplina legislativa regionale, che investiva complessivamente l'ordinamento degli enti locali[12]. Quella proposta, che si richiamava espressamente all'esperienza degli Stati federali, tendeva a riportare l'ordinamento degli enti locali entro quello regionale, superando così il modello triangolare che consegna un ruolo egemone allo Stato[13]. Lo Stato doveva federare le Regioni, al cui interno si dipanava l'autonomia locale[14]. Alle Regioni occorreva pertanto riconoscere "una autentica funzione ordinatrice delle autonomie locali"[15]. Entro questa prospettiva, federalismo e neo-municipalismo venivano ritenuti disegni alternativi e incompatibili[16]; e, significativamente, l'art. 5

[12] L. Mariucci-R. Bin-M. Cammelli-A. Di Pietro-G. Falcon, *Il federalismo preso sul serio. Una proposta di riforma per l'Italia*, Bologna 1996.

[13] L. Mariucci, *Per una repubblica federale italiana*, in *Il federalismo preso sul serio*, cit., p. 43 ss.. V. anche M. Cosulich, *Il Consiglio delle autonomie locali come strumento di raccordo fra Regione ed enti locali: un possibile modello?*, in *Amministrazione in Cammino*, 1 ottobre 2009, p. 2 ss.

[14] L. Mariucci, *Per una repubblica*…, cit., p. 30.

[15] L. Mariucci, *Per una repubblica*…, cit., p. 44.

[16] R. Bin, *Veri e falsi problemi del federalismo in Italia*, in *Il federalismo preso sul serio*, cit., pp. 76-78; L. Mariucci, *Per una repubblica*…, cit., p. 43.

veniva considerato espressione di un'ideologia autonomistica antitetica rispetto alla logica federalista[17].

La presenza dei CAL, in questo assetto, doveva garantire le autonomie locali, rispetto alla possibile invadenza regionale, grazie a poteri di co-decisione, difficilmente superabili. Il progetto prevedeva, ad esempio, l'approvazione, da parte del Consiglio delle autonomie locali, a maggioranza assoluta, dello statuto regionale, insieme all'assemblea regionale. Allo statuto era anche rimessa la composizione del Consiglio delle autonomie locali, nonché le modalità della sua partecipazione alla formazione delle leggi e degli atti amministrativi generali delle Regioni.

Si può notare come una simile ampiezza di disciplina regionale sull'ordinamento locale, allo stato attuale, sia approssimata dalle sole Regioni ad autonomia speciale, in conformità a quanto previsto dai rispettivi Statuti[18]. La Costituzione vigente, anche dopo le riforme in senso federale del titolo V, non risponde al modello additato: basti, a riguardo, oltre al ruolo preminente riconosciuto agli enti locali, il richiamo all'art. 117.2, lett. *p*, per verificare quanto vasta sia la competenza statale sull'ordinamento degli enti locali. Se poi si aggiungono gli articoli 118, sul conferimento delle funzioni amministrative, e 120, sull'esercizio dei poteri sostitutivi, si può escludere che l'autonomia municipale sia valorizzata solo all'interno di quella regionale[19].

Lo studio ricordato muoveva dichiaratamente da una prospettiva federale. In questo contesto, le Regioni sono riconosciute come entità originarie, espressione politica di comunità territoriali e della relativa identità culturale. La possibilità di trasporre, nell'esperienza italiana, questo modello dualistico, incentrato cioè su Regioni e Stato, è questione dibattuta, senza che le posizioni in dottrina abbiano trovato un punto di accordo. Le vicende più recenti delle Regioni non appaiono, in questo senso, incoraggianti e, nel quadro autonomistico, sembra ancora preminente il

[17] L. Mariucci, *Per una repubblica*…, cit., p. 21.
[18] M. Cosulich, *Il Consiglio*…, cit., p. 7 per i richiami alla base normativa degli Statuti speciali.
[19] G. Scarafiocca, *L'organizzazione dei CAL negli ordinamenti regionali. Qualche tentativo di sintesi (e proposta)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016, p. 8.

radicamento dei Comuni, peraltro profondamente ancorato nella nostra storia politico-istituzionale[20]. La precarietà dell'autonomia regionale è segnata soprattutto dai canali di reclutamento e di organizzazione della classe politica, secondo l'intermediazione partitica, storicamente centripeta[21]. La stessa recente riforma costituzionale[22] muoveva da considerazioni fortemente critiche rispetto al bilancio dell'esperienza regionale[23]. Tali considerazioni emergevano anche nel dibattito, interno alla dottrina costituzionalistica, sui contenuti della riforma costituzionale: tra le posizioni a sostegno della riforma, si trattava talora di riconoscere apertamente la cattiva *performance* delle Regioni e la conseguente necessità di semplificare e riaccentrare competenze; oppure, nella dottrina filo-regionalista, si mirava, attraverso la revisione, a superare la logica della separazione delle competenze e a introdurre strumenti – per quanto perfettibili - di raccordo. Tra le posizioni critiche, si obiettava che non si fosse dinanzi a una vera – eppur necessaria - riforma delle Regioni, ma a un semplice svuotamento e attrazione verso l'alto di ambiti competenziali; o addirittura, si protestava contro l'impoverimento democratico che sarebbe stato causato da un Senato delle autonomie (soprattutto) regionali. Peraltro, la revisione costituzionale oggetto del referendum del dicembre 2016 si rivelava "distratta" rispetto al ruolo dei CAL, di cui non affrontava le aporie.

Ciò nondimeno, tralasciando la questione impervia del radicamento democratico delle Regioni, rileva ribadire come lo studio richiamato si muovesse nel quadro di una svolta federalistica della forma di Stato, coinvolgente perfino, seppur a livello interpretativo, l'art. 5 e cioè i principi fondamentali della Costituzione. Quando invece si resti ancorati al quadro dei principi costituzionali, si può provare a tracciare una prospettiva interpretativa (e anche evolutiva), coinvolgente lo stesso CAL. L'art.

[20] Rinvio a una ricerca Censis, *I valori delle Regioni*, Roma 2015. In dottrina, si v., per l'impraticabilità di un modello a "due punte", I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., p. 382.

[21] Come del resto riconosceva lo stesso R. Bin, *Veri e falsi problemi*…, cit., pp. 66 e 70.

[22] Recante "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione", fatta oggetto di referendum costituzionale il 4 dicembre 2016.

[23] Tanto da spingere una equilibrata dottrina a chiedersi se non si fosse dinanzi a una "controriforma" del titolo V (E. Rossi, *Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa 2016, p. 173).

5 e poi, soprattutto dopo la sua riformulazione nel 2001, l'art. 114 indicano la strada di una costruzione dell'ordinamento repubblicano dal basso, a partire cioè dall'esperienza di autogoverno delle comunità locali. L'idea costituzionale di Repubblica esprime proprio questa istanza di compenetrazione osmotica tra rapporti sociali e struttura istituzionale, che valorizza naturalmente le autonomie locali, quali primo, naturale, luogo istituzionale dell'organizzazione della partecipazione sociale[24]. L'immagine, indubbiamente evocativa ma generica, della costruzione dal basso sta a indicare un movimento ascendente di tessitura istituzionale della Repubblica, a partire dai Comuni fino a formare, attraverso gli enti intermedi, uno Stato, aperto alla dimensione sovranazionale. Non si tratta con questo di affermare una piena equi-ordinazione dei diversi livelli istituzionali, che è sicuramente da rapportare alle loro attribuzioni e potestà, e che, comunque, meglio si addice a ordinamenti separati e non concentrici, come quelli che invece fanno perno attorno alla *persona*. L'art. 114 non configura una matrice, secondo l'immagine con cui Elazar descrive la struttura istituzionale federale[25], ma piuttosto una struttura (non gerarchica ma) concentrica[26], il cui fulcro è la persona e il cui elemento unificante, attorno al quale si dipana l'ordinamento, è il fine dello svolgimento della stessa nella partecipazione economica, sociale e politica. Come ha scritto J. Isensee, a proposito degli ordinamenti ispirati dal principio di sussidiarietà – e quello costituzionale, italiano, lo è, da ben prima del 2001 – "i diversi piani di azione formano una unità solidale. Tutti questi piani di azione sostengono una responsabilità fondata sulla divisione del lavoro per il bene comune"[27]. L'intera articolazione repubblicana condivide un *fine*, che si confonde e traduce con la partecipazione (economica, sociale e politica) e che dunque valorizza,

[24] Su questa idea della Repubblica e sulle sue matrici culturali, v. ora lo studio di E. Di Carpegna Brivio, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano 2015, p. 25 ss. e soprattutto p. 30: "la Repubblica disegnata dalla Costituzione sarebbe dovuta divenire una costruzione ordinante non soltanto l'organizzazione statale, ma l'intera comunità politica". La correlazione tra art. 5 e questa idea di Repubblica è stata magistralmente indicata da G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1975, p. 279.

[25] D. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, tr. it., Milano 1995, pp. 30-31.

[26] Tale prospettiva, che ha una lunga tradizione, è stata recentemente ripresa da Q. Camerlengo, *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane». Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali»*, in *Le Regioni*, 2016, pp. 66-67.

[27] J. Isensee, *Il principio di sussidiarietà: idea, diritto, realtà*, in *Lo Stato*, 7/2016, p. 71.

alla luce della sussidiarietà, la dimensione del territorio come costitutiva della Repubblica.

In questa prospettiva, l'attribuzione alle Regioni della disciplina legislativa dell'ordinamento degli enti locali equivarrebbe alla conferma della ben nota e opposta rotta discendente, con l'unica novità rappresentata dal cambiamento del punto d'avvio della discesa: anziché dallo Stato agli enti locali; dalle Regioni agli enti locali. Il rischio, non meramente ipotetico, è quello di legittimare un neo-centralismo regionale, almeno finché, come peraltro compare nella proposta da cui si è partiti, il CAL non sia divenuto parte integrante, con incisivi poteri, del processo decisionale regionale. Già ora, come segnala la dottrina più attenta, i consiglieri regionali guardano con una certa diffidenza ai membri del CAL, in cui vedono concorrenti nella funzione rappresentativa[28].

Senza volerne esagerare l'impatto, singolarmente e attualmente prefigurabile, l'istituzione del CAL potrebbe invece spingere nella direzione dell'adeguamento della struttura istituzionale repubblicana alla logica ascendente prefigurata dai principi fondamentali, così come, su altro livello, un raccordo Stato-Regioni (e, eventualmente, autonomie territoriali)[29]. La direzione, che i CAL lasciano intravedere, è infatti quella della (ri)fondazione dell'autonomia regionale a partire degli enti locali. Si tratta cioè di dare sostanza a una risalente e preziosa intuizione della dottrina autonomistica, espressa, tra gli altri, da G. Pastori, per il quale "l'autonomia locale è la componente costitutiva dell'autonomia regionale e l'autonomia regionale è insieme il quadro e il coronamento dell'autonomia locale"[30]. Gli enti locali non sono più un elemento

[28] M. Carli, *Il Consiglio delle Autonomie locali*, in *Astrid-on-line*, 2005, p. 5; D. Coduti, *Consiglio delle autonomie locali (dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino 2008, p. 220 che così spiega le scarne disposizioni riservate al CAL dagli Statuti.

[29] Interessante, da questa prospettiva, l'esperienza di alcune Regioni ad autonomia speciale, ove organi, analoghi al CAL, si sono innestati su precedenti consorzi di Comuni. Il CPEL, Consiglio permanente degli enti locali, della Valle d'Aosta (istituito dalla l.r. 54/1998), composto dai sindaci dei 74 Comuni, oltre che dai presidenti delle 8 comunità montane e dal presidente del bacino imbrifero montano, si avvale del supporto del CELVA e cioè del consorzio degli enti locali della Valle d'Aosta, con cui condivide gli organi direttivi Il CPEL non è però strutturato entro la Regione, restando un organismo del sistema degli enti locali. Un rapporto simile tra CAL e il consorzio di comuni connota l'esperienza trentina e alto-atesina. Su queste esperienze, cfr. M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio delle autonomie locali*, Torino 2012, pp. 107 e 113 ss.

[30] G. Pastori, *I rapporti fra Regioni ed enti locali nella recente riforma costituzionale*, in *Problemi del federalismo*, 5, Milano 2001, p. 220.

esterno alle Regioni, ma diventano parte costitutiva – dal basso - di un sistema repubblicano delle autonomie, non chiuso a livello regionale[31].

Pare dunque in questo senso riduttiva, benché comprensibile nel suo intento, la prospettazione del CAL quale soggetto antagonista della Regione, potendosi, al più, quello funzionare quale antidoto allo scivolamento dell'ordinamento regionale lungo derive accentratrici[32]. Il CAL non è elemento di un federalismo garantistico, posto a guardia di una demarcazione rigida di competenze, bensì partecipativo[33]. In questa logica è importante che il CAL estenda la sua funzione alla scrittura dell'atto fondativo della Regione, e cioè allo Statuto[34]; così come promettente si rivela la prospettiva di un coinvolgimento degli enti locali, anche tramite il CAL, nel procedimento, previsto dall'art. 116 Cost., per l'attribuzione alle Regioni di ulteriori e differenziate forme di autonomia[35].

L'esito della costruzione della Repubblica dal basso non è certo meglio perseguibile se si attribuisce allo Stato - anziché alla Regione - la disciplina degli enti locali (e, in essa, del CAL). Si tratta piuttosto, rispetto all'attuale assetto, di rafforzare la base costituzionale[36] – a oggi troppo scarna - dei CAL (e degli enti locali), perché sia protetta dalla legislazione regionale e statale. Solo così si può conseguire l'obiettivo,

[31] A. Gentilini, *Sussidiarietà verticale e Consiglio delle autonomie locali*, in *Diritto pubblico*, 2003, p. 915: "l'organo, garantito nella massima fonte regionale, va inteso, proprio come ogni norma statutaria, quale momento ulteriore del patto fondativo regionale".

[32] L. Violini, *Il Consiglio delle Autonomie, organo di rappresentanza permanente degli enti locali presso la Regione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1000; v. anche D. Coduti, *Consiglio*…, cit., p. 211.

[33] Si v. la sent. 106/2002 della Corte costituzionale. In dottrina: G.C. De Martin, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano 1984, p. 52 parla dell'autonomia locale come "modo di esercizio della sovranità - e non mero limite - essendo le collettività locali non solo espressione degli interessi locali di diverso livello, ma essendo anche, in certo senso, costitutive del modo di essere e di intendere sia il popolo (come risultante delle comunità costituzionalmente garantite) sia l'esercizio (articolato) del potere sovrano"; B. Pezzini, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, in B. Pezzini-S. Troilo (a cura di) *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, Napoli 2015, pp. XI-XXIX.

[34] Non tutti gli Statuti e le leggi regionali si sono mosse su questo piano: si v. M.G. Nacci, *Le funzioni del Consiglio delle autonomie locali tra previsioni normative, prassi e prospettive di riforma*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016, p. 3.

[35] A. Mastromarino, *Il Consiglio*…, cit., pp. 561-562.

[36] L'ambito della "legalità costituzionale", secondo l'espressione di G. Pastori, *Principio di legalità e autonomie locali* (2008), ora in Id., *Scritti scelti*, II (1992-2010), Napoli 2010, p. 871.

ampiamente indicato dalla dottrina[37], di una maggiore omogeneità nella disciplina di quest'organo, senza entrare in contraddizione con l'istanza autonomistica.

Quest'ultima osservazione mostra come l'attuale assetto normativo non sia soddisfacente, sia astrattamente parlando, sia alla luce dell'attuazione ricevuta dalla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 123 Cost. Dal primo punto di vista, la costituzionalizzazione del CAL è stata realizzata in modo così vago e trascurato da suscitare fondati dubbi sul senso stesso di una simile operazione[38]. E, a livello regionale, si è assistito alla fuga finanche dalla fonte statutaria, cui pure dovrebbe essere rimessa la disciplina del CAL, con troppo generosi rinvii alla legge regionale[39].

La riserva statutaria, purché si innesti su una base costituzionale decisamente più robusta, appare una scelta adeguata, perché mira a rendere il CAL elemento costitutivo del "patto" regionale, sottraendolo alle oscillazioni di maggioranze regionali occasionali[40]. L'elevazione del rango dello Statuto a norma fondamentale della Regione, nonché a fonte a competenza riservata (ancorché entro i vincoli costituzionali) in tema di forma di governo regionale, apre a un possibile ruolo significativo per il CAL[41]. Data la riserva statutaria, si può infatti pensare di ricondurre

[37] A. Gentilini, *Sussidiarietà*…, cit., p. 911: "Proprio perché concettualmente 'non tiene' la costituzionalizzazione di organi totalmente diversi, occorre stabilire da quale punto in poi è giuridicamente possibile la diversificazione (a cura di ogni Regione) e, parimenti, fino a che punto è necessaria una disciplina comune che salvi il senso di quella costituzionalizzazione: occorre, in altre parole, individuare una disciplina obbligatoria per tutti i Consigli che verranno costituiti".

[38] A. Gentilini, *Sussidiarietà*…, cit., p. 910.

[39] G.U. Rescigno, *Consiglio delle autonomie locali e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 235 identifica un contenuto necessario della disciplina statutaria sui CAL: "a) quanti sono i componenti dell'organo, e i criteri in base ai quali vengono selezionati ed eventualmente revocati (fatti salvi, se vi sono, i principi costituzionali impliciti da rispettare anche per questi aspetti); b) durata ed eventuale scioglimento anticipato; c) presidenza e ufficio di presidenza; d) regolamenti interni del CAL, sua autonomia amministrativa e contabile; e) funzioni; f) effetti giuridici derivanti dagli atti di esercizio delle funzioni"; ibidem, p. 248: "Questo esige che gli statuti dedichino al CAL non poche, vaghe, lacunose, frettolose regole, ma una intera partizione composta da molti articoli, tanto lunga, analitica ed accurata quanto è necessario per dare dignità, indipendenza, efficacia al CAL, ed insieme sicurezza e garanzia a tutti gli attori politici sia per quanto riguarda i poteri e le funzioni del CAL sia per quanto riguarda gli effetti derivanti dagli atti di esercizio di tali poteri e funzioni"; M. Olivetti, *Nuovi Statuti*…, cit., p. 367; G. Ferraiuolo, *Il Consiglio delle autonomie locali nelle previsioni dei nuovi Statuti delle Regioni ordinarie*, in *Federalismi.it*, 29 novembre 2006, pp. 11-12. Si v. i cenni nella sent. 2/2004 della Corte costituzionale.

[40] A. Gentilini, *Sussidiarietà*…, cit., pp. 915-6.

[41] G. Ferraiuolo, *Il Consiglio*…, cit., pp. 9-10.

il CAL entro la forma di governo regionale, attenuando le preclusioni che altrimenti sembrerebbero trarsi dall'art. 121 Cost.[42], isolatamente considerato.

3. Rappresentanza di liberi e uguali e rappresentanza di territori: una convivenza difficile

Pur con tutte le incertezze dell'attuale assetto, la previsione di un organo del tipo del CAL entro l'assetto istituzionale regionale consente di vedere che la Regione ha, dinanzi a sé, non (solo) una società di individui liberi e uguali, di cui è espressione tradizionale - da Hobbes in poi - la rappresentanza politica (sovrana), ma una comunità già articolata e organizzata pluralisticamente in autonomie locali (oltre che, se si segue la declinazione orizzontale della sussidiarietà, in formazioni sociali). Una società presente (non da rendere presente), cui l'art. 114 e l'art. 118 conferiscono dignità e rilievo politico.

La comunità di riferimento delle Regioni è dunque plurale e articolata, irriducibile a una somma di individui-elettori uguali. Con l'innesto del CAL nel loro tronco istituzionale, le Regioni sono dunque chiamate a strutturarsi secondo un modello diverso da quello – puro – della rappresentanza politica, perché vi sono le differenze, il pluralismo presente, da riconoscere ed esprimere. Dal basso, e cioè dalla base degli enti locali, non proviene più solo un'autorizzazione a decidere, come nel classico dispositivo della rappresentanza, ma una volontà politica organizzata, capace di esprimere bisogni[43].

Si apre, a questo punto, il problema complesso della natura della rappresentanza dei territori, che, a differenza della rappresentanza di interessi o corporazioni, è sì di parti, ma già politicamente mediate[44]. A proposito proprio dei CAL, è stato posto il dilemma se debbano rappresentare gli enti, come se fossero

[42] Considerazioni simili in E. D'Orlando, *Il Consiglio delle Autonomie locali nel sistema regionale integrato*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016, pp. 15-16; A. Mastromarino, *Il Consiglio*…, cit., p. 552.

[43] Si richiamano le categorie usate da G. Duso, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*, in G. Duso-A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza 2010, p. 100.

[44] Sulla differenza, tra i molti, I. Ciolli, *Il territorio*…, cit., pp. 79 e 104. Sulla rappresentanza degli interessi, si v. anche l'importante studio di A. Scalone, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Milano 1996.

strutture di tipo corporativo, o il territorio in quanto tale[45]. E tuttavia la differenza, pur concettualmente chiara, va relativizzata. Il territorio è infatti rappresentato non direttamente mediante gli elettori, seppur distribuiti tra le diverse circoscrizioni territoriali, ma da enti esponenziali delle comunità di riferimento[46]. Esso dunque si esprime mediante comunità esponenziali, non in quanto tale. I rappresentanti che siedono nel CAL rappresentano i Comuni (e gli altri enti locali) e cioè i territori in cui la Regione stessa è articolata.

Il pluralismo – quello istituzionalmente organizzato – varca pertanto la soglia della sfera rappresentativa, alterandone in parte o comunque bilanciandone l'originaria logica separatrice e "immunizzatrice" rispetto al rilievo politico dei "corpi intermedi". Tale innesto introduce infatti, come principio decisionale, la ricerca dell'*accordo*, della *mediazione*, oltre la mera maggioranza dei (rappresentanti dei) liberi e uguali. Tale alterazione può prodursi in "ingresso", nelle procedure di formazione dell'organo espressivo dei territori, o in "uscita", nelle modalità in cui quest'organo prende le decisioni; o in ambedue i modi. Se infatti il volere (la decisione) del consiglio regionale, espressione rappresentativa della maggioranza dei cittadini elettori, liberi ed uguali, fosse ritenuto sufficiente, ogni apporto esterno, quand'anche di natura consultiva, apparirebbe una superfetazione o un inutile rallentamento[47]. L'idea sottesa dall'istituzionalizzazione del CAL, seppur nella dimessa veste consultiva, è evidentemente quella di immettere, oltre al principio maggioritario e rappresentativo, un complementare principio decisionale, strutturato secondo il modello del "governo", e cioè quello dell'accordo[48]. Regole convenzionali di ricerca dell'unanimità (e del "non" voto) caratterizzano ad esempio il sistema delle conferenze Stato-

[45] R. Bin, *Un nodo decisivo: democrazia e corporativismo nella integrazione della Commissione bicamerale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, pp. 881-882.

[46] I. Ciolli, *Il territorio*…, cit., p. 202: "quel che si rappresenta (…) è una comunità umana e politica organizzata su base geografica".

[47] I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., p. 347 contesta l'ipotesi di un senato delle Regioni sulla base dell'argomentazione per cui rischierebbe di "giocare continuamente il ruolo di «eterno secondo» rispetto alla Camera bassa".

[48] G. Duso, *Pensare il federalismo*…, cit., pp. 98 ss. e 109-110.

Regioni-autonomie locali, nonostante la previsione normativa che prevedrebbe il voto a maggioranza[49].

L'affiancamento delle due logiche decisionali appresta una soluzione di compromesso, non scevra di criticità[50]. Si tratta di un compromesso inevitabile, perché appare difficile prescindere da forme organizzative della democrazia, che sono riconosciute quando siano direttamente legittimate dal momento elettorale[51]. Su un piano astratto si potrebbe obiettare che la previsione, anche a livello regionale, della convivenza di due istanze, quella rappresentativa generale (emula di quella nazionale) e quella territoriale, significhi applicare alle Regioni logiche di ordinamenti statali. Eppure a livello regionale non c'è una rappresentanza nazionale da formare[52], ma solo di tipo politico-territoriale, che ne contiene altre di analoga natura. Peraltro, in Assemblea costituente, alcune posizioni nella DC vedevano nelle assemblee regionali proprio degli "organi di raccordo tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi territorialmente dislocati"[53]. L'astrattezza dei dispositivi concettuali deve però fare salutari conti con le condizioni culturali e storiche in cui si esprime la democrazia. E la democrazia, dalla modernità ad oggi, non sembra poter prescindere dalla presenza dell'organo rappresentativo dei cittadini *uti singuli*, liberi e uguali, potendosi tutt'al più affiancare a questo l'espressione del pluralismo delle articolazioni

[49] I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., pp. 114 e 309, con riferimento agli artt. 2 e 9 del d.lgs. 281/1997. Negli Stati federali la convivenza delle due logiche avviene entro la struttura bicamerale del Parlamento. Nell'Unione Europea, in cui la pluralità è insieme di parti sovrane e di autonomie territoriali, vi è anche il Comitato delle Regioni che peraltro decide a maggioranza dei voti espressi, sia nelle commissioni preparatorie, sia in assemblea. Sul punto, si v. M. Mascia, *Il Comitato delle Regioni nel sistema dell'Unione Europea*, Padova 1996, p. 68 ss. La ripartizione dei seggi è però diseguale tra Stati e i membri non rappresentano in quanto tali le singole istituzioni subnazionali di appartenenza; essi sono tenuti ad agire in piena indipendenza nel perseguimento dell'interesse generale dell'Unione (*ibidem*, p. 35).

[50] I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., pp. 106-107 e 114 con riferimento al Parlamento nazionale. D. Rousseau, *Radicalizzare la democrazia. Proposte per una rifondazione*, a cura di E. Bottini, Napoli 2016, pp. 24-25 introduce la distinzione tra rappresentanza fusione e r. scarto e, aderendo alla seconda prospettiva, propone, con riferimento all'ordinamento francese, di affiancare all'Assemblea nazionale un'Assemblea sociale (p. 85 ss.). E, tuttavia, si pone la questione se questa duplicazione di organismi rappresentativi valga a eliminare lo scarto che separa la pluralità delle espressioni popolari dalla rappresentanza politica, nel qual caso saremmo ricondotti a uno schema fusionale, o se invece, come appare più probabile, rimanga un'eccedenza che resterebbe comunque fuori dal canale rappresentativo, pur così integrato.

[51] Indicativo al proposito il dibattito referendario sulla riforma del Senato.

[52] Sent. 106/2002 della Corte costituzionale. Cfr. E. Di Carpegna, *Il concetto*…, cit., p. 75.

[53] A. Buratti, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli 2010, pp. 49 ss. e 52. Si pensi, solo per un esempio, alla posizione espressa sinteticamente da Ambrosini in II Sottocommissione (sed. 7 settembre 1946).

cui si riconosca rilievo politico[54]. Ciò nondimeno, resta complicato il compromesso, anche su un piano pragmatico, tra principio maggioritario, entro cui la decisione scaturisce, nel contesto della rappresentanza politica, da difficili sintesi partitiche, e l'espressione di parti plurali, pure queste di rilievo politico. È difficile immaginare la ricerca di un accordo (ulteriore) da parte di un organo rappresentativo, a sua volta impegnato in mediazioni faticose, che non si vorrebbero rimettere in discussione. Non a caso, in dottrina si è subito prospettato il rischio che il CAL diventi luogo di contrapposizione politica rispetto al Consiglio regionale[55].

Da questa criticità deriva l'origine più profonda della difficoltà di pensare al CAL come mero organo consultivo, destinato, in questa veste, a probabile irrilevanza[56], ma anche, se si volesse accedere all'idea più radicale, di configurarlo come attualmente non è, e cioè come una seconda camera regionale[57]. Nessuno Statuto prevede la soluzione che parrebbe più coerente con un modello che, seppur in modo eclettico, introduca nel corpo della democrazia rappresentativa dei liberi e

[54] Di questa convivenza difficile, ha però preso atto – non si sa quanto in adesione consapevole a un modello - il legislatore statale nei riguardi delle province, in cui la rappresentanza è ormai esclusivamente indiretta.

[55] G. Ferraiuolo, *Il Consiglio*…, cit., p. 19.

[56] Sin d'ora, la dottrina (M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., pp. 18-19) segnala una tendenza dei CAL ad uniformarsi alle indicazioni che, sui diversi temi, provengono dagli organi regionali. Tale conformità dipenderebbe anche dalla circostanza per cui le proposte legislative intervengono in una fase troppo precoce, di istruttoria, su testi destinati a essere poi modificati. Sul punto, si veda il rapporto dell'Osservatorio legislativo interregionale su "Istituzione e funzionamento del Consiglio delle autonomie locali e del Consiglio regionale dell'economia e del lavoro: situazione e punti critici", Roma 9.6.2011, (consultabile dal sito ufficiale della Regione Toscana). Si v. anche i laconici verbali delle riunioni del CAL Emilia-Romagna, in cui i pareri risultano formati con voti espressi – sempre all'unanimità - con posta elettronica certificata. In termini generali, il costituzionalista francese D. Rousseau, *Radicalizzare*…, cit., p. 87, ha sostenuto, con riguardo a un organo di rappresentanza degli interessi sociali ed economici, che "partecipando al voto delle leggi, l'Assemblea abbandonerebbe questo atteggiamento «facile» del dare suggerimenti e fare richieste, in cambio del lavoro ben più «difficile» del decidere tra interessi diversi e discutere sulla redazione delle leggi. Un potere di consulenza deresponsabilizza un'assemblea, mentre un potere deliberativo la responsabilizza".

[57] Su tale prospettiva, tra gli altri, M.G. Nacci, *Il ruolo dei Consigli delle Autonomie Locali nel processo di implementazione del sistema autonomistico italiano*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 9. Un indizio di un orientamento tendenzialmente favorevole alla trasformazione del CAL in un organo sostanzialmente di tipo bicamerale, si può rinvenire nella previsione, in alcuni statuti, della "seduta congiunta" Consiglio regionale/CAL per l'esame di questioni di interesse locale, ciò che lascia pensare ad una sorta di embrionale "Consiglio in seduta comune" (si v. ad es., art. 4.6 l.r. 29/2006 Puglia). In dottrina, ancora M.G. Nacci, *Il ruolo*…, cit., p. 16. Osserva però l'A. che, ad eccezione della l.r. Piemonte n. 30/2006 che, all'art. 13, attribuisce alla seduta congiunta una funzione deliberativa, contemplando la possibilità, al termine della seduta, dell'approvazione di linee di indirizzo di politica generale, nella maggior parte dei casi i legislatori regionali non hanno attribuito a tali sedute natura deliberativa, configurandole di fatto come mero momento di discussione sullo stato del sistema locale.

degli uguali espressioni di pluralismo politico, e cioè procedure di conciliazione in caso di disaccordo tra CAL e Consiglio regionale[58].

4. Alcuni problemi attuali della disciplina dei CAL

Criticità e prospettive evolutive a parte, l'interprete deve fare i conti con il disegno istituzionale attuale, comprensivo delle sue aporie e contraddizioni, cercando in una logica complessiva indicazioni su come orientare i notevoli dubbi ermeneutici che la normativa solleva. Su alcuni di questi problemi istituzionali si è concentrata la dottrina giuspubblicistica, suggerendo soluzioni *de jure condito*, però con frequenti e quasi inevitabili sforamenti nel *de jure condendo*. Le due prospettive si coniugano laddove soluzioni virtuose sono estratte dalla concreta esperienza di singoli ordinamenti regionali, che additano vie di valorizzazione, sin d'ora perseguibili, dell'organo in questione.

Un'importante questione che ha impegnato la dottrina nella fase istitutiva dei CAL è stata l'alternativa della strutturazione di tale organo secondo il modello della conferenza o secondo quello, che si è poi generalmente adottato, del consiglio[59]. L'istituzione del CAL si inserisce in una storia, risalente, degli organi di raccordo tra Regione ed enti locali[60]. Nei passaggi anteriori, gli ordinamenti regionali avevano istituito delle conferenze, sia per la programmazione regionale, sia per il conferimento delle funzioni amministrative, con preferenza per un raccordo coinvolgente gli organi esecutivi[61]. I CAL non si sovrappongono a questo modello delle conferenze, perché non sono stati progettati come organi a necessaria composizione mista e perché svolgono funzione consultiva principalmente, benché non esclusivamente, rivolta alla funzione legislativa delle Regioni[62]. Il CAL, per il modo in cui è stato disegnato, sulla

[58] M. Carli, *Il Consiglio*…, cit., p. 6; A. Mastromarino, *Il Consiglio*…, cit., p. 565; G.U. Rescigno, *Consiglio*…, cit., p. 246. M.G. Nacci, *Il ruolo*…, cit., p. 15.

[59] Tra i primissimi: M. Olivetti, *Nuovi Statuti*…, cit., pp. 359-360.

[60] Ripercorsa, in modo sintetico ma efficace, in M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 2 ss.; D. Coduti, *Consiglio*…, cit., p. 212. Tale storia conosce come tappe essenziali l'art. 11 del d.p.r 616/77 che prevedeva il "concorso degli enti locali territoriali" nella programmazione regionale; e poi la l. 142/1990, art. 3.3; la l. 59/97, art. 3.1, lett. c), e art. 4.1. Tale principio è ancora accolto e sviluppato nel d.lgs. 112/1998, in particolare all'art. 3.5, nonché nel d.lgs. 267/2000, all'art. 4.5.

[61] M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 5, che ricorda l'eccezione, anticipatrice, rispetto ai CAL, della Regione Toscana.

[62] Gli Statuti ligure e pugliese incardinano esplicitamente il CAL entro il Consiglio regionale.

base delle scarne indicazioni dell'art. 123 Cost., non è stato inteso come un luogo, in quanto tale, di raccordo o di concertazione, semmai come un soggetto dell'uno e dell'altra, in dialogo con componenti regionali collocate esternamente al CAL stesso[63]. Ciò nondimeno, parte della dottrina aveva ritenuto compatibile con il dettato della Costituzione che il dialogo istituzionale avvenisse *entro* il CAL, attraverso l'inclusione, ad esempio, del Presidente della Regione[64]. La formulazione dell'art. 123 non permette di escludere questa soluzione, riferendosi genericamente a un "organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali". Il confronto entro l'organo garantirebbe, secondo questa prospettiva, l'assunzione di uno stile di corresponsabilità e di integrazione delle politiche, e favorirebbe la mediazione, con prevedibili ricadute – e ritorna il tema della difficile coesistenza - sui processi mediativi entro il Consiglio regionale.

Non tutte le Regioni, però, dopo aver proceduto all'istituzione dei CAL, secondo il prevalente modello del consiglio, hanno provveduto ad abrogare le conferenze previamente formate. Anzi, ancora recentemente, le Regioni hanno perseverato sulla strada dell'istituzione di sedi di concertazione settoriale diverse dai CAL[65]. Queste scelte comportano il rischio di uno svilimento dei CAL[66]. Laddove infatti si assista a una proliferazione di luoghi di concertazione, gli attori politici e istituzionali sono fatalmente tentati dalla scorciatoia della diretta interlocuzione verticale, con l'esito della marginalizzazione degli organi in cui avviene una mediazione orizzontale[67]. In fondo, tale esito nefasto è lo stesso che ha segnato la sorte del CNEL nella rappresentanza degli interessi. Il CAL rischia così di diventare un mero dispensatore di pareri, mentre le decisioni e le negoziazioni che contano

[63] La posizione è espressa anche in *Le prospettive di riforma dei CAL*, cit., p. 6, che afferma che "i CAL andrebbero (…) tenuti distinti dalle Conferenze Regioni-autonomie locali, ove queste tuttora persistono". In dottrina: M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., pp. 38 e 77. Per una difesa, su un piano teorico, del modello dei consigli, anziché delle conferenze, v. I. Ciolli, *Il territorio*…, cit., p. 262.

[64] A. Gentilini, *Sussidiarietà*…, cit., pp. 919-920.

[65] Si v. la l.r. 2/2007 dell'Emilia-Romagna con riferimento al turismo; o la l.r. 13/2015 della stessa Regione in tema di Conferenza agricola: su questa tendenza, criticamente, M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 21.

[66] D. Coduti, *Consiglio*…, cit., p. 220; G. Scarafiocca, *L'organizzazione*…, cit., p. 23; M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 22 con riferimento alla Conferenza Stato-Regioni, una considerazione simile in I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., p. 379.

[67] I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., p. 408.

percorrono canali paralleli. Per mantenere fede alla logica ispiratrice della loro fondazione, i CAL dovrebbero invece poter partecipare ai luoghi della concertazione in veste privilegiata, senza timore di scavalcamenti. Alcuni ordinamenti regionali hanno disciplinato forme di intese e di accordi tra Regioni ed enti locali proprio mediante i CAL[68]. La soluzione appare senz'altro interessante, perché coerente con la modalità decisionale che dovrebbe caratterizzare un assetto pluralistico. Questo implica che i CAL si possano strutturare, all'occorrenza, in commissioni, in modo da poter corrispondere ai tempi, alla frequenza e alle esigenze della concertazione stessa[69].

Legata alla questione della natura dell'organo è quella della sua composizione. Anche su questo aspetto, data la laconicità della disposizione costituzionale, non sono mancate soluzioni le più varie. La logica istitutiva del CAL sembra meglio armonizzarsi con la previsione di una espressione qualificata delle istituzioni territoriali in quanto tali, anziché con rappresentanti di gruppi consiliari. Questo significa che la preferenza andrebbe accordata – come in effetti per lo più avviene - alla presenza di sindaci o di presidenti di provincia, che rappresentano, anche istituzionalmente, l'ente di provenienza. Questo al fine di contenere il condizionamento omologante svolto dalle appartenenze partitiche che tendono a fare aggio sulle lealtà territoriali[70]. E tuttavia, la legge pugliese, la l.r. 29/2006, ha previsto una rappresentanza dell'organo consigliare degli enti locali[71]. Rappresentanza

[68] È il caso dello Statuto del Veneto, artt. 16.8 e 16.10. V. anche l.r. 1/2007 Calabria, art. 18. Su questo punto, M.G. Nacci, *Le funzioni del Consiglio*, cit., p. 12.

[69] Si v. l'art. 16.4 dello Statuto Veneto, in base al quale il CAL può operare con composizione variabile, in modo da rappresentare le competenze e le aree territoriali concretamente interessate ai provvedimenti in discussione. Tale istanza è peraltro segnalata nel documento "Istituzione e funzionamento del Consiglio delle autonomie locali e del Consiglio regionale dell'economia e del lavoro: situazione e punti critici" dell'Osservatorio legislativo interregionale (2011), p. 6. In dottrina, v. M.G. Nacci, *Il ruolo*…, cit., p. 13; G. Scarafiocca, *L'organizzazione*…, cit., p. 23. Per R. Bin, *Il Consiglio delle autonomie locali nello Statuto regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2004, p. 602 "non sarebbe male prevedere esplicitamente in Statuto che i Sindaci e i Presidenti di Provincia possono farsi rappresentare da assessori, nelle riunioni collegiali, e da funzionari, nelle commissioni".

[70] I. Ruggiu, *Contro la Camera*…, cit., pp. 308-309, per la quale l'investitura diretta "rende autonomi rispetto al partito di appartenenza". R. Bin, *Il Consiglio*…, cit., p. 602: "Immettere «rappresentanti» delle assemblee locali nel Consiglio in cui vengono rappresentati gli interessi degli enti significa trasferire in esso le divisioni politico-partitiche che fisiologicamente dividono le rappresentanze elettorali e quindi fare del Consiglio delle autonomie locali l'ennesima riproduzione dell'assemblea rappresentativa"; v. anche M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 43.

[71] Art. 2 l.r. 29/2006, ma già art. 45.2 dello Statuto pugliese.

consigliare o degli esecutivi appaiono soluzioni troppo diverse perché siano tollerate; esse incidono sull'identità dell'organo e sulle modalità con cui questo può realizzare il raccordo tra enti locali e Regioni[72]. Per questo, tale profilo dovrebbe trovare già in sede costituzionale una definizione chiara.

Dato il rilievo costituzionale del CAL sembrerebbe poi logico pensare che esso sia composto da rappresentanti degli enti locali elencati dall'art. 114 Cost.[73]. Suscita perplessità la scelta di alcune Regioni di inserire componenti delle autonomie funzionali e sociali[74]. La perplessità non nasce dalla volontà di accentuare la distinzione tra profili verticale e orizzontale della sussidiarietà. Tutt'altro. Da un lato, è il tenore testuale della disposizione dell'art. 123 Cost. a indicare una composizione dell'organo con espressioni istituzionali delle autonomie locali; dall'altro, proprio l'intima connessione tra sussidiarietà verticale e orizzontale porta a ritenere che le autonomie sociali del territorio possano essere veicolate, nelle loro istanze, da quelle istituzionali locali. Sempre in ordine alla composizione, un tema aperto riguarda la rappresentanza delle Province[75] che, dopo la legge 56/2014, sono ormai configurabili come enti a rappresentanza di secondo livello. La Provincia, in attesa (vana) della riforma del Titolo V che avrebbe dovuto portare alla sua soppressione costituzionale, non ha più organi eletti direttamente dai cittadini, bensì dai sindaci e dai consiglieri comunali fra i sindaci ed i consiglieri comunali del territorio di riferimento. La trasformazione delle Province dovrebbe avere conseguenze sul CAL: si potrebbe perfino ipotizzare un'esclusione della relativa rappresentanza, perché questa non esprimerebbe più un soggetto davvero *altro* rispetto a quello comunale[76]. Considerazioni simili potrebbero farsi per le città metropolitane. In effetti, alcuni legislatori e la dottrina hanno affrontato la questione, adombrando soluzioni non del

[72] Tale preoccupazione emerge chiaramente anche in *Le prospettive di riforma dei CAL*, cit., p. 5. Il documento esprime un *favor* motivato per la rappresentanza di sindaci e di presidenti di Provincia. L'esigenza di omogeneità sul punto è rilevata da G. Scarafiocca, *L'organizzazione*…, cit., p. 18.

[73] Sono gli stessi enti locali a dover scegliere propri rappresentanti, come osserva G.U. Rescigno, *Consiglio*…, cit., p. 239.

[74] Si v. l'art. 54.8 dello Statuto lombardo, su cui, criticamente, M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 51; D. Coduti, *Consiglio*…, cit., p. 216.

[75] Su cui, i cenni nella sent. 286/2007 della Corte costituzionale.

[76] Il problema è posto da M.G. Nacci, *Il ruolo*…, cit., pp. 12 e 41.

tutto coincidenti[77]. Merita specifica menzione il documento *Le prospettive di riforma dei CAL*, approvato dal coordinamento nazionale permanente dei Consigli delle Autonomie locali il 25 gennaio 2016, che, ponendo nitidamente il problema, afferma che "appare scarsamente giustificabile, là dove le rappresentanze di tali consigli (*scil.* provinciali) all'interno del CAL sono variamente previste nelle leggi regionali o negli statuti, che tali rappresentanza permangano"[78]. Esso aggiunge che "il ruolo centrale non potrà che essere assunto dai Comuni" e che "una soluzione basata sulla sola rappresentanza comunale, con l'aggiunta dei presidenti di provincia, avrebbe il pregio di un'indubbia maggior linearità"[79].

Un altro punto cruciale riguarda le funzioni attribuite ai CAL. Nella prospettiva del sistema integrato delle autonomie è fondamentale, come si è già sottolineato, che il CAL eserciti sin d'ora una funzione estesa agli Statuti, in quanto atti fondativi delle Regioni. Non tutti gli Statuti (e le leggi regionali) si sono però mossi su questo piano. Sempre in quest'ottica compenetrativa, importanti funzioni costitutive dell'ordinamento regionali sono sin d'ora offerte ai CAL per il tramite dell'iniziativa legislativa regionale, nonché attraverso la proposta al Presidente della Giunta regionali di impugnare norme lesive degli interessi locali, prevista dalla l. 131/2003 (art. 9)[80]. E

[77] Vedi l.r. 22 maggio 2015, n. 12 Friuli V.G.; un intervento si è già registrato in Umbria, dove il legislatore (l.r. 18/2014) è intervenuto sulla composizione del CAL, eliminando, da un lato, i consiglieri provinciali ed i Presidenti delle Unioni dei Comuni dal novero dei membri elettivi ed apportando modifiche alle modalità di elezione dei componenti non di diritto. Si v. anche la l.r. 63/2014 della Toscana. In dottrina: M.G. Nacci, *Il ruolo*…, cit., p. 42; E. D'Orlando, *Il Consiglio*…, cit., p. 7. R. Bin, *Coerenze e incoerenze del disegno di legge di riforma costituzionale: considerazioni e proposte*, in *www.forumcostituzionale.it* (22 aprile 2014), ha proposto una riformulazione dell'art.123, ult. co., Cost.: "In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di partecipazione dei Comuni alla legislazione regionale. Il Consiglio delle autonomie locali è composto dai Sindaci eletti, con voto limitato, da un collegio elettorale costituito dai sindaci della Regione. La durata del mandato dei componenti coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali nelle quali sono stati eletti. La legge regionale disciplina il sistema di elezione dei sindaci componenti il Consiglio delle autonomie locali e ne determina il numero. Ogni disegno di legge approvato dall'Assemblea regionale è immediatamente trasmesso al Consiglio delle autonomie locali che, entro sette giorni, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può disporre di esaminarlo. Nei venti giorni successivi il Consiglio delle autonomie locali può deliberare proposte di modificazione del testo, sulle quali l'Assemblea regionale, entro i successivi venti giorni, si pronuncia in via definitiva. Qualora il Consiglio delle autonomie locali non disponga di procedere all'esame o sia inutilmente decorso il termine per deliberare, ovvero quando la Assemblea regionale si sia pronunciata a maggioranza assoluta in via definitiva, la legge regionale può essere promulgata. Le leggi di cui all'art. 117.3 bis possono essere promulgate solo se approvate dall'Assemblea regionale e dal Consiglio delle autonomie locali a maggioranza assoluta dei rispettivi membri".

[78] *Le prospettive di riforma dei CAL*, documento di proposte approvato dal Coordinamento nazionale permanente dei Consigli delle Autonomie locali, 25.1.2016, p. 6.

[79] *Ivi*, p. 7.

[80] Si v., ad es., sent. 44/2014 della Corte costituzionale; nonché 36/2014; 196/2004.

tuttavia, l'iniziativa legislativa dei CAL è talora limitata a questioni di stretta attinenza con gli enti locali[81]. In questo modo si perpetua una logica separatoria, in cui l'influenza è circoscritta ad ambiti di decisione regionale a ricaduta diretta sugli enti locali, anziché promuovere una osmosi, secondo l'idea della costituzione della Repubblica dal basso. La promozione di una compenetrazione tra ordinamento regionale e degli enti locali è favorita da soluzioni, come quella adottata dalla Liguria, che prevedono che il CAL possa proporre al Presidente di Giunta regionale impugnativa di atti primari statali o regionali lesivi non solo dell'autonomia degli enti locali, bensì dell'autonomia regionale *tout court*[82].

In funzione anche di argine verso possibili derive neo-centralistiche regionali, al CAL sono stati attribuiti poteri di attivazione degli organi regionali di garanzia statutaria o anche di nomina di una qualche componente degli stessi[83]; o l'espressione di pareri sull'esercizio dei poteri sostitutivi da parte della Regione.

Talora le funzioni al CAL sono state direttamente assegnate dal legislatore statale. Tale scelta potrebbe pure risultare appropriata in leggi di carattere ordinamentale, attinenti alla conformazione delle autonomie locali. In tale luce, si inquadra sicuramente la l. 131/2003, il cui art. 8.3 prevede il parere del CAL nel caso di esercizio del potere sostitutivo governativo nei confronti di Comuni, Province o Città metropolitane; o anche l'apporto che era stato ritagliato per i CAL nel processo di riordino delle Province dal d.l. 95/2012 (art. 17.3). Tale norma aveva attribuito a tali organi una funzione propositiva, attraverso l'elaborazione di un'ipotesi di riordino da sottoporre alla Regione e poi, arricchita dalle eventuali modifiche e integrazioni da parte di quest'ultima, al Governo. La dottrina aveva sottolineato, al riguardo, un possibile contrasto con l'art. 133 Cost., che configura per il mutamento delle

[81] Lo Statuto lombardo, art. 54.7 limita l'iniziativa del CAL al conferimento delle funzioni amministrative agli enti locali. Sullo stesso crinale lo Statuto molisano, art. 64.1. Si v. anche l.r. 1/2011 Liguria, art. 5.1.a, con formulazione più ambigua.

[82] Art. 66 Statuto e l.r. 1/2011 (art. 5.1.d). Si v. anche lo Statuto della Calabria, art. 45.

[83] M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 9; M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 84 sottolineano la sostanziale analogia degli effetti dei pareri del CAL e delle decisioni degli organi di garanzia statutaria, traendone la conclusione che a rilevare sia la collocazione dei rispettivi interventi in fasi diverse. Sui rapporti tra CAL e organi di garanzia statutaria, si v. i cenni nella sent. 200/2008 della Corte costituzionale.

circoscrizioni provinciali un'iniziativa comunale diretta, non tramite rappresentanti[84]. Alla radice, però, sussisteva il vizio di una legge ordinamentale prodotta mediante decretazione d'urgenza[85]. Sempre il richiamato d.l. 95/2012, all'art. 19.1, prevedeva il concerto del CAL nella definizione legislativa, da parte delle Regioni, delle dimensioni territoriali ottimali per l'esercizio associato delle funzioni[86]. La cosiddetta legge Del Rio (l. 56/2014) non si è però mantenuta su questo crinale di valorizzazione dei CAL per il riordino delle funzioni provinciali, prevedendo la partecipazione delle autonomie nella sede della Conferenza unificata, laddove è stato recuperato per i CAL un ruolo solo eventuale[87]. E questo conferma lo stato di irrisolta precarietà che accompagna i CAL stessi.

Una questione su cui le elaborazioni e le soluzioni adottate appaiono più convergenti riguarda gli effetti dei pareri del CAL[88]. Resta il dato insuperabile, nel testo costituzionale, di un organo di consultazione. Inoltre, la Costituzione, all'art. 121, assegna la potestà legislativa al Consiglio[89]. Entro questa cornice, in molti casi si è prevista la necessità di maggioranze qualificate in seno al Consiglio regionale per superare un eventuale parere negativo del CAL. Altre vie, ancora più timide, sono state battute, mentre la strada del comitato di conciliazione, seppur senza possibilità di esautorare la centralità dei consigli regionali, è rimasta negletta[90].

---

[84] M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 96; M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 8. La questione è stata posta dalle Regioni ricorrenti nella sent. 220/2013.

[85] Si v. al riguardo la sent. 220/2013 della Corte costituzionale di incostituzionalità. Sul punto, si rinvia, tra i vari commenti, alle considerazioni di M. Massa, *Come non si devono riformare le province*, in *Le Regioni*, 2013, p. 1168 ss.

[86] Sulla questione, si v. la sent. 22/2014 della Corte costituzionale.

[87] Nell'Accordo dell'11.9.2014 si parla di "previa consultazione con il sistema delle autonomie locali, *anche* attraverso i Consigli delle autonomie locali". In dottrina: M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 21.

[88] G. Scarafiocca, *L'organizzazione*…, cit., p. 6 ss.; M.G. Nacci, *Le funzioni*…, cit., p. 4.

[89] A. Gentilini, *Sussidiarietà*…, cit., p. 952 ss. M. Olivetti, *Nuovi Statuti*…, cit., p. 363 ipotizza, al più, per il CAL un ruolo di camera di raffreddamento.

[90] Interessante e convincente la soluzione prefigurata in dottrina da G.U. Rescigno, *Consiglio*…, cit., p. 246: "Si può anzitutto prevedere che, qualora il Consiglio non si attenga in tutto o in parte al parere del CAL, questo possa attivare una commissione paritetica di conciliazione (la legge nel frattempo è sospesa) e che solo dopo la conclusione dei lavori di questa commissione (magari con un termine finale perentorio) il Consiglio deliberi nuovamente (con o senza maggioranza assoluta; è ragionevole prevedere che se la commissione si conclude con un accordo e questo accordo viene recepito dal Consiglio, la maggioranza può essere quella semplice). Si può poi prevedere in statuto che il CAL, qualora ritenga non soddisfacente la legge approvata dal Consiglio dopo il suo parere, possa attivare un referendum abrogativo, rimettendo la questione al corpo elettorale".

Un'ultima questione critica riguarda il rapporto tra CAL e le espressioni regionali di ANCI (e UPI): sono frequenti i casi in cui si prevede un qualche collegamento[91]. Anche su questo punto, si conviene che il ruolo delle associazioni degli enti locali possa essere di supporto organizzativo e di collaborazione, ma che debba restare esterno rispetto alla rappresentanza istituzionale cui è chiamato il CAL[92]. Questo vale, a maggior ragione, per la proiezione nazionale di queste associazioni[93]. Per quanto si siano viste riconoscere funzioni di rilievo pubblicistico[94], le associazioni di enti locali restano soggetti privati. Da questo punto di vista, appare incongruo quanto previsto, ad esempio, dalla Regione Piemonte (l.r. 8/2016, art. 4.2) che addirittura attribuisce poteri di designazione diretta, da parte delle associazioni, di alcuni membri dei CAL. Anche l'art. 13.1 della l.r. 1/2011 della Liguria risulta ambiguo, laddove statuisce che "il Consiglio regionale - Assemblea legislativa, la Giunta regionale e gli enti locali, per il tramite delle associazioni regionali degli stessi, in attuazione del principio di leale collaborazione e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, possono concludere, in sede di Consiglio delle Autonomie locali, accordi al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività di interesse comune".

5. Osservazioni conclusive

Quasi appiccicata all'art. 123 Cost. dalla riforma costituzionale del 2001, la disposizione sui CAL è stata poi "dimenticata" dal disegno di legge costituzionale "Renzi-Boschi", non confermato dal referendum, che pure sembrava, apprestando

[91] M. Cavino-L. Imarisio, *Il Consiglio*…, cit., p. 49, riepiloga i casi di Abruzzo (l.r. 41/2007, art. 2.4); Lazio (l.r. 1/2007, art. 2.4); Liguria (l.r. 1/2011, art. 2.1.f); Lombardia (l.r. 22/2009, art. 2.2.e); Piemonte (l.r. 30/2006, art. 2.1.g). V. anche *Le prospettive di riforma dei CAL*, cit., p. 4.

[92] G.U. Rescigno, *Consiglio*…, cit., p. 237. Analoga la posizione di G. Scarafiocca, *L'organizzazione*…, cit., p. 19. Peraltro, il rapporto su "Istituzione e funzionamento del Consiglio delle autonomie locali e del Consiglio regionale dell'economia e del lavoro: situazione e punti critici" riportava, nel 2011, la segnalazione della Regione Toscana che notava come "le valutazioni espresse in sede di parere del CAL non sempre coincidono con quelle delle associazioni di rappresentanza degli enti locali; ciò comporta che non necessariamente il parere del CAL sia sufficiente ad esaurire l'intervento delle autonomie locali nell'ambito dell'iter legislativo" (p. 8).

[93] A. Mastromarino, *Il Consiglio*…, cit., p. 556.

[94] L'ANCI e l'UPI svolgono un ruolo ufficiale rilevante nella Conferenza Stato-città, posto che, ai sensi dell'art. 8.2 del d.lgs. 281/1997, i componenti della Conferenza rappresentativi di province e Comuni sono designati da queste associazioni, nonché i rispettivi presidenti sono membri di diritto della Conferenza. Si tratta, come si può notare, di un canale di raccordo alternativo e diretto con lo Stato.

una sorta di Senato delle autonomie, voler percorrere la via dei raccordi tra livelli repubblicani. Già queste vicende attestano il carattere avventizio dell'istituzione del CAL nel nostro ordinamento. L'attuale CAL appare l'esito incerto, probabilmente provvisorio, di una disciplina costituzionale solo abbozzata e di compromesso. L'auspicio di una riforma è contenuto in un documento dello stesso coordinamento dei Consigli delle autonomie locali[95].

L'attuale assetto lascia le autonomie in mezzo al guado, tra la minaccia della semplificazione (che ha ispirato i provvedimenti sulle Province[96]) e la promozione di un pluralismo sociale e istituzionale, senza peraltro che sia chiara e determinata la sponda che si intende davvero guadagnare. Più in generale, non sembra esservi, nel contesto della discussione politica, un'idea condivisa di quale spazio e identità dovrebbero avere le autonomie regionali e locali. L'istituzione del CAL sembra essere avvenuta per mera giustapposizione, senza cioè che ciò significasse la raggiunta e condivisa consapevolezza di un nuovo modello di relazioni tra Regioni ed enti locali. Si è infatti introdotto timidamente un elemento istituzionale di pluralismo politico-territoriale, ma lo si è lasciato sguarnito di fronte all'attuazione legislativa (regionale), esposto cioè a quel meccanismo decisionale rappresentativo tradizionale, rispetto a cui dovrebbe essere, quanto meno, un fattore di riequilibrio. L'attuazione è stata in scia, con processi rimessi a una scoordinata autonomia regionale, quasi per nulla guidata dalla scarna disposizione costituzionale. Da qui il senso di precarietà e di incompiutezza, a dir poco, della disciplina dei CAL. Come stupirsi che, in questa temperie, i CAL non sembrino incidere in maniera significativa sulle dinamiche istituzionali regionali?

Ciò nondimeno, nel corpo della riforma costituzionale del 2001, questo frammento, così come la riformulazione dell'art. 114 e dell'art. 116, pur nella debolezza e precarietà degli assetti, ha almeno il merito di lasciare intravedere un sentiero, quello della costruzione della Repubblica dal basso, che, al pari della

[95] *Le prospettive di riforma dei CAL*, cit., p. 1: "La necessità di una riforma dei CAL è avvertita da tempo". Il documento è consultabile da: *http://www.consigliautonomielocali.it/wp-content/uploads/2016/01/Doc3.pdf*

[96] M. Gorlani, *Quale futuro per le Province dopo l'esito del referendum*, in *Federalismi.it*, 5/2017, pp. 4-5.

democrazia fondata sul lavoro, i nostri costituenti avevano già tracciato nel 1948, ma su cui, nel frattempo, sono cresciuti rovi e spine ancora tutti da districare.

Abstract
The paper aims to analyze the constitutional position of the authority introduced by the new formulation of the 123th article of the italian Constitution, called Local Authorities Council. The Author points out the role of this authority, according to the theory of the construction of Republic bottom up, as the 114th article of Constitution provides. The regulation of the Council helps to overcome the idea, which claims that different political levels should be rivals. Instead, the Author sees them as parts of an integrated system of autonomies.

Key words
Territorial autonomies; cooperative federalism.

Roberto Isotton

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno,
Università Cattolica del Sacro Cuore - Sede di Piacenza

La confisca fra passato e futuro*

SOMMARIO: 1. Le scelte del legislatore attuale: un ritorno al passato? - 2. La confisca nel sistema dello *ius commune* definizioni e scopi. - 3. Un'irresistibile espansione. - 4. I difficili esordi del principio di personalità della pena. - 5. Dall'illuminismo ai codici. - 6. L'araba fenice.

1. Le scelte del legislatore italiano: un ritorno al passato?

Negli ultimi decenni, l'esigenza di attuare sempre più efficaci forme di contrasto ai fenomeni di criminalità organizzata ha indotto il legislatore italiano a privilegiare l'introduzione di misure repressive e preventive di carattere patrimoniale, tese in principal modo a smantellare «quella vastissima rete di beni e rapporti economici destinati alla conservazione e all'esercizio dei poteri criminali»[1]

Tale approccio ha quindi realizzato, come è stato di recente osservato, «un modello di contrasto alla criminalità organizzata eccezionale – in quanto derogatorio alle ordinarie regole di garanzia – trasversale rispetto al sistema normativo del diritto penale, processuale, penitenziario e del tutto peculiare, in quanto caratterizzato dall'intento di incidere non solo sulla sfera personale, ma anche sulla sfera economica e patrimoniale del soggetto responsabile o indiziato di un reato di criminalità organizzata»[2].

Non v'è alcun dubbio che un ruolo fondamentale nella delineazione di questo nuovo paradigma sia stato svolto da un più intenso ricorso alla misura della confisca, in forme talvolta profondamente mutate rispetto al tradizionale modello di confisca 'speciale' delineato nell'art. 240 c.p.

Un esempio eloquente dell'allontanamento dalla disciplina codicistica è senza dubbio rappresentato dalla c.d. confisca 'allargata' o 'per sproporzione'. Introdotta col

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

[1] L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, p. 10.

[2] P. Corvi, *La confisca nei reati di criminalità organizzata*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, p. 432.

d.l. 399/1994, che ha aggiunto l'art. 12-sexies al d.l. 306/1992, la misura prevedeva originariamente, nei confronti di soggetti condannati per reati di criminalità organizzata, la confisca obbligatoria di tutti i cespiti patrimoniali, nella loro titolarità o disponibilità, che risultassero di valore sproporzionato rispetto al reddito da questi dichiarato o all'attività economica da essi svolta, ogniqualvolta tali soggetti non fossero stati in grado di provarne la legittima provenienza. In prosieguo di tempo, la comprovata efficacia di tale misura ha indotto il legislatore – con diversi interventi protrattisi fino ad oggi[3] – ad estenderne l'applicazione a fattispecie talora ben distanti dai 'reati-presupposto' di criminalità organizzata che ne avevano costituito la primigenia ragion d'essere.

Se esula dal compito scientifico dello storico del diritto manifestare una personale presa di posizione rispetto all'attuale, ampio e vivacissimo campo di opinioni sorte a seguito dell'introduzione di una misura siffatta (e di altre del medesimo tenore[4]), non si può negare che egli – a ciò spinto soprattutto dalla tendenza di una parte consistente della dottrina ad annoverare questa nuova peculiare misura patrimoniale non più fra le misure di sicurezza o di prevenzione[5] ma fra le pene in senso stretto[6], nonché dalla constatazione dell'assenza di un diretto vincolo di pertinenzialità tra il reato commesso e i beni oggetto dell'ablazione patrimoniale –

[3] Un dettagliato elenco di tali interventi *ivi*, p. 438, n. 24, a cui si deve aggiungere, da ultimo, quanto stabilito dall'art. 31 della l. 17 ottobre 2017, n. 161, che prevede l'ulteriore allargamento dell'ambito di operatività della sanzione a tutti i reati contemplati dall'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p.

[4] Ancora più eloquente potrebbe ad esempio presentarsi il caso, per molti aspetti strettamente connesso all'ipotesi di cui ci stiamo occupando, della c.d. confisca 'di prevenzione', da ultimo disciplinata dall'art. 24 d. lgs. 159/2011, di cui tuttavia, per evidenti ragioni di economia espositiva, non potremo dar conto in questa sede.

[5] La giurisprudenza tende tuttora a qualificare la confisca allargata come misura di sicurezza patrimoniale atipica in funzione deterrente: v. Cass. SS.UU., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cassazione penale*, 44 (2004), p. 1182; conf., in dottrina, F. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, p. 175.

[6] Qualificano pacificamente la confisca come *sanzione penale* in senso proprio, ad es., L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., p. 68; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 524. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 850; S. Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, Padova, 2009, I, 322, n. 126; M. Nunziata, *La confisca nel codice penale italiano. Un'analisi critica per la riforma*, Napoli, 2010, p. 27, propendono per la qualificazione della misura ablativa quale *pena accessoria*. Il carattere di *sanzione polifunzionale* (*poena mixta*) è sostenuto da A. CISTERNA, *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e edella confisca per valore equivalente,* in *Giurisprudenza italiana*, 161 (2009), p. 2085; E. Nicosia, *La confisca e le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, pp. 15, 159. F. SGUBBI, *L'art. 12* quinquies *della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art, 12* sexies, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 30, qualifica infine la confisca come pena *sui generis*.

ravvisi nelle recenti scelte del legislatore l'ennesima tappa di un lungo percorso storico nel quale, fin dall'età antica, la *confiscatio bonorum*[7] aveva conosciuto momenti di crisi ed aveva subìto drastici interventi di ridimensionamento, alternati ad altri in cui, specie in età medievale e moderna, avrebbe manifestato una sorprendente tendenza espansiva, tanto da tornare a occupare un ruolo centrale nell'ambito dei sistemi punitivi continentali.

Al fine di fornire qualche ulteriore elemento di conoscenza che possa arricchire con una comparazione di tipo 'verticale' l'attuale dibattito dottrinale, appare dunque non del tutto inopportuno seguire, sia pure per sommi capi, le vicende storiche che hanno caratterizzato l'impiego di tale sanzione.

2. La confisca nel sistema dello ius commune*: definizioni e scopi.*

La prospettiva storica che si è deciso di inquadrare in questa sede è, in particolare quella del diritto moderno. Pur senza disconoscere l'importanza, anche in quest'ambito, dell'elaborazione giuridica medievale[8] (che d'altra parte si avrà modo di richiamare ove necessario), Il punto di partenza cronologico di questa breve ricognizione delle fonti dello *ius commune* si colloca, in particolare, nell'ambito delle *practicae* e della trattatistica penale cinque-seicentesca. Fra tali opere, ormai pacificamente ritenute gli antecedenti storici della moderna sistemazione tecnica del diritto punitivo[9], spicca il *Tractatus de confiscatione bonorum*, pubblicato per la prima volta nel 1611 dal giurista umbro Sebastiano Guazzini, che costituisce il primo tentativo compiuto di sistemazione 'monografica' della materia. Di esso faremo quindi il punto di partenza della ricostruzione, ovviamente non cercando di tracciare una (qui

[7] Per una maggiore aderenza al dato storico, si è qui preferito impiegare il termine confisca *dei beni* (o c. *patrimoniale*) in luogo di quello di confisca *generale* abitualmente impiegato dai cultori del diritto penale odierno. La c.d. confisca *speciale* non sarà oggetto della presente trattazione.

[8] Una sintetica ma attenta ricostruzione dei profili giuridici della confisca in età medievale in A. M. Monti, *Illegitimate appropriation or just punishment? The confiscation of property in* ancien régime *criminal law and doctrine*, in *Property rights and their violation. Expropriations and confiscations, 16th-20th Centuries / La propriété violée. Expropriations et confiscations, XVIe-XXe siècles*, Bern, 2012, p. 18 s.

[9] Sul rilievo assunto dalle *Practicae criminales*, v. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale* (2002), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 13 s. ; E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia. 2013, p. 31 s.; L. Garlati, *Per un storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, 89 (2016), spec. pp. 73 ss.

impossibile) compiuta disciplina dell'istituto, ma limitandoci, in particolare alla ricostruzione degli scopi e dei limiti applicativi di tale sanzione[10].

Appoggiandosi alla criminalistica a lui di poco precedente, Guazzini fornisce anzitutto la definizione della confisca quale «*auctio universalis* [o anche *ad fiscum applicatio*] *omnium bonorum, vel alicuius quotae*»[11], e quella, correlativa, del *fiscus* come *bursa publica in qua pecunia publica reponitur*[12].

Emerge con chiarezza, fin dalla definizione, l'effetto proprio della confisca: il definitivo svuotamento, parziale o totale, del patrimonio del reo a tutto vantaggio dell'erario.

Il fatto che all'irrogazione di tale pena faccia riscontro la prospettiva di un incremento economico a beneficio del soggetto chiamato ad applicarla appare strettamente connesso al rischio di un impiego immoderato della stessa. Di ciò pare rendersi conto lo stesso Guazzini, che, accanto alla nozione di fisco sopra ricordata, riporta *verbatim* quella che uno dei suoi autori di riferimento, il borgognone Barthélemy de Chasseneuz, chiama «*germana diffinitio*» del procuratore fiscale deputato all'incameramento dei beni oggetto di confisca, descritto come «*vir parum placidus, omnibus invisus, Deo odiosus, parum aut nihil aequitatis in se habens*»[13].

Tale pregiudizio negativo nei confronti del fisco aveva, in realtà, origini ben più remote. Lungo è infatti il catalogo delle contumelie con cui, fin dall'età medievale, il pubblico erario era stato preso di mira.

Già Luca da Penne, ad esempio, nel suo commento ai *tres libri* del *Codex*, oltre a definire il fisco come «*stomachus rei publicae*», secondo una metafora di stampo

[10] Ovvie ragioni di economia espositiva impongono, in questa sede, una disamina oltremodo sommaria e parziale anche di tali aspetti. Per un'analisi più dettagliata della materia, si rinvia ad un saggio monografico attualmente in via di elaborazione.

[11] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione bonorum*, Venetiis 1611, c. 1, nn. 1-2, p. 1.

[12] *Ivi*, n. 2. Tutte le definizioni fornite dal giurista umbro sono tratte dall'opera del giurista francese Barthélemy de Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiae [cum] Commentariis […]* (1517), Francofurti ad Moenum, 1574, *Des confiscations*, Rubr. 2, nn. 1-2, col. 340, il quale le aveva tratte argomentando, a sua volta, dalle fonti giustininee e dalla glossa accursiana (v. ad es. gl. *quasi vindicaverit*, Dig. 36.1.6.3, *ad Senatusconsultum Trebellianum*, l. *Recusare*, § *Si fisco, Infortiatum seu Pandectarum iuris civilis tomus secundus [...] Commentariis Accursii [...] illustratus*, Lugduni, 1627, col. 1658 ; gl. *fiscali*, C. 12.50(49).1, *De numerariis* [...], l. *In provinciis, Volumen Legum [...] cum Commentariis Accursii ..., tomus quintus*, Lugduni, 1627, col. 313 s).

[13] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. I, n. 3, p. 2. Cfr. B. de Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiae*…, cit., *Des confiscations*, Rubr. 2, n. 4, col. 341.

organicistico che sarebbe stata ripresa da Baldo degli Ubaldi[14], aveva avvertito che tale «*saccus publicus*», dalle fonti giustinianee definito «*sanctissimus*»[15], era ormai divenuto «*sceleratissimus*»[16]. E lo stesso Baldo avrebbe definito il fisco con gli appellativi di «*imaginaria persona (...) durae cervicis et semper rigorosus, numquam vel raro aequus*»[17].

Il passaggio all'età moderna non avrebbe certo ammorbidito l'atteggiamento dei giuristi. All'inizio del XVI secolo, il provenzale Guillaume Benoît avrebbe eloquentemente affermato che «*est enim fiscus quidam saccus sine conscientia (...) a suis ergo manibus defendat nos Dominus*»[18].

Non solo. Il pregiudizio negativo nei confronti del fisco si sarebbe inevitabilmente comunicato anche alla *publicatio bonorum*: se *Deo odiosus* è quello, anche questa non si sarebbe potuta definire se non «*ex sua natura odiosa*»[19]. Da ciò non sarebbe tuttavia derivato alcun dubbio in ordine alla legittimità di tale sanzione, ma solo qualche sporadico tentativo di frenarne l'inevitabile espansione, ad esempio attraverso il ricorso alla strettissima interpretazione delle disposizioni che ne prevedono l'applicazione fuori dei casi stabiliti dallo *ius commune*[20].

Con un atteggiamento inconsueto anche per la maggior parte dei criminalisti della prima età moderna, nella sua pur sintetica *conclusio* Guazzini rivolge poi l'attenzione al piano della politica criminale, collazionando tutte le indicazioni intorno agli scopi della confisca fornite dagli autori da lui presi in esame.

Egli connette la funzione di tale pena, ancora una volta, agli indubitabili vantaggi economici per il fisco: la *publicatio bonorum* sarebbe stata concepita *pro*

---

[14] Cfr. Baldo degli Ubaldi, *In feudorum usus Commentaria*…, Venetiis, 1580, tit. *De feudo Marchiae*, § 1, n. 2, f. 26r. sul punto, v. C. Danusso, *Ricerche sulla "Lectura Feudorum" di Baldo degli Ubaldi*, Milano, 1991, p. 74, n. 15 e ult. bibliogr. ivi citata.

[15] Più precisamente, «sacratissimus» (cfr. C. 7.37.2).

[16] Luca da Penne, *Super tres libros Codicis*…, Parrhisiis, 1509, tit. De iure fisci, rubr., in fi., f. 2v.

[17] Baldo degli Ubaldi, *Commentaria super septimo, octavo et nono Codicis*..., Lugduni 1585, l. *Executorem*, *De executione rei iudicatae* (C. 7.3.8), n. 41, f. 89r.

[18] Guillaume Benoît, *Repetitio in cap. Raynuntius, Extra de testamentis*, P. II, Lugduni 1550, sect. *Mortuo itaque testatore*, I, (X, 3.26.16), n. 143, f. 90v.

[19] J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, Antverpiae, 1554, c. 66, n. 2, p. 204.

[20] Si v., ad es., l'opinione di Guazzini, il quale raccomanda che le disposizioni in quest'ambito «*strictissime sint intelligenda et minus quam fieri possint derogent iuri communi*» (S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 12, n. 11, p. 13). In precedenza, nello stesso senso, Alberico da Rosciate, *Commentariorum de statutis libri IIII*, in *Tractatus universi iuris*, t. II, Venetiis, 1584, lib. I, q. 151, n. 9, f. 24v; P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, P. I, t. I, Lugduni, 1613, qu. 25, n. 21, p. 331 (ove ulteriori riferimenti). Sugli ambiti applicativi al di fuori della prospettiva giustinianea, v. *infra*, § 3.

supportandis expensis in fabricatione processus contra delinquentes[21], secondo un luogo comune fra i giuristi d'età moderna[22]. Al conseguimento di un vantaggio parimenti economico per lo Stato sono poi riconducibili alcune ulteriori *rationes* che il giurista umbro trae – pur senza esplicitarle[23] – dall'opera del francese Pierre Rebuffi. Quest'ultimo aveva infatti osservato, a partire dal contenuto di una costituzione del re di Francia Carlo VII: «*Ecce igitur quare inventum sit, ut bona applicarentur fisco (...) secundo pro administratione, ut negotia Regni fiant, et administarentur pecunia confiscationis (...) tertio ut oneribus sublevetur populus*»[24], aggiungendo poi, immediatamente dopo: «*Ecce bonam constitutionem, ut pecunis, vel bona quae ex confiscationibus proveniunt (...), statuit ut sint addicta reparationibus publicis, et praecipue ad reparationes castrorum in limitibus Regni constitutorum*»[25].

Tuttavia – ed è questa la finalità dell'istituto che risulta, in prospettiva storica, più convincente – la confisca sarebbe stata introdotta «*ut homines remissus se habeant in committendis delictis, cum propter divitias audaciores et potentiores reddantur*»[26], secondo un'opinione già a suo tempo espressa, tra gli altri, dal giurista spagnolo Antonio Gomez nel suo commento alle *Leyes de Toro* del 1505[27]: il suo fine ultimo sarebbe insomma *preventivo*, «*ob publicam utilitatem ne unus alteri insidietur, et quies publica disturbetur*»[28].

D'altra parte, anche questa funzione *preventiva* era strettamente riconnessa a fattori di ordine economico. Come è stato opportunamente messo in luce, «as it dramatically affected the criminal's family, confiscation was an awful and terrifying penalty in a society such as the *ancien régime*'s, which was structured in social orders, bodies and, not least, in families (...). During Modern Ages, family honour, prestige

[21] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 3, n. 1, p. 2.

[22] Il giurista umbro la ricava da B. de Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiae*…, cit., *Des confiscations*, Rubr. 2, n. 31, col. 376, dal commentatore delle *Novae Consitutiones* milanesi Orazio Carpani, *In quatuor insigniores novarum Mediolani constitutionum [...] doctissimi Commentarii*, Mediolani 1609, c. *Omnium*, n. 478, p. 177, e dalle annotazioni di Giovanni Battista Baiardi alla *Practica criminalis* di Giulio Claro (v. G. Claro, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis* (1568), Genevae, 1666, l. V, ad qu. 78, n. 2, p. 814). Pertinenti osservazioni circa le ragioni economiche alla base dell'impiego della confisca in A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 16.

[23] Guazzini, *Tractatus*, concl. III, p. 3.

[24] P. Rebuffi, *In constitutiones regias commentarius* (1554), Amstelodami 1668, *Tractatus ut beneficia ante vacationem (...)*, art. II, gl. V, p. 406.

[25] *Ivi*, gl. VI, p. 407.

[26] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 3, n. 1, p. 2.

[27] A. Gomez, *Ad leges Tauri commentarius* (1555), Antverpiae, 1624, ad L. 40, n.91, p. 263.

[28] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 3, n. 1, p. 3.

and even political power were identified with family estate. That is why the family's patrimony had to be preserved intact from generation to generation and was to be protected at all costs»[29].

L'idea che questa sia, in ultima analisi, la principale finalità di tale pena resterà immutata per tutto il tempo dell'esperienza storica del diritto comune. Ne è un esempio emblematico l'opinione del criminalista francese del Settecento Daniel Jousse, che mette a confronto tutte le possibili finalità della confisca per giungere ad una conclusione inequivoca: «Cette peine paroît avoir été introduite comme une seconde punition, outre celle du corps, afin de détourner d'autant plus les hommes de l'envie de commettre les crimes (...). Quelques Auteurs prétendent aussi qu'elle a été introduite pour dédommager le fisc des frais des procès criminels (...). mais l'autre motif paroît plus naturel»[30].

3. Un'irresistibile espansione

Nell'economia complessiva della sua trattazione, l'aspetto in relazione al quale Guazzini offre gli spunti più interessanti è rappresentato, senza alcun dubbio, dalla descrizione dei profili applicativi della confisca, dai quale emerge un uso pervasivo di essa nell'ambito delle legislazioni penali d'età moderna antecedenti le codificazioni.

La *publicatio bonorum*, secondo le disposizioni della compilazione giustinianea, si sarebbe dovuta infatti applicare esclusivamente al *crimen laesae maiestatis*[31], come

[29] A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 16.

[30] D. Jousse, *Traité de la justce criminelle de France*, t. I-IV, Paris, 1771, I, P. I, tit. 3, n. 176, p. 99.

[31] Originariamente concepita come strumento di repressione dei reati di natura politica, la confisca nel diritto romano classico aveva conosciuto una notevole fortuna applicativa, fino a divenire sanzione applicabile in via accessoria a tutti i reati punibili con pene capitali (v. Dig. 48.20.1.pr.: «*Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur aut civitas, aut servilis condicio irrogatur*». Anche in tal caso, tuttavia, si prevedeva che una porzione dei beni fosse riservata ai figli del condannato, purché nati da *iustae nuptiae* e comunque concepiti anteriormente alla condanna: cfr. Dig. 48.20.1.2-3 e Dig. 48.20.7). In epoca postclassica, poi, si erano ulteriormente ridimensionati gli effetti della confisca, con lo stabilire che, fatta eccezione per le ipotesi di lesa maestà, la metà dei beni del condannato dovesse essere devoluta agli eredi secondo le regole della successione legittima (in questo senso, ad es., la Costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 426 [C. 9.49.10 = C. Th. 9.42.24]: «*Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem poenam vel deportationem sustineat, si quidem sine liberis mortuus sit, bona eius ad fiscum perveniant: si vero filii vel nepotes ex defunctis filiis relicti erunt, dimidia parte aerario vindicata alia eis reservetur. Idem est et si postumos dereliquerit*»). La Novella 134 di Giustiniano aveva infine generalizzato tale tendenza: se per il *crimen maiestatis* restavano impregiudicate le regole stabilite dallo *ius vetus*, in tutti gli altri casi, in presenza di familiari, al condannato sarebbe stato semplicemente precluso il ricorso agli strumenti della successione volontaria ed i suoi beni sarebbero stati ripartiti fra i discendenti e gli ascendenti fino al terzo grado (Nov. 134, cap. fin. [Auth. post C. 9.49.10]: *Bona damnatorum seu proscriptorum non fieri lucrum iudicibus aut eorum officiis, sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari, sed ascendentibus et descendentibus, et ex latere usque ad tertium gradum, si supersint. Uxores vero dotem et*

effettivamente si applicava *de communi ac generali totius orbis observantia*[32]. Il che già di per sé le avrebbe garantito vasto campo d'azione, considerata la peculiare elasticità di tale figura criminosa e la sua attitudine a tradursi in un numeroso insieme di fattispecie punibili[33].

Guazzini precisa però che la confisca *imponitur in multis casibus*, segnalando, *de iure communi*, diverse centinaia di ipotesi criminose colpite con tale sanzione[34], non interessate dalle limitazioni imposte da Giustiniano (le quali, secondo la *communis opinio doctorum*, riguardavano esclusivamente i casi in cui essa fosse stata stabilita *in consequentiam alterius poenae* e non anche quelli in cui fosse stata *expresse imposita*[35]). In realtà, secondo la realistica constatazione di Giulio Claro, *quidiquid sit de iure, communiter totus mundus servat, quod bona non confiscantur in aliquo casu, excepto crimine haeresis, et laesae maiestatis, nisi ex dispositione statuti, vel consuetudinis aliter caveatur*[36].

La reviviscenza della *publicatio bonorum* nel corso dell'età intermedia è dunque dipesa soprattutto dall'incidenza dello *ius proprium*, che ne ha esteso l'operatività ben oltre i confini dei delitti maiestatici. Valgano, in questo senso, alcuni esempi

---

ante nuptias donationem accipiant. Si vero sine dote sint, de substantia mariti accipiant partem legibus definitam: sive filios habeant, sive non. Sed si neminem praedictorum habeant qui deliquerunt, eorum bona fisco sociantur. In majestatis vero crimine condemnatis veteres leges servari iubemus»). Sulla confisca nel diritto romano, si indicano, senza alcuna pretesa di esaustività, Pertile A. Pertile*, Storia del diritto italiano*, V. *Storia del diritto penale*, Torino, 1895, p.228 s.; C. Civoli, *s.v. Confisca (diritto penale)*, in *Il Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1896, p.893 s.; C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, I, Milano 1905, p.160 s. Sulle origini dell'istituto, più recentemente, F. Salerno, *Dalla* « Consecratio » *alla* « Publicatio bonorum ». *Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990.

[32] Ciò è attestato ad esempio, sulla base della citazione di numerosi *doctores*, da P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Pars I, Tomus I, 1613, qu. 25, n. 11-12, p. 330.

[33] Sul *crimen laesae maiestatis* si fa, naturalmente, riferimento al definitivo saggio di Sbriccoli 1974. Per un'idea di massima sulla dimensione di tale crimine, si v. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle*..., cit., III, P. IV, tit. 27, n. 1-3, p. 673 ; tit. 28, n. 1-21, p. 674 s. In più, per questo reato, la confisca opera *ipso iure* dal *tempus commissi delicti* (v. S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 13, n. 5, p. 18), in modo che essa si applichi nonostante la *poenitentia* del reo (questo è un principio che vale, in particolare, per il *crimen laesae maiestatis divinae* : segnala però l'esistenza di uno *ius controversum* su questo punto, propendendo per una soluzione non rigorosa, Prospero Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*..., cit., p. I, t. 1, qu. 25, n. 16, p. 331). Illustra la prassi milanese, al riguardo, G. P. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro* (1979), in Id., *Saggi di Storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, p. 184 s.

[34] L'autore che è riuscito ad elencare il maggior numero di ipotesi criminose – ben 418 – è il catalano Jaume Callis, *Margarita fisci* (1424), Barchinonae, 1556, p. 32 s., ricordato da Giulio Claro (*Opera omnia sive practica*..., cit., l. V, qu. 78, n. 3, vers. *Multa autem*, p. 810) e, con qualche imprecisione, dallo stesso S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 13, n. 1 *in fi.*, p. 19.

[35] Per tutti, G. Claro, *Opera omnia sive practica*...., cit., l. V, qu. 78, n. 1, vers. *Scias etiam* p. 810 ; S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 13, n. 6, p. 18 ; v. però B. Carpzov, *Practica nova [...] rerum criminalium* (1635), Wittembergae, 1670, qu. 135, n. 29, p. 289.

[36] G. Claro, *Opera omnia sive practica* …, cit., l. V, qu. 78, n. 1, vers. *Sed certe*, p. 810 ; S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 13, n. 7, p. 18.

emblematici. Nel Ducato di Milano, gli statuti criminali prevedono la confisca dei beni per tutti i reati colpiti con la pena del bando (fra cui l'omicidio, l'incendio, la sodomia, la rapina, il furto qualificato etc.[37]); E, su un piano più generale, nell'ambito del *droit coutumier* d'oltralpe, sull'esempio della *coutume* di Parigi, si è affermata la regola *qui confisque le corps confisque les biens*[38], con cui si è tornato a confiscare il patrimonio dei condannati alla pena capitale[39].

Ma v'è di più. In età moderna, emerge prepotentemente, in quest'ambito, la legislazione statuale[40], nuovo e preminente elemento costitutivo dello *ius patrium*[41]. Anche Guazzini, in tal senso, riconosce che *potest Princeps pro aliquo particulari delicto mandaret bona publicari, cum Princeps sit lex animata in terris*[42].

Significativa è, ancora, in tal senso, l'esperienza del Ducato di Milano, ove diverse ipotesi di reato colpite da confisca, oltre che dalle *Nuove Costituzioni* promulgate da Carlo V nel 1541[43], sono previste anche da una più dispersa ed alluvionale produzione legislativa[44].

Anche in Francia la legislazione sovrana ha ribadito le prerogative regie in quest'ambito[45]. Nell'area germanica, poi, solo la *Constitutio Criminalis Carolina* aveva soppresso tutte le forme di confisca ad eccezione di quelle previste per il crimine di

[37] *Statuta criminalia mediolani e tenebris in luce edita*, Mediolani, 1619, c. 176, p. 52 ; per un'elencazione dei reati colpiti dal *bannum*, v. c. 106, p. 30. Sul punto si rimanda a S. Salvi, *La confisca nella prassi lombarda del tardo antico regime*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 83 (2010), *passim* (spec. p. 201 e n. 16).

[38] L. Charoudas Le Caron, *Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, Paris, 1605, art. 183, , f. 115r.

[39] Per la descrizione della portata e dei limiti di tale principio, quasi completamente inoperante nei *pays de droit écrit*, v. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle*..., cit., I, P. I, tit. 3, n. 175 s., p. 99 s.

[40] Per S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 12, n. 9, p. 12 la confisca può essere infatti *inducta a Principe, vel a Statuto seu Consuetudine*.

[41] V. I. Birocchi, A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma, 2006.

[42] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 12, n. 17, p. 13 (che si riferisce tuttavia qui alla *confiscatio extraordinaria*, su cui *infra*).

[43] Sulla prassi milanese basata sulle *Novae Constitutiones*, v. Ae. Bossi, *Practica et tractatus varii [...]*, Basileae, 1580, tit. *de confiscatione bonorum*, p. 438 s. ; Orazio Carpani, *In quatuor insigniores*..., cit., c. *Omnium*, n. 478 s., p. 176 s. ; in letteratura, ampiamente, v. G. P. Massetto, *La prassi penalistica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)* (1979), in Id., *Saggi di Storia del diritto penale*..., cit.; M.G. di Renzo Villata, *Egidio Bossi. Un grande criminalista milanese quasi dimenticato*, in Ius Mediolani. *Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara,* Milano, 1996,.

[44] Sul punto si rinvia a S. Salvi, *La confisca nella prassi lombarda*…, cit., p. 201 s ; A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 37 s.

[45] Su punto v. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle*..., cit., III, P. IV, tit. 28, n. 31 s., p. 686 s. ; P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre nautrel*, Neuchatel, 1781, I, l. II, tit. 4, c. 6, § 1, n. 5 s., p. 74.

lesa maestà[46], determinando una sostanziale eclissi di tale sanzione[47]. Nei territori sottoposti all'autorità della corona asburgica, alle limitazioni previste dal *Codex austriacus*[48] aveva fatto riscontro un più deciso ricorso alla *publicatio bonorum*, anche per fattispecie diverse dal *crimen maiestatis*, in seno alla *Constitutio Criminalis Theresiana*[49].

Ultima ma non meno significativa possibilità prevista dal sistema del maturo *ius commune* resta quella di applicare la confisca *extraordinarie* (ossia *praeter legem*)[50]. Questa prerogativa, solitamente propria del sovrano[51], può essere esercitata anche dai giudici dei grandi tribunali,[52] in base all'*arbitrium* che caratterizza il loro operato[53]: è quindi facilmente immaginabile che l'estensione della *publicatio bonorum* possa in tal modo assumere contorni pressoché indefiniti.

4. I difficili esordi del principio di personalità della pena.

Nell'ambito dei sistemi penali d'età moderna la confisca viene dunque ad assumere un sempre più vasto rilievo, senza peraltro (come si osservava più sopra) che la sua legittimità sia messa in discussione dalla scienza criminalistica di diritto comune.

Non valgono a contestare il ricorso a tale pena neppure le prime sporadiche constatazioni del rapporto di contraddizione fra essa e il principio di personalità della pena.

---

[46] *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), Heidelbergae, 1837, § 218, p. 233 s.

[47] *Nullum hodie dari casum, ubi in Imperio Romano-Germanico confiscatio, quae proprie talis est [...] locum habeat* : B. Carpzov, *Practica nova*..., cit., qu. 135, n. 28, p. 289.

[48] F. Guarient, *Codex austiacus […]*, Wien, 1704, art. 55, § 1, p. 685.

[49] La disciplina generale della confisca è fissata nella *Constitutio Criminalis Theresiana* (vers. it.), Vienna, 1769, art. 9, p. 17 ; per un caso di applicazione della sanzione al di fuori delle ipotesi di lesa maestà (nella fattispecie, il suicidio), v. art. 93, § 7, p. 254. Su di essa, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*. *Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano, 2005, p. 292 s.

[50] S. Guazzini, *Tractatus de confiscatione*..., cit., c. 2, p. 2.

[51] *Ivi*, c. 12, n. 1, p. 11.

[52] *Ivi*, c. 12, n. 3-4, p. 12 ; v. anche J. Menochio, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis [...]*, Coloniae Allobrogum, 1671, qu. 93, n. 5, p. 145.

[53] V., in generale, M. Meccarelli, Arbitrium. *Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, p. 195 s. Per alcuni profili problematici, v. G. P. Massetto, *La prassi penalistica* lombarda..., cit., p. 17 s.

Il criminalista olandese Joos Damhouder rileva infatti che la *bonorum publicatio* «*in detrimentum et perniciem eorum vergat, qui innocentes sunt et culpa vacant*»[54], ma ciò non lo spinge oltre l'affermazione, già sopra ricordata, della natura *odiosa* della sanzione[55].

Allo stesso modo, sul versante della scienza politica, anche Jean Bodin si limita a definire la circostanza che «tous les biens des condamnéz sont acquis au fisque, sans avoir égard à la femme, ny aux enfants, ny aux créanciers» una «chose très cruelle et barbare»[56].

D'altra parte, l'idea secondo cui la pena non potesse estendersi oltre la persona del colpevole era presente già nella compilazione giustinianea[57] ed era ben conosciuta anche in seno alla scienza giuridica medievale.

I Glossatori ne avevano tenuto conto ed avevano individuato, all'interno del *corpus iuris*, numerose altre manifestazioni di essa, così come è chiaramente attestato dalla Glossa accursiana[58]. Tuttavia, secondo la nota tendenza all'armonica composizione dei *contraria* propria di quella scuola[59], essi non avevano riscontrato, nella pena della confisca, una contraddizione rispetto a tale principio generale: vi avevano piuttosto ravvisato una *fallentia*, o più precisamente uno *ius speciale* derogatorio rispetto alla *regula* della responsabilità individuale[60].

Ma v'è di più. A partire dalla fine del secolo XIII, i giuristi avrebbero provato a giustificare la presenza di tale *fallentia* all'interno del sistema. Dino del Mugello, ad esempio, avrebbe preso spunto da una delle *regulae iuris* forse da lui stesso composte

---

[54] J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium*..., cit., c. 66, n. 2, p. 204.

[55] Cfr., *supra*, testo corrispondente a nt. 18.

[56] J. Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1576, l. V, c. 3, p. 561.

[57] Esso è sancito soprattutto da una costituzione degli imperatori Arcadio e Onorio del 399, accolta poi nel *Codex* di Giustiniano: *Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxa est. Propinquos notos familiares procul a calumnia submovemus, quos reos sceleris societas non facit: nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos teneant auctores nec ulterius progrediatur metus, quam reperietur delictum. Hoc singulis quibusque iudicibus intimetur* (C. 9.47.22).

[58] Gl. *metus*, C. 9.47.22, *De poenis*, l. *Sancimus*, *Codicis Iustiniani... repetitae praelectionis Libri duodecim. Accursii commentariis*…, Lugduni, 1627, col. 2451.

[59] Ampia è la letteratura al riguardo. Valga qui, per tutti, da ultimo, l'efficacissimo giudizio di G. Chiodi, *Ius civile: glossatori e commentatori*, in Enciclopedia Italiana. *Il contributo italiano alla storia del pensiero*. Ottava Appendice. *Diritto*, a cura di P. cappellini, P. Costa, M. fioravanti, B. Sordi, Roma 2012, p. 9: «Come i teologi-canonisti, che negli ultimi decenni dell'11° sec. avevano scoperto la forza costruttiva della ragione, la possibilità di combinare *auctoritas* e *ratio*, così anche per i legisti la *solutio contrariorum* diventa il principio centrale euristico di tutto un edificio dottrinale, il motore di una potentissima macchina intellettuale, volta a eliminare, con il ragionamento, le apparenti discordanze interne».

[60] «*Sed speciale est in crimine laesae maiestatis»:* gl. *metus*, C. 9.47.22, *De poenis*, l. *Sancimus*, *Codicis Iustiniani*..., cit., col. 2451. Cfr. gl. *fisco*, Auth. post C. 9.49.10, *De bonis damnatorum*, l. *Bona damnatorum*, *ivi*, col. 2457.

e collocate in appendice al *Liber Sextus*[61], secondo la quale «*sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus*»[62], per individuare la *causa* dell'estensione della pena all'incolpevole in una sorta di presunta *continuatio paterni criminis*[63]. E ancora più lontano si sarebbe spinto il più celebre allievo di Dino, Cino da Pistoia, nell'ipotizzare addirittura una inevitabile ed irredimibile *infectio sanguinis*[64], secondo un'argomentazione destinata a conoscere un inalterato favore anche a secoli di distanza[65].

Anche sul versante canonistico, il principio della personalità della pena, che a metà Duecento sarebbe stato scultoreamente enunciato da Enrico da Susa – «*peccata suos debent tenere authores*»[66] –, in realtà già dai tempi del *Decretum* grazianeo aveva conosciuto delle *fallentiae* in relazione al reato di simonia, correlato al *crimen maiestatis divinae*[67], e, col recepimento della legislazione antiereticale nelle collezioni canoniche successive, avrebbe conosciuto, con l'applicazione della *confiscatio bonorum* a danno dell'eretico e dei suoi familiari, un'ulteriore smentita[68], confermata (se non addirittura rafforzata) dalla prassi inquisitoriale dell'età moderna[69].

---

[61] Sul punto, per tutti, E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso Medioevo*, Roma, 1995, p. 369 s.

[62] VI, *De regulis iuris*, XXIII (*Corpus juris canonici emendatum et notis illustratum,* P. III, *Liber sextus Decretalium d. Bonifacii papae* VIII, Romae, 1582, col. 806 s.). Nella sua *glossa ordinaria* al *Sextus*, Giovanni d'Andrea avrebbe rammentato il carattere speciale della punizione sine culpa: «*Regulariter ergo nullus punitur sine culpa (...) Et est ratio quia poena est mensura culpae (...) ubi autem non extat mensurandum, mensura locum non habet: ergo ubi non est culpa, nec poena*» (Gl. *sine culpa*, *loc. ult. cit.*).

[63] Dino del Mugello, *Commentaria in Regulas iuris pontificii...*, Venetiis, 1570, ad Reg. XXIII, n. 6, p. 155: «*Item opponitur de filio damnati crimine laesae maiestatis, qui punitur propter delictum patris: nam infamia notatur et a paterna (...) successione privatur (...) Item de filio haeretici (...) Sed in illis est causa aperta, licet non culpa. Nam quia sunt de genere improbato, est praesumptio continuationis paterni criminis contra eos*».

[64] Cino da Pistoia, *In Codicem [...] doctissima commentaria*, Francofurti ad Moenum, 1578, *De poenis*, l. *Sancimus* (C. 9.47.22), n. 1, f. 568r.: «*Scelus inficitur natura, ita quod filius velut ex infecto sanguine natus, punitur ista causa, quia est de sanguine perverso*».

[65] V. *infra*, § 5.

[66] Enrico da Susa, *In tertio Decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581, *De pignoribus*, c. *Ex literis tuae fraternitatis* (X, III.21.5), n. 1, f. 64r.

[67] Per più dettagliati riferimenti al recepimento, nel *Decretum*, delle norme giustinianee sul *crimen maiestatis* in V. Piergiovanni, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*. I. *La discussione del problema in Graziano e nella Decretistica*, Milano, 1971, p. 67 ss.

[68] Il rapporto problematico tra legislazione antiereticale e principio di personalità della pena, in relazione al quale lo stesso Ostiense, fra gli altri, si è trovato impegnato a tentare di limitare gli effetti negativi della condanna a carico degli incolpevoli familiari dell'eretico previsti dall'innocenziana decretale «*Vergentis*», è ben descritto da V. Piergiovanni, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*. II. *Le* «poenae» *e le* «causae» *nella dottrina del XIII secolo*, Milano, 1974, pp. 173 ss. (per il punto di vista di Enrico da Susa, *ivi*, pp. 188 ss.).

[69] Sul punto, si v. V. Lavenia, *Confisca dei beni*, in A. Prosperi (a cura di), *Dizionario storico dell'inquisizione*, vol. I, Pisa, 2010, p. 375 s.; A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 16 e n. 5; da ultimo, A. Santangelo

Il passaggio all'età moderna, con l'eccezione delle prime, timide critiche sopra richiamate, avrebbe poi mostrato un panorama dottrinale, sul punto, sostanzialmente immutato.

Risulta significativa, in particolare, la circostanza che anche in seno alle correnti giusrazionalistiche, impegnate a rifondare su basi logico-deduttive il sistema giuridico (e in particolare quello penale)[70] a partire da un nucleo di *generalia* tra cui appare anche il principio della responsabilità personale del reo, si riesca ad eludere il problema della presenza della confisca all'interno degli apparati repressivi.

Il caso più emblematico in tal senso è probabilmente quello di Ugo Grozio, fondatore del moderno giusnaturalismo[71], il quale afferma scultoreamente «*dicemus neminem delicti immunem ob delictum alienum puniri posse*»[72], ma poi chiarisce che il pregiudizio subito dagli eredi del condannato alla *publicatio bonorum* non può essere considerato propriamente una pena, «*quia bona illa illorum futura non erant nisi a parentibus ad ultimum spiritum essent conservata*»[73]: non si tratterebbe, quindi, di una sanzione consistente nella perdita dei diritti ereditari, bensì di un *incommodum* derivante dall'incapienza del patrimonio paterno al momento dell'apertura della successione[74]. E, ancora oltre un secolo più tardi, Christian Wolff ribadirà che «*haeredes nullus habent jus in bonis ejus, qui punitur, quamdiu vivit, sed tantummodo succedunt in bona, quae defunctus relinquit*», e preciserà che «*quando bona confiscantur, eo vivo adimuntur et fisco attribuuntur*»[75], giocando sulla circostanza – invero non pacificamente ammessa in seno alla tradizione

Cordani, *«La pura verità». Processi antiereticali e inquisizione romana fra Cinque e Seicento*, Milano, 2017, p. 200 s. (e l'ampia letteratura ivi citata).

[70] In generale, sulle moderne dottrine giusnaturalistiche, v. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, in part. cap. III, pp. 97 ss.; alcune interessanti considerazioni critiche in I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, pp. 159 ss.

[71] V. M.A. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII,* Ferrara, 1974 cit., p. 7; F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*. I. *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano 1983, in part. pp. 79 ss.; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine* cit., in part. pp. 170 ss.

[72] U. Grozio, *De iure belli ac pacis libri tres [...]*, Parisiis, 1625, l. II, c. 21, § 12, p. 464.

[73] *Ivi*, § 10, p. 463.

[74] Nello stesso senso, J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit politique*, I, Amsterdam, 1751, p. III, c. 4, § 42, p. 277.

[75] Ch. Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, VIII, *De imperio publico*, Haleae, 1748, c. III, § 594, p. 443.

bartolistica – secondo la quale, in caso di *crimen maiestiatis*, la perdita del patrimonio opererebbe *ipso iure*, al momento della commissione del delitto[76].

Il permanere di tale atteggiamento 'giustificazionistico' condurrà infine ad un singolare ribaltamento di prospettiva, in virtù del quale proprio nella minaccia delle conseguenze negative a carico degli incolpevoli eredi del reo si individuerà la principale forza deterrente di tale sanzione. Sarà infatti Daniel Jousse a sostenere esplicitamente che il malintenzionato potrà essere più facilmente distolto dal proposito criminoso «en voyant cette peine passer jusques la personne de leurs enfants, ou héritiers, par la privation des biens qui devoient naturellement leur appartenir»[77].

5. Dall'illuminismo ai codici.

Da quanto si è sin qui detto, non stupisce che, anche nell'ambito del pensiero illuministico, una radicale critica alla confisca irrompa del tutto inopinatamente: «Se alcuni hanno sostenuto che le confische sieno state un freno alle vendette ed alle prepotenze private, non riflettono che, quantunque le pene producano un bene, non però sono sempre giuste, perché per esser tali debbono esser necessarie, ed un'utile ingiustizia non può esser tollerata da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia, che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri. Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual piú tristo spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirgli, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo!»[78].

La pagina sopra riprodotta – una delle più celebri del beccariano *Dei delitti e delle pene* – segna, tra l'altro, il più clamoroso distacco dal robusto ancoraggio utilitaristico che caratterizza in modo eminente il pensiero dell'illuminista milanese, a

[76] V. *supra*, n. 31.
[77] D.l Jousse, *Traité de la Justice criminelle*..., cit., I, P. I, tit. 3, n. 176, p. 99.
[78] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, 1994, § XXV, p. 56.

tutto vantaggio di una concezione *umanitaria* del diritto penale[79]. Per quello che più direttamente ci riguarda, essa rappresenta la più esplicita messa in questione della presenza della confisca negli ordinamenti punitivi.

In precedenza, infatti, Montesquieu aveva criticato gli inconvenienti dell'applicazione di tale pena, ma si era limitato a proporre di limitarne l'impiego a « certains crimes », suggerendo inoltre, sulla base di una suggestione tratta dall'opera di Jean Bodin, che essa coinvolgesse i beni mobili e gli acquisti effettuati dal reo[80].

Per effetto delle lapidarie affermazioni beccariane, la pena della confisca subirà un progressivo fenomeno di delegittimazione, divenendo infine incompatibile con i principi del moderno diritto penale codificato.

A ben vedere, tuttavia, nemmeno il severo giudizio pronunciato da Beccaria pare suscitare unanimi consensi fra gli esponenti dei Lumi.

A parte le feroci manifestazioni di disapprovazione suscitate da tale *libriccino* negli ambienti più retrivi della cultura europea – basti qui ricordare le critiche di Ferdinando Facchinei, che lo accuserà di aver trattato l'argomento «tutto fuori di luogo e senza scrivere nondimeno niente, o di nuovo, o di buono»[81], o l'appassionata difesa dell'*amissio bonorum* contenuta nella *Réfutation* di Pierre-François Muyart de Vouglans, il quale revocherà pesantemente in dubbio l'*innocenza* stessa dei familiari del reo, sulla base di argomentazioni a noi ben note circa la comunicazione della *culpa* agli eredi[82] –, l'unico autore che manifesta inequivocabilmente il suo consenso nei confronti delle opinioni del giurista milanese è Voltaire, le cui opere contribuiranno in maniera decisiva ad imprimere alla *publicatio bonorum* un indelebile stigma[83].

---

[79] V., in tal senso, M. A. Cattaneo, *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale*, in L. lombardi Vallauri, G. Dilcher (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, p. 1238 ; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 220 ; per una prevalenza, in Beccaria della componente utilitaristica, M. Sbriccoli, *Beccaria ou l'avenement de l'ordre* (1997), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 393.

[80] Ch.-L. Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), in *Oeuvres [...]*, I, Amsterdam-Leipzig, 1777, l. V, c. 15, p 131 s. Per il riferimento a Bodin, v *supra*, n. 55.

[81] F. Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, s.l. [ma Venezia], 1765, p. 85 s. ; Sulle critiche dell'abate Facchinei si v. l'ampio saggio di G.P. Massetto, *Pietro e Alessandro Verri in aiuto di Cesare Beccaria : la risposta alle Note del Facchinei*, in *Pietro Verri e il suo tempo* (Quaderni di Acme, 35), I, Bologna, 1999.

[82] P.-F. Muyart de Vouglans, *Réfutation des principes hasardés dans le traité Des délits et des peines*, Lausanne, 1767, p. 96 s. V. *supra*, § 4.

[83] Si v., ad esempio, F.-M. A. Voltaire, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, Genève, 1766, c. 21, p. 99 s. ; Id., *Questions sur l'Encyclopédie*, IV, Genève, 1771, *s.v. Confiscation*, p. 66 s. ; Id., *Prix de la justice et de l'humanité*, Londres, 1777, art. 27, p. 112 s.

Di ben diverso segno è invece il pensiero di Gaetano Filangieri, il quale, pur mettendo in guardia dagli *abusi* che potrebbero derivare dal ricorso alla confisca, ne difende vigorosamente la legittimità e l'utilità, riprendendo e sviluppando gli stessi argomenti già messi in rilievo in ambito giusnaturalistico: «Che la perdita di un diritto debba essere preceduta dalla violazione di un patto, è un principio che io stesso ho stabilito; ma qual è il diritto che perdono i figli con la confiscazione dei beni del padre delinquente? Il diritto di succedere non dipende forse dal diritto di disporre? Se la legge priva il padre del diritto di disporre dov'è più il diritto di succedere ne' figli? […] Ecco il principio sul quale è fondata la giustizia della confiscazione. Per quello poi che riguarda la sua opportunità, questa dipende dall'ostacolo che il paterno amore può mettere ad attentati così funesti. La certezza, o il timore di lasciare i figli nell'indigenza può in alcuni casi aver più forza, che il rischio istesso della propria esistenza. La speranza dell'impunità che potrebbe incoraggiare la sua mano parricida, l'abbandona subito, allorché rivolge i suoi sguardi sopra i suoi figli. Se egli potrà garantirsi dalla pena colla fuga, non potrà con questa liberare i suoi figli dall'indigenza »[84].

Ancora una volta possiamo assistere a quel ribaltamento di prospettiva, in virtù del quale i motivi che dovrebbero imporre il superamento della *publicatio bonorum* sono invocati per giustificarne la sopravvivenza.

Se si analizza poi il pensiero dei criminalisti del tardo diritto comune, si possono osservare ancora atteggiamenti ondivaghi rispetto alla prospettiva del superamento di tale sanzione pecuniaria.

Fra i penalisti italiani 'post-beccariani'[85], ad esempio, Filippo Maria Renazzi, rispetto alla *aequissima* decisione giustinianea di limitare al *crimen maiestatis* l'impiego della confisca, lamenta la scelta di molte legislazioni di estendere anche a numerosi altri delitti tale misura, pur concludendo che essa è *semper irroganda a judicibus, quos non scrutari, sed exequi leges oportet*[86]. Al contrario, Luigi Cremani mostra di condividere appieno le critiche beccariane ed elogia senza riserve la lungimiranza di Pietro

[84] G. Filangieri, *La scienza della legislazione [...]* (1780), Livorno, 1827, p. 222 s.

[85] Sul significato di tale denominazione v. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno...*, cit., p. 220 s.

[86] F. M. Renazzi, *Elementa iuris criminalis* (1773), Bononiae, 1826, l. II, *De poenis generatim*, c. 11, § 4, n. 2, p. 205.

Leopoldo (nel frattempo assurto al trono imperiale), che in Toscana, con la celeberrima *Riforma* del 1786[87], *omnium bonorum publicationem e censu legitimarum poenarum prorsus delevit*[88]. Anche Tommaso Nani, nel suo commento alla *Leopoldina*, difende le scelte del legislatore toscano e sottopone ad ulteriore ed argomentata critica la posizione filangeriana[89]. Giovanni Carmignani, infine, giudica la confisca una pena affetta da un *vitium aberrationis* e paragona le leggi che la contemplano ad un *saccum [...] sine conscientia*[90].

Per quanto riguarda i criminalisti francesi impegnati ad immaginare una riforma complessiva della legislazione penale, la situazione appare addirittura ancor più variegata. Anche se in tutte le opere qui analizzate, pubblicate nell'ultimo scorcio del Settecento, la giustificazione della confisca è divenuta ormai problematica (non bisogna dimenticare che pochi anni prima vi era stato chi, in seno alla criminalistica tradizionale, non aveva esitato a definirla, più che una pena, il semplice effetto *ulteriore* della condanna alla morte naturale o civile[91]), non si può dire, infatti, che la proposta beccariana, nel suo intransigente abolizionismo, sia stata generalmente accolta.

Così, accanto a chi tiene a ribadire la piena legittimità di tale sanzione, pur raccomandando che sia concessa agli eredi del reo, da parte della nazione, « une portion quelconque des biens du condamné, que sa générosité arbitrera selon les circonstances »[92], vi sono autori che, pur non condividendo le opinioni di chi (Filangieri *in primis*) aveva negato che la *pubblicatio bonorum* ledesse i diritti degli incolpevoli familiari del reo, ritengono tuttavia che essa possa colpire in misura *parziale* il patrimonio di quest'ultimo ed essere destinata a scopi umanitari[93], al risarcimento

[87] *Editto di Pietro Leopoldo Granduca di Toscana, intorno alla riforma della legislazione criminale*, Pisa, 1786, art. 45, p. 4 s. Sulla *Leopoldina*, v. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 337 s.

[88] L. Cremani, *De iure criminali libri tres*, Ticinum, 1791, l. I, p. II, c. 10, § 5, p. 218 s.

[89] T. Nani, *Nuova legislazione criminale da osservarsi nella Toscana [...]*, Milano, 1803, sub art. 45.

[90] G. Carmignani, *Iuris criminalis elementa* (1808), Pisis, 1833, I, p. 107 s. Per tale definizione cfr. *supra*, § 2.

[91] G. de Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles* (1741), Paris, 1768, p. I, c. 1, n. 10, p. 3.

[92] A.-N. Servin, *De la législation criminelle* (1778), Basle, 1782, l. I, c. 1, art. 3, § 2, p. 87 s.

[93] J.-P. Marat, *Disegno di legislazione criminale* (1780), (trad. it. a cura di M. A. Aimo), Milano-Varese, 1971, p. 87 s. Su tale progetto v. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, p. 43 ; per i profili legati alla disciplina della conficsca, v. A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 33.

dei danni provocati dal reato[94] o al ristoro delle vittime degli errori giudiziari[95]. Infine il futuro autorevolissimo esponente della Rivoluzione Jacques-Pierre Brissot de Warville, che pure giudica il principio «qui confisque le corps confisque les biens», «atroce» e frutto dei «siècles d'anarchie féodale, où mille petits seigneurs vivoient du revenu qu'ils tiroient des crimes»[96], ritiene tuttavia opportuno mantenere la confisca per i reati di concussione e di alto tradimento[97].

Proprio in Francia, però, sarà il legislatore rivoluzionario a spazzar via con un tratto di penna tutte le esitanze che la cultura illuministica non era riuscita a dissipare. L'Assemblea nazionale, il 21 gennaio 1790, dopo una brevissima discussione del progetto presentato dal deputato Guillotin per una riforma in senso garantistico delle leggi criminali, approverà infatti un decreto il quale, all'articolo 3, dispone che « la confiscation des biens des condamnés ne pourra jamais être prononcée dans aucun cas »[98].

Allineandosi alla già ricordata soluzione precedentemente accolta nella *Leopoldina*, il legislatore rivoluzionario decide quindi di procedere alla completa soppressione di tale plurisecolare sanzione, con ciò facilitando il compito dei codificatori che, l'anno successivo, saranno chiamati ad approvare un progetto di codice penale giudicato come il più ravvicinato tentativo di conferire forma legislativa alle idee beccariane[99], nel quale la confisca dei beni non troverà alcun accoglimento[100].

La conquista raggiunta dall'Assemblea nazionale è, tuttavia, destinata ad avere vita breve. Dopo appena due anni, il drammatico incalzare degli eventi rivoluzionari

---

[94] B. Carrard, *De la jurisprudence criminelle*, I, Genève, 1785, p. I, Intr., § 9, p. 57 s.

[95] E. Pastoret, *Des lois pénales*, I, Paris, 1790, p. II, c. 4, p. 146 s. L'opinione di questo giurista risulta particolarmente singolare, in quanto espressa *dopo* che l'Assemblea nazionale ha già eliminato dall'ordinamento giuridico francese la confisca patrimoniale (sul punto, vedi infra ; cfr. anche A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 34).

[96] J.-P. Brissot de Warville, *Théorie des lois criminelles*, I, Berlin, 1781, p. 192 s.

[97] Fatti salvi, naturalmente, i diritti ereditari degli eventuali figli dal condannato: *ivi*, p. 277, 340 s.

[98] *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 1ère série (1787-1799), t. 11 (24 decémbre 1789-1er mars 1790), Paris, 1880, p. 278 s.

[99] Sul punto, v. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 480 s. ; per ulteriori riferimenti bibliografici v. R. Isotton, Crimen in itinere. *Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006, p. 339 s., n. 2.

[100] Cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 485 ; A. M. Monti, *Illegitimate appropriation*…, cit., p. 34 ; Ead., *La confiscation des biens dans les codes pénaux européens (XIXe-XXe s.)*, in *Le code pénal. Les métamorphoses d'un modèle 1810-2010,* Lille, 2012, p. 42.

obbligherà il legislatore a tornare sui suoi passi: la confisca sarà infatti reintrodotta (peraltro solo come misura *amministrativa*) già nel settembre 1792, nell'ambito di un provvedimento vòlto al recupero dei beni degli *émigrés*[101] ; successivamente, nel marzo 1793, su proposta del futuro arcicancelliere Cambacérès, essa tornerà nell'ordinamento penale, come pena accessoria delle condanne a morte comminate per crimini 'controrivoluzionari'[102].

La situazione non muterà neppure con il *code pénal* del 1810. Fedele all'impronta repressiva che caratterizzerà l'intervento napoleonico sulla legislazione penale[103], Target[104], nel presentare il progetto preliminare del codice, pur dichiarandosi esitante a pronuciare « ce mot terrible [confiscation : n.d.r.] »[105], nondimeno ribadirà la necessità di tale sanzione, cosicché, dopo un brevissimo dibattito, essa (sia pure in relazione a pochi, gravi reati e corredata da disposizioni a parziale tutela degli stretti familiari del reo[106]) tornerà a pieno titolo a far parte dell'ordinario apparato repressivo dello Stato. Forse proprio a causa della memoria delle traumatiche contingenze rivoluzionarie e postrivoluzionarie, poi, con le *Chartes octroyées* della Restaurazione (peraltro seguite, in ciò, dalla Costituzione del 1848) si affermerà finalmente il principio secondo cui « la pieine de la confiscation est abolie et ne pourra pas être rétablie »[107].

Anche nell'impero asburgico, nell'ambito dell'altra manifestazione 'archetipica' della codificazione penale, la soppressione della *publicatio bonorum* sarà il frutto di un lungo e sofferto percorso di maturazione normativa.

Il codice penale giuseppino del 1787[108], infatti, pur accogliendo espressamente il principio della personalità della pena («La pena non può colpire se non che l'autore

---

[101] *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 1ère série (1787-1799), t. 49 (26 août-15 septembre 1792), Paris, 1896, p. 144, 210.

[102] *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 1ère série (1787-1799), t. 60 (9-30 mars 1793), Paris, 1901, p. 331 s.

[103] V. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 590 s.

[104] Sul quale, ampiamente, S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998.

[105] J.-G. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle [...]*, t. XV, *Code pénal*, Bruxelles, 1837, p. 12.

[106] Art. 37-39, 86-87, 91-96, 132, 139 c.p. Per maggiori dettagli, v. Monti, *La confiscation des biens*..., cit., p. 34.

[107] Const. 1814, art. 66 ; Const. 1830, art. 57 ; Const. 1848, art. 12.

[108] V., al riguardo, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 294 s.

del delitto, e quelli, i quali (...) si saranno resi complici. Onde né l'aver meritato castigo, né il supplizio medesimo subito dal malfattore dovrà recare pregiudizio alla di lui moglie, figli, parenti, eredi, o a qualunque terzo, il quale non abbia contratto complicità alcuna nel reato»)[109], farà rientrare la confisca fra le pene correlate al crimine di lesa maestà[110]: un passo avanti rispetto alla *Theresiana*, ma un passo indietro rispetto al testo legislativo che il futuro imperatore Leopoldo II aveva fatto promulgare in Toscana pressoché in contemporanea col codice.

Sarà infine Francesco II, con la promulgazione del *codice penale universale* del 1803[111], superando almeno in ciò la « vischiosità culturale » che aveva caratterizzato il riformismo asburgico[112], a dichiarare – sul presupposto che « le conseguenze della pena s'hanno a diffondere meno che sia possibile ai non colpevoli di lui attenenti » – « abolita totalmente la confiscazione de' beni »[113].

6. L'araba fenice.

Le vicende del diritto penale codificato sembrano dunque aver segnato il destino della *publicatio omnium bonorum*, definitivamente relegata fra gli strumenti di un passato ormai superato. Se tuttavia si getta lo sguardo oltre le apparenze, emergono alcuni segnali che inducono a ritenere che essa sia tornata ciclicamente alla luce, sia pure, talora, sotto forme e denominazioni parzialmente mutate.

Cercheremo qui di seguire rapidamente talune di queste tracce, con specifico riferimento all'esperienza italiana.

Se è noto che la confisca non è stata accolta né nelle codificazioni preunitarie[114] né tantomeno nei codici penali dell'Italia unita, assai meno noto è che nel Lombardo-

---

[109] *Codice Generale sopra i delitti e le pene* (vers. it.), Vienna, 1787, § 16.

[110] *Ivi*, §§ 32, 36, 37, 42, 46, 53. Cfr. S. Salvi, *La confisca nella prassi lombarda*…, cit., p. 204 s.

[111] Su cui A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*..., cit., p. 314 s.

[112] A. Alessandri, *Art. 27, 1 co.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, artt. 27-28, Bologna, 1991, p. 70.

[113] *Codice Penale Universale Austriaco* (vers. ital.), Parte I, *Dei delitti*, Milano, 1815, *Patente di promulgazione*, p. VII.

[114] Monti, *La confiscation des biens*..., cit., p. 44. Per quanto riguarda i codici penali della Restaurazione, si deve fare innanzitutto riferimento alla fondamentale collana di *Casi, Fonti e studi per il diritto penale* (= CFSDP) diretta da Sergio Vinciguerra, il quale ha promosso una riscoperta di questi monumenti della legislazione penale italiana. Citiamo qui di seguito i volumi relativi ad essi, secondo l'ordine cronologico dei testi normativi: *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli* (CFSDP. *Serie III. Gli Studi*, 7) Padova 1993; *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte seconda. Leggi Penali (1819)* (CFSDP, *Serie II. Le fonti,* 6). Padova 1996; *Codice penale per*

Veneto, nell'età della Restaurazione, essa sia ricomparsa per effetto di leggi speciali concepite contro gli oppositori politici che la prevedevano o che, addirittura, rimettevano in vigore la decrepita legislazione teresiana[115]. O che abbia rifatto capolino, nel corso del primo conflitto mondiale, come pena accessoria inflitta ai colpevoli del reato di diserzione[116].

Più conosciute sono le vicende relative al periodo fascista nel quale, dalle 'leggi fascistissime'[117] alla legislazione della R.S.I.[118], passando per le leggi razziali[119], la *confiscatio bonorum* – a dispetto della zona di indennità lasciata intorno al codice del

gli Stati di Parma, Piacenza, e Guastalla (1820) (CFSDP. *Serie II. Le fonti,* 2), *Padova 1991*; *I Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)* (CFSDP. *Serie II. Le Fonti,* 16), Padova 2000; *Codice penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna (1839)* (CFSDP, *Serie II. Le Fonti,* 3) Padova 1993; *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)* (CFSDP, *Serie II. Le fonti,* 5), Padova 1995; *Codice criminale per gli Stati Estensi (1855).* Ristampa anastatica, con scritti di A. Cadoppi... et al., raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2002 (ed. fuori commercio). Intorno a tali codici v. anche C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari 1988, pp. 231 ss., 235, 242 s., 245-249; v. anche i brevi cenni di G. Vassalli, *Codice penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII (1960), pp. 261-264, e di E. Dolcini, *Codice penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II (1994), pp. 273-274.

[115] P. Rondini, *Ius gladii et aggratiandi. La legislazione e la giurisdizione penale militare nel Regno Lombardo-Veneto*. In P. Caroni, E. Dezza (a cura di), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Euro*pa, Atti del Convegno internazionale (Pavia 11-12 ottobre 2002), Padova, 2006, p. 289 s., 302 s.

[116] D.Lgt. 10 dicembre 1917, n. 1952, art. 2; D.Lgt. 21 aprile 1918, n. 539, art.. 7; D.Lgt. 10 marzo 1918, n. 379: cfr. P. Auriemma, *La confisca per equivalente*, in Archiviopenale.it, 2014, n. 1, p. 4.

[117] V., ad es., la l. n. 2008/1926, art. 5: «Il cittadino che, fuori del territorio dello Stato, diffonde o comunica, sotto qualsiasi forma, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all'estero o svolge comunque una attività tale da recar nocumento agli interessi nazionali, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni, e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nella ipotesi preveduta dal presente articolo, la condanna pronunciata in contumacia importa, di diritto, la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni». Il testo dell'intero provvedimento è stato di recente riprodotto da J. C. S. torrisi, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, 2016, *Appendice*, p. 127 ss. Su tale legge si v. A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, I, Torino 1965, p. 101 s.; F. Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano 1986, p. 317, 324 s.; G. Neppi Modona-M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascis*mo, in *Storia d'Italia*. Annali, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1996, p. 769 s.; M.A. Cattaneo, *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova 1998, p. 269 s.; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), p. 833 s.; G. Neppi Modona, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, 2007, pp. 341 ss.; L. Lacchè, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, *Introduzione* a L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015, p. XIII. G. Speciale, *Verso un nuovo ordine*, in AA.VV. *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, 2016, p. 426. Sul funzionamento del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, organo chiamato a dare attuazione alla legislazione sopra menzionata, v., recentemente, L. P. D'Alessandro, *Per una storia del Tribunale Speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, in *Il diritto del duce*..., cit., pp. 151 ss.; J. C. S. Torrisi, *Il Tribunale speciale*..., cit., passim; A. Bassani, A. Cantoni, I*l segreto politico nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in *Il diritto del duce*..., cit., pp. 175 ss. Eaed, *Tra coercizione e consenso: usare il diritto per formare l'"uomo nuovo"*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 90 (2017), pp. 137 ss.

[118] A. Alessandri, *Art. 27, 1 co*…, cit., p. 133.

[119] S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013, *passim*.

1930 – ha fatto più volte la sua comparsa in quello che è stato definito «un clima di aberrazione normativa»[120].

A far da contraltare alla legislazione fascista si sono poi collocate le diverse misure normative che, dopo la caduta del regime, hanno previsto l'applicazione della medesima sanzione agli esponenti più compromessi di questo[121]. Fra di esse, spiccano il d.l.lgt. del 27 luglio 1944, n. 159 e il d.l.lgt. del 26 marzo 1946, n. 134. Il primo di questi prevedeva, in particolare, all'art. 9, la confisca dei «beni dei cittadini i quali hanno tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi». Il successivo, all'art. 1, estendeva la misura ablativa ai soggetti responsabili di alcuni reati contemplati nello stesso d.l.lgt. 159[122].

Si fa riferimento a tali provvedimenti poiché l'applicazione di essi ha dato origine ad un altro vivace dibattito dottrinale incentrato sull'individuazione della natura della sanzione, da alcuni qualificata come pena in senso proprio[123], da altri come peculiare sanzione civile[124], da altri infine come misura di sicurezza[125].

Anche la Corte Costituzionale sarebbe intervenuta, agli inizi degli anni '60, a ribadire la legittimità delle confische disposte a carico degli esponenti del cessato regime, stante la «natura non penale» – e la conseguente non censurabilità costituzionale – delle stesse, singolarmente dedotta anche attraverso un ragionamento, si potrebbe dire, dal sapore antico: la Consulta ha infatti ribadito che «per ciò che riguarda gli eredi, non si può non ammettere che su di essi inevitabilmente incida l'onere delle misure patrimoniali disposte a carico del *de cuius*, ma ciò soltanto

---

[120] A. Alessandri, *Art. 27, 1 co*…, cit., p. 133.

[121] Su tali provvedimenti, si v. G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, pp. 15 ss.

[122] Questo il testo dei primi commi dell'art. 1 del d.l.lgt . 134/1946: «Fermo il disposto dell'art. 9 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, i beni dei condannati per il delitto previsto dall'art. 2 del decreto stesso sono confiscati. Sono altresì confiscati, in tutto od in parte, tenuto conto della gravità del fatto e delle circostanze di cui al primo e terzo comma dell'art. 7 del decreto predetto, i beni dei condannati per alcuno dei delitti previsti dal primo e secondo comma dell'art. 3 e dell'art. 5 del decreto stesso. La confisca è ordinata dall'autorità giudiziaria che pronuncia la condanna. Nei casi di confisca parziale, l'Autorità giudiziaria determina i singoli beni da confiscare».

[123] G. Vassalli, *La confisca dei beni*, Padova, 1951, p. 7 ss.

[124] F. Caravita, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo,* in *Il Foro italiano,* 69 (1946), II, col. 163. In giurisprudenza, conf. Cass. SS.UU. 23 novembre 1946, in *Il Foro italiano*, 70 (1946), II, col. 17 ss.

[125] G. Sabatini, *Sulla natura giuridica della confisca dei beni,* in *La Giustizia penale,* 51 (1946), II, p. 728.

come conseguenza indiretta della diminuzione sofferta dal patrimonio»[126]. A ben vedere, siamo di fronte alla riproposizione di una a noi ben nota argomentazione giusnaturalistica, che sembra aver attraversato indenne più di quattro secoli di storia giuridica.

Nemmeno la costituzionalizzazione del principio di personalità della responsabilità penale (e dei suoi principii-corollario di colpevolezza e di proporzionalità) è dunque valsa ad espungere definitivamente la *publicatio bonorum* dall'ordinamento.

Se a ciò si aggiunge il fatto che al contrario, negli ultimi decenni, il ricorso sempre più frequente a forme *allargate* di confisca, di cui si è dato conto all'esordio del presente saggio, ha fatto emergere la centralità di essa come rilevante ed efficace alternativa alle pene detentive, è giocoforza concludere che ci si trova di fronte ad un istituto dall'indubbia vitalità, un'autentica araba fenice che manifesta la tendenza a risorgere ciclicamente dalle proprie ceneri.

La plurisecolare esperienza applicativa qui sommariamente descritta induce tuttavia a segnalare il rischio che tale vitalità induca lo smantellamento, in nome dell'efficienza repressiva, di un principio di civiltà giuridica mai del tutto acquisito qual è quello dell'impunità dell'innocente.

Abstract In recent decades, confiscation has been widely used in the Italian criminal law, even in forms that recall the publicatio bonorum of the ancient regime. This essay aims to highlight the most important aspects of evolution of this sanction in the context of continental legal history, especially in order to evaluate the consistency of the recent legislator's choices compared to some protective principles that today appear to be dangerously questioned.

Keywords Confiscation, history, criminal law

[126] Corte Cost., sent. 9 giugno 1961, n. 29, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6 (1961), pp. 551 ss. (la decisione ha stabilito, in particolare alla legittimità dell'art. 1 del già menzionato d.l.lgt. 134/1946).

Antonio Ingoglia

Professore Associato di Diritto Ecclesiastico e Canonico, Università degli Studi di Palermo

Welfare migration ed enti religiosi*

Sommario: 1. Il sistema di accoglienza e di integrazione dei migranti: tra *welfare* statale e *welfare* comunitario. - 2. Il ruolo degli enti ecclesiastici e delle associazioni *non profit* d'ispirazione religiosa nei processi di assistenza in genere (o prima accoglienza). - 3. Forme di assistenza (a medio termine) in favore di immigrati *irregolari*. - 4. Pratiche di integrazione (o post-accoglienza): la cessione in uso di edifici di culto dismessi. - 5. Alcune conclusioni.

1. Il sistema di accoglienza e di integrazione dei migranti: tra *welfare* statale e *welfare* comunitario

Il tema dell'accesso al *welfare* da parte dei soggetti migranti è ancora di difficile inquadramento. Già il fatto che l'utilizzo del termine *welfare migration* sia molto recente nel linguaggio dei giuristi e degli economisti può fare riflettere[1]. Il nodo di fondo è quello del riconoscimento dei così detti *diritti sociali*, che per sé spettano ai cittadini in base alla nazionalità, anche agli stranieri immigrati. Si è infatti indotti a ritenere che non possano godere di tali diritti coloro che, essendo privi della qualifica di cittadini dello Stato ospitante, non hanno concorso a finanziarle[2].

A ben vedere i *diritti sociali*, in quanto garantiscono l'accesso e la fruibilità a servizi essenziali - legati all'assistenza sanitaria, all'esigenza abitativa, all'istruzione ed ad altre necessità di rilevanza sociale - non possono non essere ricondotti a diritti universali e fondamentali delle persone, in maniera sganciata dal presupposto dello

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

[1] Il termine *welfare migration*, di recente introduzione, è tutt'altro che un concetto chiaro e ben distinto. Sul punto cfr. E.Carmel - A.Cerami - Th.Papadopoulos, *Welfare and migration in the new Europe*, Londra 2011; nonché M.Bommes - A.Gedes, *Immigration and welfare, Challenging the borders of the welfare state*, Routdlege, New York 2005; S.Busso - E.Gargiulo - M.Mannocchi, *Multiwelfare, Le trasformazioni dei welfare territoriali nella società dell'immigrazione*, Torino 2013; C.Saraceno, *Il Welfare*, Bologna 2013.

[2] Per un riferimento principale cfr. T.Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino 1977. Sulla limitazione delle prestazioni sociali in assenza del requisito della cittadinanza si v. le osservazioni di E. Spinelli (*Welfare e immigrazione: i diritti di accesso e fruibilità dei servizi socio-sanitari. Alcuni nodi critici*, in *www.associazionetolba.org*) secondo cui "I diritti sociali come il lavoro, l'assistenza sanitaria, la casa, l'istruzione, i servizi sociali, possono essere in discussione per gli stranieri immigrati proprio in quanto non cittadini dello Stato in cui risiedono. Nel contesto di questo complesso processo, la cittadinanza in se stessa crea ulteriori disuguaglianze con la designazione di non membri e connessi a *status* di parziale appartenenza, identificata da alcuni sociologi come motivazione delle limitazioni poste all'accesso da parte degli immigrati ai diritti sociali, di conseguenza al Welfare del paese dove risiedono".

status derivante dalla cittadinanza. Il punto, tuttavia, non è sempre così scontato e di fatto talora la condizione legale di immigrato o richiedente asilo limita l'accesso alle prestazioni sociali che invece sono garantite indistintamente a quanti risultano essere in possesso di cittadinanza[3].

In presenza di questi problemi, acuiti da una crisi sistemica della fiscalità, nella gran parte degli Stati europei, la garanzia minimale dei diritti sociali agli stranieri giunti a seguito delle più recenti ondate migratorie si è venuta realizzando attraverso un sistema di *welfare migration*, basato per lo più su *ragioni umanitarie* riconosciute in via generale da accordi e convenzioni internazionali[4]. Un sistema che almeno in Italia, diversamente da quanto avviene nei paesi connotati dal monopolio statale in campo assistenziale, risulta integrato oltre che da soggetti pubblici, anche da attori privati, rappresentati questi ultimi per lo più da enti con finalità solidaristiche, non esclusi quelli ecclesiastici che si contraddistinguono, com'è noto, anche per la natura morale e caritativa della *mission* loro propria[5]. Il loro contributo, come si andrà dicendo, risulta in taluni casi essenziale in quanto, a differenza dei soggetti pubblici, la cui azione è spesso inceppata da complessi meccanismi burocratico - amministrativi, tali enti sono in grado, non solo nella fase del soccorso o della prima accoglienza, di provvedere più agevolmente, stante la loro maggiore flessibilità e la tradizionale dedizione nei confronti delle fasce e dei soggetti più deboli, alle esigenze dei beneficiari.

Quel che, nell'ambito del presente contributo, si intende indagare è in primo luogo il ruolo che nel sistema "allargato" di assistenza – comprendente pure gli enti religiosi e di ispirazione confessionale - questi ultimi svolgono, anche nell'ottica del

[3] Cfr. L. Zanfrini, *Introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Urbino 2016, p.151.

[4] Per quanto concerne l'Italia, il Decreto legislativo 286/98 (T.U. immigrazione) prevede all'art. 2, co. 1 che *"Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti"*. In particolare, all'assistenza per ragioni umanitarie si riferiscono oltre alla Convenzione di Ginevra, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, le Convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nonché i principi vincolanti affermati in materia dalle Corti internazionali di giustizia, a partire dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo. In proposito, C. Saraceno, *Il Welfare*..., cit., p.38 ss.

[5]In argomento, oltre a M. C. Folliero, *Enti religiosi e non profit tra welfare state e welfare community. La transizione*, Torino 2002, p.7 ss., anche A. Fuccillo, *Dare etico, Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi,* Torino 2008, p. 15 s., nonché Id., *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Torino 2014, p.1 s.

valore costituzionale di sussidiarietà[6], nei confronti degli immigrati sulla base della normativa che regola la materia dell'accoglienza (di primo e medio termine); indi ci si occuperà delle *best practice* che tali enti sono in grado di realizzare nella fase dell'integrazione (obiettivo del lungo periodo), con particolare riguardo a quelle pensate per venire incontro alle esigenze di gruppi di immigrati appartenenti ad una medesima tradizione religiosa, le cui modalità positive sono determinate in piena autonomia dagli enti in parola.

2. Il ruolo degli enti ecclesiastici e delle associazioni *non profit* d'ispirazione religiosa nei processi di assistenza in genere (o prima accoglienza)

In un contesto di *welfare migration* caratterizzato dalla compresenza degli attori del così detto "privato sociale"[7], la funzione svolta dagli enti ecclesiastici delle diverse confessioni religiose e dalle associazioni *non profit* di ispirazione confessionale, rappresenta un punto di osservazione particolarmente interessante delle dinamiche dell'assistenza in genere alle persone migranti che giungono nel nostro Paese.

Si rende utile, in particolare, analizzare alcune prestazioni che gli enti ecclesiastici e confessionali offrono soprattutto nella fase della prima accoglienza, ossia quella che segue immediatamente la identificazione degli stranieri all'interno degli *hotspot*, nel contesto del binario costituito dalla normativa vigente, i cui tratti salienti, per la verità, sono l'eccessiva frammentarietà ed eterogeneità degli interventi previsti, i quali si distinguono, oltre che per il tipo di accoglienza (primo o secondo),

[6] Come rileva P. Consorti (*Legislazione del Terzo settore, Le norme su non profit, il volontariato, la cooperazione sociale ed internazionale*, Pisa 2005, p.), "Nel nostro campo il principio di sussidiarietà significa che gli interventi tipici del *Terzo settore* devono essere appannaggio dei livelli associativi di base, e lo Stato deve intervenire solo nel caso di fallimento di questo livello di base". Sull'estensione del principio di sussidiarietà orizzontale anche agli enti ecclesiastici cfr., in particolare, M.C. Folliero, *Enti religiosi e non profit tra welfare state e welfare community...* , cit., p.13; nonché G. D'Angelo, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico*, *Contributo alla interpretazione dell'art.117, comma 2, lett. c) della Costituzione,* Torino 2012, p.80 ss.; P. Consorti, *Il volontariato fra Stato e Chiesa*, in *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, a cura di L. Bruscuglia - E. Rossi, Milano 2001, p.279 ss.

[7]Per le analisi e le spiegazioni sul concetto, sulle origini del *welfare* "allargato*"* e sulle cause che hanno portato al *welfare mix* o *communty* cfr., soprattutto, C. Saraceno, *Il Welfare...* , cit., p.15 ss.; in particolare, sul ruolo del Terzo settore nel *welfare mix* cfr. U. Ascoli, *Il welfare futuro*, Roma 1999; U. Ascoli – E. Pavolini, *Le organizzazioni di Terzo settore nelle politiche socio-assistenziali in Europa: realtà diverse a confronto*, in *Stato e Mercato*, 1999, p.441 ss.; E. Pavolini, *Le nuove politiche sociali*, Bologna 2003.

anche per il livello territoriale (nazionale o locale), nonché per la natura degli enti gestori (pubblico o privato sociale)[8].

Nello specifico, malgrado la suddetta eterogeneità, l'attività degli enti a connotazione religiosa nella suddetta fase presenta alcuni elementi distintivi trasversali alle diverse esperienze osservabili, alcuni dei quali riguardano l'assistenza immediata, e altri invece soddisfano l'esigenza di un alloggio che è peraltro precondizione per avere accesso alle procedure di valutazione del diritto alla protezione internazionale e ad altre prestazioni essenziali di tipo umanitario.

In tale prospettiva, la dimensione economico-finanziaria relativa alla copertura dei costi di gestione di tali interventi, è elemento essenziale alla loro concreta realizzazione, costituendo, oltre a tutto, il presupposto imprescindibile al perseguimento della attività di *assistenza* e *beneficienza* svolta dagli enti ecclesiastici da interpretarsi comunque in termini secondari e collaterali rispetto al loro fine specifico di "religione e di culto"[9].

Circa gli interventi degli enti ecclesiastici promananti dalla Chiesa cattolica in tali settori è opportuno innanzitutto segnalare che la copertura dei costi sostenuti nell'erogazione delle prestazioni, è resa possibile, ora attingendo alle risorse derivanti dal gettito dell'otto per mille e destinate per espressa disposizione normativa alla "assistenza ai rifugiati", ora ai fondi ordinari a carico del FNPSA (*Fondo Nazionale per le Politiche e i Servizi dell'Asilo*) ai quali essi accedono previa selezione pubblica. Quanto poi alla loro tipologia, sebbene tali interventi siano per lo più diretti ad azioni di prima assistenza degli immigrati richiedenti asilo nel nostro paese, essi concorrono anche a garantire, d'intesa con le singole Prefetture, l'accoglienza degli stranieri

[8] Per una analisi del sistema dei centri di accoglienza, limpidamente definito anche come un "guazzabuglio", cfr., G. Schiavone, *Il diritto d'asilo in Italia dopo il recepimento nell'ordinamento delle normative comunitarie. Uno sguardo d'insieme tra il de iure e il de facto*, in *Mondi Migranti*, 2009, p. 24 ss. Sempre in tema, specialmente, E.Ghizzi Gola, *L'accoglienza dei richiedenti e titolari di protezione internazionale in Italia, Aspetti giuridici e sociologici*, in *www. L'altro diritto/unifi.it*, 2015; nonché A. Stuppini, *Tra centro e periferia: le politiche locali per l'integrazione,* in C. Saraceno, N. Sartor, G. Sciortino (a cura di), *Stranieri e disuguali. Le disuguaglianze nei diritti e nelle condizioni di vita degli immigrati*, Bologna 2013, p.61 ss.

[9]Sul carattere collaterale delle attività di assistenza o "del Terzo settore" svolte dagli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti promananti alla Chiesa cattolica cfr, A.Fuccillo, *Giustizia e religione*, Torino 2011, p. 17; nonché M.Ferrante, *Enti ecclesiastici e organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS),* in *Il diritto ecclesiastico*, 1996, p.573 ss.

extracomunitari ai quali sia stata già notificata la decisione della commissione territoriale sulla propria domanda di protezione internazionale e che si apprestano dunque ad uscire dai CPA (*Centri di Primo soggiorno e Accoglienza*) o dai CARA (*Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo)*, per il periodo intercorrente tra la richiesta del permesso di soggiorno ed il suo materiale ottenimento[10].

Sulla stessa linea anche alcuni enti delle confessioni minoritarie, tra cui le *Diaconie valdesi* hanno attivato dei progetti di accoglienza per richiedenti asilo definiti CAS (*Centri di Accoglienza Straordinaria),* immaginati al fine di sopperire alla mancanza di posti nelle strutture ordinarie di accoglienza o nei servizi predisposti dagli enti locali, in caso di arrivi consistenti, all'interno dei quali si prevedono taluni servizi minimi garantiti come la mediazione linguistica e culturale, ma anche orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo, oltre che a quello abitativo e sociale[11]. Anche in tali casi le risorse finanziarie messe in campo provengono, oltre che dai fondi ministeriali destinati alle politiche di accoglienza ed integrazione, anche dalla ripartizione della quota del finanziamento pubblico spettante alla Chiesa valdese, la cui destinazione è rivolta, ai sensi dell'art.4 dell'Intesa del 25 gennaio 1993, per "interventi sociali, assistenziali, umanitari in Italia e all'estero"[12].

Altri interventi sono invece diretti a soddisfare, anche se non in via esclusiva, l'esigenza abitativa dei migranti giunti da poco in Italia, come quelli organizzati dalla Chiesa avventista attraverso l'*Agenzia avventista per lo sviluppo e il soccorso*, riconosciuta anche come *O.n.g.*, la quale propone agli immigrati soluzioni abitative differenti secondo le diverse situazioni ed i differenti stadi del percorso di inserimento sociale.

Analogamente, sempre nel campo degli interventi alloggiativi, vanno richiamate le iniziative che le Diocesi e le Parrocchie cattoliche hanno messo in campo in risposta all'appello formulato dall'attuale Pontefice di offrire ospitalità ai

[10]Una rassegna completa di tali interventi in G.Di Tora, *La Chiesa non è una "dogana", in XXX Rapporto Caritas -Migrantes*, 2015, Todi, 2016, p.2 ss.

[11] Sulle iniziative intraprese dai valdesi a sostegno dei migranti cfr., anche, G.Paba - G.Perrore, *A room whitout a view,* in F.Lo Piccolo (a cura di), *Nuovi abitanti e diritto alla città, Un viaggio in Italia*, Firenze 2013, p.262.

[12]P. Gay, *Le fonti di finanziamento delle chiese valdesi e metodiste*, in *Quaderni di diritto e politica ecc*lesiastica, 2006, p.183 ss.

soggetti migranti fino a che essi non ricevano la risposta alla propria richiesta di protezione internazionale, che potrà consentire a costoro di entrare in uno dei progetti dello SPRAR *(Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati)* o di decidere le tappe successive del proprio percorso migratorio.

Alquanto articolati, in merito, risultano i criteri direttivi dettati dalla C.E.I. nel 2015 "per ampliare la rete ecclesiale dell'accoglienza a favore delle persone richiedenti asilo e rifugiate che giungono nel nostro Paese, nel rispetto della legislazione presente e in collaborazione con le Istituzioni civili". Essi hanno sviluppato un percorso di inserimento abitativo che prevede distinte soluzioni in relazione alle situazioni specifiche che debbono essere di volta in volta adottate, stabilendo in linea di massima che in ciascuna Diocesi si individui "l'ente capofila dell'accoglienza" (una fondazione di carità, una cooperativa di servizi o comunque oppure un istituto religioso o un'associazione o cooperativa sociale d'ispirazione cristiana) il quale "abbia le caratteristiche per essere accreditato presso la Prefettura e partecipi ai relativi bandi di gara per l'accoglienza dei cittadini stranieri"[13].

Va, dunque, rilevato come i processi di prima accoglienza siano divenuti un campo di azione sempre più rilevante per gli enti confessionali e *non profit* d'ispirazione religiosa, anche se l'insieme di questi interventi delinea un quadro disorganico che risente della caotica stratificazione di strutture, per lo più introdotte sotto la spinta di fattori emergenziali, e di centri di spesa nei quali si articola ad oggi il sistema di assistenza primaria dei flussi migratori. Il che concorre, tra l'altro, ad avallare nell'opinione pubblica l'idea, non sempre fondata, che sia necessario limitare gli interventi socio-assistenziali in favore dei migranti, specialmente in un periodo in cui tutto il sistema del *welfare* continua a soffrire di scarse risorse.

[13] Al riguardo, il Consiglio episcopale permanente, nella seduta del 12 ottobre 2015, ha emanato un *Vademecum* (*Notiziario CEI,* n.49, 2 dicembre 2015, p. 210 ss.) contenente una serie di "indicazioni per le diocesi italiane sull'accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati". Tale iniziativa si pone, peraltro, in continuità con quella denominata "rifugio diffuso" attiva, dal 2009, a Torino in cui è coinvolto l'Ufficio Pastorale Migranti di Torino e con il progetto di accoglienza in famiglia in provincia di Parma (le esperienze di Torino e Parma sono anche i due progetti che al momento sono finanziati all'interno dello SPRAR) e anche con le esperienze di autogestione degli spazi, come si sta provando a fare nella Diocesi di Torino.

3. Forme di assistenza (a medio termine) in favore di immigrati *irregolari*

Particolarmente nella sua definizione di *welfare* sussidiario[14], il sistema di protezione sociale in favore dei migranti si giova di soggetti che sono in grado di far fronte alle minori prestazioni garantite dal "pubblico" riguardo soprattutto ad assistenza medica e sanitaria. Sotto questo profilo, non si può prescindere dal ruolo vitale che gli ambulatori ed i dispensari di ispirazione confessionale svolgono nell'assicurare a medio termine copertura agli immigrati *irregolari* o privi di idoneo permesso di soggiorno, i quali sono peraltro soggetti, più di altre categorie, a rischio di marginalizzazione nell'accesso ai servizi sanitari pubblici.

A limitare, infatti, tale accesso concorrono, tra altri fattori, da un lato, la garanzia circoscritta prevista dall'art. 35, co. 3 del T.U. sull'immigrazione in favore degli stranieri «non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno», la quale copre prevalentemente "le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali ancorché continuative per malattia"[15]; dall'altro, la condizione di estrema precarietà economica di tali soggetti, ai quali diventerebbero proibitive, a causa della loro onerosità, i servizi di medicina specialistica che il sistema sanitario nazionale copre solo in parte.

Di fronte all'emergere di tali necessità, incentivate "dalla dismissione da parte dello Stato dei suoi tradizionali compiti"[16], si è fatta strada l'istituzione di appositi ambulatori promossi da enti convenzionati con le *Aziende sanitarie* allo scopo di fornire, oltre all'assistenza medica di base, anche le prestazioni specialistiche più richieste a titolo totalmente gratuito. Di solito, tali ambulatori sono gestiti da associazioni religiose *non profit,* enti ecclesiastici ed *O.n.g.*, che stipulano con la struttura

[14]Sulle dinamiche del *welfare* sussidiario cfr., soprattutto, L. Bocaccin, *Terzo settore e partership sociali: buone pratiche di welfare sussidiario*, Milano 2003; nonché S. Piazza, *Le politiche della salute: normative nazionali e regionali, l'intervento del volontariato*, in *Servizi sociali*, suppl. al n.3, 1995, p.14 ss.

[15] Sulla questione cfr., in particolare, S. Geraci, *Immigrazione e salute: un diritto di carta? Viaggio nella normativa internazionale, italiana e regionale*, Roma 1996; nonché S. Geraci -B. Martinelli, *Il diritto alla salute degli immigrati: scenario nazionale e politiche locali*, Roma 2002.

[16]M.C. Folliero, *Enti religiosi e non profit, Tra welfare state e welfare community*…, cit, p.67.

pubblica una convenzione o un protocollo di intesa in cui vengono definiti i tempi e le modalità di erogazione del servizio, ma ad essi si affiancano talora anche ambulatori non convenzionati gestiti autonomamente da enti di volontariato, sganciati dal sistema di assistenza sanitaria regionale[17].

Questo modello è anche all'origine dello sviluppo dei dispensari che, affiancandosi ai precedenti presidi, assicurano agli immigrati irregolari che risultano impossibilitati ad acquistare autonomamente le medicine di cui necessitano, quei farmaci che permettono loro di curare le patologie da cui risultano affetti. Il tutto al fine di sopperire alla cronica carenza di fondi pubblici da destinare alle prestazioni sanitarie e alla conseguente tendenza a contenere anche gli esborsi relativi ai costi della farmaceutica di base in favore dei soggetti in condizioni più disagiate.

Ci si può chiedere se interventi di questo tipo presentino qualche rischio dal punto di vista delle prestazioni erogate. Risulta abbastanza chiaro che il loro scopo, al di là delle differenti versioni, è quello "di svolgere una funzione complementare, in quei settori dove altrimenti la domanda sanitaria rimarrebbe disattesa"[18] che tuttavia presenta delle oggettive differenze a seconda che essi siano gestiti da strutture di volontariato "convenzionate" con il servizio pubblico o da altre che rispondono unicamente alla logica del servizio gratuito a beneficio della comunità di immigrati. Nel primo caso, infatti, il regime di "convenzione" tende ad assicurare agli enti *non profit* di volontariato un regime di finanziamento delle prestazioni sanitarie compatibili con gli standard correnti, ossia con quelli erogati da enti pubblici con analoga finalità, laddove invece nel secondo caso tali prestazioni possono risultare talora di efficacia non tempestiva e meno adeguata rispetto a quella assicurata da questi ultimi.

[17]Recenti rilevazioni statistiche dimostrano, ad esempio, che in talune regioni italiane, come la Lombardia, sono presenti solo ambulatori di volontariato tra i quali si distaccano l'*Opera San Francesco* e la struttura gemella dei *Fratelli francescani*; in Calabria, sono presenti ambulatori di volontariato convenzionati; in Liguria si incontrano ambulatori di volontariato e ambulatori presso strutture pubbliche; in Emilia Romagna sono presenti ambulatori pubblici e convenzionati; in Basilicata, l'unico accesso all'assistenza sanitaria è attraverso il pronto soccorso degli ospedali e degli altri presidi generali.

[18]A. Madera, *Gli ospedali cattolici, I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici, v. II, Gli enti ospedalieri cattolici (Prospettiva comparatistica*), Milano 2007, p.191.

4. Pratiche di integrazione (o post-accoglienza): la cessione in uso di edifici di culto dismessi

Un punto problematico, ancorchè non legato alle prestazioni di *welfare,* riguarda l'attenzione che le politiche sociali di integrazione (o post-accoglienza)[19] riservano al soddisfacimento di esigenze specifiche connesse all'esercizio delle pratiche cultuali da parte delle comunità di migranti. Com'è noto, l'esercizio di tali pratiche è anche strettamente collegato alla strumentalità e alla disponibilità di edifici e locali entro cui svolgere i riti della propria confessione. Di fatto, la mancanza di tali spazi crea diffuse situazioni di disagio e limita in modo molto pesante il diritto a professare la propria fede religiosa, specialmente in quei casi in cui le affiliazioni confessionali risultano diverse da quella propria della maggioranza dei cittadini del paese ospitante[20].

Si tratta di un settore in cui negli ultimi anni si è fatto evidente il protagonismo degli attori del *welfare*, per così dire "allargato", i quali risultano più di altri impegnati ad offrire opportunità di inclusione sociale ai migranti, limitando anche il disagio derivante dalla carenza di ambienti e strutture adeguate per lo svolgimento dei loro riti religiosi. L'esempio paradigmatico è dato dalla riallocazione in favore di gruppi di

---

[19] In generale, sul *deficit* normativo riguardante la fase della post-accoglienza si vedano le osservazioni di E. Ghizzi Gola, *L'accoglienza dei richiedenti e titolari di protezione internazionale in Italia Aspetti giuridici*, loc. ult. cit., secondo cui "L'assenza di un piano nazionale sulla tematica ha sicuramente inciso negativamente sulla possibilità di colmare la grave lacuna. Si è visto come un passo nella giusta direzione dia stato compiuto con il D.lgs. n. 18/2014 che ha apportato modifiche al Decreto Qualifiche, in particolare all'art. 29, con riguardo alle norme concernenti l'integrazione dei titolari di protezione laddove prevede che il Tavolo di coordinamento nazionale instaurato presso il Ministero dell'Interno predisponga almeno ogni due anni un Piano nazionale che individui "le linee di intervento per realizzare l'effettiva integrazione dei beneficiari di protezione internazionale, con particolare riguardo all'inserimento socio-lavorativo, anche promuovendo programmi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, all'accesso all'assistenza sanitaria e sociale, all'alloggio, alla formazione linguistica e all'istruzione, nonché al contrasto delle discriminazioni". Solo di recente è stato varato un "Piano nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale" (27.09.2017) che delinea l'articolazione del sistema di accoglienza e di inclusione, rimarcando "anche l'impegno di numerosi soggetti religiosi nel campo dell'accoglienza ai rifugiati", come pure il "ruolo sociale delle comunità di fede degli immigrati in relazione ai processi di integrazione. I luoghi di culto, in particolare, svolgono funzioni complesse e articolate, di carattere religioso, sociale e culturale, politico ed economico. In alcuni di essi, ad esempio, vengono organizzati corsi di italiano per i nuovi arrivati, si forniscono informazioni di natura burocratico-amministrativa, si distribuiscono viveri e abiti alle persone più povere. È da rilevare anche l'impegno di numerosi soggetti religiosi nel campo dell'accoglienza ai rifugiati".

[20] In argomento cfr., in particolare, R.Mazzola, *La questione dei luoghi di culto alla luce delle proposte di legge in materia di libertà religiosa. Profili problematici*, in V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa*, Torino 2012, p. 196 ss.; nonché N. MARCHEI, *Il diritto alla disponibilità degli edifici di culto*, in S. Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in un regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna 2012, p.171 ss.; I. Bolgiani, *Attrezzature religiose e pianificazione urbanistica: luci ed ombre,* in *Rivista telematica (www.statoechiese.it),* 2011, p.1 ss.

ortodossi, provenienti da Paesi dell'Est europeo e in generale dal Medio Oriente, di chiese ed edifici di culto di proprietà di enti ed istituzioni della confessione religiosa cattolica, già dismessi o non più in uso[21]. Di tali gruppi fanno parte, in particolare, greci, russi, egiziani, etiopi, eritrei e specialmente romeni, diventati di gran lunga la più numerosa comunità di fede ortodossa sul territorio italiano.

Il dispositivo attraverso il quale si è mirato a soddisfare le istanze di tali comunità di migranti, agevolato dal particolare impegno ecumenico del cattolicesimo romano, risulta dunque dalla concessione in esclusiva di edifici una volta destinati al culto, anche se non mancano situazioni di coabitazione e di uso contemporaneo con le comunità cattoliche. La materia si trova disciplinata nel contesto del "*Vademecum per la pastorale verso gli orientali non cattolici"* varato dalla Conferenza episcopale italiana nel 2009, e in seguito integrato da ulteriori disposizioni di specificazione e di dettaglio promananti dai singoli vescovi di alcune diocesi italiane. Le condizioni che rendono possibile l'uso esclusivo sono indicate al paragrafo n.68 del predetto documento, in base al quale "Se il Vescovo diocesano ritiene opportuno concedere chiese cattoliche a una comunità orientale non cattolica, scelga preferibilmente edifici sacri non in uso"; e sempre nello stesso paragrafo si precisa che "La concessione sia di norma formalizzata mediante un contratto di comodato per un tempo non superiore a 19 anni" e che il comodatario si impegni a che "l'edificio sacro o il locale siano mantenuti in modo idoneo e decoroso, secondo le proprie norme liturgiche". Tuttavia, come s'è detto, non mancano ipotesi di utilizzo comune, il che può avvenire, secondo la previsione del paragrafo successivo, "Qualora il vescovo diocesano abbia dato l'autorizzazione perché eccezionalmente gli orientali non cattolici, per mancanza di luoghi propri, celebrino in un luogo di culto cattolico attualmente in uso".

[21]Sulla situazione di questi gruppi confessionali cfr., V. Parlato, *Cattolicesimo e ortodossia alla prova, Interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto nella realtà sociale odierna*, Soveria Mannelli 2010; nonché E.Morini, *Gli ortodossi*, Bologna 2002, Id., *La chiesa ortodossa. Storia, disciplina, culto*, Bologna 1996; R.Morozzo Della Rocca, *Le chiese ortodosse. Una storia contemporanea*, Roma 1997; B.Petrà, *La chiesa dei padri. Breve introduzione all'ortodossia,* Bologna 1998.

Vi è da chiedersi se in entrambi i casi descritti, l'utilizzo dell'edificio da parte di comunità di immigrati ortodossi venga a confermare la destinazione al culto impressa *ab imis* allo stesso, o non faccia invece venir meno l'originaria destinazione prevista dall'art.831, cc.1 e 2 del Codice civile. In proposito, non sfugge che il decreto canonico con cui il vescovo diocesano concede in comodato d'uso a fedeli ortodossi l'edificio appartenente ad enti e istituzioni ecclesiastiche a lui soggette si riferisce a modalità del tutto compatibili con la loro finalità di utilizzo, e rientra pertanto fra gli atti che concernono la variazione temporanea e non definitiva della sua destinazione, comunque in deroga al principio generale di cui al paragrafo n.128 dell'*Istruzione in materia amministrativa* promulgata dalla CEI nel 1999[22] .

La questione è diversa con riguardo alle ipotesi, che pure non mancano, di riallocazione di edifici di culto già appartenenti ad istituzioni ed enti cattolici mediante cessione degli stessi alle comunità islamiche, poiché in tali casi la devoluzione è preceduta dalla sottrazione alla originaria destinazione attraverso la riduzione ad uso profano con decreto vescovile. Tra i casi più significativi degli ultimi anni va ricordato quello riguardante la moschea ricavata nella chiesa di San Paolino di Nola, scelta per il suo orientamento verso la Mecca, e ceduta alla Regione Siciliana dalla Diocesi di Palermo dopo che la stessa era stata ritenuta non più destinata al servizio liturgico[23].

Le quali esperienze risultano assai lungimiranti, specie se raffrontate alle disposizioni restrittive emanate da talune regioni italiane proprio sul cambiamento della destinazione d'uso di immobili da adibire ad attività rituali islamiche, che tuttavia sono incorse nella disapprovazione del giudice delle leggi, il quale le ha ritenute

[22]"La chiesa deve essere nell'esclusiva disponibilità della persona giuridica competente per l'officiatura e pertanto non può essere oggetto di un contratto che attribuisca a terzi diritti, facoltà, poteri, possesso o compossesso sull'edificio di culto; non può essere bene strumentale di attività commerciale né può essere utilizzata in alcun modo a fine di lucro". Sul detto principio cfr. G.P. Montini, *La cessazione degli edifici di culto*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2000, p. 282 ss.

[23] In generale, sulla riduzione ad uso profano degli edifici di culto cfr. C. Gullo, *Brevi note sulla gravità della "causa" necessaria per ridurre la chiesa a uso profano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1997, II, p. 7 ss.; nonché P. Cavana, *Il problema degli edifici di culto dismessi*, in *www.Statoechiese.it* (*Rivista telematica*), aprile 2009.

incostituzionali nella parte in cui impongono requisiti differenziati e più stringenti per la predetta confessione[24].

Tuttavia, poichè non tutti i gruppi di migranti appartengono a tradizioni religiose diverse da quelle già presenti e radicate nel Paese ospitante, alle loro esigenze religiose provvedono le rispettive confessioni mediante la condivisione di spazi comuni o con l'istituzione di apposite strutture di carattere "pastorale", dalle Parrocchie alle Cappellanie su base etnica e linguistica, nelle quali gli immigrati sperimentano un contesto sociale accogliente, ed un senso di appartenenza religiosa, che essi stentano talora a rinvenire nelle grandi comunità[25]. Questi fedeli, per lo più cattolici di varia provenienza, utilizzano le chiese (molto spesso parrocchiali) e le cappelle messe a disposizione dalla Chiesa cattolica, ma ciò vien fatto anche per membri di altre confessioni cristiane da parte della Chiesa battista o da quella avventista, rendendo evidente il ruolo che le diverse comunità religiose di fatto esercitano per promuovere un processo di integrazione condivisa, pur in un quadro di rispetto dei profili identitari.

[24] La vicenda concerne le *Modifiche alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (legge per il governo del territorio) - Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi*, approvata nella seduta del 27 gennaio 2015, ora giudicate costituzionalmente illegittime, per violazione sia del principio di eguaglianza nella libertà di religione e di culto, che non ammette discipline restrittive solo per le confessioni senza intesa, sia del divieto per la legge regionale di entrate nel merito dei rapporti tra la Repubblica e le singole confessioni religiose. Al riguardo, cfr., G. Casuscelli, *La nuova legge lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, in *Rivista telematica* (*www.Statoechiese.it*), n.14, 2015, p. 1 ss.; A. Tira, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: profili di illegittimità e ombre di inopportunità*, in *OLIR* (*http://www.olir.it/newsletter/archivio/ 2015_02_27.html*), p.1 ss.; A. Lorenzetti, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, in *Quaderni costituzionali (Rivista on-line)*, 13 giugno 2015.

[25] Sulle iniziative messe in campo per venire incontro alle esigenze dei migranti appartenenti alla Chiesa Cattolica si v. le disposizioni previste dalla Istruzione "*Erga migrantes*" del 3 maggio 2004 , emanata dal *Pontificio consiglio per la pastorale per i migranti e gli itineranti.* In generale sull'assistenza ai migranti cattolici cfr. G.C. Tassello, *Introduzione*, in G.G. Tassello (a cura di), *Enchiridion della Chiesa per le Migrazioni. Documenti magisteriali ed ecumenici sulla pastorale della mobilità umana (1887-2000)*, Bologna 2001, p. 21 ss.; vid. anche A. Negrini, *La Santa Sede y el fenómeno de la movilidad humana*, in "*People on the move*", 34, 2002, nn. 88-89, p. 191 ss. Per una ricostruzione storica più dettagliata, cfr. G. Holkenbrink, *Dierechtlichen Strukturen für eine Migrantenpastoral. Eine rechtshistorische und rechtssystematische Untersuchung*, Vatikan 1995, p. 81 ss.; V. De Paolis, *La Chiesa e le migrazioni nei secoli XIX e XX*, in J. Otaduy, E. Tejero e A. Viana (a cura di), *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Istituto Martín de Azpilcueta sobre «Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales, religiosos y canónicos»*, Pamplona 2003, p. 15 ss.

5. Alcune conclusioni

L'insieme dei peculiari interventi di carattere sociale ed assistenziale fin qui analizzati testimonia una volta ancora la continua e crescente incentivazione delle forme sussidiarie di *welfare* poste in essere dagli enti confessionali e *no profit*, in conseguenza della crisi del sistema di *welfare* pubblico, divenuto oggi insostenibile per complessi motivi. Tali enti, specialmente quelli impegnati nell'erogazione di servizi sociosanitari, dimostrano spesso di saper intervenire per rispondere alle esigenze proprio in un settore nel quale si registra una maggiore vulnerabilità della popolazione immigrata.

Più in generale, è dato in molti casi di osservare interventi incisivi degli enti del volontariato religioso in diversi settori rispetto ai quali il *welfare* pubblico ha subito un ridimensionamento, vuoi per l'esigenza di contrarre la spesa pubblica, e la conseguente copertura dei costi per sostenerlo, vuoi per la inefficienza dimostrata talora dalle istituzioni pubbliche a ciò deputate.

Tuttavia, è certamente fattore di confusione la scarsa chiarezza normativa che accompagna gli interventi assistenziali di questi enti e l'esplicazione della loro specifica identità. Le previsioni legislative in materia, infatti, rivelano la complessità di un sistema normativo che via via si è venuto arricchendo di nuove disposizioni e che non sempre agevola il protagonismo degli enti a connotazione religiosa. Tali enti scontano infatti la presenza di norme di diritto speciale (contenute nel Concordato e nelle Intese) e di norme di diritto comune concernenti la loro attività nel settore del "privato sociale" non sempre tra loro coerenti[26].

La farraginosità e la frammentarietà dei meccanismi giuridici, per lo più di carattere emergenziale, che presiedono alle politiche di accoglienza ed integrazione degli immigrati, contribuiscono poi ad aumentare ulteriormente tale confusione. Basti pensare, come si è rimarcato, alla numerosa gamma di organismi in cui si articola

[26] Sul punto cfr., in particolare, P. Consorti, *Legislazione del terzo settore*..., cit., p.30; nonché M. Parisi, *Enti ecclesiastici e sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in G. Macrì-M.Parisi, V. Tozzi (a cura di), *Diritto e religioni*, Bari, 2013,p.192 ss.; cenni anche in M. Elefanti (a cura di), *Non profit, Dalla buona volontà alla responsabilità economica*, Milano 2011, p. 59 ss.

l'accoglienza dei migranti, differenziati oltre che per la diversa condizione giuridica dei migranti (richiedenti asilo, rifugiati, in possesso di permesso di soggiorno, irregolari), anche per gli obiettivi (prima o seconda accoglienza), per l'approccio (assistenzialista o progettuale), e per la tipologia dei servizi erogati (abitativi o sanitari).

Resta perciò la difficoltà per tutti quegli enti a connotazione religiosa che operano nei settori dell'accoglienza e della integrazione, di muoversi in un tale groviglio di meccanismi, che spesso ne ostacolano la indiscussa capacità solidaristica, la quale talora va oltre i tradizionali ambiti della *assistenza* e *beneficenza* in quanto, come s'è avuto già modo di rilevare, copre non solo bisogni materiali ma anche spirituali, connessi alle esigenze confessionali dei soggetti migranti.

Si pone pertanto sempre più l'esigenza di individuare, da parte degli organi pubblici strumenti normativi meno disorganici, volti a riordinare la caotica sovrapposizione di enti ed organismi che le legislazioni emergenziali in ambito migratorio hanno determinato, nella consapevolezza che si tratta di un fenomeno che, nonostante le politiche di contenimento, è destinato a divenire strutturale.

Abstract
The extension of a social welfare system, tailored exclusively to people with citizenship, also to the immigrant population (Welfare migration) is still a problem of not just framing. In Italy, this system, unlike what is happening in the countries with a state monopoly in the field of care, is integrated not only by public entities, but also by private actors, who are mostly represented by religious entities, which are distinguished for non-profit purposes and the charitable nature of their own mission. Their contribution is, in some cases, essential, since, unlike public entities, whose action is often hampered by complex bureaucratic-administrative mechanisms, these bodies are able, not only during the rescue or the first reception, to provide more because of their greater flexibility and traditional dedication to the weakest bands and subjects, to the needs of the beneficiaries.

Key words
Welfare migration; social rights; religious institute; integration best practices

Mario Ferrante

Professore associato di Diritto ecclesiastico e canonico, Università degli Studi di Palermo

La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*

SOMMARIO: 1. Il *M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus* e la riforma ancora *in itinere* del processo canonico di nullità matrimoniale. - 2. Conseguenze dell'abrogazione del M.P. Qua cura del 1938 sul sistema concordatario italiano in materia di delibazione. - 3. Considerazioni sulla funzione filtro del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. - 4. La riforma alla prova del principio del giusto processo (art. 111 della Costituzione). - 5. Sull'attuale sistema di diritto processuale italiano. - 6. Analogie e differenze tra processo matrimoniale canonico e processo civile. - 7. Su alcune possibili specifiche conseguenze negative della riforma sulla delibazione per violazione del diritto di difesa. - 8. Sulla natura giuridica del *processus brevior*. - 9. Sulla funzione degli indicatori previsti dall'art. 14 delle Regole procedurali. - 10. Inammissibilità dell'appello "non "manifestamente dilatorio" e sua compatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano. - 11. Conclusioni.

1. Il *M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus* e la riforma ancora *in itinere* del processo canonico di nullità matrimoniale

La riforma del processo matrimoniale canonico, introdotta con il M.P. *Mitis Iudex Dominus Iesus* dell'8 settembre 2015, nonostante siano trascorsi oltre due anni dalla sua promulgazione, appare, ad oggi, essere ancora *in itinere*[1].

La promulgazione della riforma ha dato luogo ad una sequela di interpretazioni molto controverse che hanno richiesto prima alcuni interventi del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi e, successivamente, un nuovo diretto intervento normativo del Pontefice con l'emanazione del Rescritto *ex audientia* del 7 dicembre 2015[2].

---

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

[1] Cfr. Francesco, *M.P. Mitis iudex Dominus Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico; M.P. Mitis et misericors Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, entrambi del 15.VIII.2015, Città del Vaticano, 2015.

[2] Si tratta di una serie di pareri dati, come si legge nel sito *web* del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, "allo scopo di facilitare l'applicazione della legge canonica" consistenti in "alcune Risposte particolari date dal nostro Dicastero a singoli quesiti ritenuti di interesse generale", con la precisazione che "Queste Risposte non possiedono il valore formale di una Risposta autentica ai sensi dei cann. 16 §1 *CIC* e 1498 §1 *CCEO* e dell'art. 155 della Cost. Ap. *Pastor bonus*; esse sono il risultato dello studio dell'argomento fatto dal Dicastero e indicano la posizione del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi su una questione determinata agli effetti indicati dai cann. 19 *CIC* e 1501 *CCEO*.

Ulteriormente, nel gennaio del 2016, vi è stata la pubblicazione da parte della Tribunale Apostolico della Rota Romana di un "Sussidio applicativo"[3], una sorta di *vademecum* per una più corretta applicazione della riforma di cui, però, non è ancora del tutto chiaro il valore nella scala delle fonti normative[4].

Nonostante questo proliferare di interventi normativi ed interpretativi di vario genere, volti a chiarire i molteplici punti oscuri della riforma, risulta evidente che ancora diversi aspetti restano da decifrare.

A riprova di quanto asserito, basti ricordare che la Conferenza Episcopale Italiana (CEI), in occasione dell'Adunanza Generale del mese di maggio del 2016, non ha assunto una posizione chiara e definitiva sugli aspetti amministrativi della riforma, preferendo rinviare ogni specifica determinazione dopo ulteriori approfondimenti[5].

In conseguenza di questo marasma che investe in particolare la Chiesa italiana, il 9 giugno 2016, il Papa ha costituito un tavolo di lavoro - coordinato dal segretario generale della CEI - per la definizione delle principali questioni interpretative e applicative di comune interesse, relative alla riforma del processo matrimoniale al quale sono stati chiamati a partecipare il Prefetto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, il Decano del Tribunale della Rota Romana ed il Presidente del

---

Per una consultazione dei suddetti pareri si veda la pagina *web:http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/rispostearticolari/procedure-per-la-dichiarazione-della-nullita-matrimoniale.html.*

[3] Cfr. Tribunale Apostolico Della Rota Romana, *Sussidio applicativo del Motu proprio Mitis iudex Dominus Iesus*, Città del Vaticano, gennaio 2016. In argomento, L. Moia, *Nullità matrimoniale: un vademecum*, in *Avvenire*, 4 febbraio 2016.

[4] Si pone il medesimo interrogativo G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 47-48, la quale fa riferimento ad una lettera di accompagnamento" con cui "tale Sussidio applicativo è stato inviato ai vescovi. In essa, datata 26 gennaio 2016 e firmata da Pio Vito Pinto, decano della Rota romana, si afferma che s'è provveduto ad approntarlo "per Superiore disposizione". L'Autrice si interroga, comunque, circa "il 'grado di compromissione formale', se così ci possiamo esprimere, del legislatore supremo", non essendovi stata un'approvazione scritta in forma specifica.

[5] Nel comunicato finale, diffuso a conclusione dei lavori, il 19 maggio 2016, si legge: "Il confronto ha reso manifesto l'impegno condiviso di attuazione nella prassi giudiziaria delle finalità della riforma - dalla centralità dell'ufficio del Vescovo all'accessibilità, alla celerità e alla giustizia dei processi -, coniugando la prossimità accogliente alle persone con l'esigenza di assicurare sempre un rigoroso accertamento della verità del vincolo". Nell'esercizio di tale responsabilità, prosegue il comunicato, "i vescovi hanno ribadito l'importanza di poter fare affidamento sul sostegno, anche economico, della CEI; sostegno necessario per dare concreta attuazione alla riforma. Al tempo stesso, hanno espresso la volontà di garantire la valorizzazione dell'esperienza e della competenza degli operatori dei Tribunali".

Pontificio Consiglio per i testi legislativi[6]. Nel successivo mese di luglio è stato emanato un comunicato della CEI in base al quale si sono chiariti alcuni aspetti applicativi ed amministrativi della riforma[7].

Tuttavia, ad oggi, non sono state ancora ufficialmente emanate le nuove "Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali Ecclesiastici italiani" elaborate in seguito ai lavori del Consiglio Permanente della CEI nella sessione del 23-25 gennaio 2017.

Da ultimo, il 25 novembre 2017, in occasione dell'udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana, il Pontfice "Al fine di rendere l'applicazione della nuova legge del processo matrimoniale, a due anni dalla promulgazione, causa e motivo di salvezza e pace per il grande numero di fedeli feriti nella loro situazione matrimoniale", ha ritenuto "di precisare definitivamente alcuni aspetti fondamentali dei due Motu proprio, in particolare la figura del Vescovo diocesano come giudice personale ed unico nel Processo breviore" [8].

Nonostante, il ricordato quadro normativo ancora in divenire, si proverà, comunque, a trarre delle conclusioni circa i possibili effetti di questa riforma epocale dell'ordito giudiziario matrimoniale previgente (ve ne sono state tre nel diritto universale in epoca moderna: quella di Benedetto XIV, quella di Pio X ed ora quella

[6] In *http://www.avvenire.it/Chiesa/Pagine/tavolo-di-lavoro-sulla-riforma-del-processo-matrimoniale.aspx*.

[7] Cfr. Conferenza Episcopale Italiana - Ufficio Nazionale per le comunicazioni sociali, Gli esiti del Tavolo voluto da Papa Francesco, 19 luglio 2016 (consultabile online nel sito *www.chiesacattolica.it*): "Il confronto si è concentrato sulle domande giunte alla Segreteria Generale dalle diocesi e schematicamente raggruppate in cinque ambiti: le modalità procedurali per la costituzione dei tribunali diocesani, il ruolo della Conferenza Episcopale Italiana nella costituzione dei tribunali d'appello; la condizione giuridica dei tribunali; alcuni aspetti inerenti all'organizzazione e alla gestione amministrativa dei tribunali; infine, problematiche collegate all'introduzione di un processo più breve, nei casi in cui la nullità è evidente e con il vescovo diocesano che giudica. /Il clima di dialogo instaurato ha consentito di raggiungere un accordo sulla maggior parte delle questioni […] /L'esperienza positiva del Tavolo ha portato alla decisione di considerarlo uno strumento disponibile anche per affrontare eventuali problematiche che dovessero emergere in futuro. /Nel frattempo, la Segreteria Generale è stata autorizzata a trasmetterne gli esiti ai Vescovi e, quindi, a sottoporre al prossimo Consiglio Permanente una prima bozza di aggiornamento delle norme CEI".

[8] In *https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/11/25/0831/01790.html*.

di Francesco), analizzando i possibili riflessi di essa sulla delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale emesse in conformità al *M.P. Mitis Iudex*[9].

2. Conseguenze dell'abrogazione del *M.P. Qua cura* del 1938 sul sistema concordatario italiano in materia di delibazione

Per quanto riguarda nello specifico la Chiesa italiana, una delle principali conseguenze della riforma voluta da Papa Francesco è stata quella di avere abrogato il *M.P. Qua cura* con cui nel 1938 Papa Pio XI aveva deciso la costituzione dei Tribunali ecclesiastici regionali, sottraendo la competenza sulla declaratoria di nullità matrimoniale alla storica e naturale giurisdizione del vescovo diocesano[10].

[9] Non ci soffermeremo, in questa sede, ad analizzare in dettaglio le singole norme di cui si compone la riforma voluta da Francesco, ovvero a fare delle analisi critiche su di esse, tema che richiederebbe un'autonoma trattazione, ma ci limiteremo solo a verificarne l'impatto sull'attribuzione di *re iudicata* civile. Per una prima analisi della riforma del diritto processuale matrimoniale canonico si rinvia a: senso G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, si tratta di tre articoli pubblicati tutti nel marzo 2016; S. Bueno Salinas, *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio. La celeridad del proceso*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado, www.iustel.com,* XL, 2016, p. 16 ss.; O. De Bertolis, *Papa Francesco riforma il processo canonico matrimoniale, in La civiltà cattolica*, CLXVI, 2015, IV, pp. 60 ss.; M. Del Pozzo, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. "Mitis iudex"*, nella rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it),* novembre 2015, pp. 1 ss.; C. Dounot, *La reforme de la procedure des nullites de mariage au regard des principes juridiques*, in *Catholica*, n. 130, 2016, pp. 70 ss.; Id., *La réforme du droit processuelle de l'Église, une révolution qui ne dit pas son nom*, in *Semaine juridique, Édition générale*, n° 39, 21 settembre 2015, pp. 988 ss.; B. Du Puy-Montbrun, *Analyse canonique du Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Liberté politique*, ottobre 2015, *www.libertepolitique.com*, pp. 1ss.; J. Llobell, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis Iudex"*, in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII, 2016; M.G. Ferrante, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale*, Focus su Newsletter OLIR.it, Anno XII, n. 10/2015; F.G. Morrisey, *The Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus, in The semplification of marriage nullity procedures*, Faculty of Canon Law, Saint Paul University, Ottawa, 2015; P. Toxé, *La réforme des procès en nullité de mariage en Droit canonique latin*, in *Nova et vetera*, XC, 2015, pp. 378 ss.; A. Zambon, *Il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Prima presentazione. Testo aggiornato al 21 ottobre 2015*, pubblicato sul sito dell'Associazione Canonistica Italiana, *www.ascait.org*.; AA.VV., *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo. Il M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus di Papa Francesco*, a cura di P. Palumbo, Torino, 2016.

[10] Cfr. Pio XI, *Motu Proprio Qua cura de ordinandis tribunalibus ecclesiasticis Italiae pro causis nullitatis matrimonii decidendis*, 8 dicembre 1938, in *Acta Apostolicae Sedis*, XXX (1938), p. 410 ss. Dopo il Concilio Vaticano II l'erezione di tribunali interdiocesani fu affidata alla Segnatura Apostolica e altresì ai vescovi (dal 1971 sempre, in ossequio alle acquisizioni conciliari) ma con l'approvazione della Segnatura medesima: cfr. Segnatura Apostolica, *Normae pro tribunalibus interdioecesanis vel regionalibus aut interregionalibus*, 28 dicembre 1970, Città del Vaticano, LXIII (1971), pp. 480 ss. In argomento si veda C. Zaggia, *I tribunali interdiocesani o regionali nella vita della Chiesa*, in *«Dilexit iustitiam». Studia in honorem Arelii Card. Sabatani*, a cura di Z. Grocholewski, V. Cárcel Ortí, Città del Vaticano, 1984, pp. 133 ss.; P. Bianchi, *I Tribunali ecclesiastici regionali italiani: storia, attualità e prospettive. Le nuove norme CEI circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, X, 1997, pp. 399-400.

Le motivazioni di questo radicale cambiamento sono spiegate con chiarezza nel Proemio del M.P. *Mitis Iudex Dominus Iesus*[11].

Il ritorno alla valorizzazione del ruolo del Vescovo quale giudice naturale e precostituito (*iure proprio et nativo*) - in aderenza a quanto dichiarato dal Concilio Vaticano II[12] - non è però, a ben vedere, una novità assoluta nel panorama legislativo della Chiesa. In merito, basti pensare che già con la Costituzione Apostolica *Divinus perfectionis Magister* di San Giovanni Paolo II (del 25 gennaio 1983) - con la quale si è provveduto ad una complessiva ristrutturazione della procedura delle cause di canonizzazione dei santi - si è valorizzata la potestà propria del Vescovo[13], assegnando ai Vescovi diocesani ed a quanti *in iure* vengono ad essi equiparati (cf. can. 381, § 2) la responsabilità e il compito di condurre, entro i limiti della propria giurisdizione, l'inchiesta e la raccolta delle prove che viene condotta con potestà propria (*auctoritate propria*)[14].

---

[11] Con tale riforma strutturale si è, infatti, voluto "rendere evidente che il Vescovo stesso nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati". In tal modo, prosegue il *M.P. Mitis Iudex*, si è anche inteso realizzare uno scopo tuzioristico e cioè - come spiega Francesco - scongiurare il rischio che, con riferimento al nuovo *processus brevior*, "un giudizio abbreviato possa mettere in pericolo il principio dell'indissolubilità del matrimonio", volendo che "in tale processo sia costituito giudice lo stesso Vescovo, che in forza del suo ufficio pastorale è con Pietro il maggiore garante dell'unità cattolica nella fede e nella disciplina".

[12] Secondo la Costituzione dogmatica sulla Chiesa *Lumen Gentium* del 21 novembre 1964, "I vescovi reggono le Chiese particolari a loro affidate come vicari e legati di Cristo col consiglio, la persuasione, l'esempio, ma anche con l'autorità e la sacra potestà, della quale però non si servono se non per edificare il proprio gregge nella verità e nella santità, ricordandosi che chi è più grande si deve fare come il più piccolo, e chi è il capo, come chi serve (cfr. Lc 22,26-27). Questa potestà, che personalmente esercitano in nome di Cristo, è propria, ordinaria e immediata, quantunque il suo esercizio sia in ultima istanza sottoposto alla suprema autorità della Chiesa e, entro certi limiti, in vista dell'utilità della Chiesa o dei fedeli, possa essere ristretto. In virtù di questa potestà i vescovi hanno il sacro diritto e davanti al Signore il dovere di dare leggi ai loro sudditi, di giudicare e di regolare tutto quanto appartiene al culto e all'apostolato. Ad essi è pienamente affidato l'ufficio pastorale ossia l'abituale e quotidiana cura del loro gregge; né devono essere considerati vicari dei romani Pontefici, perché sono rivestiti di autorità propria e con tutta verità sono detti «sovrintendenti delle popolazioni» che governano. La loro potestà quindi non è annullata dalla potestà suprema e universale, ma anzi è da essa affermata, corroborata e rivendicata, poiché è lo Spirito Santo che conserva invariata la forma di governo da Cristo Signore stabilita nella sua Chiesa" (n. 27).

[13] Si legge nel Proemio della Costituzione Apostolica *Divinus perfectionis Magister* che "Crediamo inoltre, privilegiando la dottrina della collegialità proposta dal Concilio Vaticano II, che sia assolutamente opportuno che gli stessi Vescovi si sentano maggiormente uniti alla Sede Apostolica nella trattazione delle cause dei santi". Prosegue ancora la citata Costituzione Apostolica: "Ai Vescovi diocesani o alle autorità ecclesiastiche e agli altri equiparati nel diritto, entro i confini della loro giurisdizione, sia d'ufficio, sia su istanza dei singoli fedeli o di legittime aggregazioni e dei loro procuratori, compete il diritto di investigare circa la vita, le virtù o il martirio e fama di santità o martirio, i miracoli asseriti, e, se è il caso, l'antico culto del Servo di Dio, del quale viene chiesta la canonizzazione".

[14] Sul punto cfr. F. Veraja, *Le cause di canonizzazione dei santi*, Città del Vaticano 1992, pp. 21-25, il quale ricorda, ulteriormente, che il Vescovo non "deve considerarsi un semplice raccoglitore di prove... Il Vescovo

In ogni caso, con il progressivo (ma non automatico)[15] venire meno in Italia dei Tribunali ecclesiastici su base regionale si è ampliata la competenza giudiziale dei Vescovi diocesani - che era stata compressa dal M.P. del 1938 - i quali sono ora chiamati a giudicare direttamente (ove ne ricorrano i presupposti) anche sulle cause di nullità matrimoniale incoate dai propri fedeli[16].

Fin qui, in breve, i termini della riforma.

Resta ora da chiarire se tale riforma strutturale dell'organizzazione giudiziaria della Chiesa con la conseguente modificazione del riparto di competenze interno al sistema processuale canonistico possa avere una qualche ricaduta sul piano dei

diocesano infatti non potrebbe assolvere il proprio ruolo di collaboratore del Successore d Pietro senza una certa facoltà di giudicare sul merito stesso della causa; questa facoltà gli viene infatti riconosciuta dalla nuova legislazione. Egli deve giudicare anzitutto sulle condizioni richieste per dare inizio alla causa; dovrà poi ad ogni tappa dell'inchiesta verificare se vi siano le condizioni per procedere alla tappa successiva. Ultimata l'inchiesta, il Vescovo si farà informare dal suo Delegato e dal Promotore di giustizia sulla consistenza delle prove raccolte e, nel caso che queste appaiano chiaramente insufficienti agli effetti della causa, farà bene a non inoltrare gli atti alla Congregazione prima di averla informata dello tato della causa e aver ricevuto le opportune istruzioni". Nello steso senso J. L. Gutiérrez, *Studi sulle cause di canonizzazione*, Milano 2005, pp. 201-202, che ricorda come "il Vescovo diocesano istruisce *iure proprio* tutto il processo diocesano".

[15] Come ricorda G. Belfiore, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Troina 2017, pp. 158-159, "Il succedersi di tanti pronunciamenti ha provocato nell'Episcopato italiano, da una parte, un comprensibile disorientamento, dall'altra l'assunzione di decisioni giustamente diversificate in ordine ai tribunali. Se, infatti, alcuni tribunali regionali si sono ridenominati tribunali interdiocesani (ad esempio l'Emiliano, il Flaminio, ecc.), altri hanno inteso mantenere il regionale senza modificarne la denominazione (come il Lombardo, il Ligure e il Sardo), alcuni Vescovi hanno effettuato il recesso dal regionale per conferire la competenza in materia matrimoniale al proprio tribunale diocesano (ad esempio il Vescovo di Avellino che si è distaccato dal Beneventano o di quello di Ventimiglia-San Remo che si è staccato dal Ligure) o interdiocesano (come il Vescovo il caso dei Vescovi di Teano-Calvi, di Alife-Caiazzo e di Sessa Aurunca che, staccatisi dal Regionale Campano, hanno costituito un tribunale interdiocesano.

[16] Come è noto, il giudice di prima istanza è, in ciascuna diocesi, il vescovo del luogo, al quale spetta di governare la Chiesa particolare affidatagli, "con potestà ordinaria, propria e immediata (can. 381, § 1), comprensiva della triplice funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria (can. 391, § 1). Il vescovo esercita il potere giudiziario a norma del diritto sia personalmente sia per mezzo di altri (*per se vel per alios*). Della stessa potestà dispongono i presuli assimilati ai vescovi diocesani, ai sensi dei canoni368 e 381, § 2: il prelato e l'abate territoriale, il vicario e il prefetto apostolico, l'amministratore di amministrazione apostolica stabilmente eretta e, inoltre, l'amministratore diocesano (can. 427, § 1). La competenza del vescovo si estende a tutte le cause, contenziose e penali, restano escluse solo le cause eccettuate espressamente dal diritto sia esso universale o particolare. Per ovvie ragioni di prudenza pastorale ed anche di specializzazione, il vescovo diocesano non esercita personalmente il potere giudiziario ma si serve dell'opera del vicario giudiziale e dei giudici (can. 1420). Cfr. L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, Vol. III, seconda ed., Roma 1986, pp. 22-23, nn. 5140-5143; R. L. Burke, *Il Vescovo come moderatore del tribunale*, in *Ius Ecclesiae*, XXIII, 2011, pp. 15-16, il quale ricorda che il vescovo è "*iudex natus*, ossia giudice per diritto nativo della propria diocesi, perché è giudice in forza del diritto divino, è giudice per il solo fatto che è Vescovo diocesano. Non può, quindi, egli sottrarsi alla diretta responsabilità per la retta amministrazione ella giustizia nella propria diocesi"; C. Papale, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, Roma 2016, pp. 48-49.

rapporti Stato-Chiesa, potendo costituire un ostacolo alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche emanate dal Vescovo diocesano.

In effetti, tra i primi commentatori della riforma, vi è stato chi ha insinuato il dubbio che la ricordata modifica del riparto di competenze giurisdizionali in àmbito canonico possa essere in contrasto con quanto pattuito nell'Accordo di Villa Madama. Si è, cioè, sostenuto che "i tribunali ecclesiastici avuti presenti dalle Alte Parti in sede di Accordo sono quelli, per dir così, 'ordinari', costituiti con questa specifica funzione di terzietà dall'ora abrogato m.p. *Qua cura*, di composizione collegiale e presieduti dal vicario giudiziale...". Ne conseguirebbe che l'innovazione apportata dalla riforma di Francesco non potrebbe essere considerata indifferente "alla stregua della clausola *rebus sic stantibus* nei rapporti con lo Stato"[17]. Risultando, quindi, potenzialmente pregiudizievole ai fini della delibazione.

Non si ritiene di potere convenire con tale conclusione per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, l'Accordo di Villa Madama non ha fatto alcuno specifico riferimento ai Tribunali Ecclesiastici regionali, limitandosi a parlare di "Tribunali ecclesiastici" *tout court* (cfr. Art. 8, n. 2 Accordo).

Inoltre, il fatto che la variazione interna all'ordinamento canonico del riparto di competenze nell'àmbito di una riorganizzazione degli uffici giudiziari sia del tutto irrilevante e non operi - come sostenuto dalla dottrina in commento - a livello del diritto internazionale come un'alterazione della "clausola *rebus sic stantibus* nei rapporti con lo Stato" è comprovato dalla oggettiva circostanza storica che già una volta nel passato il diritto concordatario italiano si è trovato di fronte ad una situazione analoga a quella che stiamo oggi vivendo[18]. Infatti, quando nel 1929 venne stipulato il

[17] Così N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, dicembre 2015, p. 22.

[18] In argomento cfr. G. Catalano, *I Concordati tra storia e diritto*, Soveria Mannelli 1992, pp. 73-80. L'A., nell'individuare e descrivere le "regole integrative del principio di *stare pactis*", richiama proprio il principio "*rebus sic stantibus*" quale "*pactum de negotiando*", ricordando che per poterlo invocare occorre una significativa "*mutatio seu conversio rerum*", fermo restando che "l'essenza del diritto concordatario sta nel sottrarre nel campo degli accordi presi le materie in esso regolate all'interpretazione unilaterale e legislativa dell'una e dell'altra parte". Inoltre, in base all'art. 62 comma 1° della Convenzione di Vienna sul Diritto dei trattati del 1969, "un fondamentale mutamento di circostanze che si sia prodotto in relazione a quelle che esistevano al momento della conclusione di un trattato e che non era stato previsto dalle parti, non può essere invocato come motivo

Concordato Lateranense, il sistema giudiziario canonico in Italia era basato su quanto previsto dal Codice Piano-benedettino del 1917 in materia e, cioè, su di un principio di ripartizione di competenze del tutto simile a quello oggi di nuovo vigente e cioè basato sulla centralità della figura del Vescovo diocesano[19].

In altri termini, quando, nel lontano 1929, vennero firmati i Patti Lateranensi le cause matrimoniali venivano giudicate dal Vescovo diocesano o con l'aiuto di un vicario giudiziale, ovvero anche quale giudice unico, qualora il Presule avesse deciso di riservare a sé tale giudizio.

Questo, dunque, il quadro normativo canonico vigente al momento della stipula del Concordato.

Sennonché, quando nel 1938 venne emanato il M.P. *Qua Cura*, con cui, derogando al diritto universale, vennero appositamente creati per l'Italia i tribunali ecclesiastici regionali, tale modifica non ha comportato una denuncia del Concordato *in parte qua* o la necessità di un'immediata rinegoziazione degli accordi presi, a riprova del fatto che la modifica della struttura dei tribunali avvenuta *ex parte Ecclesiae* non venne vista - e né poteva esserlo - come una modifica idonea a integrare un'alterazione della "clausola *rebus sic stantibus* nei rapporti con lo Stato".

Ne discende che gli impegni concordatari assunti dalla Santa Sede nei confronti dello Stato non impediscono - neanche oggi - in alcun modo di modificare il riparto interno di competenze tra i giudici ecclesiastici nell'ambito del diritto canonico,

per porre termine al trattato o per ritirarsi da esso, a meno che: a) l'esistenza di tali circostanze non abbia costituito una base essenziale per il consenso delle parti ad essere vincolate dal trattato; e che b) tale cambiamento non abbia l'effetto di trasformare radicalmente il peso degli obblighi che restano da eseguire in base al trattato". Si tratta, come ovvio, di situazioni che, nel caso della riforma del diritto processuale canonico, non si pongono neppure minimamente. In argomento si rinvia a A. Sinagra, P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano 2009, pp. 211-212.

[19] A mente del can. 1572, § 1 "*In unaquaque dioecesi et pro omnibus causis a iure expresse non exceptis, iudex primae instantiae est loci Ordinarius, qui iudiciariam potestatem exercere potest ipse per se, vel per alios, secundum tamen canones qui sequuntur*". Lo stesso Codice, al can. 1573, dopo avere detto che "*Quilibet Episcopus tenetur officialem eligere cum potestae ordinaria iudicandi, a Vicario Generali distinctum, ...*" (§1) precisava inoltre che "*Officialis unum constituit tribunal cum Episcopo loci: sed nequit iudicare causas quas Episcopus sibi reservat*" (§ 2). In argomento cfr. F. Roberti, *De processibus*, vol. I, Roma 1956, pp. 128 ss.

trattandosi di un atto che ricade nell'autonomia e nell'ordine proprio della Chiesa (cfr. art. 7 Cost., 1° comma)[20].

Ulteriormente, dalla circostanza che nel Concordato del 1929 il Vescovo diocesano fosse stato ritenuto un giudice affidabile, connotato dal carattere di terzietà rispetto alla parti del giudizio costituisce un significativo precedente normativo pattizio di cui tenere adeguatamente conto allorquando si pone oggi in dubbio l'imparzialità del Vescovo quale giudice[21].

Conseguentemente, non si possono ricavare elementi ostativi alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche sol perché queste siano state emesse dal Vescovo diocesano quale giudice monocratico e non da un tribunale ecclesiastico regionale in forma collegiale.

3. Considerazioni sulla funzione filtro del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

Una volta chiarito che il ripristino della storica competenza del Vescovo diocesano a giudicare della validità del matrimonio non inficia di per sé la possibilità di procedere alla delibazione, occorre ora vedere quale ruolo può essere attribuito al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica nel contesto del mutato assetto dell'ordinamento giudiziario interno alla Chiesa cattolica.

Come è noto, in base all'art. 8, n. 2 dell'Accordo, possono essere delibate soltanto quelle "sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo", cioè della Segnatura Apostolica.

[20] In argomento cfr. J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano 2006, pp. 55 ss.

[21] In chiave storica la figura del tribunale diocesano è sicuramente quella più classica e consolidata. In argomento si rinvia a S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, *I tribunali del matrimonio. Secoli XV-XVIII. I processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, Bologna 2006, pp. 65-235; G. Zaggia, *I Tribunali Interdiocesani o Regionali nella vita della Chiesa*…, cit., pp. 119-153.

Si tratta di un presupposto indefettibile per potere attivare il processo di delibazione, in quanto esso assurge a condizione di procedibilità per il giudice italiano.

In merito, deve segnalarsi una rilevante modifica tra il testo dell'art. 34 del Concordato del 1929 in base al quale "provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti" e il testo vigente dove non si fa più riferimento a tale attività di previo controllo e filtro da parte della Segnatura.

Si tratta di una rilevante differenza che sembrerebbe ridurre l'attività della Segnatura ad una mera e burocratica attestazione dell'intervenuta esecutività della sentenza in base al diritto canonico.

Tuttavia, nonostante la ricordata modifica intervenuta nel diritto concordatario, non sembra che sia possibile considerare in termini tanto riduttivi il ruolo del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, specie in un momento particolarmente delicato dei rapporti Stato-Chiesa in materia di delibazione come quello attuale.

Invero, al di là degli impegni assunti in sede pattizia, la Segnatura apostolica deve, comunque, farsi carico - in base allo stesso diritto canonico - di tutte le funzioni di vigilanza sull'operato dei tribunali ecclesiastici (ormai diocesani) e ciò proprio in quanto "superiore organo ecclesiastico di controllo".

A riprova di quanto ora asserito, basti citare la lettera circolare a tutti i tribunali ecclesiastici italiani su talune questioni riguardanti la tutela del diritto di difesa nel processo di nullità del matrimonio del 14 novembre 2002, emessa in seguito ai clamori suscitati dall'ormai celeberrima sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Pellegrini contro Italia[22]. In tale Lettera circolare la Segnatura ha esplicitamente dichiarato che "interverrà, con tutti gli strumenti consentiti dalla sua

[22] Prot. 33840/02 V.T., 14 novembre 2002, in *Ius Ecclesiae*, 15, 2003, pp. 869-71.

natura di Tribunale Supremo, cui è affidata la sorveglianza sulla retta amministrazione della giustizia nella Chiesa (cf. art. 124, 1° Cost. Ap. *Pastor bonus*), in caso di eventuali abusi di cui giunga a conoscenza, al fine di riparare, per quanto è possibile, provate violazioni dei diritti delle parti in causa".

In altri termini, indipendentemente da ogni obbligo di derivazione pattizia, la Segnatura continuerà, comunque, a farsi carico alla luce della sua funzione di vigilanza sulla retta amministrazione della giustizia nella Chiesa - ribadita dall'art. 35 della *Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae*, promulgata da Benedetto XVI con *Motu Proprio* del 21 giugno 2008 - del controllo sul rispetto dei princìpi fondamentali della procedura canonica[23].

Detta rivalutazione del ruolo di filtro operato dalla Segnatura Apostolica appare vieppiù rilevante ove si consideri che, in seguito al venire meno del principio della doppia sentenza conforme (cfr. can. 1679), è venuto anche di conseguenza meno il controllo che era, in ogni caso, effettuato dal giudice ecclesiastico di secondo grado chiamato a ratificare l'operato dei tribunali di prima istanza in base al vecchio can. 1682[24].

Invero, specie nel caso di *processus brevior*, dove è meno probabile la presentazione di appelli, l'intervento della Segnatura rappresenterà l'unico momento di verifica formale circa la regolarità della procedura di emanazione della decisione di nullità matrimoniale in sede canonica prima dell'attivazione del giudizio civile.

Verifica che, dunque, è lecito attendersi vada al di là della semplice segnalazione di sviste o errori materiali (ad esempio correzione di date o di cognomi e nomi di battesimo per sollecitare decreti di correzione della sentenza da parte dei tribunali interessati). Come è noto, infatti, la Segnatura Apostolica ha il potere di impedire l'esecutività della sentenza e può commettere la causa alla Rota Romana

[23] In *AAS*, 101, 2008, pp. 513-538. In particolare si vedano gli articoli 119-121 contenuti nel *Caput VI* della *Lex propria* intitolato "*De decretis exsecutivitatis in ordine ad effectus civiles obtinendos*". In argomento cfr. E. Giarnieri, *Il decreto di esecutività della Segnatura Apostolica*, in AA.VV., *Nullità dei matrimoni e tribunali ecclesiastici. Giudizio di delibazione e conseguenze sui processi di separazione e divorzio*, Padova 2010, pp. 153-176.

[24] In argomento si rinvia ai contributi contenuti Aa.Vv., *La doppia conforme nel processo matrimoniale. Problemi e prospettive,* Città del Vaticano 2003.

affinché accerti la nullità della sentenza, così come può "sollecitare la promozione della *querela nullitatis* da parte del difensore del vincolo presso il tribunale che ha emanato la sentenza"[25].

Un positivo segnale in tal senso è dato dalla Lettera circolare del 30 gennaio 2016 con cui il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si è attivato per adeguare la concessione del decreto di esecutività in vista della delibazione di sentenze emanate in applicazione del *M.P. Mitis iudex Dominus Iesus*[26].

In altre parole, il decreto di esecutività costituisce, oggi più che in passato, una sorta di "certificazione di qualità", garantendo ufficialmente l'idoneità della sentenza canonica a dichiarare la nullità del matrimonio e ciò esclusivamente in vista dell'eventuale delibazione, in quanto la sentenza canonica - una volta divenuta definitiva in quanto non più impugnabile in via ordinaria - è di per sé esecutiva[27].

---

[25] Cfr. Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, Lettera circolare, 30 gennaio 2016, Protocollo n. 51324/16. La lettera prende le mosse dalla richiesta del decreto di esecutività in vista della delibazione di sentenza di primo grado divenute immediatamente esecutive senza la necessità della doppia conforme. La Segnatura con questa lettera ha aggiornato "la precedente Lettera circolare del 20 marzo 1991 (prot. n. 21402/89 VAR) emanata in attuazione degli articoli 60-62 del Decreto Generale sul Matrimonio canonico, ferme restando le disposizioni della Lettera circolare del 14 novembre 2002 (prot. n. 33840/02 VT)". Si è, dunque, che "Il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica [...] per la concessione del decreto di esecutività per le prime sentenze affermative richiede, oltre alla documentazione di cui alle menzionate precedenti Lettere circolari, i seguenti documenti: /1°. Prova della avvenuta pubblicazione della sentenza alle parti, incluso il difensore del vincolo; /2°. Copia del decreto esecutorio emesso dal Tribunale che ha pronunciato la sentenza, con il quale si attesta che sono inutilmente trascorsi i termini per l'interposizione dell'appello. /Queste disposizioni si applicano anche per le sentenze pronunciate nel *processus brevior*, che sono trasmesse a questa Segnatura Apostolica dal Tribunale che cura la documentazione per la richiesta del decreto di esecutività".

[26] Così E. Giarnieri, *Il decreto di esecutività della Segnatura Apostolica*, in Aa.Vv., *Nullità dei matrimoni e tribunali ecclesiastici. Giudizio di delibazione e conseguenze sui processi di separazione e divorzio*..., cit., pp. 163-164. Ciò pare del resto conforme al disposto del can. 1654, § 2 a mente del quale all'esecutore (normalmente il Vescovo diocesano) "è consentito di occuparsi delle eccezioni circa il modo e il valore dell'esecuzione, non però del merito della causa; che se fosse altrimenti edotto che la sentenza è nulla o palesemente ingiusta a norma dei cann. 1620, 1622 e 1645, si astenga dall'esecuzione e rinvii la cosa al tribunale che ha emesso la sentenza, dopo averne informato le parti".

[27] Cfr. E. Giarnieri, *Il decreto di esecutività della Segnatura Apostolica*..., cit., pp. 156-157. L'A. si interroga anche circa la natura giuridica del decreto di esecutività che ritiene, al di là del *nomen iuris* adoperato, non potersi considerare "appartenente alla famiglia dei decreti singolari" previsti nel codice canonico come atti amministrativi singolari, nei cann. 35 ss.". Sotto il profilo canonistico sembra, invece, considerare il decreto di esecutività alla stregua di un giudizio di legittimità (per intenderci simile ma, ovviamente, non uguale a quello operato dalla Cassazione) a forma libera e non vincolata relativo a vizi *in procedendo* consistenti in violazione di norme procedimentali (non mere irregolarità, ma vizi che inficiano l'atto o il procedimento fino a causarne la nullità), esercitando una funzione di nomofiliachia. Dal punto di vista civilistico esso si atteggia ad una condizione di procedibilità del giudizio di delibazione, ossia quale elemento costitutivo indefettibile del relativo rapporto processuale rilevabile d'ufficio dalla Corte d'Appello.

Si tratta, pertanto, di una sorta di *self-restraint ex parte Ecclesiae* volto a favorire una corretta applicazione degli accordi concordatari che - se correttamente svolto - costituisce un'ulteriore garanzia specie in vista della delibazione delle sentenze di nullità emanate, anche tramite un *processus brevior*, in applicazione della riforma.

4. La riforma alla prova del principio del giusto processo (art. 111 della Costituzione)

Passiamo ora ad occuparci della parte tradizionalmente più complessa ed articolata dei rapporti Stato-Chiesa in materia di delibazione: il controllo da effettuarsi da parte della Corte di Appello per la verifica del rispetto delle condizioni richieste dall'Accordo del 1984, con particolare riferimento al sindacato di non contrasto con l'ordine pubblico sia sostanziale, sia, soprattutto, per quanto qui ci interessa, processuale, in base a quanto stabilito dall' art. 8, 2.b dell'Accordo.

In merito, occorre, preliminarmente, ricordare che l'ampiezza del controllo demandato alla Corte d'Appello in sede di delibazione è stata da tempo chiarita dalla Corte Costituzionale che ha qualificato il diritto alla difesa come appartenente al novero dei princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale solo "nel suo nucleo più ristretto ed essenziale" e, pertanto, "non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si atteggia".

In altri termini, non potrà rilevare qualsiasi forma di diversa regolamentazione processuale sussistente tra il diritto processuale canonico e quello statale, ma soltanto eventuali concrete, specifiche e gravi violazioni del diritto di difesa che devono essere puntualmente accertate[28].

Sul punto diversi sono gli aspetti che meritano attenzione sotto il profilo della compatibilità tra i princìpi che caratterizzano il processo matrimoniale canonico -

[28] Cfr. Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *Il foro italiano*, I, 1982, c. 934 ss. In altri termini, il rispetto del diritto di agire e resistere in giudizio "non va, quindi, verificato mettendo a confronto pedissequamente l'ordinamento del processo canonico con quello procedurale italiano". Si vedano anche quali concrete applicazioni del summenzionato principio Cass., 3 maggio 1984, n. 2688, in *Il diritto ecclesiastico*, 1984, p. 44 ss.; Cass., 17 ottobre 1989, n. 4166, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1990, p. 574 ss.

specie in seguito alla riforma di Francesco - e quelli che reggono il diritto processuale italiano.

A tal fine appare preliminarmente opportuno operare un breve raffronto, sia pure meramente sistematico, tra l'attuale configurazione del processo di nullità matrimoniale in foro ecclesiastico ed il vigente sistema processuale italiano.

Vedremo, infatti, che alla luce di siffatta comparazione molte delle presunte anomalie ed incongruenze giuridiche di cui è accusata la riforma di Francesco - se proprio non si elidono e svaniscono del tutto - risultano, quantomeno, fortemente ridimensionate, anche in vista delle possibili implicazioni in sede di delibazione.

Come dianzi ricordato, il problema di maggiore rilievo che viene in considerazione nel nostro caso è quello di verificare se "nel procedimento canonico sia stato garantito il diritto di agire e resistere in giudizio delle parti in modo non difforme dai princìpi fondamentali dell'ordinamento italiano", cioè occorre verificare che sia stato rispettato il c.d. ordine pubblico processuale che oggi trova la sua consacrazione nel concetto di giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione (nel testo riformato con la legge cost. n. 2/1999).

Con l'espressione "giusto processo" si indica l'insieme delle forme processuali necessarie per garantire, a ciascun titolare di diritti soggettivi o di interessi legittimi lesi o inattuati, la facoltà di agire e di difendersi in giudizio. I princìpi costituzionali del giusto processo sono stati tradizionalmente tratti dagli artt. 2, 3, 24 ed oggi dal novellato art. 111 della Costituzione[29].

I cardini del giusto processo in base alla citata normativa costituzionale sono: il principio del contraddittorio; il principio dell'imparzialità del giudice; il principio della ragionevole durata del processo[30].

[29] In argomento si veda anche M. J. Arroba Conde. *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Roma, 2016; A. Catta, *Giusto processo e verità della decisione nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2017.

[30] Quello della «*durata ragionevole del processo*» è uno dei più rilevanti principi processuali presenti nella nostra Carta costituzionale. Tale principio ha trovato una prima affermazione nell'ordinamento italiano con la ratifica della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Legge 4 agosto 1955 n. 848), che lo consacra nell'art. 6, § 1 («*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un*

Per quanto di nostro specifico interesse, soffermeremo la nostra attenzione esclusivamente sul profilo del rispetto del diritto alla difesa e del contraddittorio che, tradizionalmente, ha sempre suscitato maggiori problemi per la delibazione.

Non ci occuperemo della ragionevole durata del processo in quanto la riforma canonica è tutta nel senso di velocizzare al massimo la conclusione dei procedimenti di nullità come è, ampiamente, dimostrato dall'abolizione del principio della doppia sentenza conforme (can. 1679) e dall'introduzione del *processus brevior* davanti al Vescovo diocesano (cann. 1683-1687). Neppure prenderemo in esame il tema dell'imparzialità del giudice, atteso che si è già chiarito che il Vescovo può e deve essere considerato un giudice adeguato ed imparziale.

Delineato il senso ed il significato del concetto di giusto processo in astratto, vediamo adesso come esso trovi concreta attuazione nell'ambito del processo civile italiano.

Si tratta di un'analisi indispensabile al fine di verificare differenze ed analogie tra il vigente sistema processualistico civile italiano e quello canonico, al fine di cogliere eventuali difformità tra i due ordinamenti di tale rilevanza da superare persino "il margine di maggiore disponibilità che l'ordinamento statuale si è imposto rispetto all'ordinamento canonico", causando l'impossibilità di procedere alla delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale per contrarietà all'ordine pubblico processuale[31]. E ciò specie ove si consideri, come dianzi accennato, che, proprio con riguardo al profilo

termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti»). Ma è assurto ad esplicita affermazione in Costituzione con la Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 2, che lo ha espressamente inserito nell'art. 111. Ovviamente la durata del processo per essere ragionevole, così come impone il 2° comma dell'art. 111 Cost., deve conciliarsi anche con le altre tutele costituzionali e con il diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 Cost. (cfr. Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 9). Vale a dire che tale principio «deve essere letto alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formulazione normativa, in correlazione con le altre garanzie previste dalla Costituzione, a cominciare da quella relativa al diritto di difesa» (Corte cost., 22 giugno 2001, n. 204). Ed il «bilanciamento tra il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata del processo deve tener conto dell'intero sistema delle garanzie processuali, per cui rileva esclusivamente la durata del giusto processo, quale complessivamente delineato in Costituzione, mentre un processo non giusto perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (Corte cost., 4 dicembre 2009 n. 317).

[31] Così Cass., 1 ottobre 1982 n. 5026, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2554; Cass., 27 novembre 1991 n. 12671, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 962; Cass., 5 marzo 2003 n. 3339, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 639.

dell'ordine pubblico processuale, la Cassazione ha affermato che compito della Corte d'Appello è quello di "accertare che risultino rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e di resistere nell'ambito dei princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato (e che sono rispettati quando risulti che le parti abbiano avuto la garanzia sufficiente per provvedere alla propria difesa) e non anche riscontrare se siano state rispettate puntualmente tutte le norme canoniche e se queste diano le stesse garanzie offerte dal nostro ordinamento"[32].

5. Sull'attuale sistema di diritto processuale italiano

Come è noto, l'attuale legislazione italiana (a partire dal D.lgs. 150/2011) prevede solo tre modelli processuali applicabili: il rito del lavoro; il processo ordinario di cognizione ed il processo sommario di cognizione.

Tale organica scelta di politica legislativa - adottata nel corso degli ultimi anni (a partire dalla prima riforma del 2009) - si pone nell'ottica di velocizzare e snellire il gravoso contenzioso civile ed è in netta controtendenza con il *trend* normativo prodottosi dal 1940 ai nostri giorni che ha visto addirittura vigere contemporaneamente fino a 33 diversi riti previsti da varie leggi speciali[33].

Con tale riforma il Legislatore nazionale ha voluto introdurre una sorta di "doppio binario", dividendo i vari processi in due fondamentali e logiche categorie: quelli complessi che richiedono maggiori approfondimenti istruttori e formalismi probatori; e quelli più semplici, caratterizzati dalla possibilità di una concentrazione delle attività processuali ed una de-formalizzazione dell'istruttoria[34].

---

[32] Così Cass., 12 maggio 1990, n. 4100, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1196.

[33] Il codice del 1940 (dopo l'esperienza, non positiva, del procedimento sommario fino a quell'epoca vigente) aveva ancorato il processo di cognizione di rito ordinario ad un modello unico, insensibile alla natura più o meno semplice o più o meno complessa della controversia, e le riforme successive avevano ribadito la scelta di applicare le stesse regole procedimentali a prescindere dal livello di complessità della causa, preferendo incrementare il numero e la varietà dei riti speciali in base alle tipologie di controversie, il predetto nuovo rito sommario consente invece al giudice (e, prima ancora, alla parte che agisce in giudizio) di selezionare il contenzioso e di adottare diverse regole del procedimento in relazione alla maggiore o minore complessità della controversia. Sul punto si rinvia a C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile: legge 18 giugno 2009, n. 60*, Torino 2009, pp. 139 ss.; si vedano anche i contributi contenuti in Aa.Vv., *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009.

[34] In argomento si rinvia a G. Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, V, 2009, pp. 324 ss.; G. Basilico, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 737 ss.; A. Carratta, *Processo*

In tale ottica - per quanto strettamente di nostro interesse - con la legge 69/2009, è stata introdotto nel titolo I del libro IV del Codice di procedura civile il capo III *bis*, composto dagli artt 702*bis*, 702*ter* e 702*quater* i quali disciplinano un nuovo procedimento sommario di cognizione di natura non cautelare (in quanto non condizionato dal requisito del *periculum in mora*) esperibile nelle controversie in cui il tribunale giudica in composizione monocratica[35]. Ossia un procedimento utilizzabile in quelle controversie che non necessitano di un'istruttoria complessa, consistente in un giudizio sommario di primo grado che, nel rispetto del contraddittorio, è destinato a concludersi - sulla base di un'istruttoria semplificata ed accelerata - con un'ordinanza provvisoriamente esecutiva idonea ad assumere l'efficacia di giudicato (ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.)[36].

In altri termini, il rito "sommario" si pone come "alternativo" al rito ordinario, ed è caratterizzato dalla funzione di consentire l'accelerazione dell'esercizio dei poteri cognitivi decisori, con la formazione di un accertamento idoneo al giudicato sostanziale, previa selezione, da parte del giudice, della singola controversia ritenuta, caso per caso, compatibile con la decisione semplificata.

La sommarietà del rito in esame deve essere, dunque, intesa come mera semplificazione di ogni fase del processo successiva a quella introduttiva (l'unica disciplinata direttamente dall'art. 702 *bis* c.p.c.); il legislatore, cioè, pensando alle controversie più semplici, ha voluto introdurre un modello di procedimento dalla disciplina piuttosto scarna, che il giudice può, in certa misura, forgiare a propria discrezione[37].

---

sommario (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, pp. 877 ss.; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1586 ss.; F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 1568 ss.; A. Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna 2016.

[35] L'ambito di applicazione del nuovo procedimento sommario risulta definito, in larghissima parte, dall'*incipit* dell'art. 702 *bis* c.p.c., a tenore del quale tale modello processuale può essere adottato, sostanzialmente in via alternativa con il procedimento ordinario, "*nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*", mentre il co. 2 dell'art. 702*ter* c.p.c. sanziona con l'inammissibilità la domanda che sia estranea a questo ambito. Cfr. C. Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 94 ss.; F. Tommaseo, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Prev. for.*, 2009, 125 ss.

[36] Sul punto cfr. S. Menchini, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 1101 ss.

[37] In concreto, questo tipo di procedimento dovrebbe presentarsi come più snello (affrancato, cioè, dalla necessaria concessione dei termini *ex* art. 183 o 190 c.p.c., nonché da momenti squisitamente formali quali

Il procedimento sommario di cognizione *ex* art. 702 *bis* e ss. c.p.c. deve considerarsi, a dispetto del suo nome e della sua collocazione sistematica, come un processo a cognizione piena. Va, quindi, condivisa l'interpretazione di chi, in dottrina, ha precisato che l'espressione "procedimento sommario" andrebbe interpretata alla stregua di "procedimento semplificato", appartenente all'area della cognizione piena, che si caratterizza per l'oggetto delle controversie che con esso sono trattate e decise, laddove il carattere semplificato del procedimento corrisponde al carattere semplificato della controversia che ne è oggetto[38].

In altri termini, nel caso di specie la "sommarietà" non è riferita alla cognizione, bensì al procedimento, con ciò evidentemente sottolineandosi che la semplificazione e de-formalizzazione attengono all'*iter* procedimentale e non alla cognizione decisoria finale che ne consegue. Esso deve essere considerato come uno strumento idoneo a favorire una rapida definizione delle controversie che appaiano *mature per la decisione* (art. 187, 1° comma cod. proc. civ.) fin dall'udienza di comparizione (art. 702 *bis*, 3° comma).

Da un punto di vista procedurale, per ottenere questo risultato sarà necessario che l'attore opti per il rito sommario quando ritenga - evidentemente adoperandosi in tale senso, e perciò curando la raccolta delle prove (precostituite) prima di dare inizio al processo - di poter *offrire* al giudice una causa già matura per la decisione.

Al fine di stabilire se il procedimento possa proseguire col rito sommario, ovvero debba continuare secondo quello ordinario (art. 702 *ter*, 3° comma), sarà poi indispensabile che il giudice esamini molto attentamente le difese svolte dalle parti (convenute), sceverando quelle che, evidenziando una certa consistenza, comportino la necessità di atti d'istruzione incompatibili con la cognizione sommaria, da quelle

l'udienza di precisazione delle conclusioni), e pertanto, non diversamente dall'odierno procedimento in camera di consiglio, dovrebbe teoricamente consentire una maggiore immediatezza della decisione evitando la divisione in fasi che contraddistingue il processo di cognizione ordinario. Cfr. P. Biavati, *Appunti sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 185 ss.

[38] Sul punto cfr. C. Besso, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 722 ss.

che appaiano meramente dilatorie ovvero che, pur non manifestamente infondate, esigano accertamenti non complessi od esauribili in tempi brevi.

Ancora più di recente il D.L. 12 settembre 2014, n.132 convertito dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 (c.d. riforma sulla de-giurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato) ha introdotto nel codice di rito l'art. 183 *bis*, così ampliando le ipotesi di applicabilità del rito sommario di cognizione (art. 702 *bis* e ss.).

Esso attribuisce al giudice il potere discrezionale di disporre, nell'udienza di trattazione, il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione, "valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria". In tal modo, limitatamente alle controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica (come previsto anche dall'art. 702 *bis* co.1 c.p.c.), si configura una modalità di mutamento di rito speculare a quella delineata nell'art. 703 *ter*, 3° co., c.p.c. Quest'ultimo stabilisce che il giudice, se ritiene che "le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria", fissa, con ordinanza non impugnabile, l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., mentre la norma di nuovo conio stabilisce che il giudice nell'udienza di trattazione, "valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria", può disporre con ordinanza non impugnabile, previa attivazione del contraddittorio sul passaggio di rito, anche mediante trattazione scritta, che si proceda *ex* art. 702 *ter* c.p.c. [39].

In altri termini, a seguito della citata riforma del 2014, divengono tre le modalità di accesso al procedimento sommario di cognizione: a) per iniziativa dell'attore *ex* art. 702 ss.; b) per iniziativa del giudice *ex* art. 183 *bis*; c) per determinazione normativa (d.lgs. 150/2011) [40].

Ovviamente la ricordata innovazione legislativa non ha mancato di sollevare molteplici dubbi di legittimità costituzionale.

[39] In tale evenienza, invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi istruttori e la prova contraria; se richiesto, può fissare una nuova udienza e un termine perentorio non superiore a quindici giorni per le deduzioni istruttorie e un termine perentorio di ulteriori dieci giorni per la controprova. Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, Torino 2010, pp. 183 ss.

[40] In argomento cfr. A. Didone, *L'art. 183-bis c.p.c. ed il passaggio dal rito ordinario al rito sommario: tamquam non esset?*, in AA.VV, *Le riforme del processo civile 2015*, a cura di A. Didone, 2016, pp. 139-160.

In merito pare opportuno segnalare una recente sentenza della Corte Costituzionale la n. 10 del 2013 (estensore l'attuale Presidente della Repubblica Mattarella)[41] che ha avuto modo di chiarire alcuni dubbi inerenti il processo sommario di cognizione[42].

La sentenza ha affermato la legittimità costituzionale delle norme sul processo di cognizione sommaria, precisando che la scelta di trattare con il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702*bis* ss., cod. proc. civ. "è stata motivata, nella relazione illustrativa al decreto impugnato, dalla «accentuata semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, rivelata, spesso nella maggior parte dei casi, dal richiamo della procedura camerale prevista e disciplinata dagli artt. 737 ss., cod. proc. civ.".

Inoltre, si è sottolineato che: "il presupposto della semplificazione della trattazione è stato altresì rinvenuto in quei procedimenti che, nel loro pratico svolgimento, sono caratterizzati dal *thema probandum* semplice, cui consegue ordinariamente un'attività istruttoria breve, a prescindere dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte o delle questioni giuridiche da trattare o decidere" e ciò anche "a fronte di questioni giuridiche spesso non altrettanto semplici".

Ciò posto, la Corte ha concluso affermando che: "nel quadro descritto, deve pertanto escludersi che le disposizioni impugnate siano manifestamente irragionevoli, ponendosi invece nell'ambito di un chiaro disegno riformatore, orientato alla semplificazione dei procedimenti civili in esame".

Da quanto esposto si evince che anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto la possibilità di prevedere giudizi semplificati e, per così dire, "destrutturati" al fine di

[41] Cfr. Corte Cost., 16 gennaio 2013, n. 10, in *http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=10*.

[42] La sentenza citata si è pronunciata sul giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 3 e 29 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), promosso dalla Corte d'appello di Firenze.

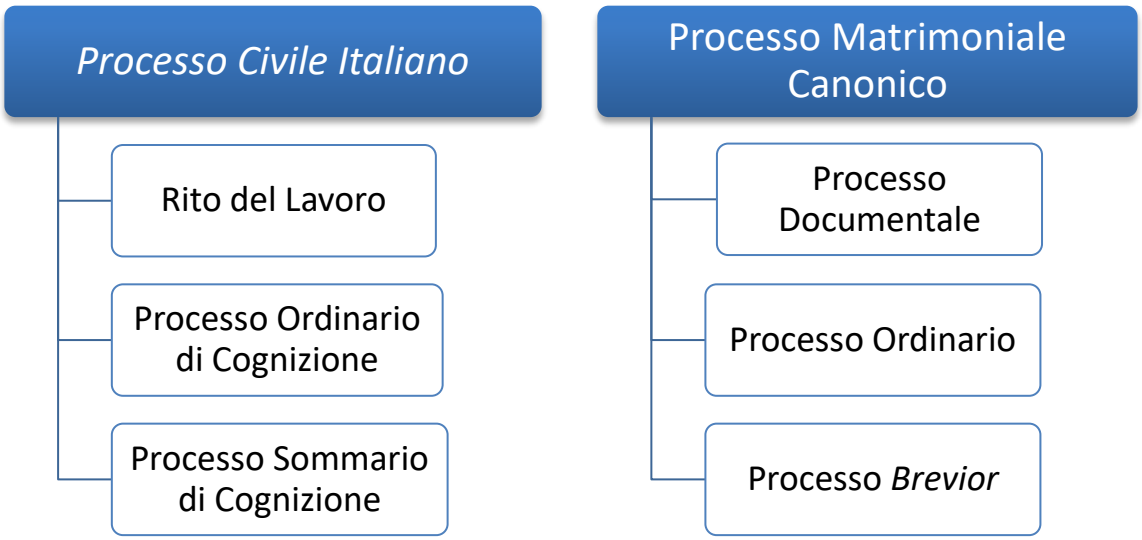
favorire una maggiore celerità dei processi, ritenendo che tale soluzione sia conforme al dettato costituzionale.

6. Analogie e differenze tra processo matrimoniale canonico e processo civile

Occorre adesso, alla luce di quanto sin qui esposto, verificare se la riforma intervenuta nel processo matrimoniale canonico possa effettivamente considerarsi compatibile con i "princìpi fondamentali dell'ordinamento italiano", cioè se essa sia conforme al già descritto ordine pubblico processuale sancito dall'art. 111 della Costituzione.

In realtà, già ad un primo ed epidermico confronto tra il nuovo sistema canonico e l'altrettanto nuovo sistema processuale italiano, dianzi descritto, tale preoccupazione sembra, se non venire meno, quantomeno attenuarsi parecchio.

Invero, come è noto, l'attuale processo canonico, al pari di quello civile si struttura sulla base di tre possibili modelli processuali applicabili: il processo documentale; il processo ordinario; ed il processo *brevior*.



Tale similitudine appare talmente evidente da sembrare non casuale. In particolare il *processus brevior* appare, se non proprio modellato su quello a cognizione sommaria dianzi descritto, certamente ad esso ispirato.

Volendo analizzare le analogie tra le due procedure, basti dire che in entrambi i casi si è in presenza di un giudice monocratico (per il diritto canonico il Vescovo); che la decisione di utilizzare tale processo dipende dalla domanda dell'attore la quale deve fornire al giudice degli elementi anche probatori tali da evidenziare che non è necessaria una particolare e complessa attività probatoria, essendo bastevole un'istruttoria semplificata, dando così al giudice agio di potere stabilire di procedere col rito sommario di cognizione.

Ancora, se è vero che nel processo a cognizione sommaria civile non è richiesto l'accordo delle parti quale condizione indefettibile per potere utilizzare tale tipo di processo, è, però, possibile che il giudice, pur in presenza di una richiesta attorea di rito sommario non ritenga, alla luce della posizione processuale della parte convenuta (la quale si opponga adducendo elementi di prova che richiedano un'attività istruttoria più complessa ed articolata) di potervi accedere ritendo necessario adottare il rito ordinario e ciò in piena analogia con quanto previsto dal can. 1676, § 2.

Ulteriormente, è anche possibile, in entrambi gli ordinamenti, che avvenga un mutamento del rito inizialmente prescelto e cioè che un procedimento inizialmente incoato con rito sommario/*brevior*, possa essere tramutato in ordinario (cfr. can. 1687,§ 1 e art.) e viceversa (cfr. art. 183 bis cod. proc. civ. e art. 15 delle Regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale)[43].

Ancora, entrambi i processi si caratterizzano per un'attività istruttoria estremamente de-formalizzata e concentrata e per il fatto che il carattere semplificato

[43] Il citato art. 15 prevede che "se è stato presentato il libello per introdurre un processo ordinario, ma il Vicario giudiziale ritiene che la causa possa essere trattata con il processo più breve, egli, nel notificare il libello a norma del can. 1676 § 1, inviti la parte che non lo abbia sottoscritto a comunicare al tribunale se intenda associarsi alla domanda presentata e partecipare al processo. Egli, ogniqualvolta sia necessario, inviti la parte o le parti che hanno sottoscritto il libello ad integrarlo al più presto a norma del can. 1684".

del procedimento corrisponde al carattere semplificato della controversia che ne è oggetto.

Il processo sommario di cognizione si chiude non già sentenza ma con ordinanza cioè con un provvedimento che è succintamente motivato analogamente a quanto accade nel processo *brevior* dove è sufficiente che la sentenza "esponga in maniera breve e ordinata i motivi della decisione" (art. 20, §2 delle regole procedurali per la trattazione delle cause di nullità matrimoniale).

L'unica differenza di rilievo è costituita dal fatto che il giudizio di cognizione sommaria si può chiudere con una decisione di rigetto nel merito, senza che questa eventualità comporti la necessità per il giudice di disporre il mutamento del rito (analogamente a quanto previsto per l'ormai abrogato rito sommario societario *ex* art. 19 d.legisl. 5/2003).

Viceversa, tale possibilità, in modo certo più garantista, è contemplata dal nuovo processo *brevior,* laddove si prevede che qualora il Vescovo diocesano non dovesse raggiunge la certezza morale sulla nullità del matrimonio, non potrà pronunciarsi negativamente ma dovrà rimettere la causa al processo ordinario (cfr. can. 1687 § 1.). Si tratta, come ovvio, di una norma che è volta a tutelare il diritto alla difesa delle parti che risulterebbe compresso qualora venisse respinta la richiesta di nullità solo per il fatto di avere scelto un rito in cui - proprio per il carattere sommario che lo caratterizza - non è stato possibile fornire una prova adeguata al necessario raggiungimento della certezza morale da parte del Vescovo (*ex* can. 1608).

Da quanto sin qui brevemente esposto pare possibile ritenere infondata l'accusa che pure è stata mossa al processo *brevior* di essere "al limite della degiuridicizzazione"[44].

Tale accusa pare vieppiù ingiustificata ove si consideri che, proprio in materia matrimoniale, con particolare riferimento ai procedimenti di separazione e di divorzio,

[44] Così N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*..., cit., p. 18.

negli ultimi anni si è assistito ad un *trend* normativo caratterizzato dall'assoluta semplificazione e dall'esplicita degiurisdizionalizzazione. In merito, basti ricordare la legge istitutiva del c.d. "divorzio breve" (legge n.55 del 6 maggio 2015) con cui si è completato il quadro delle misure acceleratorie in materia di divorzio e di separazione, già intrapreso dalla già citata legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione in legge del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 - recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile[45].

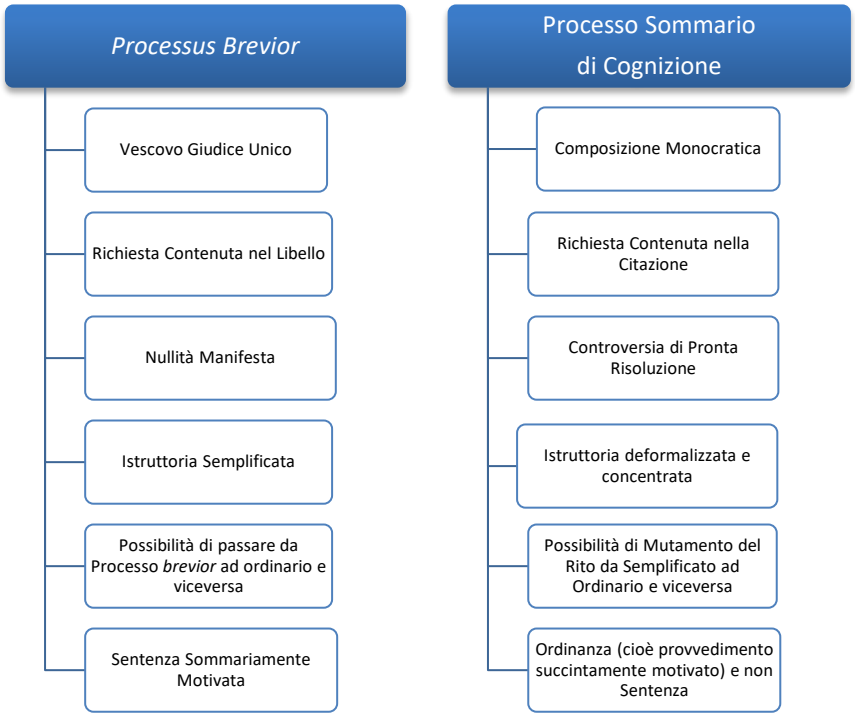
Con tale normativa si è, tra le altre cose, prevista la possibilità di evitare il procedimento di fronte al tribunale mediante la negoziazione assistita da avvocati e gli accordi di separazione e divorzio conclusi davanti all'Ufficiale dello Stato Civile.

In altri termini, si è prevista la possibilità per i coniugi di comparire direttamente innanzi all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune per concludere un accordo di separazione, di divorzio o di modifica delle precedenti condizioni di separazione o di divorzio (art. 12), dandosi così vita ad un sistema davvero "al limite della degiuridicizzazione" in un settore nevralgico e delicato come quello del diritto di famiglia.

Tuttavia, anche ammettendo, per ipotesi, che detta accusa sia fondata, da tale conclusione non potrà trarsi alcun elemento ostativo alla delibazione, dal momento che anche il sistema processuale italiano ritiene conforme al giusto processo l'esistenza di un processo a cognizione sommaria con caratteristiche del tutto analoghe a quelle del processo *brevior*.

Volendo evidenziare i molteplici punti di contatto ed analogie tra i due tipi di processo basti tenere conto del seguente quadro sinottico.

[45] Per un commento alla riforma si rinvia a B. De Filippis, - M. Rossi, *Divorzio breve, divorzio fai da te, cognome dei figli, figli non riconosciuti dalla madre, unioni civili*, Padova 2015.



7. Su alcune possibili specifiche conseguenze negative della riforma sulla delibazione per violazione del diritto di difesa

Quanto sin qui esposto ci autorizza, dunque, a ritenere che vi sia una sostanziale analogia, sia strutturale sia teleologica, tra il nuovo sistema processuale canonico e quello previsto dal vigente codice di procedura civile che consente di propendere per l'assenza di ostacoli sistematici tra i due ordinamenti giuridici in vista della delibazione.

Tuttavia ciò non significa che non vi siano alcune criticità le quali potrebbero creare dei problemi in sede di giudizio di delibazione.

Alcuni di questi dubbi emergono dal testo del *M.P. Mitis Iudex*, mentre altri si sono posti in seguito all'emanazione del già ricordato Rescritto *ex audientia* del 7 dicembre 2015.

Con riferimento a quest'ultimo, pare subito possibile notare nella seconda parte dedicata specificamente al Tribunale Apostolico della Rota romana presenta

alcune norme che potrebbero essere foriere di problemi in sede di delibazione. Tra tali disposizioni vi è quella per cui "nelle cause di nullità di matrimonio davanti alla Rota Romana il dubbio sia fissato secondo l'antica formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu*". Con tale norma si è espressamente sancito il ritorno alla formula del dubbio generico così come era già previsto nelle *Normae* rotali del 1934 (nei tribunali inferiori rimane invece l'obbligo del dubbio specifico, come può essere per esempio l'esclusione della prole)[46].

Siffatta soluzione normativa, al di là delle pur comprensibili motivazioni pastorali che l'hanno determinata, crea non pochi problemi pratici per quanto attiene il corretto esercizio del diritto alla difesa della parte convenuta che si oppone alla richiesta declaratoria di nullità. Infatti, è di tutta evidenza che una formula del dubbio generica rischia di ledere il principio del contraddittorio che richiede, per la sua corretta attuazione, la determinazione degli esatti confini del *thema probandum* e del *thema decidendum*.

Una formulazione generica del dubbio non consente, cioè, un effettivo esercizio del diritto alla difesa, in quanto nel giudizio rotale, a causa di essa, il collegio giudicante può giungere a conclusioni anche diverse da quanto dibattuto e deciso in primo grado. Il che, combinato con il principio della c.d. conformità equivalente (vale a dire per capitoli di nullità formalmente diversi), in virtù del quale la conformità riguarda unicamente il dispositivo, darebbe luogo all'emanazione di sentenze in Rota (in seconda istanza) per motivi di nullità diversi da quelli decisi in primo grado, come già accadeva sotto la vigenza del vecchio codice (cfr. can. 1677, § 3) e dell'art. 77, § 2 delle *Normae* rotali del 1934[47].

---

[46] Papa Pio XI, il 22 giugno 1934, promulgò le «*Normæ S. Romanæ Rotæ Tribunalis*», in *AAS* 26 (1934), pp. 449-491, entrate in vigore nel dicembre dello stesso anno. Le *Normae propriae* del 1934, in quanto legge posteriore e particolare, prevalevano sul codice.

[47] In tal senso cfr. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano 1997, pp. 73-74, il quale ricorda che "la prassi di formulare il dubbio sulla sussistenza o meno della nullità del matrimonio *'in casu'*, senza esprimere in dettaglio il capitolo di nullità invalidante, favorì l'emanazione di sentenze, in secondo grado, per capitoli di nullità diversi da quelli decisi in prima istanza. Le decisioni erano considerate conformi, malgrado la differenza tra i titoli di nullità riconosciuti".

Per la verità, l'attuale riforma crea ancora maggiori problemi rispetto alle disposizioni contenute nella *Lex propria* della Rota del 1934 in quanto l'art. 77, § 1 - proprio al fine di prevenire possibili lesioni del diritto di difesa - stabiliva che "*Formula dubii referre debet ipsum controversiae meritum, cauto ne excedantur limites quaestionis applellatae vel commissae*". Pare legittimo, dunque, attendersi che anche le nuove *Normae* di prossima emanazione richiamino questo principio, onde evitare il verificarsi di possibili lesioni del diritto alla difesa delle parti convenute che potrebbero avere delle ricadute negative anche sul piano della delibazione. Invero, la situazione sopra descritta potrebbe essere valutata criticamente dalle Corti di appello che potrebbero ritenere leso il diritto "di agire e resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano" di cui all'art. 8, comma 2, lett. b dell'Accordo di Villa Madama.

Un'ulteriore criticità che è sorta da una prima applicazione del citato *Rescriptum ex audientia*, riguardava la norma che, nello spirito dei princìpi ispiratori della riforma, prevede che: "La Rota Romana giudichi le cause secondo la gratuità evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*, ...".

In altri termini - in base al testo del Rescritto – si è, almeno inizialmente, ritenuto esservi stata l'introduzione del principio per cui in Rota, non era più possibile avvalersi di avvocati rotali di fiducia, bensì usufruire esclusivamente del gratuito patrocinio con assegnazione di un patrono d'ufficio scelto dal Tribunale tra gli iscritti all'Albo[48].

La scelta di inibire la possibilità di scegliere liberamente l'avvocato da cui farsi difendere è stata subito percepita dagli addetti ai lavori come un possibile *vulnus* alla delibazione. Potendosi dare il caso di una parte convenuta che, in sede di delibazione, opponga, quale causa ostativa all'attribuzione di effetti civili alla sentenza canonica di

[48] A ben vedere si tratta di una norma che sembra derogare a quanto previsto dal Codice, che al can. 1481, § 1 stabilisce che "la parte può liberamente costituirsi un avvocato e un procuratore...". Inoltre, deve ricordarsi che, a mente del successivo § 3, nei giudizi contenziosi dove è in gioco il bene pubblico il giudice deve assegnare "d'ufficio un difensore alla parte che ne sia priva, fatta eccezione per le cause matrimoniali", dove il bene pubblico si considera sufficientemente tutelato dalla presenza del difensore del vincolo (cfr. *Communicationes*, a. 1978, p. 268, can. 87, §2).

nullità, il fatto di avere subito una lesione del proprio diritto ad un'adeguata difesa tecnica non avendo potuto scegliere un avvocato di fiducia (magari lo stesso che aveva già patrocinato la causa nei precedenti gradi di giudizio), invocando la violazione del più volte citato Art. 8, n. 2 dell'Accordo di Villa Madama.

Siffatta preoccupazione appariva vieppiù fondata alla luce del disposto dall'art. 6, comma 3, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a mente del quale ogni persona ha il diritto di "difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta...".

Certamente non si deve enfatizzare il problema in quanto anche la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in applicazione della citata norma, ha affermato che: "gli individui cui viene concesso il gratuito patrocinio non sempre scelgono il legale che viene nominato per loro. Il diritto di avere l'assistenza di un legale di propria scelta può essere soggetto a restrizioni quando lo esigono gli interessi della giustizia[49].

Sennonché, non erano abbastanza chiari quali potessero essere, nel caso dei giudizi matrimoniali davanti alla Rota, gli "interessi della giustizia" tali da giustificare l'imposizione di un difensore scelto dal Tribunale, magari contro la volontà della parte[50].

La suddetta norma non ha, infatti, mancato di suscitare forti reazioni tra cui un'interpellanza parlamentare urgente rivolta al Governo italiano, con cui si

[49] La Corte Europea prosegue affermando che: "Ferma restando l'importanza che il rapporto tra avvocato e cliente si basi sulla fiducia, tale diritto non può essere considerato assoluto. È necessariamente soggetto a talune limitazioni laddove si faccia riferimento al gratuito patrocinio e anche laddove, come nel caso di specie, spetti ai giudici stabilire se gli interessi della giustizia esigano che l'imputato sia assistito da un difensore d'ufficio. Nella nomina del difensore, i giudici nazionali sono tenuti certamente a tenere conto dei desideri dell'imputato... Tuttavia, possono ignorarli qualora vi siano motivi rilevanti e sufficienti per ritenere che ciò sia inevitabile nell'interesse della giustizia". Cfr. *Croissant v Germany,* CEDU, sentenza del 25 settembre 1992, par. 29; si veda anche: *Lagerblom v Sweden*, CEDU, 14 gennaio 2003, par. 55.

[50] Per non dire che una volta aperta questa maglia si potrebbero anche lamentare lesioni del diritto alla difesa causate dalla cattiva qualità della difesa approntata dal difensore d'ufficio imposto alla parte. Infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha statuito che "la mera nomina di un avvocato non basta a soddisfare l'obbligo per lo Stato di assicurare un'assistenza legale efficace. Se il difensore d'ufficio non riesce ad assicurare una difesa efficace, e qualora ciò sia evidente o fatto rilevare all'autorità statale, allora lo Stato ha l'obbligo di porvi rimedio". Il principio è stato stabilito nel caso *Kamasinski v Austria*, CEDU, 19 dicembre 1989, parr. 65.; si vedano anche: *Artico v Italy,* CEDU, 13 maggio 1980, par. 36; *Sannino v Italy,* CEDU, 27 aprile 2006, par. 49; *Czekalla v Portugal*, CEDU, 10 ottobre 2002, par. 60; *Daud v Portugal,* CEDU, 21 aprile 1984, par. 38.

lamentava la violazione del Concordato tra Italia e Santa Sede, dell'articolo 24 della Costituzione e della Convenzione europea per i diritti dell'uomo in merito al diritto alla difesa, con pesanti conseguenze sulla possibilità di delibare le sentenze rotali di nullità matrimoniale[51].

Si trattava, come è intuibile, di una pericolosa falla nel sistema che, è stata chiusa, con una lettera del Segretario di Stato Pietro Parolin indirizzata al decano della Rota ma inviata anche alla Segnatura apostolica e al Pontificio consiglio per i testi legislativi, nella quale il Segretario di Stato comunicava che «il Santo Padre ha espresso la volontà che sia rispettato il diritto di ogni fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato». Il cardinale Parolin, a nome del Pontefice, ha chiesto al decano della Rota di «voler modificare la prassi attuale» e corregge l'interpretazione del rescritto papale del dicembre 2015 dando modo «alle parti che lo desiderano di scegliersi un patrono di fiducia».

Con un decreto del Decano del 28 marzo 2017 (affisso nella bacheca della Rota) è stata data attuazione a quanto stabilito dal Pontefice, prevedendosi che all'inizio del processo rotale verrà data comunicazione alle parti del loro diritto di chiedere il gratuito patrocinio e che le parti possono nominare un patrono di fiducia, da retribuire secondo la tabella stabilita dal collegio rotale fermo restando l'onere, in questi casi, del pagamento delle spese processuali.

In altri termini, è stata ripristinata la possibilità di avvalersi di un avvocato di fiducia anche se, in quest'ultimo caso, la parte che decide di nominare un proprio

[51] Nell'interpellanza parlamentare depositata il 28 febbraio e modificata il 6 marzo, il deputato Brunetta evidenzia che quale condizione per l'efficacia giuridica in Italia di una sentenza canonica, l'Accordo di Villa Madama pone che sia assicurato alle parti nei procedimenti davanti ai tribunali ecclesiastici "il diritto di agire e resistere in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano". Osserva Brunetta: "Il divieto per le parti di scegliere liberamente un avvocato di fiducia, l'imposizione di un avvocato di ufficio anche in presenza di avvocato di fiducia già nominato, l'imposizione dal medesimo organo giudicante con commistione di ruoli e poteri, la scelta discrezionale ed insindacabile degli avvocati d'ufficio demandata ad un unico soggetto, che è anche il presidente del tribunale, la rimozione senza giusta causa di avvocati che patrocinavano già pendenti, e la imposizione di una procedura sommaria anche senza l'adesione della parte convenuta, costituiscono ad avviso dell'interpellante gravissima lesione del diritto di difesa". E se c'è una lesione del diritto di difesa, per Brunetta è evidente che questo impedisce radicalmente "il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche". CF.*http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/assemblea/html/sed0757/stenografico.PDF.*

patrono dovrà anche sobbarcarsi l'onere delle non indifferenti spese processuali che potrebbero costituire un deterrente di non poco rilievo all'esercizio di tale diritto.

In effetti, sarebbe stato preferibile adottare una soluzione simile a quella prevista dall'ordinamento giuridico italiano dove l'istituto del patrocinio a spese dello Stato (già "gratuito patrocinio") permette di farsi assistere da un avvocato e da un consulente tecnico scelti fiduciariamente e liberamente tra gli avvocati iscritti nell'apposito albo, senza dover pagare le spese di difesa e le altre spese processuali, qualora ne ricorrano le condizioni (cfr. art. 80 D.P.R. 115/2002).

8. Sulla natura giuridica del *processus brevior*

Tra i primi commentatori della riforma, è emerso anche il dubbio che "il provvedimento episcopale, pur qualificato come sentenza, appare, siccome emesso senza contraddittorio ma sull'accordo delle parti, piuttosto un atto di controllo che si inserisce nel procedimento di formazione della volontà dei coniugi ricorrenti. Il che è tipico – come detto - della *iurisdictio inter volentes* o *pro volentibus*, caratterizzata appunto dalla mancanza di contraddittorio".

La dottrina citata - argomentando da tale asserita natura giuridica del provvedimento dichiarativo della nullità matrimoniale emesso dal vescovo diocesano - conclude per l'impossibilità di attribuire effetti civili a siffatti provvedimenti che avrebbero solo "il valore di una dispensa" ed in quanto tali non sarebbero delibabili in base al combinato disposto dell'art. 8.2 dell'Accordo del 1984 e dell'art. 797 c.p.c., i quali "fanno riferimento solo alle sentenze, cioè a provvedimenti che presuppongono un carattere almeno potenzialmente contenzioso e assunti quindi nel contraddittorio delle parti"[52].

[52] Così N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*..., cit., pp. 22-23. L'A. prosegue affermando che "D'altronde, la possibilità di dare efficacia civile anche alle dispense – cui come s'è visto pare assimilabile la sentenza per "nullità evidente" – è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale (e coerentemente non è stata riprodotta nel nuovo Accordo) pur in un caso in cui le garanzie difensive grosso modo non mancavano e, tuttavia, non sono state ritenute bastevoli ad affermare il carattere giurisdizionale del procedimento".

Si rileva, infine, che "la partecipazione delle parti al procedimento non è idonea a integrare il più pregnante principio del contraddittorio processuale e del giusto processo, che contraddistingue i procedimenti di natura giurisdizionale"[53].

Tali considerazioni non sembrano condivisibili per una semplice ed evidente ragione. Seppure è vero che il *processus brevior* si basa sull'accordo indefettibile e pieno delle parti, è pur vero che tale accordo trova la sua *ratio* logica e giuridica nella considerazione che trattandosi di una materia (quella matrimoniale) che implica la *salus animarum* delle parti e la possibilità di esercitare il diritto fondamentale dello *ius connubii*, non si è ritenuto possibile - in modo assai più garantista di quanto accade nel processo civile sommario di cognizione - decidere una causa con un rito a istruttoria semplificata e de-formalizzata senza che entrambe le parti convenissero su tale opportunità[54].

Del resto, come ammette anche chi sostiene la tesi opposta, è sempre consentito una sorta di *ius poenitendi* nel senso che la parte che non ritenga più di avvalersi del rito più breve potrà o chiedere direttamente al Vescovo il mutamento di rito o anche, semplicemente assumere una condotta processuale incompatibile con la prosecuzione del processo in forma più breve.

Tuttavia, anche a prescindere da quanto ora esposto, vi sono altre due considerazioni che inducono a ritenere che l'accordo delle parti, sia sostanziale che anche formale, non costituisca un ostacolo alla delibazione per assenza di contraddittorio come si è prospettato.

In merito basti ricordare come, già con l'art. 102 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* dal 2005 - una volta superata (almeno sulla carta) la tradizionale *collusionis suspicio* - si era data la possibilità ad entrambi i coniugi di presentare il c.d. libello congiunto costituendosi con "un procuratore o un avvocato comune".

[53] *Ibidem.*

[54] In argomento cfr. G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 58-59.

Si trattava di una disposizione (ormai superata dalla riforma) che costituiva una valida base normativa idonea a conferire piena legittimità allo svolgimento di una procedura in forma consensuale nelle cause di nullità di matrimonio con tutta una serie di rilevanti implicazioni sul piano procedurale[55]. In realtà, già a partire da tale norma ed a maggior ragione con la riforma, pare possibile notare una sorta di simmetria tra il processo matrimoniale canonico e quello civile di separazione e divorzio, dal momento che in entrambi si aprono due vie alternative: una consensuale e una giudiziale.

Orbene, in ormai oltre dieci anni dalla promulgazione dell'Istruzione *Dignitas Connubii*, non risultano sentenze che in sede di delibazione abbiano negato efficacia civile ad una sentenza di nullità canonica sol perché emanata in esito ad un processo incoato con libello congiunto per un'asserita assenza di contraddittorio.

Infine - *last but not least* - non è affatto vero che il processo *brevior* sia caratterizzato dall'assenza di contraddittorio in quanto, al di là dell'accordo delle parti, anche in questo tipo di processo è obbligatoria la presenza del Difensore del Vincolo[56].

---

[55] Così P. Moneta, *La procedura consensuale nelle cause di nullità di matrimonio canonico*, in *Olir*, maggio 2005, pp. 22-23. L'A. prosegue affermando che "Il confronto con una precedente disposizione della *Provida mater* può forse essere di aiuto. Anche in questa istruzione compariva una norma che sembrava alludere ad un'accusa congiunta del matrimonio. Prevedeva infatti l'art. 43 § 3: "*Si uterque coniux nullitatis declarationem petat, sufficit si alteruter advocatum constituat*...". Ma molto probabilmente la norma intendeva far riferimento ad una concorde richiesta di nullità che emerge nel corso del processo, non ad una formale domanda congiunta dei due coniugi. Lo dimostra il fatto che essa non prevede la nomina di un unico avvocato comune ad essi. Diverso è invece il tenore dell'art. 102 della *Dignitas connubii* e tale da risultare idoneo a costituire un preciso aggancio normativo per una procedura di tipo consensuale. Innanzi tutto il termine *ambo* ("*ambo coniuges*"), anziché il termine *uterque* usato dalla *Provvida mater*, sembra fare riferimento ad una maggiore coesione ed unità di intenti fra i due coniugi e meglio si presta a configurare il caso di una domanda anche formalmente congiunta e non soltanto ad una sostanziale convergenza di posizioni. Ma significativa è soprattutto la previsione che le parti possano costituire non solo un unico avvocato che provveda alla difesa del comune interesse ad ottenere la nullità, ma anche un unico procuratore, che le rappresenti formalmente in giudizio. Procuratore che, a sensi di un'altra disposizione della stessa *Dignitas connubii*, l'art. 131 §2, è abilitato a ricevere, a nome della parte che rappresenta (e quindi di ambedue se ne è il rappresentante comune), tutte le citazioni e le notificazioni previste nell'ambito del processo".

[56] Cfr. M. A. Ortiz, *Il Difensore del vincolo*, in H. Franceschi - J. Llobell - M-A. Ortiz (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma 2005, pp. 27-68.

Senza volersi addentrare nel descrivere il ruolo e le funzioni di questo operatore del tribunale[57], basti ricordare che seppure "non tutte le caratteristiche proprie delle parti possono essere facilmente applicabili al difensore del vincolo, in quanto soggetto estraneo al rapporto sostanziale dedotto nel processo" non sembra possibile che "si possa negare che la condizione di parte convenuta spetti al difensore del vincolo"[58].

In altri termini, anche nel processo *brevior* un contradditorio esiste ed è garantito dalla presenza obbligatoria del difensore del vincolo il quale, dunque, assurge al ruolo "di vero contraddittore della richiesta di nullità", assumendo la qualifica non solo di parte necessaria del processo ma anche di parte pubblica dello stesso, in quanto figura professionale volta a difendere il vero ed unico "imputato" di ogni processo di nullità matrimoniale, ossia il matrimonio stesso[59].

9. Sulla funzione degli indicatori previsti dall'art. 14 delle Regole procedurali

Si è anche arrivati a sostenere che la nullità dichiarata attraverso il processo *brevior* consisterebbe in una "truffa delle etichette" in quanto altro non sarebbe se non uno scioglimento del matrimonio camuffato e contrabbandato come una declaratoria di nullità.

---

[57] Sul punto si rinvia a San Giovanni Paolo II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana* del 25 gennaio 1988, n. 2, in *AAS* 80 (1988) 1179; ed anche *Allocuzione* del 28 gennaio 1982, n. 9, in *AAS* 74 (1982) 449. Nell'Allocuzione alla Rota Romana del 1988, San Giovanni Paolo II ammoniva: "Siccome il matrimonio che riguarda il bene pubblico della chiesa «*gaudet favore iuris*», il ruolo del difensore del vincolo è insostituibile e di massima importanza". E ribadiva: "Si notano a volte tendenze che purtroppo tendono a ridimensionare il suo ruolo fino a confonderlo con quello di altri partecipanti al processo, o a ridurlo a qualche insignificante adempimento formale, rendendo praticamente assente nella dialettica processuale l'intervento della persona che realmente indaga, propone e chiarisce tutto ciò che ragionevolmente si può addurre contro la nullità, con grave danno per la retta amministrazione della giustizia" Il Sommo Pontefice aggiungeva: "Mi sento perciò, in dovere di ricordare che il difensore del vincolo «*tenetur*» e cioè ha l'obbligo – non la semplice facoltà – di svolgere con serietà il suo compito specifico". E spiegava: "Ciò richiede che l'intervento del difensore del vincolo sia davvero qualificato e perspicace, così da attribuire nelle cause concrete, una difesa della visione cristiana della natura umana e del matrimonio".

[58] Così M. J. Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*..., cit., p. 69, in tal modo "il rischio di condizionamenti soggettivi nella ricostruzione dei fatti ad opera delle parti è contemperato dalla presenza del difensore del vincolo".

[59] In tal senso cfr. M. J. Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, cit., pp. 73-74.

Si argomenta in tal modo traendo spunto dall'art. 14 delle Regole procedurali contenute nel *M.P. Mitis Iudex* il quale elenca, in modo esemplificativo e non esaustivo, una serie di "circostanze che possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del processo più breve secondo i cann. 1683-1687"[60]. Si afferma, cioè, che si farebbe dipendere la nullità del matrimonio da "circostanze di fatto, sommariamente accertate, emerse successivamente all'atto di matrimonio, cioè durante il rapporto coniugale, e attinenti quindi non alla fase formativa ma a quella esecutiva del vincolo: una sorta di scioglimento del matrimonio sotto le mentite spoglie della nullità"[61].

Non è possibile concordare con tale affermazione già ove solo si consideri che le circostanze cui fa riferimento il citato art. 14 sono tutte tratte dall'esperienza giurisprudenziale della Rota Romana e rappresentano quelle che potremmo definire delle *Praesumptiones Iurisprudentiae* o *Hominis* (ovviamente *iuris tantum*) basate sull'*id quod plerumque accidit* e che costituiscono, quindi, degli indizi comuni e presumibili di nullità matrimoniale ma non certo dei nuovi motivi di nullità[62]. Ne consegue che non è possibile affermare che a causa di ciò si avrebbe "l'accostamento sostanziale alla categoria dei provvedimenti di scioglimento" cosa che determinerebbe "una disparità di trattamento quanto all'efficacia: *ex nunc* il divorzio, *ex tunc* la nullità: che nel caso del

[60] In argomento si rinvia a M. Alenda Salinas, *¿Nuevas causas de nulidad matrimonial canónica? El sentido del art. 14 §1 de las Reglas de procedimiento contenidas en la Carta Apostólica Mitis Iudex Dominus Iesus*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado, www.iustel.com*, XL, 2016, pp. 1 ss.

[61] Così N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale...*, cit., pp. 1-2.

[62] In senso critico cfr. G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)...*, cit., pp. 17-18, la quale, dopo avere affermato che si tratta di "aprioristiche *praesumptiones hominis* che, 'normativizzate', slittano infidamente in *praesumptiones iuris*", conclude asserendo che "ci sembra inevitabile che tali circostanze di fatto tenderanno a trasformarsi in canali di accesso immediato al *processo brevior*, se non - e questa sarebbe, a nostro avviso, una 'sciagura' sostanziale e processuale - in veri e propri capi di nullità". In realtà, sembra che si tratti di una disposizione in linea con quanto stabilito dall'art. 216, §1 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* dove si legge che: "Il giudice non formuli presunzioni che non sono stabilite dal diritto...". In questo caso, infatti, vi è una precisa norma che stabilisce delle presunzioni utilizzabili da parte del giudice non per giudicare - si ripete - sulla validità del vincolo, bensì solo come criterio oggettivo per decidere quale rito utilizzare. Tutte le presunzioni debbono essere considerate circostanze particolari nelle quali con maggiore frequenza che in altre si verifica la nullità del matrimonio, proprio dovuto a quella circostanza particolare. anche se non è lecito concludere che tutti i matrimoni celebrati in quelle circostanze siano nulli. In argomento si rinvia a P.A. Bonnet, *L'argomentazione presuntiva e il suo valore probatorio*, in Aa.Vv., *Presunzioni e matrimonio*, Città del Vaticano 2012, specialmente pp. 105 ss.; nonché M.Á. Ortiz, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, VIII, 1996, pp. 839 ss.; C.J. Scicluna, *The use of «lists of presumptions of fact» in marriage nullity cases*, in *Forum*, VII, 1996, pp. 45 ss.

processus brevior sarebbe ottenuta, per giunta, consensualmente come una separazione coniugale (art. 711 c.p.c.) e senza il contraddittorio previsto dall'art. 5 l. n. 898 del 1970"[63].

Il ricorso agli indicatori previsti dall'art. 14 rappresenta, semmai, una cautela diretta a cercare di dare un punto di riferimento ai vicari giudiziali che saranno chiamati a decidere se, in un dato caso, si può fare ricorso al processo *brevior*, limitando da un lato la loro discrezionalità e, dall'altro, cercando di fornire un criterio guida per creare, sul punto, i presupposti di una giurisprudenza il più uniforme possibile.

In altri termini, altro è il fatto che il legislatore canonico abbia previsto dei parametri e dei presupposti sia pure indicativi ed esemplificativi per potere accedere al processo più breve, altro è arguire da tale norma che si sia in presenza di un divorzio sotto mentite spoglie.

Invero, i presupposti previsti dall'art. 14 delle Regole procedurali, sono solo degli indicatori utili per il giudice per comprendere se, al di là dell'accordo pur necessario delle parti, vi siano dei presupposti oggettivi per ritenere che la causa sia di facile soluzione al punto da potere essere gestita con un procedimento a carattere sommario e ad istruzione semplificata quale è il *processus brevior*.

Anzi, pare possibile sostenere che detta norma rappresenti una garanzia per le parti in quanto pone un parametro legislativo alla pur ampia discrezionalità residua del Vicario giudiziale, limite che, invece, non sussiste - come dianzi esaminato - in ambito civilistico quando il giudice si trova a dovere decidere in totale discrezionalità

[63] Cfr. N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale...* , cit., pp. 24 ss. il quale prosegue sostenendo che ora il giusto processo di delibazione implica - come ricordato da quella sentenza nella scia della giurisprudenza della Cassazione, ivi richiamata – "il riscontro degli adempimenti corrispondenti alle prime quattro condizioni previste dall'art. 797 del codice di procedura civile": la prima delle quali consiste nell'accertare "che il giudice dello Sato nel quale la sentenza è stata pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano". Nel caso di sentenze di nullità dell'atto per vizi non intrinseci ma indiretti, dedotti sostanzialmente da circostanze attinenti alle vicende del rapporto, il giudice della delibazione dovrebbe opporre la violazione del principio di esclusività della giurisdizione sul rapporto. Si tratta di un corollario della sovranità dello Stato, che costituisce, pertanto, un motivo di ordine pubblico, ostativo al riconoscimento di efficacia civile a sentenze in contrasto".

quale rito adottare, pur in presenza di un'esplicita richiesta di processo sommario di cognizione.

Ritenere che tali presupposti, peraltro tratti dalla prassi e dall'esperienza forense (e non "in via previa, e sia pure in modo non tassativo, dallo stesso m.p." [64]), trasformino il processo di nullità in uno di divorzio, con le ricordate conseguenze sul piano della delibazione, pare, francamente, eccessivo.

10. Inammissibilità dell'appello "non "manifestamente dilatorio" e sua compatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano

Un altro aspetto della riforma che potrebbe destare il sospetto di confliggere con il principio del giusto processo che abbiamo assurto a parametro di valutazione della delibabilità di sentenze canoniche emanate in applicazione della riforma del processo canonico è quello che concerne il filtro previo previsto per l'ammissibilità di ogni appello.

Il nuovo can. 1680, § 2, con riferimento al processo ordinario, stabilisce che "il tribunale collegiale, se l'appello risulta manifestamente dilatorio, confermi con proprio decreto la sentenza di prima istanza"; nello stesso senso si esprime il novellato can. 1687, § 4 - riferito al *processus brevior* - secondo cui: "Se l'appello evidentemente appare meramente dilatorio, il Metropolita o il Vescovo di cui al § 3, o il Decano della Rota Romana, lo rigetti a limine con un suo decreto".

Si tratta, evidentemente di due norme volte a limitare l'abuso dell'istituto dell'appello che, nella prassi, si può tradurre in estenuanti lungaggini processuali, specie nel caso degli appelli proposti alla Rota Romana che (nonostante una recente encomiabile netta inversione di tendenza avvenuta nel corso degli ultimi anni), si era meritata per questo l'appellativo di "cimitero delle cause".

Il dubbio sulla congruità col giusto processo nasce dal richiesto requisito di ammissibilità dell'appello il quale non deve presentarsi come "manifestamente

[64] Così N. Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, op. ult. cit., pp. 1-2.

dilatorio" (*appellatio mere dilatoria*). Come è evidente, si è in presenza di una espressione assai poco felice, in quanto ci si sarebbe attesi una diversa locuzione, come ad esempio quella di ammissibilità dell'appello che non sia "manifestamente infondato".

Invero, l'attuale formulazione normativa rischia di determinare una declaratoria di inammissibilità dell'appello rilevata d'ufficio ed effettuata *in limine litis* con il rischio di una consumazione del diritto di impugnazione, atteso che essa non è sanabile.

Non è neppure chiaro quali debbano essere i parametri in base ai quali affermare che un appello è "manifestamente dilatorio". In particolare, non si comprende se questo filtro di ammissibilità formulato dal giudice d'appello in via preliminare alla trattazione del giudizio di secondo grado debba fondarsi o meno su di una cognizione sommaria, come sembrerebbe potersi desumere dal fatto che in entrambe le norme sopra citate viene previsto che l'appello venga respinto con "decreto" evidentemente a carattere decisorio che - in base al disposto del can. 1617 - deve esprimere solo "almeno sommariamente i motivi oppure rinviino ai motivi espressi in un altro atto"[65].

Si potrebbe asserire, in assenza di un'interpretazione autentica della norma, che si sia in presenza di una sorta di filtro volto ad evitare che un appello venga proposto solo per scopi dilatori cioè per "perdere tempo", ipotesi che - in Italia - potrebbe facilmente verificarsi allorquando una parte convenuta voglia prolungare i tempi del processo canonico in attesa che si definisca il divorzio civile in modo da stabilizzare gli effetti patrimoniali del divorzio evitando di perdere l'assegno divorzile anche nel caso in cui la sentenza canonica venga confermata e successivamente delibata[66].

---

[65] Sul punto cfr. P. Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex",* in corso di pubblicazione su *Ius Ecclesiae*, XXVIII, 2016, consultabile in *http://www.consociatio.org/repository/Moneta_Lumsa.pdf*, il quale evidenzia che: Non va peraltro dimenticato che questa nuova facoltà attribuita ai giudici d'appello incide su un diritto considerato ormai fondamentale in ogni ordinamento processuale: quello di richiedere un nuovo giudizio nei confronti di una sentenza ritenuta ingiusta. C'è quindi da augurarsi che i giudici facciano uso di tale facoltà con molta prudenza ed equilibrio, onde evitare che il diritto d'appello venga ad essere eccessivamente compromesso o addirittura vanificato".

[66] Condivide l'idea che possa essere questa la possibile ratio della nuova normativa in materia di appello P. Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex",* op. ult. cit., secondo cui si tratta di una "importante innovazione" che "si propone di scongiurare un uso distorto di questo mezzo di impugnazione. Avviene infatti

Se così fosse, si tratterebbe di una valutazione assai discutibile in quanto, come è stato opportunamente sottolineato, "questa vivisezione del "comportamento complessivamente tenuto" per desumerne che la parte non è animata da un anelito di giustizia e da amore per la verità, ma da più bassi intenti di rancore, vendetta e rappresaglia non possono non suscitare apprensione per la loro lampante discutibilità (*de internis non iudicat praetor*). E soprattutto ci sembra si sovrapponga - e si mescoli - ammissibilità e infondatezza dell'appello, giudizio sul rito ovvero sul merito"[67].

La valutazione del giudice di secondo grado sembra caratterizzata da un apprezzamento altamente discrezionale specie ove si consideri che il riferimento alla circostanza che l'appello non debba essere "manifestamente dilatorio" e non, come sarebbe stato lecito attendersi, "manifestamente infondato", lascia spazio quasi ad un *processo alle intenzioni*, non risultando chiaro se tale valutazione debba essere fondata sui presupposti giuridici dell'atto di appello e sulla sua fondatezza *in iure et in facto* (come sarebbe auspicabile), oppure se prescinda da tali elementi oggettivi per basarsi, invece, sulla condotta processuale (più o meno ostruzionistica) tenuta dalla parte in primo grado e sulle motivazioni personali che possono spingere una parte a proporre appello per temporeggiare in vista del conseguimento di fini extraprocessuali. Argomentando in tal modo, però, si rischia di svuotare di significato l'appello come mezzo d'impugnazione, cosa tanto più grave ove si consideri che si è in presenza di giudizi caratterizzati da interessi superindividuali a carattere pubblico che riguardano la comunità ecclesiale.

non di rado che la parte convenuta che si era opposta alla richiesta di nullità, rimasta soccombente, si determini a proporre appello non per una sua legittima aspirazione ad ottenere giustizia, ma al solo fine di rivalsa verso il coniuge, con il solo intento di rendere più laboriosa la trattazione della causa e di ritardarne quanto più possibile la conclusione. Per evitare questo uso improprio delle garanzie giudiziarie, è stato previsto un giudizio preliminare di ammissibilità dell'appello".

[67] In tal senso G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, marzo 2016, pp. 58-59, la quale conclude affermando: "Circola invero, in generale, nel Motu Proprio un generale sfavore per l'appello: è vero che esso allunga inevitabilmente i tempi del processo, ma la sua funzione è essenziale al servizio della verità. La possibilità di appellare le sentenze e di riesaminare le valutazioni del primo giudice (tendenzialmente stese per iscritto: da ciò la fissazione del principio della scrittura, all'epoca in funzione altamente garantista) è stata un capitale traguardo di civiltà, cui la Chiesa, nella storia, non è estranea, anzi ha ricoperto un ruolo cruciale. Un'eredità, dunque, che non va sperperata" (p. 63).

Tra le prime interpretazioni della giurisprudenza rotale volte a chiarire "*Quidnam subtilius significet appellationem mere dilatoriam evidenter apparere*" si segnala un decreto inedito Coram Jagger del 22 marzo 2017 (prot. 23.154) che fornisce un'interessante interpretazione che sembra confortare quanto sin qui asserito. In effetti, secondo quanto si legge nel citato decreto, "*Utcumque, in iuris canonici ambitu, Tribunalis facultas appellationem non admittendi strictae subicienda videtur interpratationi, sive cum lex eandem statuens 'exceptionem a lege contineat' (cf. can. 18), sive cum 'liberum iurium exercitium coarctet' (cf. ibid.), ideoque caute sit adhibenda*".

Una volta stabilita questa, condivisibile, interpretazione restrittiva del filtro posto dalla nuova normativa all'appello, il decreto individua quali possano essere gli eventuali criteri da utilizzare, facendo un riferimento di diritto comparato ai codici di procedura degli ordinamenti statali da cui trarre utili spunti in tal senso, in attesa che "*iurisprudentia, Huius praesertim Apostolici Tribunalis, progrediemte tempore ulterius explicare utique satagel*".

Adoperando il suddetto criterio, la giurisprudenza rotale richiama il concetto civilistico di lite temeraria ("*appellationis temerariae*"), verificando se l'appello proposto dalla parte soccombente del precedente grado di giudizio "*haud mera alchimia ostativa censeatur*" [68].

Di recente, si è reso necessario un ulteriore intervento di interpretazione autentica da parte del Pontefice che - in occasione dell'udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana del 25 novembre 2017 - ha precisato come "Quanto alla competenza, nel ricevere l'appello contro la sentenza affermativa nel processo breviore, del Metropolita o del Vescovo indicato nel nuovo can. 1687, si precisa che la nuova legge ha conferito al Decano della Rota una potestas decidendi nuova e dunque costitutiva sul rigetto o l'ammissione dell'appello". Precisando,

[68] Il citato decreto prosegue ricordando che "*Ius vero anglicum, haud secus ac alii iuris ordines, qui ex eodem traxerint originem, distinguit inter appellationes ipso iure admittendas et eas pro quarum admissione licentia requiratur Tribunalis; de qua licentia, in Civil Procedure Rules 52.3 (4B) (6), statuitur: 'Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard*".

ulteriormente, con chiarezza, che "ciò avviene senza chiedere il permesso o l'autorizzazione ad altra Istituzione oppure alla Segnatura Apostolica" [69].

In ogni caso, nonostante l'infelice formulazione della norma in commento, non sembra che il giudizio previo di ammissibilità dell'appello possa costituire un elemento ostativo alla delibazione delle sentenze che, per ipotesi, siano divenute esecutive mediante l'applicazione del suddetto filtro.

Invero, non si deve dimenticare che prima del venire meno del principio della doppia sentenza conforme (*ex* can. 1679) era prevista - in base al disposto del can. 1682, § 2 - la c.d. procedura abbreviata, ossia la possibilità di ratificare con decreto (avente valore giudiziale) la prima sentenza affermativa e ciò anche nel caso in cui una delle parti (pubblica o privata o entrambe) avesse fatto appello. Ciò significa che il Legislatore canonico "non ha accordato alla volontà di proseguire il contraddittorio una forza in sé stessa impeditiva per procedere al decreto di ratifica"[70].

Ad ulteriore conferma dell'irrilevanza sul piano del giudizio di delibazione del nuovo filtro dell'appello introdotto dalla riforma, pare possibile ricordare che anche nell'ambito del diritto processuale italiano (richiamato anche dalla citata giurisprudenza rotale) esiste da alcuni anni un istituto analogo ed esattamente quello previsto dall'art. 348 *bis* cod. proc. civ. [71], a mente del quale, "fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello,

[69] In *https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/11/25/0831/01790.html.*

[70] Così M. J. Arroba Conde, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA.VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*..., cit., p. 67 che prosegue "così come ha ritenuto irrilevante l'inesistenza di tale volontà per accordare forza esecutiva alla prima sentenza".

[71] Il Decreto Sviluppo 2012 ha introdotto una novità legislativa molto rilevante, nell'ottica di ridurre il carico di lavoro delle Corti d'appello. E' stata inserita una sorta di udienza filtro, in cui il giudice è tenuto a prognosticare la ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello e, in caso negativo, a dichiararlo inammissibile con ordinanza non reclamabile. Curiosamente tale filtro non si applica, tra le altre cose, quando "l'appello è proposto a norma dell'articolo 702-quater". Si tratta di una scelta che forse "può essere stata determinata dalla volontà del legislatore di incentivare il ricorso all'art. 702 bis c.p.c., anche se appare irragionevole che le cause astrattamente complesse, per le quali è stata predisposta una trattazione più celere in primo grado, siano poi assoggettate a cognizione più approfondita in appello". Così C. Taraschi, *Manuale di diritto processuale civile*, Napoli 2015, p. 461.

l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta..."[72].

Sembra, quindi, che anche questa peculiarità della riforma possa, da un lato, considerarsi compatibile con i princìpi che regolano il sistema processuale italiano e, dall'altro, trovare un qualche precedente nella normativa canonica ante riforma che non aveva dato luogo, in passato, a problemi di delibazione, come nel ricordato caso in cui si fosse voluto delibare una sentenza divenuta esecutiva in forza dell'abrogato can. 1682, § 2, vale a dire tramite un mero decreto di ratifica emesso avvalendosi della c.d. procedura abbreviata anche in presenza di appello.

11. Conclusioni

La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale sembra essere l'occasione ideale per un momento di ripensamento dell'Accordo del 1984 a distanza di oltre trent'anni dalla sua stipula.

Invero, proprio sotto il profilo della delibazione, si avverte la necessità se non proprio di un nuovo accordo, quantomeno dell'attivazione del procedimento di amichevole soluzione a livello governativo (art. 14 Acc.), al fine di meglio puntualizzare alcuni aspetti che nell'applicazione della disciplina concordataria sono rimasti privi di adeguata risposta o fortemente contraddittori sul piano applicativo.

A prescindere, infatti, dall'impatto e dalle conseguenze che la riforma del processo matrimoniale canonico potrà avere sulla delibazione delle sentenze canoniche emesse in applicazione del *M.P. Mitis Iudex*, non può nascondersi il dato stridente della tendenza costante - sia della giurisprudenza di merito che di legittimità - a cercare di limitare al massimo l'efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale[73]. Vi è stata, cioè, una modificazione limitativa, attuata per via

[72] Tra le prime applicazioni pratiche dell'art. 348 bis, si segnala ad esempio l'ordinanza della Corte d'Appello di Roma, 25 gennaio 2013, la quale ha affermato che "il senso della riforma" è quello di "interdire l'accesso alle (ed alle sole) impugnazioni dilatorie e pretestuose".

[73] In argomento si rinvia a G. Casuscelli, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"* , in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, settembre 2014, pp. 58-59, il quale evidenzia che la giurisprudenza restrittiva della Cassazione potrà: "suscitare più d'una doglianza perché i giudici hanno assunto e assolto un compito di supplenza del legislatore che, con

giurisprudenziale, di un accordo internazionale che si è tradotto, di fatto, in una sostanziale violazione dello stesso[74].

Siffatto orientamento giurisprudenziale restrittivo appare ancora più irragionevole ove si tenga conto che, come è stato opportunamente rilevato, quando oramai il divorzio si ottiene con estrema facilità specie in seguito all'introduzione del c.d. divorzio "breve" e "facile" [75], si registra il costante "assottigliamento della cruna dell'ago attraverso la quale devono passare le decisioni canoniche" e ciò appare vieppiù assurdo ove si "raffronta col trattamento di cui fruiscono tutte le sentenze straniere (da dovunque provengano), le quali, dopo la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, hanno efficacia praticamente automatica in Italia"[76].

Certo si potrebbe obiettare che tale tendenza è stata innescata dall'esigenza di tipo equitativo di evitare le sperequazioni sul piano economico derivanti dalla diversità di conseguenze patrimoniali conseguenti ad una pronuncia di divorzio (*ex* art. 5 L. 898/1970) e quelle derivanti da una sentenza di delibazione (*ex* artt. 128 ss. cod.civ.).

Si tratta di un'esigenza comprensibile che però non dovrebbe essere perseguita con tali mezzi, bensì tramite una semplice riforma del codice civile che preveda

---

la mancata approvazione (a distanza di trent'anni!) di una "legge matrimoniale" di attuazione dell'art. 8 dell'Accordo del 1984, ha rinunciato fino a oggi a esercitare la sua (doverosa) potestà regolatoria della materia, e ha quindi omesso di determinare finalità, contenuti e limiti dello speciale procedimento rimasto soltanto tratteggiato per sommi capi" (p. 4).

[74] Sul punto cfr. M. Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1895 ss.; Id., *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Diritto e religioni*, X, 2015, n. 2, pp. 158-159; L. Lacroce-M. Madonna, *Il matrimonio concordatario nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. eccl.*, CXXIII, 2012, p. 755.

[75] In argomento cfr. M. Blasi, *Divorzio "breve" e "facile". La riforma della l. 6 maggio 2015, n. 55 coordinata con il d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, Torino 2015, la quale ricorda che "le due novelle rispettivamente incidono sulla semplificazione e degiurisdizionalizzazione del divorzio e sulla riduzione del periodo che deve intercorrere tra la separazione legale e la domanda di divorzio" (p. 34).

[76] Cfr. G. Boni, *Exequatur delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e decreto di esecutività della Segnatura Apostolica: alla ricerca di una coerenza perduta. Qualche riflessione generale scaturente dalla lettura di una recente monografia*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXXIII, 2012, II, p. 296 ss., la quale prosegue affermando che: "Dinanzi a quelle straniere, quindi, esse paiono vittime di un *privilegium odiosum*: e tutto questo a dispetto del crollo del mito della sovranità dello Stato - la gelosa custodia della quale è stata a lungo invocata contro la 'invadente' giurisdizione ecclesiastica - e dell'abbandono di superstiti sussulti di esclusivismo e monopolio statale della giurisdizione, essendosi avviato oramai l'ordinamento italiano verso un'apertura sempre più accentuata agli altri ordinamenti, persino a quelli lontani e totalmente ignoti, distanti per tradizioni e cultura giuridica (nei quali, ad esempio, potrebbe essere consentito agevolmente e senza cautele il ripudio unilaterale della moglie da parte del marito)".

un'equiparazione del trattamento economico conseguente all'uno o all'altro tipo di provvedimento giurisdizionale[77].

Del resto proseguire su questa strada, oltre alle implicazioni anche costituzionali (*ex* art. 10 Cost. 1° comma) connesse al di rispetto di un trattato internazionale quale è l'Accordo del 1984, significa anche ledere il diritto di libertà religiosa dei fedeli/cittadini.

Invero, si è ormai abituati a vedere la delibazione come uno strumento da "furbetti del quartierino" per sottrarsi al pagamento di cospicui assegni divorzili in favore di pretenziosi *ex* coniugi, senza considerare che essa rappresenta, invece, uno strumento di tutela ed attuazione della libertà di coscienza del cittadino cattolico.

Per cogliere appieno il senso di siffatta affermazione occorre richiamare l'art. 60 Decreto generale sul matrimonio canonico della Conferenza Episcopale Italiana del 5 novembre 1990, a mente del quale "I fedeli che hanno celebrato il matrimonio canonico assicurandone gli effetti civili attraverso la procedura concordataria e hanno ottenuto da un tribunale ecclesiastico una sentenza di nullità del medesimo sono di norma tenuti... a proporre domanda alla competente Corte d'Appello per ottenere la dichiarazione di efficacia della stessa nell'ordinamento dello Stato, ove ciò sia possibile ..."[78].

Se a ciò si aggiunge il severo richiamo del compianto San Giovanni Paolo II a giudici e avvocati cattolici che trattano cause matrimoniali nei tribunali civili i quali devono evitare di "essere personalmente coinvolti" in cause di divorzio e di cooperare al divorzio, il quadro appare chiaro[79].

---

[77] In argomento mi sia consentito di rinviare a M. Ferrante, *Le proposte di legge sugli effetti patrimoniali della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale,* in *Il Dir. Eccl.*, 2005, pp. 263-274.

[78] Cfr. art. 60 del Decreto generale sul matrimonio canonico della Conferenza Episcopale Italiana, 5 novembre 1990 (consultabile sul sito ufficiale della Chiesa cattolica, *www.chiesacattolica.it*). In argomento cfr. A. Bettetini, *Sull'obbligo ex art. 60 del decreto CEI sul matrimonio di chiedere la delibazione nello Stato delle sentenze canoniche di nullità*, in *Dir. eccl.*, 1992, I, pp. 901 ss.

[79] Il richiamo ad evitare ogni "cooperazione al divorzio" costituisce monito secco, una severità che, per certi versi, richiama quella usata in materia d' aborto, invitando quasi ad una sorta di obiezione di coscienza. Cfr. *Discorso di Giovanni Paolo II ai prelati uditori, officiali e avvocati del tribunale della Rota Romana, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, lunedì, 28 gennaio 2002, in G. Erlebach (a cura di), *Le Allocuzioni dei Sommi Pontefici alla Rota Romana (1939-2013)*, Città del Vaticano 2013, pp. 289 ss. Il compianto Pontefice ha

Alla luce di quanto esposto, risulta ineludibile una riforma concordata della delibazione che elimini le distorsioni che ne sono state fatte e riporti tale istituto nell'alveo della propria funzione di tutela della coscienza dei fedeli che - sia come parti, sia nel ruolo di operatori del diritto civile (giudice e avvocati) - ricusano il divorzio come mezzo di soluzione delle crisi matrimoniali, preferendo fare ricorso all'azione combinata di nullità matrimoniale e delibazione per tutelare la propria coscienza, in attuazione del diritto alla libertà religiosa garantito dall'art. 19 della Costituzione italiana.

Abstract
The reform of canonical matrimonial process, introduced by *M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus*, has caused a series of controversial interpretations, and to date needs further in-depth hermeneutic and legislative analysis for a better implementation. From an ecclesiastical point of view some aspects of the reform aroused doubts about its possible negative consequences on delibation of marriage nullity, especially if a judgment is given in compliance with the new *processus brevior*, which might not offer sufficient procedural guarantees for a fair trial. In fact if we make a comparison between canonical and civil procedural systems, it is interesting to note that the reform produced an almost perfect symmetry between the two systems so that it is believed the *processus brevior* has been modeled on the system of summary civil trial. It is therefore possible to affirm that, despite the inevitable critical aspects for its implementation, the new canonical procedural system does not create insuperable problems of delibation. Indeed, it stays within the tolerable threshold of the 'specificity of canon law' established by concordat requirements (art. 4 letter b – Additional protocol).

Key words
Canonical trial; reform ; *M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus*; exequatur; fair process; *Processus brevior.*

chiaramente ammonito asserendo che "gli operatori del diritto in campo civile devono evitare di essere personalmente coinvolti in quanto possa implicare una cooperazione al divorzio. Per i giudici ciò può risultare difficile, poiché gli ordinamenti non riconoscono un'obiezione di coscienza per esimerli dal sentenziare. Per gravi e proporzionati motivi essi possono pertanto agire secondo i principi tradizionali della cooperazione materiale al male. Ma anch'essi devono trovare mezzi efficaci per favorire le unioni matrimoniali, soprattutto mediante un'opera di conciliazione saggiamente condotta. Gli avvocati, come liberi professionisti, devono sempre declinare l'uso della loro professione per una finalità contraria alla giustizia com'è il divorzio; soltanto possono collaborare ad un'azione in tal senso quando essa, nell'intenzione del cliente, non sia indirizzata alla rottura del matrimonio, bensì ad altri effetti legittimi che solo mediante tale via giudiziaria si possono ottenere in un determinato ordinamento (cfr. Catechismo della Chiesa Cattolica, n. 2383). In questo modo, con la loro opera di aiuto e pacificazione delle persone che attraversano crisi matrimoniali, gli avvocati servono davvero i diritti delle persone, ed evitano di diventare dei meri tecnici al servizio di qualunque interesse".

Carlo Rusconi

Assegnista di ricerca in Diritto privato, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Le c.d. dipendenze e le tutele giuridiche nelle varie età dell'uomo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La vita prenatale. - 3. Minore età. - 4. Età adulta. - 5. Gli atti di ultima volontà.

1. Introduzione[1]

La dipendenza patologica ferisce la persona e, non meno, la società intera.

Le dipendenze anzitutto riguardano e, purtroppo non di rado, drammaticamente travolgono il soggetto come individuo e in particolare la sua capacità di determinarsi, nella quale l'ordinamento giuridico pone l'insostituibile presupposto per compiere validamente la generalità degli atti, personali e patrimoniali. Questo contributo cercherà di descrivere come gli stati di dipendenza influiscano sulle situazioni giuridiche di cui la persona diviene protagonista e sui rapporti che vengono costituiti nelle varie età dell'esistenza: nella vita prenatale, talvolta esposta alle conseguenze dell'abuso di sostanze nocive; nella prima giovinezza, quando i minori possono prematuramente sviluppare forme di dipendenza o trovarsi in contesti familiari sofferenti per tale dramma; nell'età adulta, durante la quale la dipendenza genera il rischio di un'irrimediabile crisi delle più importanti relazioni, come il matrimonio o la filiazione; infine nel periodo ultimo, nel quale la persona dispone della trasmissione dei propri beni.

Le dipendenze, in pari tempo, sono una sfida che investe anche la società nel suo complesso. Dalla visuale giuridica si può trarre netta l'impressione che il fenomeno sia una causa di impoverimento per la comunità. Gli stati di dipendenza possono, infatti, compromettere o finanche esaurire la capacità di investire le proprie

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

[1] Il testo rielabora l'intervento al convegno *La sfida delle "dipendenze" tra educazione e servizi alla persona* tenutosi il 21 ottobre 2014 presso l'Università Cattolica S. Cuore – Sede di Milano e organizzato dalla Facoltà di Scienze della Formazione e dal Dipartimento di Pedagogia.

energie per il «progresso materiale e spirituale della società» che la Costituzione, secondo un ideale solidaristico, eleva a fondamento della *civitas* (art. 1 Cost.) e rende oggetto di preciso dovere (art. 4 Cost.)[2].

Il valore della solidarietà (art. 2 Cost.) e la qualificazione del diritto alla salute del singolo come «fondamentale» (art. 32, co. 1 Cost.) per altro verso impegnano la collettività a predisporre efficaci misure di prevenzione e a garantire le cure che si rendono necessarie al recupero[3]; un esempio recente, pur in un contesto assai ambiguo, viene dalla prima legislazione di contrasto alla ludopatia, a cui si avrà modo di fare cenno.

Non si può, infine, ignorare che la dipendenza conduce talvolta a comportamenti lesivi della convivenza civile rendendo necessaria l'imposizione di misure riparatorie.

Nell'intreccio tra dimensione individuale e sociale e nel quadro dei principi ora richiamati, l'ordinamento giuridico imposta oggi la sua azione verso le dipendenze patologiche.

Invero, la preoccupazione per la persona del dipendente e specialmente per la sua salute è frutto dell'evoluzione più recente della legislazione: solo alcuni decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, le norme riguardanti la tossicodipendenza – a lungo l'unica forma di assuefazione considerata insieme con l'alcolismo – hanno assunto una prospettiva non più solo di repressione, ma anche assistenziale e

[2] Qualificato da almeno una parte della dottrina come dovere non solo etico, ma anche giuridico. Cfr. G.F. Mancini, sub art. 4 Cost., in *Comm. cost. Branca. Principi fondamentali*, Bologna - Roma 1975, p. 259.

[3] L'originaria lettura in chiave costituzionale dell'alcolismo e della tossicodipendenza fu in realtà primariamente nella prospettiva dell'art. 32, co. 2 per l'influenza della legislazione speciale, in particolare di pubblica sicurezza, che avvertiva il fenomeno essenzialmente in chiave di pericolo per la società (cfr. D. Vincenzi Amato, sub. art. 32 Cost., in *Comm. cost. Branca. Rapporti etico-sociali,* Bologna - Roma 1976, p. 197 s.). Nell'esperienza attuale l'accento tende invece ad essere sul recupero della salute del dipendente e in tale direzione si è posta la legislazione ordinaria. Resta la possibilità di ricovero nel quadro però dei presupposti legislativi e delle garanzie giurisdizionali introdotti dalla l. n. 180 del 13 maggio 1978 (laddove in passato la tutela giurisdizionale del tossicodipendente era meno solida di quella per il soggetto con malattia mentale, *ibidem*). Anche la Cedu ammette il ricovero coercitivo del soggetto alcolizzato o tossicomane (art. 5, co. 1 lett. e); l'elaborazione giurisprudenziale della regola da parte della Corte Edu ha nondimeno connotato la misura in termini di rimedio estremo (cfr. S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, *Comm. breve convenzione europea*, sub art. 5, Padova 2012, p. 134) ed ha valorizzato il controllo giudiziario del procedimento (cfr. M. De Salvia, *La droga e il rispetto dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. diritti dell'uomo,* 1991, p. 716).

preventiva, divenendo così partecipi di quel nuovo spirito normativo che ha reso l'ordinamento più attento alla vita materiale dell'uomo[4] e specialmente alla sua salute.

È questo uno degli aspetti più importanti del moderno ordinamento giuridico: mentre i codici del sec. XIX – ai quali si può idealmente ascrivere anche il vigente codice civile italiano – assumono come inderogabile postulato l'astratta parità dei soggetti di diritto, la Costituzione, avendo aderito ad un'idea sostanziale di eguaglianza (art. 3, co. 2)[5], sollecita invece a garantire una tutela rafforzata per coloro che si vengono a trovare in una situazione di fragilità.

Quanto osservato con riguardo al diritto interno risulta in sintonia con la sensibilità internazionale che sta maturando rispetto a questo problema.

In particolare, l'Unione europea, all'atto stesso della sua costituzione come tale, ovvero con il Trattato di Maastricht, si è fatta espressamente carico di contrastare il fenomeno della tossicodipendenza (art. 129); l'impegno è stato rinnovato e in parte ampliato con il trattato di Lisbona[6].

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, attraverso l'interpretazione sistematica dei principi fondamentali espressi dai Trattati, ha saputo andare oltre la considerazione della sola tossicodipendenza ponendo argini anche contro le nuove dipendenze. Ciò è avvenuto, ad esempio, con riguardo al gioco

[4] Cfr. L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1117 s. e in particolare p. 1135 dove si identifica il tratto sistematico di questo approccio nella «tendenza delle strutture e dei contenuti normativi a svilupparsi a livelli più bassi di astrazione, cioè ad articolarsi in discipline e strumentazioni più specializzate, allo scopo di ottenere una maggiore aderenza alle esigenze vitali dell'uomo nelle diverse fasi di età e nei ruoli diversi in cui viene a trovarsi nel corso della sua vicenda su questa terra». Di tale tendenza verranno offerti diversi esempi nel prosieguo dello scritto. Sempre dal punto di vista sistematico è significativo il rilievo che l'attenzione verso la realtà della vita materiale, in particolare con riguardo ai bisogni esistenziali dei soggetti deboli, è orami divenuta materia del diritto privato generale o primo, secondo la nota classificazione di C. Castronovo, e in pari tempo sta trovando sede non più solo nella legislazione speciale, ma nello stesso c.c. Cfr. D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Ann.*, 2014, p. 966 s. dove si descrive il fenomeno in esame come un moto attraverso il quale «la vita si riprende il diritto, tramite l'ascesa della persona e la considerazione dei suoi bisogni».

[5] Sul rapporto tra la categoria della capacità giuridica e l'attuazione del principio di eguaglianza, cfr. F.D. Busnelli, *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile. Corso di Aggiornamento. Università di Camerino*, Napoli 1990, p. 87 ss. ed ora in Id., *Persona e Famiglia*, Ospedaletto 2017, p. 205 ss. e specialmente p. 209.

[6] Art. 168, co. 1 TFUE.

d'azzardo praticato mediante la rete Web; la Corte ha ritenuto che l'obbligo imposto dalle autorità di uno Stato membro all'operatore straniero di ottenere una previa autorizzazione per l'esercizio di tale attività non sia in contrasto con la libertà di prestazione dei servizi, quando tale sistema di controlli ha la funzione di tutelare la salute pubblica e di contrastare la criminalità[7].

L'intervento della Corte di giustizia offre l'occasione per rilevare l'importanza della giurisprudenza nella risposta giuridica alla sfida delle dipendenze; sempre più spesso, del resto, i Tribunali costituiscono il primo varco attraverso cui i problemi attingono la soglia della regolamentazione[8]. Si tratta, tuttavia, di un passaggio non privo di limiti e di incognite. Risulta in particolare complesso l'esame di casi nei quali si discute della incapacità di intendere o di volere del soggetto per l'influenza delle nuove dipendenze posto che tali condizioni non sempre sono oggetto di sicuro apprezzamento in sede medica; diventa dunque di fondamentale importanza il rigore del metodo con cui il giudice procede all'accertamento dello stato di possibile alterazione psichica. Alcune indicazioni possono essere tratte dalla giurisprudenza della Corte di cassazione la quale, in un altro contesto, ma comunque in modo significativo anche per questa sede, ha avvertito che il giudice non può avallare l'ipotesi di una patologia – non ancora accreditata dalla medicina ufficiale – senza averla prima sottoposta ad un'attenta verifica anche attraverso l'ausilio di esperti[9].

2. La vita prenatale.

L'art. 1 c.c. stabilisce che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, escludendo pertanto il concepito, se non per specifiche ipotesi in materia di successioni e donazioni, dalla possibilità di acquistare diritti.

[7] Corte eur. giust. 3 giugno 2010, C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd.* La decisione ha un rilievo che va oltre l'ambito dal quale prende le mosse, definendo l'orientamento della Corte europea di giustizia in relazione alla legittimità di limitazioni interne di natura privatistica alle libertà fondamentali previste dai trattati europei. Cfr. M. Ebers, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Tübingen 2016, p. 245 s.

[8] Fenomeno che investe gli aspetti esistenziali della persona non meno che quelli patrimoniali: dalla fecondazione assistita, alla condizione del nascituro fino alla decisione sulla fine della vita. Cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 67 ss., 87 ss. e 95 ss.

[9] Cass. 20 marzo 2013, n. 7041.

Nel tempo il principio è tuttavia stato oggetto di una profonda revisione interpretativa volta a porlo in sintonia con la Costituzione che protegge in modo peculiare la vita prenatale (art. 31, co. 2) e che guarda all'essere umano in modo unitario, come «soggettività aperta e suscettibile di sviluppo... che riunisce in sintesi il prima e il dopo, l'embrione e la persona adulta, il bambino e l'anziano, chi prima era sano e poi è divenuto malato»[10]; si è così accresciuta la convinzione che l'ambito proprio dell'art. 1 c.c. si identifichi in realtà con quello dei rapporti di natura patrimoniale e che il concepito, come ogni essere umano, sia portatore di diritti fondamentali.

Attraverso la legislazione ordinaria si è dato corso a quest'ispirazione. Ad esempio, l'art. 1 l. 22 maggio 1978, n. 194 afferma che «lo Stato... tutela la vita umana dal suo inizio»; più recentemente, l'art. 1 l. 19 febbraio 2004, n. 40 qualifica espressamente il concepito come «soggetto».

Anche la giurisprudenza ha gradatamente acquisito la convinzione che il nascituro sia titolare di diritti fondamentali «primo tra i quali il diritto alla salute»[11]; al concepito, pertanto, deve essere assicurato che nessuno gli procuri «lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e [...] che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana»[12].

In tale orizzonte si pone anche il caso della donna gestante in condizioni di dipendenza patologica, in particolare da alcool o stupefacenti, posto che simili sostanze, a volte unitamente a gravi patologie, si trasmettono per via placentare al nascituro mettendo a repentaglio la sua salute.

Esaminando la vicenda in ambito penale, una sentenza[13] ha ritenuto che la

[10] A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 4.

[11] Cass. 11 maggio 2009, n. 10741. L'apporto argomentativo della decisione è però assai problematico. La soggettività del concepito viene infatti contraddittoriamente ricavata dal principio di centralità della persona, dopo aver distinto tra soggetto e persona. Cfr. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 88 s.

[12] Cass. 29 luglio 2004, n. 14488.

[13] Trib. Cremona 24 agosto 2011, in *Fam. pers. e succ.,* 2012, p. 742 s., con nota di S. Bracchi.

trasmissione al feto di sostanze stupefacenti non integri alcuna delle condotte specificatamente previste nell'art. 73 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (*T.U. Stupefacenti*), in particolare la cessione; nella decisione si aggiunge che simili azioni potrebbero tuttavia essere penalmente rilevanti come reato di lesioni personali, qualora risulti compromessa la salute del neonato.

Rispetto al profilo sanzionatorio, appare però di maggior urgenza adottare efficaci provvedimenti per la tutela della salute del concepito; in questa prospettiva, come avvenuto in analoghi contesti nei quali la gestante manteneva comportamenti pregiudizievoli per il nascituro[14], il giudice potrebbe prescrivere alla donna di seguire le precauzioni appropriate al suo stato e attribuire ai servizi sociali un compito di supporto e controllo. Tentativi apprezzabili, come quello ora riferito, di imporre ad una donna vincoli di condotta nell'interesse della stessa e del nascituro sembrano peraltro venire frustrati o persino contrastati dall'applicazione della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, la quale nei primi novanta giorni dal concepimento si risolve nell'incontrollabilità dei presupposti per l'intervento; si avalla così una impostazione fondata sull'autodeterminazione della donna, annullando il valore del richiamato principio di tutela del concepito che pure deve essere considerato[15].

3. Minore età.

La dipendenza patologica suscita le maggiori inquietudini quando si insinua nelle esistenze dei giovani e in particolare dei minori di età, guastando, talvolta in modo irreparabile, quello slancio vitale da cui dipende l'avvenire della società.

[14] Cfr. Trib. min. Firenze 28 agosto 2004, in *Foro it*., 2004, I, c. 3498. Di segno opposto Trib. min. Trieste 26 novembre 1997 e App. Trieste, sez. min., 24 dicembre 1997, in *NGCC*, 1999, I, p. 110 s., con nota di P. Zatti, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre*, che hanno negato provvedimenti a favore del nascituro «difettando il presupposto della capacità giuridica del soggetto da tutelare». L'art. 1 della l. 194/1978 (ed ora anche l'art. 1 l. 40/2004) indica però all'interprete una diversa soluzione, attenta anche al concepito: come osserva C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 91, «di soggetto… si deve parlare… a riguardo del nascituro per la precisa ragione che esso, nonostante non sia ancora dotato di capacità, e perciò non possa essere titolare di diritti, è però causa finale, anzitutto in quanto beneficiario di doveri, come risulta… dalla legge 194/1978».

[15] Cfr. A. Renda, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Diz. dir. priv. Irti. Dir. civ.,* Milano 2011, p. 863.

Il sistema giuridico presenta strumenti che consentono di assistere il minore sia nei casi in cui soffra per la dipendenza sviluppata dal genitore sia quando egli stesso diventi dipendente.

La dipendenza dei genitori determina una situazione familiare assai grave nell'ipotesi in cui li riguardi entrambi oppure se si tratti dell'unico genitore che ha in cura il figlio; le considerazioni che seguono si riferiranno in particolare proprio a simili evenienze.

Lo stato di intossicazione cronica, monopolizzando gran parte delle energie del soggetto, può condurre all'incapacità di attendere in modo adeguato al dovere-diritto di cura nei confronti dei figli, che la recente riforma della filiazione ha voluto riqualificare anche linguisticamente, consegnando alla storia del diritto il termine di «potestà» e scegliendo quello di «responsabilità genitoriale»[16].

In tale circostanza, l'art. 30, co. 2 Cost. esige che le istituzioni provvedano alla cura del minore; ogni azione deve in ogni caso essere condotta cercando di salvaguardare il suo fondamentale diritto di «crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1 l. 4 maggio 1983, n. 184). L'intervento dovrà quindi avere una funzione di sostegno e, ove occorra, di temporanea supplenza del ruolo dei

[16] L'espressione «responsabilità genitoriale» deriva, come noto, da fonti internazionali. L'ordinamento italiano ne ha fatto conoscenza per la prima volta con il reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e appunto di responsabilità genitoriale. Ad esso fa del resto espresso riferimento la relazione di accompagnamento allo schema di d.lgs. attuativo della l. 10 dicembre 2012, n. 219, la quale, nell'argomentare il cambiamento linguistico, sembra peraltro incorrere in alcuni equivoci. Secondo il legislatore, il nuovo sintagma sarebbe più consono in quanto renderebbe meglio l'dea che il compito dei genitori si attua attraverso «un'assunzione di responsabilità… nei confronti del figlio». In questo modo si corre però il rischio di veicolare un'idea di filiazione su basi volontaristiche, e perciò – a dispetto delle attese – regressiva, mentre l'art. 30 Cost. costituisce il rapporto sul solo fatto della procreazione (cfr. A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista Aic*, 2012, 1, p. 3 testo e nota 12). Sempre secondo la relazione, il termine responsabilità sarebbe capace di significare il mutamento di prospettiva segnato dal primato dell'interesse del figlio minore. In realtà, già l'espressione potestà, in quanto specie del genere ufficio, indica nel diritto privato esattamente questo, ovvero l'attribuzione di doveri e poteri nell'interesse del figlio, che è dunque al centro dell'attenzione normativa (cfr. A. Bucciante, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, p. 777). Di un tale nucleo concettuale non può fare a meno l'attuale responsabilità, come dimostra il fatto che l'art. 2 del reg. CE menzionato la definisce come l'insieme dei «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore». Probabilmente ha pesato – invero in modo non ingiustificato – un retaggio autoritaristico che, se superato nella normativa dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, è però rimasto impresso nel sentire comune. Il passaggio alla nuova terminologia può dunque essere apprezzato qualora serva a depurare il rapporto di filiazione dai residui aloni negativi che erano rimasti attaccati alla potestà, stando tuttavia attenti a non perderne corrivamente anche il sostrato normativo.

genitori, mentre, solo nel caso di definitiva e completa irrecuperabilità della capacità educativa, può ipotizzarsi di inserire il minore in un nuovo nucleo familiare facendo venir meno il legame con quello di origine.

Specificando le forme di tutela giuridica, quando lo stato di dipendenza pregiudica la prole, può essere anzitutto disposta la limitazione della responsabilità genitoriale (artt. 333 c.c.) stabilendo, ad esempio, che le decisioni relative a talune questioni, come la salute, siano devolute ai servizi sociali oppure che i genitori si sottoppongano, in modo controllato, a talune prescrizioni di condotta. Si tratta di un provvedimento flessibile sia nei presupposti che lo giustificano sia nelle conseguenze: entrambi gli aspetti possono essere valutati dal tribunale per i minorenni con discrezionalità riuscendo così a tener conto delle specificità del caso. La misura limitativa, non estromettendo totalmente i genitori dalla loro funzione, evita che si deresponsabilizzino e parimenti li rende consapevoli della necessità di un cambiamento nella loro condotta.

Quando, tuttavia, lo stato di dipendenza è tale da impedire al genitore di rispondere, anche solo parzialmente, ai bisogni del figlio, occorre dar corso al provvedimento di decadenza dalla responsabilità (art. 330 c.c.) e, se l'altro genitore manchi o sia a sua volta incapace di accudire il figlio, procedere alla nomina di un tutore.

Nei casi in esame è molto importante il ruolo dei servizi socio-assistenziali. Ad essi compete, qualora riscontrino una condizione di pericolo, informare il pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni affinché promuova la domanda di limitazione o decadenza dalla responsabilità. Non meno importante è il ruolo di assistenza nei confronti del genitore, affinché, affrontato il problema che lo affligge, possa avviarsi verso il reintegro nella sua funzione di cura dei figli.

Quando la dipendenza è grave e perdurante, gli interventi descritti non sono sufficienti e risulta difficile pensare che il minore possa rimanere nella propria famiglia.

Occorrerà allora stabilire l'affidamento temporaneo presso altri soggetti, familiari o, in mancanza, comunità educative, che possano dedicargli affetto e

sostenere i suoi bisogni materiali almeno nel periodo necessario al superamento da parte dei genitori della fase acuta della dipendenza. In questo frangente è essenziale che il minore mantenga il rapporto con i propri genitori e che gli stessi siano resi partecipi, nei modi possibili, delle decisioni che lo riguardano: l'affidamento familiare ha, infatti, natura provvisoria e l'esito auspicato è proprio quello del rientro del minore nella sua famiglia[17].

I genitori talvolta non riescono tuttavia ad affrontare la dipendenza; la condizione si cronicizza e annienta la capacità di accudire moralmente e materialmente il figlio, il quale viene così a trovarsi in uno stato non recuperabile di abbandono familiare (art. 8 l. n. 184/1983): si apre allora il procedimento di adozione[18].

In tale circostanza la sfida avanzata dalla dipendenza è drammatica: l'esito cui conduce è, infatti, quello dell'inserimento del minore in una nuova famiglia rescindendo il rapporto con il nucleo di origine[19].

L'esercizio della responsabilità genitoriale può essere impedito anche da forme di dipendenza non associate a sostanze.

---

[17] La legge di riforma della filiazione ha ripristinato nell'art. 337 *ter* c.c. la disposizione per cui, nel contesto della crisi della famiglia, può essere disposto anche l'affidamento familiare dei figli minori. Tale specificazione era stata espunta nella formulazione del previgente testo dell'art. 155 c.c., introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, dove veniva utilizzata la più generica formulazione secondo cui il giudice «adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole». Era peraltro controverso se nella previsione potesse ritenersi compreso l'affidamento temporaneo, attesa l'obliterazione del richiamo che era invece presente nel testo allora sostituito (cfr. A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni - Schlesinger*, Milano 2007, p. 668). Risulta pertanto opportuna la scelta di menzionare espressamente l'affidamento che si presta ad essere applicato specialmente nei casi in cui i genitori non possono occuparsi dei figli in quanto partecipano ad un programma di recupero terapeutico, ad esempio, dalla tossicodipendenza.

[18] Cfr. Cass. 12 aprile 2013, n. 8930; Cass. 14 novembre 2003, n. 17298; Cass. 7 novembre 1998, n. 11241. La sentenza Cass. 14 aprile 2006, n. 8877 sottolinea peraltro la necessità che il pregiudizio per il minore debba risultare definitivo per dichiarare lo stato di abbandono; non ricorre pertanto tale estrema condizione quando il genitore abbia intrapreso un percorso serio di recupero dalla tossicodipendenza.

[19] In queste evenienze potrebbe essere previamente preso in considerazione il ricorso alla c.d. adozione mite (ovvero all'art. 44 lett. d) l. 184/1983), permettendo così al minore di inserirsi in un contesto familiare idoneo a rispondere ai suoi bisogni, senza in pari tempo cancellare radicalmente il rapporto – giuridico e usualmente anche di fatto – con la famiglia di origine, come invece avviene per effetto dell'adozione piena. La valorizzazione delle forme di adozione aperta è oggi sollecitata sia sul terreno dell'interpretazione giuridica, dottrinale e giurisprudenziale (in particolare, della Corte europea dei diritti dell'uomo) sia da ricerche psicologiche e sociali. Su questo tema, sia consentito il rinvio a C. Rusconi, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in questa Rivista, 2015, 3, p. 1 s. In questa linea si pone anche la 19 ottobre 2015, n. 173 «sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare» con la quale si è voluto salvaguardare il rapporto costituitosi tra gli affidatari e il minore, qualora torni nella sua famiglia o sia affidato o adottato da altra famiglia (art. 4, co. 5-*ter* l. 184/1983).

Si pensi anzitutto al gioco d'azzardo, fenomeno non nuovo, ma che in questi anni sta assumendo dimensioni allarmanti[20], rappresentando la speranza di una fonte di ricchezza immediata e facile in un periodo in cui tanti patiscono la precarizzazione dei rapporti di lavoro, quando non la mancanza dello stesso, o comunque l'insufficienza dei redditi a disposizione rispetto ai bisogni personali e familiari. Sarebbe però una visione parziale associare univocamente l'esponenziale aumento del gioco d'azzardo con le componenti più deboli della popolazione dal punto di vista della disponibilità patrimoniale; l'azzardo è presente infatti da tempo nella realtà economica in strumenti finanziari sofisticati[21], i quali vengono elaborati e impiegati da soggetti particolarmente qualificati, ovvero in una condizione socio-economica, almeno tendenzialmente, opposta a coloro che subiscono gli effetti della crisi. L'azzardo è quindi probabilmente una pratica con una portata culturale e sociale oggi di ampiezza vasta e comunque debordante rispetto al tradizionale impianto legislativo.

Venendo dunque alle norme in materia, si può anzitutto trovare una nozione giuridica. Più precisamente, secondo l'art. 721 c.p., si ha gioco d'azzardo in presenza di due elementi: uno soggettivo, il perseguimento da parte del giocatore del fine di lucro, l'altro oggettivo, l'alea, ovvero il fatto che l'esito dipende interamente (o quasi) dalla sorte. Il gioco d'azzardo è in generale proibito; in realtà, tale divieto ha un campo di applicazione limitato dopo che la legislazione recente ha autorizzato le forme più comuni di gioco d'azzardo (videopoker, slot machines, ...), anche via internet.

Il codice civile considera poi nello specifico due categorie di giochi (artt. 1934 - 1935), ovvero le scommesse sportive e le lotterie pubbliche (ad esempio il lotto, il bingo, i biglietti "Gratta e vinci") che pure possono indurre fenomeni di dipendenza.

La propensione critica del c.c. verso il gioco si riconosce nell'art. 1933, originariamente intesa come regola generale, la quale accorda una tutela giuridica attenuata, ovvero – come si è soliti dire – di mera tolleranza: non solo è negata l'azione,

[20] Dall'anno 1998 al 2016 le somme giocate in Italia sono aumentate del 668%, secondo quanto riportato da G.A. Stella, *Gioco d'azzardo: scommettiamo 132 euro al mese e siamo il Paese che perde di più*, in *Corriere della sera* (ed. on line), 20 settembre 2017.

[21] Esemplare è il caso dei derivati. Cfr. G. Agrifoglio, *Il gioco e la scommessa tra ordinamento sportivo e pubblici poteri*, Napoli 2016, p. 173 s.

ma è altresì sempre consentita all'incapace la ripetizione del pagamento, in deroga all'irrepetibilità *in apicibus* stabilita (art. 1933, co. 2).

In antagonismo con la linea dei codici orientati a limitare il gioco, specialmente quando d'azzardo, la recente legislazione, in modo deplorevole, ha incrementato le forme di gioco autorizzato; da ciò deriva che la gran parte dei giochi esistenti – in applicazione dell'art. 1935 cod. civ. – sono oggi sottoposti al regime generale dei contratti e delle obbligazioni[22] e non più alla regola della *denegatio actionis* dell'art. 1933 c.c., originariamente posta a cardine della disciplina[23].

Richiamata per quanto qui importa la disciplina, si tratta ora di verificare se sussistano forme di tutela per il giocatore dipendente patologico.

A questo riguardo, possono trovare applicazione gli istituti dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno che, come meglio si vedrà, consentono di limitare la capacità legale di agire nel caso in cui il soggetto manifesti alterazioni psichiche; al momento dell'adozione di tali misure, il soggetto affetto da ludopatia ha già sovente dissipato somme notevoli sicché resta la questione se vi sia modo di ottenerne la restituzione.

Le regole applicabili, in particolare in materia di annullamento del contratto, non sembrano tuttavia poter assicurare un rimedio, almeno per quanto emerge dalle episodiche decisioni della giurisprudenza[24]. I limiti tecnici dell'art. 428 c.c. derivano

[22] Tanto veniva constatato già prima della legislazione liberalizzatrice degli ultimi anni; si veda M. Paradiso, *Giuoco, scommessa, rendite*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino 2006, p. 28 s. L'osservazione storica del fenomeno, all'esito di un percorso dipanatosi attraverso i secoli, rileva nella contemporaneità un vero e proprio «capovolgimento di fronte» nella politica del diritto in materia (così, A. Cappuccio, Rien de mauvais. *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino 2011, p. 208); fanno eccezione le scommesse sportive per le quali vi è stata una tendenziale condiscendenza nella legge (cfr. Agrifoglio, *Il gioco e la scommessa tra ordinamento sportivo e pubblici poteri*, cit., p. 14 s., 35 s.).

[23] La combinazione delle regole di rifiuto dell'azione e di irripetibilità del pagamento spontaneo ha indotto la dottrina a ricondurre usualmente il debito di gioco nella categoria delle obbligazioni naturali; la ricostruzione è però messa in discussione: cfr. Paradiso, *Giuoco, scommessa, rendite*, cit., p. 20 s.

[24] Cfr. Trib. Arezzo 28 ottobre 2009, in banca dati on line *DeJure*. La giurisprudenza tende inoltre a ritenere che le condizioni generali nei contratti di gioco autorizzati superino il vaglio di vessatorietà fissato dall'art. 1341 c.c. (cfr. N. Coggiola, *Il doppio azzardo del giocatore: i contratti di gioco e scommessa in dottrina e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 268 s.); una certa tutela del soggetto giocatore è per altro verso derivata dall'applicazione del codice del consumo (Cass. 8 luglio 2015, nn. 14287/14288). Nessun successo è inoltre lecito attendersi dall'impugnazione dell'atto di adempimento, posto che lo si reputa sottratto al campo dell'art. 428, co. 1 c.c. e che l'irrilevanza dello stato di incapacità stabilita dall'art. 1191 c.c. viene predicata anche con riguardo all'incapacità naturale (cfr. A. Albanese, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase 2014, p. 50).

del resto da profonde ragioni e segnatamente dall'impronta di un'«antropologia giuridica superata, caratteristica di una società di proprietari…Predominano in essa due interessi: da un lato l'interesse alla conservazione del patrimonio dell'infermo di mente…, dall'altro l'interesse di sicurezza della circolazione giuridica e di tutela dell'affidamento dei terzi»[25].

Più efficaci potrebbero essere le misure di prevenzione e di recupero, a cui si è in effetti indirizzata di recente la legislazione anche se in modo non coerente a causa dell'influenza di interessi confliggenti.

Da una parte, più ragioni urgono affinché si contrasti, con misure preventive e repressive, il gioco: si pensi alle dolorose implicazioni personali e familiari, ai costi per la cura di tale dipendenza, alla circostanza che tale attività si lega notoriamente a interessi di compagini malavitose.

In questa linea si pone, ad esempio, l'art. 7 d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (convertito nella l. 8 novembre 2012, n. 189) che ha introdotto talune previsioni generali volte a dissuadere dal gioco d'azzardo[26]; in particolare, sono stati imposti precisi obblighi di informazione circa il rischio di sviluppare dipendenze[27] nonché regole di tutela rafforzata per i minori. Inoltre – aspetto di particolare rilievo – le prestazioni di prevenzione e cura degli stati di ludopatia sono state annoverate nei livelli essenziali dell'assistenza pubblica[28].

Dall'altra parte, lo Stato ricava dal gioco una componente assai ragguardevole delle entrate pubbliche; volendo comparare le cifre, il gettito percepito nell'anno 2016 è stato di oltre dieci miliardi di euro[29] a fronte di una spesa per la cura degli stati di

[25] L. Mengoni, *Osservazioni generali*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. Cendon, Napoli 1988, p. 359 s.

[26] Cfr. altresì art. 1, co. 70 l. 13 dicembre 2010, n. 220 (legge finanziaria 2011).

[27] In applicazione di questa previsione (art. 7, co. 5 d.l. 158/2012) alcune decisioni hanno dichiarato la nullità per violazione dell'art. 1418, co. 1 c.c. dei contratti di gioco relativi a lotterie istantanee (sul modello «gratta e vinci») i cui tagliandi erano sprovvisti delle indicazioni informative prescritte dalla legge (Giudice di Pace di Salerno, 30 giugno 2017, 24 novembre 2016, 6 settembre 2016, inedite).

[28] Come aveva dapprima previsto l'art. 5 d.l. 158/2012, nel frattempo abrogato, e ora prevede l'art. 28 d.p.c.m. 12 gennaio 2017 di aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza.

[29] Fonte: *http://www.camera.it/leg17/465?tema=giochi* (ultima consultazione: 22 settembre 2017).

ludopatia divisata in poco più di duecento milioni di euro annui a decorrere dal 2015[30].

Si producono così provvedimenti che consentono l'ulteriore diffusione del fenomeno attraverso l'introduzione di nuove forme di giochi[31].

Tale contraddizione adombra l'autorevolezza e indebolisce l'incidenza delle politiche di contrasto alla ludopatia, come avvertito dalla Corte europea di giustizia in un caso riguardante l'Italia. Secondo la Corte, se «le autorità di uno stato membro inducono ed incoraggiano i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario», le stesse autorità non possono poi «invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di gioco» al fine di giustificare provvedimenti che limitano la libertà degli operatori stranieri di prestare tale servizio[32].

All'esame del parlamento vi sono oggi proposte che mirano ad intervenire in modo più rigoroso, ad esempio, autorizzando i comuni ad inibire nel proprio territorio la collocazione di nuovi apparecchi da gioco.

Per la verità, in analoga direzione sono già intervenute alcune regioni che hanno adottato proprie disposizioni. Si può ricordare la l. reg. Lombardia 21 ottobre 2013, n. 8 con cui è stata vietata la collocazione di nuovi apparecchi da gioco «entro il limite massimo di cinquecento metri, da istituti scolastici di ogni ordine e grado, luoghi di culto, impianti sportivi, strutture residenziali o semiresidenziali operanti in ambito sanitario o sociosanitario, strutture ricettive per categorie protette, luoghi di aggregazione giovanile e oratori» (art. 5, co. 1). Si è inoltre data facoltà ai comuni di individuare altri luoghi sensibili nonché di adottare condizioni di maggior favore, sotto il profilo tributario, verso gli esercenti che non istallano apparecchi per il gioco d'azzardo (art. 5, co. 2 e 5).

La condizione di dipendenza patologica dei genitori si ripercuote dunque sui figli, specialmente se minori di età; accade tuttavia che lo stesso minore possa

[30] Fonte: *http://www.camera.it/leg17/561?appro=app_tutela_minori* (ultima consultazione: 22 settembre 2017).

[31] Ad esempio, art. 1, co. 75 della già citata l. 220/2010.

[32] Corte eur. giustizia 6 novembre 2003, C-243/2001, *Gambelli.*

sviluppare qualche forma di dipendenza.

In tale caso la legislazione doverosamente accentua il proprio sforzo nelle misure di prevenzione.

Ad esempio, la l. 30 marzo 2001, n. 125 (*Legge quadro in materia di alcol e di problemi alcolcorrelati*) vieta la somministrazione di bevande alcooliche ai minori (art. 14 *ter*) e ne proibisce la pubblicità in luoghi da loro prevalentemente frequentati e nel contesto di programmi televisivi destinati al pubblico di tale età (art. 13).

Si è già fatto cenno ai divieti, stabiliti da alcune leggi regionali, di collocare nuove macchine per il gioco d'azzardo in prossimità di spazi ove abitualmente si ritrovano minorenni.

L'attenzione verso il rischio delle dipendenze in giovane età si è inoltre manifestata in modo significativo anche attraverso alcune leggi regionali che introducono forme di controllo e verifica nella somministrazione di farmaci contenti sostanze psicotrope a minorenni[33]. L'adozione di cure diverse da quelle comportanti l'assunzione di tali farmaci viene anzi assunta a obiettivo generale attraverso la direttiva di «promuovere una corretta informazione … sulla disponibilità di terapie e trattamenti alternativi che non contemplino l'uso di farmaci» (art. 1 l. prov. Trento n. 4/2008).

Tra le disposizioni che curano il recupero del minore tossicodipendente, riveste peculiare importanza, settoriale e sistematica, l'art. 120, co. 2 d.p.r. n. 309/1990 (già art. 95 l. n. 685/1975) secondo cui il minore può personalmente chiedere di essere assistito; la medesima disposizione attribuisce anche ai genitori la facoltà di richiedere l'attuazione di cure nei confronti del figlio minore[34].

---

[33] L. prov. Trento 6 maggio 2008, n. 4; L. reg. Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (entrambe le leggi hanno peraltro subito una censura di incostituzionalità rispetto alle disposizioni che disciplinavano il rilascio del consenso informato al trattamento).

[34] Si è in merito osservato che la legittimazione dei soggetti esercenti la responsabilità è subordinata al consenso del minore, se costui è capace di intendere e volere (cfr. Mengoni, *La tutela giuridica*, cit., p. 1131). L'accesso diretto del minore alla prestazione di cura è rafforzato dalla previsione dell'anonimato nei rapporti con le strutture sanitarie (art. 120, co. 3; sul problema in generale dell'anonimato del tossicodipendente e del rapporto tra questo diritto e il confliggente altro diritto di un familiare, cfr. R. Agostini – C. Cacaci, *Diritto al segreto, diritto alla riservatezza, diritto all'anonimato del tossicodipendente. Generalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 523 s.). Quando si tratta di interessi di natura non patrimoniale, l'idea che il minore possa esprimere personalmente il

Non si può peraltro tacere che l'art. 120 sia stato oggetto di riserve[35]; si è dubitato in particolare che possano avere una qualche efficacia le terapie richieste dal minore in assenza del supporto e della collaborazione della famiglia. Tale rischio potrebbe essere favorevolmente superato grazie al concorso tra le diverse istituzioni e specialmente attraverso gli operatori sociali i quali opportunamente dovranno rendere il minore consapevole dell'importanza del sostegno dei familiari che non possono fare mancare la loro presenza: il nuovo art. 147 c.c., pure novellato dalla riforma della filiazione, ha del resto significativamente aggiunto ai doveri di mantenimento, educazione ed istruzione quello di «assistere moralmente il figlio».

Ancora nella collaborazione tra famiglia, scuola e altri soggetti con compiti educativi si deve porre il fondamento per far fronte alle insidiose dipendenze scaturite dalla modernità tecnologica, come i videogiochi, le quali soggiogano soprattutto i giovani, mettendone a rischio la salute mentale[36].

4. Età adulta.

La maggiore età consente alla persona di compiere efficacemente la generalità degli atti giuridici; lo stato di dipendenza patologica può però infirmarne in radice la validità o impedirne la normale prosecuzione nel tempo.

Il problema, già grave per le disposizioni di natura patrimoniale, può divenire critico in relazione alle vicende che coinvolgono la dimensione esistenziale del soggetto.

Ne è esempio anzitutto il matrimonio che nel consenso degli sposi trova il primo requisito; tale condizione potrebbe essere dubbia, legittimando l'impugnazione

consenso al trattamento dei dati personali sembra trovare oggi una conferma nel reg. UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo al trattamento dei dati personali. Nel *considerando* n. 38 può infatti leggersi che «il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore»; un argomento *a contrario* viene poi dall'art. 8, co. 1 che invece richiede il compimento del sedicesimo anno quando il trattamento sia connesso all'«offerta diretta di servizi della società dell'informazione».

[35] Cfr. A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna 2008, p. 354 s.

[36] D. Campbell, *Mental health of children and young people 'at risk in digital age'*, in *The Guardian* (ed. online), 5 novembre 2014.

dell'atto, in presenza di uno stato di dipendenza patologica – o anche soltanto di una alterazione transitoria – che comprometta la libera e consapevole formazione della volontà matrimoniale (art. 120 c.c.)[37]. Il matrimonio potrebbe inoltre essere impugnato dal coniuge in errore circa il fatto che l'altro è affetto da una malattia fisica «tale impedire lo svolgimento della vita coniugale» (art. 122 c.c.); ricorrono in tale categoria le patologie psichiche indotte dall'abuso di droga o alcool[38].

Più frequentemente, la dipendenza appare come causa sopravvenuta di crisi del consorzio coniugale; quando produce disaffezione verso i componenti della famiglia o rende incapaci di esercitare una professione o di contribuire in altro modo ai bisogni comuni, determina infatti una situazione tale da «rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole» (art. 151 c.c.). Al coniuge dipendente potrà poi essere addebitata la separazione[39], con la conseguenza che, in caso di bisogno, avrà diritto solo ad un assegno alimentare.

Decorso il periodo prescritto dalla pronuncia della separazione, se la dipendenza rimane un ostacolo alla ripresa della comunione di vita tra i coniugi, l'altro coniuge presumibilmente avanzerà domanda di divorzio, ponendo così fine all'unione coniugale.

Lo stato di dipendenza diviene anche un elemento che influisce sulla valutazione del giudice circa l'affidamento dei figli. Le recenti riforme in merito hanno assunto come principio informatore il diritto del figlio a mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori; resta tuttavia la previsione dell'affidamento esclusivo in caso di grave inidoneità e tale circostanza può essere individuata nello stato di dipendenza patologica se induce nel genitore un'inabilità psichica o fisica tale

[37] Cfr. F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, II, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, Bologna - Roma 1993, p. 136 s. La questione della capacità matrimoniale del tossicodipendente è avvertita in modo speciale nell'ordinamento canonico, sia dalla prospettiva giuridica sia da quella pastorale, in relazione al can. 1095. Cfr. G. Barberini, *Sull'applicabilità del can. 1095 C.J.C. al tossicodipendente*, in *Dir. eccl.*, 1985, p. 153 s.

[38] Finocchiaro, *Del matrimonio*, cit., p. 152.

[39] Trib. Reggio Emilia 15 dicembre 2009, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 550 con nota di A. Costanzo.

da impedire l'esercizio del dovere - diritto di cura nei confronti dei figli[40].

Nell'età adulta le dipendenze, soprattutto da sostanze, possono irretire anche la capacità di svolgere una professione e così di provvedere a sé e alla propria famiglia[41]: attuando il principio di solidarietà, la legislazione in materia di dipendenza da droga e da alcool assicura peraltro il diritto a mantenere il posto di lavoro nel periodo di assenza finalizzato al trattamento di tale condizione.

Quando lo stato di dipendenza patologica si protrae nel tempo e induce una condizione di infermità mentale cronica, ancorché non necessariamente continua, il soggetto perde la capacità di partecipare in modo autonomo all'attività giuridica.

Nel c.c. si trova una disposizione espressamente dedicata a tale evenienza, come già ricordato; si tratta dell'art. 415, co. 2 secondo il quale può essere sottoposto ad inabilitazione colui che abusa di alcool o di stupefacenti[42]. Unitamente a tale requisito, si richiede anche l'accertamento che la condotta del dipendente esponga sé o la sua famiglia al pericolo di «gravi pregiudizi economici», rivelando come l'interesse primario sotteso all'istituto sia quello alla conservazione del patrimonio del soggetto.

Per effetto della pronuncia di inabilitazione, la persona può compiere autonomamente solo gli atti di minore rilievo economico-giuridico, mentre è privato della capacità di agire per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione, per i quali dovrà essere assistito da un curatore, salve specifiche eccezioni che possono essere accordate dal giudice.

La disposizione in esame si è tuttavia rivelata non idonea a disciplinare i problemi connessi alla condizioni di abuso di alcool o droghe[43], restando

---

[40] Cfr. F. Tommaseo, *Sulla crisi delle relazioni familiari per disturbi della personalità nella legislazione e nella giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 87.

[41] Cfr. S. Muggia, *Rassegna di giurisprudenza su tossicodipendenza, spaccio e rapporto di lavoro* (nota a Trib. Roma 22 ottobre 2006), in *D & L*, 2007, p. 519 s. In giurisprudenza è stato oggetto di esame anche il caso del licenziamento del lavoratore che, per soddisfare la spinta al gioco, aveva sottratto somme di denaro (Cass. 29 settembre 2015, n. 19307).

[42] Il concetto giuridico di abuso, in particolare per quando concerne gli stupefacenti, può essere identificato con quello socio-patologico di dipendenza. Cfr. E.V. Napoli, *L'infermità di mente. L'interdizione. L'inabilitazione*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano 1991, p. 120 ss.

[43] Più circostanze hanno concorso a distaccare la previsione dalle situazioni della vita a cui è rivolta. Per un verso, nell'epoca recente l'ordinamento si dedica precipuamente alla dimensione degli interessi personali del soggetto dipendente (cfr, per un esame comparatistico, M. Gravelli, *L'abuso di droga in Italia e in Europa in una prospettiva di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 489); per l'altro, rispetto agli interessi patrimoniali, che

sostanzialmente inapplicata.

La protezione della persona priva di autonomia può essere forse meglio garantita dall'amministrazione di sostegno che, sebbene introdotta nel nostro ordinamento giuridico da non molti anni, è presto divenuta, non senza zone d'ombra, la soluzione preferenziale, a livello di principi come di prassi, per affrontare le situazione di incapacità della persona.

Essendo l'amministrazione di sostegno espressamente prevista anche per i casi in cui il soggetto versi in una situazione temporanea di impossibilità di prendersi cura dei propri interessi, potrebbe ad esempio accompagnare la persona nel periodo in cui affronta cure e specialmente i ricoveri volti a superare lo stato di dipendenza[44].

Un ultimo profilo che deve essere considerato attiene alla responsabilità della persona affetta da dipendenza, specialmente da stupefacenti, per i danni provocati a terzi.

In linea generale, l'assunzione di droghe o di altre sostanze che alterano le condizioni psichiche non elide la responsabilità civile. Secondo la previsione dell'art. 2046 c.c., il soggetto è infatti responsabile quando l'azione dannosa inconsapevole trova causa in una precedente condotta cosciente e volontaria, quale il consumo di alcool o stupefacenti. Quando tuttavia il soggetto versa in una condizione di dipendenza che ha pregiudicato le normali funzioni psichiche – e ciò avviene specialmente nel profilo volitivo – la capacità può risultare carente già in origine[45]

---

pure rimangono importanti, l'approccio non è più orientato all'esclusione, bensì muove dall'idea che «il diritto alla libertà negoziale si pone quale strumento terapeutico per soggetti come i tossicodipendenti, la cui psiche si trova in situazione di prostrazione per una sensazione di inutilità esistenziale» (*ivi*, p. 128). In questo orizzonte si pone il co. 1 dell'art. 427 c.c., introdotto dalla l. 9 gennaio 2004, n. 6, che permette al tribunale di autorizzare l'inabilitato a compiere personalmente alcuni atti di straordinaria amministrazione. Invero anche con riguardo al minore si può nettamente distinguere un processo di promozione della capacità di discernimento, sicché in una visione complessiva è stato notato da A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2011, p. 149, come «il rango dei diritti della persona e il valore dell'autonomia hanno indotto a una rivisitazione del rigido discrimine tra capacità e incapacità di agire, alla ricerca di una disciplina che apra spazi di autodeterminazione, ove possibile, anche a questi soggetti».

[44] Nella casistica giurisprudenziale si rinviene che è stata disposta l'istituzione di un amministratore di sostegno a favore del soggetto tossicodipendente (Trib. Modena 8 febbraio 2006, in banca dati online *DeJure*), ludopatico (Trib. Varese 22 Novembre 2009, in *Il caso.it*), alcolista (Trib. Varese 20 giugno 2012, in *Il caso.it*). Negli ultimi due provvedimenti menzionati l'accento è sul compito dell'amministratore di favorire il recupero dalla condizione di dipendenza.

[45] Cfr. C. Cossu, *La responsabilità e il danno cagionato dall'incapace (artt. 2046 – 2047)*, in *Tratt. Bessone*, Torino 2005, p. 203 s.; D.M.E. Bonomo, *Infermità di mente e responsabilità civile*, Milano 2012, p. 71.

sicché viene meno il presupposto per l'imputabilità del fatto dannoso[46]. Si trascorrerebbe allora all'art. 2047 c.c. con la questione della responsabilità sostitutiva del soggetto eventualmente tenuto a vigilare[47] sul dipendente in condizioni di infermità mentale[48]. Qualora non vi sia modo per offrire una riparazione al danneggiato – perché non vi era sorvegliante o costui è in grado di smentire l'addebito di responsabilità, soddisfacendo l'inversione dell'onere probatorio – il soggetto danneggiante, per quanto incapace, può essere tenuto a prestare un indennizzo[49].

Per altro verso, l'eventuale applicazione di una misura di limitazione della capacità legale di agire dovuta a infermità psichica non vale a ritenere esclusa in modo automatico la capacità di intendere e volere del soggetto agente e la conseguente responsabilità.

5. Gli atti di ultima volontà.

La condizione di dipendenza patologica, nei casi più gravi, può infine provocare l'invalidità degli atti di ultima volontà della persona e, in particolare, del testamento.

---

[46] Con riguardo alle nuove dipendenze e in particolare alla ludopatia si riscontra un atteggiamento assai cauto sul fronte della responsabilità penale, venendo solo in rari casi esclusa l'imputabilità dell'agente. Cfr. R. Bianchetti, *Gioco d'azzardo patologico e imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 12; più recentemente si veda peraltro anche Cass. pen. 11 novembre 2015, n. 45156, in *Giur. it.*, p. 446 s. con nota di. R. Bianchetti.

[47] Quando la dipendenza ha provocato un'infermità mentale, l'individuazione del soggetto tenuto alla sorveglianza è riconducibile al problema generale della sorveglianza della persona malata di mente dopo la l. n. 180/1978. In questa prospettiva emergono in primo luogo le comunità di cura e i familiari (cfr. A. Bregoli, *Figure di sorveglianti dell'incapace dopo la l'avvento della legge 180*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., p. 834 s.). Proprio questo punto è indicativo del limite della l. n. 180: l'abolizione del manicomio non è stata accompagnata da provvedimenti sociali di assistenza per l'infermo di mente e i suoi familiari. Così quanto alla questione del danno provocato dall'incapace psichico si è lasciato «che siano i privati ad aggiustarsi secondo i meccanismi della responsabilità civile... Si rivela così il senso ultimo della chiusura die manicomi non seguita dalla creazione di strutture alternative: un trasferimento dei costi dalla sfera giuridica pubblica a quella dei privati», C. Castronovo, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., p. 215 s. Negli anni recenti si è rafforzata la consapevolezza che l'assistenza al malato e alla famiglia non può ridursi alla fase acuta della malattia con il trattamento obbligatorio; sono state e vengono create comunità residenziali per la cura della malattia mentale, a volte specificatamente dedicate al recupero degli stati di dipendenza, come quella descritta da E. Maura - M. Senini, *Dipendenze patologiche*, in *Comunità terapeutiche*, a cura di G. Giusto - C. Conforto - R. Antonello, Milano - Torino 2015, p. 129 s.

[48] L'art. 2047 c.c. fa riferimento alla situazione di incapacità di fatto, ovvero non presuppone un provvedimento di limitazione o privazione della capacità di agire.

[49] Altro problema del quale si è discusso riguarda l'applicabilità dell'art. 1227, co. 1 c.c. al creditore incapace. La giurisprudenza, dalla sentenza della Corte di Cassazione, s.u., 17 febbraio 1964, n. 351, assevera costantemente una soluzione favorevole.

Qualora, infatti, si provi che il soggetto era privo della necessaria capacità al momento di disporre delle proprie sostanze, l'atto potrebbe essere annullato[50]. La condizione di dipendenza potrebbe indurre uno stato di incapacità sia in quanto fattore che ha spinto, ad esempio, all'assunzione della sostanza alterante al momento della redazione dell'atto sia per aver ormai già determinato una condizione di disfunzione psichica permanente[51]. L'esito dell'azione è però assai incerto richiedendosi, secondo l'orientamento giurisprudenziale corrente, la dimostrazione che la capacità del soggetto era del tutto carente[52].

Ciò che in ogni caso rimane per effetto della dipendenza è un'incertezza sulla *voluntas testantis* che non si riuscirà a sciogliere fino in fondo. Se, infatti, la domanda di annullamento viene accolta, il testamento cade e si apre la successione legittima, irretendo così una volontà che pur potrebbe essere stata espressa in un momento di sufficiente lucidità. Per altro verso, il rigetto dell'azione a stento fugherà ogni dubbio sull'effettiva autonomia decisionale del testatore ove costui fosse affetto da dipendenza.

L'analisi, pur per lineamenti essenziali, entro lo spettro dell'ordinamento giuridico del fenomeno della dipendenza patologica ha forse aiutato a svelare, anche da questa prospettiva, la vera natura di tale pietosa condizione: nient'altro che un inganno che con la lusinga di affermare la libertà, in realtà la nega sempre più, fino alla fine e persino dopo la vita, almeno per ciò che qui potrebbe ancora contare. La dipendenza distrugge infatti quella che, almeno inizialmente, è forse stata una pretesa di autodeterminazione del soggetto e la sostituisce con una soverchiante

[50] All'indomani della legge di riforma dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale, la regola dell'art. 591, co. 3 c.c. è stata proposta come unica causa di incapacità di testare per infermità psichica, espungendo l'interdizione per infermità di mente prevista dal co. 2 del medesimo articolo. Cfr. G. Bonilini, *Il testamento dell'infermo di mente*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., p. 514 c.c.

[51] Cfr. M. Martino, sub art. 591, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, I, Milano 2011, p. 1167.

[52] A titolo di esempio Cass. 19 luglio 2016, n. 14746, «in tema di annullamento del testamento, l'incapacità naturale del testatore postula… la prova che… il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi». Talvolta, sulla falsariga del lettera dell'art. 591 c.c. (ove si fa riferimento agli «incapaci di intendere e volere»), in luogo della corretta congiunzione disgiuntiva «o», si trova una «e» (v., ad esempio, Cass. 11 giugno 2009, n. 13630).

eterodeterminazione che può portare fino all'annichilimento della persona, nella sua dignità individuale, come nell'apertura relazionale.

Davanti a questa sfida, il diritto[53], riguadagnando in coerenza, può contribuire a far sì che non «domani», come "*Il giocatore*" tenta vanamente di promettere a se stesso, ma già oggi possa riscattarsi chi soffre uno stato di dipendenza.

Abstract:
The essay analyses the problem of addiction in the perspective of Italian private law. The Author considers the consequences on legal capacity (especially with regard to marriage, filiation and minors) and describes the remedies provided by law for addicted persons. The paper takes in particular consideration the so-called new addictions (e.g. gambling).

Key words:
Addiction, legal capacity, law of persons, gambling

[53] Ricorda infatti L. Mengoni, *La funzione del diritto*, in *Quaderno Aiaf*, 1, 2011, p. 126 che «il diritto ha anche una funzione pedagogica nella misura del possibile, perché il diritto è politica e deve cercare di correggere le tendenze della società».

Matteo Manfredi

Dottore di ricerca per il Sistema Agroalimentare

Le professioni legali nel mercato unico europeo tra libertà di circolazione e concorrenza*

SOMMARIO: 1. Libertà di stabilimento e professioni legali. - 2. La prestazione di servizi legali nel diritto dell'Unione europea. - 3. Professioni legali e concorrenza: il problema delle tariffe. - 4. La pubblicità delle professioni legali nel mercato interno. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Libertà di stabilimento e professioni legali

Il presente contributo mira a evidenziare come l'armonizzazione della disciplina delle professioni legali, ed in particolare di quella forense e notarile, all'interno del mercato unico europeo si sia evoluta attraverso una duplice linea di sviluppo: da un lato, mediante strumenti di diritto derivato volti a dare attuazione al diritto dei professionisti di circolare liberamente nel territorio dell'Unione europea; dall'altro, attraverso il tentativo di inserire anche i prestatori di servizi legali nelle logiche di mercato, mediante l'applicazione delle regole di concorrenza.

Nell'inquadrare i problemi di diritto dell'UE che pone l'evoluzione delle professioni legali, occorre fare una breve premessa: nei Trattati dell'Unione europea non sono presenti norme dedicate esclusivamente ai professionisti intellettuali, i quali vengono semplicemente assimilati ai lavoratori autonomi. Agli avvocati e ai notai risultano quindi applicabili le norme che disciplinano la libertà di circolazione dei lavoratori non dipendenti nelle due forme della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi[1].

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

[1] Per libera di stabilimento si intende l'esercizio stabile e continuo di un'attività autonoma in uno Stato membro che non sia quello di appartenenza (art. 49 TFUE). La libera prestazione di servizi, invece, consente l'esercizio di un'attività autonoma in maniera occasionale e temporanea in uno Stato membro diverso da quello di origine (art. 56 TFUE). Si veda B. Nascimbene, E. Bergamini, *The Legal Profession in the European Unione,* Alphen aan den Rijn 2009, pp. 1 e ss.

Con il diversificarsi delle modalità di esercizio della libera prestazione di servizi e del diritto di stabilimento, la linea di discrimine tra le due libertà garantite dal Trattato è divenuta sempre più complessa, tanto che la Corte di giustizia è intervenuta più volte per cercare di delinearne i tratti specifici[2].

Le professioni legali sono, senza dubbio, alcune tra le professioni che più hanno tardato a ricevere una compiuta disciplina del diritto di stabilimento, a causa soprattutto delle profonde divergenze esistenti all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri in tema di formazione accademica, di accesso alla professione e di esercizio delle attività legali. Diversamente, anche per le minori implicazioni nei sistemi giuridici dei singoli Stati membri, la prestazione di servizi legali è da tempo oggetto di direttive sulle quali si è formata ormai una costante giurisprudenza della Corte[3].

L'approccio tradizionale seguito dalle istituzioni europee nei provvedimenti relativi alla libera circolazione dei professionisti, si fondava sull'armonizzazione dei percorsi formativi o sul riconoscimento dei diplomi professionali al fine di consentire all'interessato di operare nello Stato ospite[4].

Un punto di svolta si è avuto con la direttiva 98/5/CE del 16 febbraio 1998, con cui il legislatore dell'Unione ha inteso facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui ha conseguito il titolo. Con tale atto è stato introdotto il principio del mutuo riconoscimento del titolo professionale che abilita alla professione di avvocato, consentendo, a condizioni determinate, che il professionista forense possa esercitare stabilmente la propria attività sulla base del proprio titolo d'origine. Egli può, infatti, offrire consulenza legale sul diritto dello Stato membro di origine, sul diritto dell'UE, sul diritto

[2] Cfr. Corte di giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard.* Nel caso in esame, la Corte ha precisato che la circostanza che il prestatore sia dotato nello Stato ospitante di un'infrastruttura, quale un ufficio o uno studio, non comporta *ipso iure* l'applicabilità delle norme sul diritto di stabilimento. Per un approfondimento si rimanda a A. Arena, *La libertà di stabilimento*, in A. Arena, F. Bestagno, G. Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino 2016, pp. 266-267.

[3] Per un approfondimento sul punto si rinvia a C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms,* Oxford 2016, pp. 310 e ss.

[4] S. Bastianon, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale,* in *Corriere giuridico,* 2002, pp. 602-608.

internazionale e sul diritto dello Stato membro ospitante[5]. Inoltre, per quanto attiene alla rappresentanza e difesa in giudizio, lo Stato ospitante può imporre all'avvocato di un altro Stato membro di agire di concerto con un professionista che eserciti dinanzi alla giurisdizione adita[6].

Al fine di dare completa attuazione al principio della libertà di stabilimento degli avvocati, la Corte di giustizia è intervenuta affermando che gli Stati membri non possono prevedere requisiti ulteriori per l'accesso alla professione, quali un colloquio finalizzato alla conoscenza della lingua italiana[7], o la presentazione periodica del certificato di iscrizione presso la competente autorità dello Stato d'origine[8].

Agli avvocati è riservata una disciplina più favorevole, ad oggi non estendibile ad altre professioni intellettuali, la quale prevede che è sufficiente l'abilitazione nello Stato d'origine o di provenienza e il trasferimento della residenza da uno Stato all'altro per poter beneficiare della libertà di stabilimento. Come si evince anche dai *considerando* della direttiva, tali peculiarità sono da ricondursi al carattere strumentale dell'attività dell'avvocato rispetto all'esercizio dei diritti tutelati dal diritto dell'UE[9].

Ad oggi quindi il sistema della direttiva 98/5/CE risulta applicabile alla sola professione forense, mentre non vi è alcun riferimento diretto alla professione notarile. Solo l'articolo 5.2 prevede che qualora il Paese ospitante riservi a particolari categorie di avvocati o ad altre figure professionali, come i notai, la redazione di atti che conferiscono il potere di amministrare i beni dei defunti o riguardanti la

[5] Articolo 5 della direttiva 98/5/CE.

[6] Per un approfondimento sulla direttiva "stabilimento" si vedano, *ex multis*, J. Salvemini, *La direttiva sulla libertà di stabilimento degli avvocati*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 1999, pp. 808 e ss.; F. Ferraro, *L'avvocato comunitario. Contributo allo studio della libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli 2005, pp. 62 e ss.

[7] Cfr. Corte di giustizia, 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson.*

[8] Corte di giustizia, 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi.* Nel caso di specie, la Corte ha anche precisato che se un cittadino di uno Stato membro sceglie di conseguire il proprio titolo in un altro Stato membro al fine di beneficiare della normativa più favorevole vigente per poi esercitare nello Stato membro di cui è cittadino, questo costituisce uno dei casi in cui l'obiettivo della direttiva 98/5/CE è stato raggiunto e quindi non si ha abuso del diritto.

[9] B. Nascimbene, M. Condinanzi, A. Lang, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone,* Milano 2014 pp. 12 e ss.

costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, gli avvocati stabiliti possono essere esclusi da tali attività[10].

Analizzando i diversi atti di diritto derivato con cui il legislatore dell'Unione intende dare attuazione alla libertà di stabilimento, non si rinviene alcuna norma tesa a facilitare l'esercizio della professione notarile all'interno del mercato unico europeo.

Secondo alcuni autori[11], la mancata armonizzazione delle normative nazionali in tema di libertà di stabilimento dei notai può essere ricondotta al fatto che in molti Stati membri l'attività di tali professionisti persegue un obiettivo di interesse generale, ossia garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati in un determinato ordinamento giuridico. Inoltre, il ruolo dei prestatori di servizi legali nelle transazioni immobiliari all'interno dell'Unione europea è strettamente connesso al sistema di registrazione e trascrizione previsto in ciascuno Stato membro.

La Corte di giustizia ha affrontato il tema della libertà di stabilimento dei notai nel mercato interno solo con riferimento a specifici aspetti. In particolare, ha precisato che non trovano applicazione per l'attività notarile, come per quella forense, le esclusioni consentite dall'articolo 51 TFUE per le attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri[12]. Più specificamente, siffatta deroga non si applica alle professioni considerate nel loro complesso, ma a quelle attività che costituiscono una partecipazione diretta specifica all'esercizio dei pubblici poteri. In una pronuncia del 2008, ad esempio, i Giudici di Lussemburgo hanno evidenziato che i notai non partecipano all'esercizio di pubblici poteri non solo nell'attività di

[10] Art. 5.2 della direttiva 98/5/CE: *Gli Stati membri che autorizzano una determinata categoria di avvocati a redigere sul loro territorio atti che conferiscono il potere di amministrare i beni dei defunti o riguardanti la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, che in altri Stati membri sono riservati a professioni diverse da quella dell'avvocato, possono escludere da queste attività l'avvocato che esercita con un titolo professionale di origine rilasciato in uno di questi ultimi Stati membri.*

[11] P. Zanelli, *Professioni, notariato, Europa*, Milano 2008, pp. 5 e ss.

[12] Cfr. Corte di giustizia, sentenza 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, quanto all'esercizio dell'attività di avvocato; Corte di giustizia, sentenza 24 maggio 2011, C-47/08, *Commissione c. Belgio,* quanto ai notai.

autenticazione degli atti giuridici, ma anche nelle attività di diritto immobiliare e di diritto successorio[13].

2. La prestazione di servizi legali nel diritto dell'Unione europea

Nel diritto dell'Unione europea la nozione di prestazione intellettuale viene sostituita dal concetto di servizio professionale, inteso come prestazione di rilievo economico che non rientra nella nozione di merce o di capitale[14].

Gli atti di diritto derivato inerenti alla materia hanno costantemente confermato la qualificazione delle prestazioni intellettuali come servizi professionali: ne è un esempio la direttiva 2005/36/CE, in cui le professioni intellettuali sono appunto definite come attività praticate da "*coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto nell'interesse dei clienti e del pubblico*"[15].

Anzitutto, la libera prestazione dei servizi legali ha trovato una propria disciplina legislativa nelle disposizioni introdotte dalla direttiva 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati[16].

La direttiva ricomprende nel proprio ambito la prestazione di attività sia giudiziali sia stragiudiziali. In particolare, nelle prime gli avvocati che esercitano in un Paese diverso da quello di origine devono comunicare l'assunzione dell'incarico all'autorità adita ed al presidente dell'Ordine degli Avvocati competente per territorio, e devono comunque svolgere le prestazioni di concerto con un avvocato iscritto

[13] Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2008, C-161/07, *Commissione c. Austria,* punto 24. Per un approfondimento si veda G. Caggiano, *La "filigrana del mercato" nello* stauts *di cittadino europeo,* in E. Triggiani, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari 2011, pp. 220 e ss.

[14] Più precisamente, l'art. 57 del TFUE stabilisce espressamente che "*sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: (...) d) attività delle libere professioni*".

[15] Punto 43 del *considerando* della direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

[16] Tale direttiva è stata invocata in numerosi ricorsi alla Corte di giustizia. Tra le più recenti pronunce si ricorda la sentenza 18 maggio 2017, C-99/16, ove la Corte ha ritenuto il rifiuto di fornire un dispositivo di accesso alla rete privata virtuale degli avvocati, opposto dalle autorità competenti nei confronti di un avvocato debitamente iscritto ad un Ordine forense di un altro Stato membro – per il solo motivo che tale avvocato non risultasse iscritto presso un foro del primo Stato membro in cui intende esercitare la professione in qualità di libero prestatore di servizi - costituisce una restrizione non in linea con la direttiva europea 77/249/CEE.

all'albo ed abilitato all'esercizio della professione dinanzi all'autorità adita. Nelle prestazioni stragiudiziali, invece, è soltanto richiesta l'osservanza della normativa vigente per il corretto esercizio dell'attività professionale[17].

Seppur in assenza di un'indicazione precisa del limite temporale che la prestazione professionale deve avere, la direttiva del 1977 ribadisce la necessità che la prestazione stessa sia occasionale[18]. Essa, inoltre, attribuisce ai Paesi membri la facoltà di riservare ad altre figure professionali, come i notai, le attività che riguardano la compilazione di atti autentici che abilitano l'amministrazione dei beni di persone defunte o che riguardano la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari. Sul punto è intervenuta recentemente la sentenza del 9 marzo 2017, causa C-342/15, *Piringer*, la quale ha riconosciuto la compatibilità con le regole del mercato interno della riserva, prevista dall'ordinamento austriaco, dell'attività di autenticazione della firma nelle trascrizioni immobiliare ai notai, ad esclusione di altri professionisti[19].

Nell'ambito del complesso quadro della libera prestazione dei servizi legali, va considerata un'ulteriore fonte di diritto derivato: la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 ("direttiva servizi"), il cui obiettivo è eliminare le restrizioni alla circolazione transfrontaliera dei servizi, incrementando al tempo stesso la trasparenza e l'informazione dei consumatori, in modo da consentire agli stessi la più ampia facoltà di scelta e migliori servizi a prezzi inferiori[20].

---

[17] Si vedano*, ex multis*, Corte di giustizia, 10 luglio 1991, C-294/89, *Commissione c. Francia*, ove sono state dichiarate incompatibili con la direttiva le norme francesi che imponevano all'avvocato prestatore di servizi di agire in concerto con un professionista locale per l'esercizio dell'attività davanti autorità e organi no giurisdizionali. Oppure con la sentenza 11 dicembre 2003, C-289/02, *AMOK,* la Corte è intervenuta dichiarando incompatibile con l'ordinamento dell'UE la prassi giurisprudenziale tedesca che prevedeva, nel caso di concerto tra un avvocato prestatore di servizi e un professionista locale, la rimborsabilità delle sole spese legali del professionista forense straniero.

[18] Articolo 2 della direttiva 77/249/CEE. Per un approfondimento sulla direttiva si rimanda a B. Nascimbene, C. Sanna, *Norme comunitarie, norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia,* in *Rivista di diritto internazionale privato processuale,* 2002, pp. 349 e ss.

[19] Nella sentenza del 9 marzo 2017, causa C-342/15, *Piringer*, i giudici dell'UE hanno preso in esame la compatibilità della normativa austriaca in materia di trascrizioni immobiliari con il diritto dell'UE, a partire dall'analisi di tutti i requisiti necessari per poter invocare una deroga all'articolo 56 TFUE. Si veda M. Manfredi, *La libera circolazione dei servizi nell'Unione europea: note a margine del caso* Piringer, in *DPCE online,* n. 3, 2017.

[20] Sulle principali novità della direttiva si rimanda a G. Berardis, *La direttiva generale in materia di servizi,* in F. Bestagno, L.G. Radicati di Brozolo (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 27 e ss.

La "direttiva servizi" incide significativamente sulle professioni legali nella parte in cui impone agli Stati membri l'abolizione di divieti o l'incoraggiamento di pratiche. Il riferimento è alle norme riguardanti l'obbligo di soppressione, per le professioni regolamentate, del divieto totale di comunicazioni commerciali, salve le regole professionali riguardanti indipendenza, dignità, integrità e segreto professionale se giustificate da motivi imperativi di interesse generale e purché proporzionate[21]. Dovrà inoltre essere soppresso il divieto di offerte di servizi multidisciplinari, salve le restrizioni necessarie ad assicurare imparzialità e indipendenza del professionista[22].

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la legge 124/2017, entrata in vigore il 29 agosto 2017, ha recepito definitivamente l'articolo 25 della "direttiva servizi" stabilendo che l'avvocato può far parte di più associazioni tra avvocati e associazioni multidisciplinari, costituite con altri professionisti. Al riguardo, la legge italiana precisa che, anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria, la prestazione professionale rimane comunque personale. La responsabilità della società e dei soci, infatti, non esclude quella del professionista che ha eseguito la prestazione. Inoltre, i soci professionisti che eseguono la prestazione devono assicurare indipendenza e imparzialità e dichiarare possibili conflitti di interessi o incompatibilità[23].

A tutela dei consumatori la "direttiva servizi" impone che siano rese disponibili, in modo chiaro e prima che il servizio sia prestato, il prezzo del servizio o le modalità di calcolo dello stesso o un preventivo sufficientemente dettagliato, informazioni sulle regole professionali, sui codici di condotta cui il professionista è assoggettato, sull'esistenza di organismi di conciliazione per la risoluzione delle

[21] Articolo 24 della direttiva 2006/123/CE. Come si analizzerà meglio nel paragrafo dedicato al rapporto tra professioni legali e concorrenza, la questione della pubblicità ha sollevato numerose resistenze da parte del Consiglio Nazionale Forense italiano. Solo nel gennaio del 2016 il CNF, a seguito delle sanzioni comminate dall'Antitrust, il CNF ha modificato l'articolo 35 del codice deontologico forense prevedendo al paragrafo 1 che: "*L'avvocato che dà informazioni sulla propria attività professionale, quali che siano i mezzi utilizzati per rendere le stesse, deve rispettare i doveri di verità, correttezza, trasparenza, segretezza e riservatezza, facendo in ogni caso riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale*".

[22] Articolo 25 della direttiva 2006/123/CE.

[23] Per un approfondimento sulle novità introdotte dalla legge si rimanda a un primo commento di M. Crisafi, L. Izzo, E. Trunfio, *Il Codice deontologico forense,* Vicalvi 2017, pp. 29 e ss.

controversie, sulle attività multidisciplinari svolte e sulle misure assunte per evitare conflitti di interesse[24].

Gli Stati possono poi prevedere l'obbligo di assicurazione per le attività che possano comportare un rischio finanziario per il destinatario[25] e l'elaborazione da parte degli ordini professionali di codici di condotta al livello di Unione europea finalizzati in particolare a promuovere la qualità dei servizi. Gli ordini professionali sono dunque chiamati alla sfida della collaborazione internazionale per la promozione della qualità dei servizi, in particolare facilitando il riconoscimento della qualità dei prestatori[26].

Le rilevanti novità introdotte dalla direttiva incidono direttamente sui prestatori di servizi legali, ma incontrano un limite: non si applicano alle attività connesse all'esercizio di pubblici poteri, ai servizi forniti dai notai[27] e anche a quegli atti per i quali la legge richiedere l'intervento di un notaio[28].

Tale esclusione non sembra tenere in considerazione una distinzione, fatta già propria dalla Corte di giustizia, che permetta concretamente di individuare quelle singole attività che sono caratterizzate dalla partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, con conseguente esclusione totale di un settore o di una professione dalla normativa dell'Unione in materia di servizi. Infatti, l'attività andrebbe esclusa, secondo la giurisprudenza della Corte, se il coinvolgimento nell'esercizio del pubblico potere sia del tutto prevalente, mentre un'attività preparatoria o collaterale all'esercizio di una funzione pubblica, come le attività di consulenza del notaio, dovrebbero rientrare pienamente nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea[29].

[24] Articolo 22 della direttiva 2006/123/CE.
[25] Articolo 23 della direttiva 2006/123/CE.
[26] Articolo 26 della direttiva 2006/123/CE.
[27] Articolo 2 par. 2, lett. l, della direttiva 2006/123/CE.
[28] Articolo 17 della direttiva 2006/123/CE.
[29] Per un approfondimento vedi B. Nascimbene, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico,* in F. Bestagno, L.G. Radicati di Brozolo (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 60 e ss.

Appare quindi evidente come anche nell'ambito della libera prestazione dei servizi vi sia una diversità di trattamento tra servizi forensi e servizi notarili. Se è pur vera la circostanza che i servizi notarili perseguono obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, la direttiva, non distinguendo fra attività che presentano o non caratteristiche proprie della funzione pubblica, pare preservare certe attività professionali più che facilitare la libera prestazione dei servizi. In merito a questo punto, parte della dottrina ha evidenziato come le esclusioni appaiano ingiustificate, dal momento che anche i settori estromessi devono comunque conformarsi agli obblighi generalmente imposti dai Trattati[30].

Un ultimo punto che merita di essere chiarito concerne il fatto che la qualificazione delle professioni intellettuali in termini di servizi professionali, oltre a consentire l'applicazione della disciplina dell'UE in tema di libertà di circolazione, ha una rilevante conseguenza: la definizione dell'attività professionale intellettuale come attività d'impresa.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, in assenza di un'espressa definizione normativa, la definizione di impresa si individua sulla base di un criterio economicistico. È infatti impresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue attività di finanziamento[31].

Sulla base di tali premesse si deduce che, poiché i professionisti intellettuali offrono servizi sul mercato e sopportano il rischio di eventuali perdite, essi devono essere considerati, ai fini del diritto dell'Unione europea, come imprese[32]. È evidente, quindi, che il diritto dell'Unione recepisce una nozione di impresa più ampia rispetto a quella prevista dall'ordinamento italiano, non definita sulla base di elementi strutturali quali il requisito dell'organizzazione e della professionalità. Si spiega così

[30] Sul punto si rimanda a G. Berardis, *La direttiva generale* …, cit., p. 33. L'autore afferma che la direttiva "non crea la libera circolazione dei servizi, ma cerca solamente di facilitarla".

[31] Cfr. C. Townley, *The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation – a discussion of agency, employees and subsidiaries*, in G. Amato, C.D. Ehlermann, (a cura di), *EC Competition Law: a critical assessment*, Oxford 2007, pp.15 e ss.

[32] In giurisprudenza, *ex multis*, Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters,* punto 49.

perché la Corte di giustizia e il legislatore dell'UE abbiano incluso nella nozione di impresa anche l'attività del professionista, prescindendo dal carattere intellettuale, tecnico o specializzante della stessa e dal fatto che essa è spesso fornita su base personale e diretta.

3. Professioni legali e concorrenza: il problema delle tariffe

Il diritto dell'Unione europea identifica il professionista legale come un'impresa esercente un'attività economica, che se svolta, quindi, nel mercato unico europeo deve rispettare il principio della concorrenza tra imprese.

La Corte di giustizia è intervenuta in numerose occasioni sulla questione della concorrenza nelle professioni legali ed in particolare sulla fissazione di tariffe minime inderogabili da parte dei consigli dell'ordine degli avvocati e dallo Stato per quanto attiene la professione notarile[33].

Come noto, il diritto della concorrenza dell'Unione europea contempla una serie di divieti il cui contenuto sostanziale è rimasto immutato sin dall'origine dei Trattati, in particolare gli articoli da 101 a 108 del TFUE. Nella fattispecie qui in esame rileva l'articolo 101 TFUE che proibisce alle imprese di costituire intese atte a falsare la concorrenza, comprendendo tra queste le decisioni di associazioni di imprese. Nella misura in cui gli avvocati e i notai sono imprese è pacifico annoverare le decisioni dei relativi ordini professionali, in particolare quelle aventi ad oggetto limiti tariffari, tra le intese potenzialmente vietate dal disposto dell'art. 101 TFUE[34].

Nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia ha affermato, infatti, che la tariffa contrasta con le regole della concorrenza, perché adottata dall'associazione di imprese che persegue interessi esclusivamente privati[35].

---

[33] Per un approfondimento si rinvia a F. Ferraro, *L'avvocato comunitario: contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti,* Napoli 2005, 87 e ss.

[34] S.M. Carbone, A. Taramasso, *Libera prestazione di servizi, tariffe professionali e professione di avvocato,* in *Diritto del commercio internazionale,* 2005, pp. 231 e ss.

[35] Cfr. Corte di giustizia, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia.* Nel caso di specie, le tariffe degli spedizionieri doganali italiani sono state ritenute intese restrittive non compatibili con il diritto dell'UE della concorrenza perché adottate dallo stesso Consiglio nazionale degli spedizionieri.

Tuttavia, una volta che siano abrogate le tariffe obbligatorie, il problema si sposta sulla verifica della compatibilità delle tariffe che acquistano significato di mero orientamento. In un caso del 2002, per esempio, la Corte di giustizia ha affermato che "*il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa non priva automaticamente la tariffa redatta del suo carattere di normativa statale*"[36]. In altri termini, la Corte ha ritenuto che occorre appurare, caso per caso, se lo Stato rinuncia ad esercitare il suo potere di decisione o a controllare l'applicazione della tariffa[37].

Posta in questi termini, la distinzione tra tariffa legittima, perché determinata dallo Stato, e tariffa illegittima, perché proveniente dalla categoria professionale, vi sono dei casi in cui l'individuazione esatta risulta di particolare difficoltà. Il caso più evidente è quello della tariffa professionale forense in Italia, la cui elaborazione segue un procedimento complesso nel quale sono coinvolti il Consiglio nazionale forense, il Ministero della giustizia, nonché – con funzioni consultive obbligatorie - il Comitato Interministeriale dei Prezzi e il Consiglio di Stato[38].

La Corte di giustizia, in un caso in cui si trattava di valutare la compatibilità di siffatta tariffa con l'ordinamento dell'UE, nonostante la constatazione della natura privatistica del Consiglio nazionale forense, ha stabilito che l'intervento degli organi statali sopra citati consentisse di ritenere che si trattasse di una normativa statale, e pertanto di una tariffa legittima[39].

Secondo i Giudici di Lussemburgo, quindi, il sistema tariffario inderogabile per gli avvocati, nei suoi minimi e nei suoi massimi, non essendo imputabile al Consiglio

[36] Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, C-35/99, punto 36.

[37] Nel caso di specie, la Corte ravvisa che lo Stato italiano ha mantenuto il potere di intervenire sia nella fissazione della tariffa, sia di controllarne l'applicazione, atteso che ai giudici è possibile derogare ai limiti fissati da tariffa stessa. Ne emerge, pertanto, che le tariffe professionali possono anche essere obbligatorie, purché siano fissate da un organo dello Stato, in ragione del fatto che questo dovrebbe garantire il perseguimento dell'interesse generale. Per un approfondimento si rinvia a B. Nascimbene, S. Bastianon, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di giustizia,* in *Corriere giuridico,* 2002, pp. 602 e ss.

[38] Articolo 57 del R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578.

[39] Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2006, procedimenti riuniti C-94/04, C-202/04, *Cipolla,* punto 32. Ai fini della decisione è stato ritenuto determinante il fatto che il Consiglio nazionale forense redigesse soltanto un progetto di tariffa non vincolante e che il giudice, nella eventuale fase di liquidazione degli onorari, conservasse la facoltà di derogare al minimo con decisione motivata.

Nazionale Forense, quale associazione di imprese, non può essere giudicato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 101 TFUE[40].

Da ultimo, a conferma di quanto sopra affermato, la Corte di giustizia è intervenuta con una sentenza del dicembre 2016 ritenendo compatibile con l'articolo 101 TFUE una normativa spagnola che assoggetta gli onorari dei procuratori legali a una tariffa che può essere aumentata o diminuita solamente di una certa percentuale e della quale i giudici nazionali si limitano a verificare la rigorosa applicazione[41]. La Corte, ancora una volta, sembra non considerare che un meccanismo imposto di determinazione delle tariffe risulta potenzialmente idoneo a pregiudicare la competitività del mercato dei servizi legali e a incidere in maniera negativa soprattutto sulla libera prestazione dei servizi nel mercato italiano da parte degli avvocati di altri Stati membri[42].

Con riferimento alla professione notarile, la stessa giurisprudenza evidenzia che, nonostante gli onorari dei notai siano fissati dalla legge[43], resta la possibilità per il cliente di scegliere il singolo professionista a seconda della qualità del servizio prestato. Implicitamente la Corte conferma in tal modo che la fissazione delle tariffe non esclude che questa attività si svolga in regime di concorrenza.

Avvocati e notai, quindi, seppure non partecipino dei pubblici poteri e siano, in qualità di imprese, soggetti alle norme della concorrenza, nondimeno possono veder regolamentati taluni aspetti della loro professione[44].

Vi è da aggiungere, come sostengono alcuni autori[45], che ancora numerosi Stati membri mantengono la pratica di fissare le tariffe sull'assunto che esse sono necessarie

---

[40] E. Bergamini, *La Corte di giustizia e le tariffe (massime) degli avvocati: ultime evoluzioni o ultimo round?* in *Diritto comunitario degli scambi internazionali,* 2011, pp. 491 e ss.

[41] Corte di giustizia, 8 dicembre 2016, pronunce riunite C-532/15, C-538/15.

[42] Per un approfondimento sul punto si rinvia a I.E. Wendt, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?,* Leiden 2012, pp. 173 e ss.

[43] Corte di giustizia, 24 maggio 2011, C-47/08, *Commissione c. Belgio,* punto 117.

[44] F. Ferraro, *L'applicazione del diritto dell'Unione alla professione notarile: il diritto di stabilimento dei notai alla luce della sentenza del 24 maggio 2011, Aspetti di interesse notarile,* in *Studio immigrazione,* 2012.

[45] S.M. Carbone, *Il notaio tra regole nazionali ed europee: diritto societario e professioni regolamentate alla prova delle libertà comunitarie,* in *Diritto dell'Unione europea,* 2003, pp. 689 e ss.; V.C. Licini, *Riflessioni sulla qualificazione della professione notarile alla luce delle norme comunitarie a tutela della concorrenza,* in *Notariato,* 2010, pp. 62 e ss.

per evitare al consumatore prezzi eccessivi e assicurare altresì a queste professioni quel prestigio e quell'indipendenza che sarebbero altrimenti sacrificati dalla scarsa qualità delle prestazioni. Sul punto la Commissione, proprio rispetto al notariato latino[46], riconosce che esso è attualmente caratterizzato da una elevata regolamentazione di molti aspetti della professione e che, in siffatto contesto, la regolamentazione anche delle tariffe può risultare necessaria per proteggere i consumatori[47].

Da questa breve analisi si può dedurre che la particolarità del sistema di formazione delle tariffe professionali, nonché la rilevanza sociale della professione forense e notarile, hanno indotto la Corte di giustizia a non opporsi completamente alla previsione di tariffe imposte, ma ad adottare un approccio collaborativo con le giurisdizioni e le autorità degli Stati membri.

4. La pubblicità delle professioni legali nel mercato interno

Tra le norme generalmente previste nei codici deontologici, particolare rilevanza assume quella relativa al divieto o alla limitazione della possibilità per i professionisti di farsi pubblicità.

La questione deve essere, anzitutto, analizzata alla luce del precetto deontologico che sancisce il divieto per il professionista di pubblicizzare la propria attività al fine di ottenere incarichi e commesse. Si deve, infatti, osservare che i vincoli all'utilizzo di strumenti pubblicitari derivano quasi esclusivamente da forme di autoregolamentazione contenuta nei codici deontologici[48].

Il divieto o limitazione di pubblicità trova la sua *ratio* nell'idea che gli atti di pubblicità espongono il professionista al discredito sociale, perché equiparano

[46] Con notariato latino si fa riferimento all'esercizio della professione notarile nei sistemi giuridici c.d. "latini" o di *civil law*. In tali ordinamenti il notaio svolge una funzione pubblica strettamente connessa alla speciale efficacia probatoria ed esecutiva degli atti dallo stesso redatti. Cfr. A. Barone, P. Piccolo, *I notai,* in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome,* Torino 2006, p.279.

[47] Sul punto si veda A. Andreangeli, *Editorial Comment: Between the Public Interest and the Free Market: Would the Liberalisation of the Legal profession Bring Benefit to the Client – And to the Market*?, in *European Business Law Review*, 2008, p. 1051.

[48] A. Fusaro, *Tendenze nel diritto privato in prospettiva comparatistica,* Torino 2015, pp. 535 e ss.

l'attività professionale a quella commerciale e, in tal modo implicano che la prestazione professionale sia considerata alla stregua di una merce o di un prodotto. La pubblicità commerciale, infatti, è ritenuta un mezzo che altera la rappresentazione della effettiva qualità della prestazione ed è, pertanto, giudicata incompatibile con la tutela del decoro e della dignità della professione, poiché incide sul rapporto fiduciario tra professionista e cliente. In tal senso, il divieto o la limitazione è funzionale e strettamente legato al requisito della personalità della prestazione che caratterizza il rapporto cliente-professionista, anche se le conseguenze della violazione di tale rapporto si riflettono su tutto il corpo professionale[49].

La compatibilità delle norme deontologiche in materia di pubblicità comparativa è stata oggetto di una decisione del 1999[50]. La Commissione ha assunto posizione nel caso riguardante il codice di condotta dell'Istituto dei Mandatari abilitati (I.M.A.), un ordine professionale che raggruppa, a livello dell'UE, tutti i mandatari abilitati presso l'ufficio europeo dei brevetti di Monaco, in relazione all'applicazione dell'articolo 101 TFUE.

Tale decisione è stata oggetto di annullamento parziale da parte del Tribunale[51], il quale ha affermato che la qualificazione delle regole imposte dall'ordine nazionale ai propri iscritti, quali le regole di deontologia professionale, non rappresenta un valido motivo per escludere a priori l'applicazione ad esse del diritto dell'UE della concorrenza, ed in particolare dell'articolo 101 TFUE. Secondo i Giudici di Lussemburgo, l'esclusione può avvenire solo caso per caso, dopo aver valutato la validità di una norma deontologica rispetto al Trattato, in particolare tenendo conto

[49] G. Colavitti., *La pubblicità degli avvocati tra «diritto vivente» della giurisprudenza disciplinare e disciplina della concorrenza*, in *Rassegna Forense*, 2004, 3-4, pp. 703 e ss., P. Cappelli, *Guida alla conoscenza dell'ordinamento e della deontologia forensi*, Milano 2005, pp. 71 e ss., nonché V. Meli, *La pubblicità degli avvocati*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2005, pp. 41 e ss.

[50] Decisione 1999/267/CE della Commissione europea del 7 aprile 1999.

[51] Tribunale, 28 marzo 2001, T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti c. Commissione.* Ai fini della presente analisi, il Tribunale ha ritenuto in contrasto con l'articolo 101 TFUE, l'articolo 2 lettera b) del Codice di condotta dei mandatari abilitati, il quale integra un vero e proprio divieto di pubblicità comparativa.

del "*suo impatto sulla libertà di azione dei membri della professione e sull'organizzazione di questa, nonché sugli utenti dei servizi in questione*"[52].

Pertanto, la pubblicità può rappresentare un fattore determinante per il mercato, in quanto, se effettuata in modo leale e con modalità adeguate, consente al consumatore di scegliere consapevolmente il professionista a cui rivolgersi[53].

Un effetto dirimente in tema di pubblicità delle professioni è da imputarsi alla già citata direttiva 2006/123/CE, il cui articolo 24 prevede espressamente che gli Stati membri sopprimano tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate e dispone altresì che essi vigilino affinché siano garantite l'indipendenza, la dignità e l'integrità delle professioni, nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione[54].

La Corte di giustizia è intervenuta sull'interpretazione dell'articolo 24 della direttiva, sottolineando la contrarietà alla "direttiva servizi" di una norma che vieti totalmente agli esercenti una professione regolamentata di effettuare atti di promozione commerciale dei propri servizi diretta e *ad personam* (c.d. atti di *démerchage*), poiché tale divieto integra una restrizione alla libera prestazione di servizi transfrontalieri[55]. Gli Stati membri sono legittimati a fissare eventuali limiti al contenuto o alle modalità delle comunicazioni commerciali, purché tali limitazioni siano giustificate e proporzionate all'obiettivo di garantire l'indipendenza, la dignità, l'integrità della professione, nonché il segreto professionale[56].

Per quanto attiene la situazione italiana, diverse critiche sono state sollevate in merito all'attribuzione in capo agli ordini professionali del potere di verifica sulla trasparenza e veridicità della pubblicità. L'Autorità Antitrust, per esempio, ha rilevato che il controllo da parte degli ordini sulla correttezza dei messaggi pubblicitari diffusi dei professionisti non trova alcuna giustificazione razionale nell'ambito del nostro

[52] Tribunale, cit., punto 65.
[53] Tribunale, cit., punti 72-74.
[54] Articolo 24 della direttiva 2006/123/CE.
[55] Corte di giustizia, 5 aprile 2011, C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable.*
[56] Corte di giustizia, C-119/09, cit. punto 30.

ordinamento giuridico, che prevede il controllo della pubblicità da parte dell'Autorità ai sensi del D. Lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo), ed inoltre determina il rischio che esso possa essere utilizzato dagli stessi Ordini per limitare l'utilizzo della fondamentale leva concorrenziale della pubblicità da parte dei professionisti[57].

Al fine di dare piena attuazione alla normativa sulla concorrenza, secondo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana è opportuno che non vi sia alcuna verifica, né *ex ante* né *ex post*, da parte degli Ordini sui messaggi pubblicitari veicolati dai professionisti, posto che l'AGCM è competente ad esercitare il controllo sulla correttezza, veridicità e non ingannevolezza dei messaggi pubblicitari diffusi da qualsiasi soggetto nell'ambito dello svolgimento della sua attività economica, e quindi anche dai soggetti che svolgono attività libere professionali e intellettuali[58]. Come, però, è stato affermato nei paragrafi precedenti, è vero che i professionisti legali sono da assimilare alle imprese, ma è altrettanto vero che il controllo sulla pubblicità di una società che commercia prodotti non può essere il medesimo di quello richiesto per la pubblicità di uno studio legale o notarile. Proprio per questo gli ordini e, più in generale le associazioni tra professionisti legali, non possono essere privati completamente della funzione di verificare il decoro e la correttezza dei loro iscritti, ma è necessario che essi interpretino le norme deontologiche in una logica concorrenziale e transnazionale.

5. Considerazioni conclusive

L'analisi svolta ha mirato a delineare l'evoluzione della disciplina della professione forense e della professione notarile nel mercato unico europeo.

Come dimostrato, il diritto di circolazione tra gli Stati membri è oggi divenuto per l'avvocato una concreta realtà: grazie alle pronunce della Corte di giustizia e agli

[57] Con la sentenza n. 1164/2016, il Consiglio di Stato di Stato italiano ha confermato la sanzione imposta dall'Antitrust al CNF, per aver dato vita ad un'intesa restrittiva della concorrenza e riconoscendola legittimità del sistema «Amica Card». Si tratta di una nuova modalità di pubblicità dell'attività professionale, il cui scopo è quello di mettere a disposizione dell'avvocato, in cambio di un corrispettivo, un spazio *on line* nel quale l'avvocato può presentare la propria attività professionale proponendo uno sconto al cliente che decide di avvalersi dei suoi servizi.

[58] F. Ghezzi-G. Olivieri, *Diritto antitrust,* Torino 2013, pp. 330 e ss.

atti di diritto derivato delle Istituzioni, al professionista forense sono riconosciute le due libertà fondamentali di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché la possibilità di giovarsi del sistema del mutuo riconoscimento delle qualifiche.

Per i notai, invece, sussistono ancora numerose limitazioni, come da ultimo evidenziato dalla Corte nel caso *Piringer*. I Giudici di Lussemburgo riconoscono le peculiarità della figura notarile rispetto alla professione forense, mostrando essenzialmente come queste rimangano due attività non equiparabili, sebbene entrambe forniscano servizi giuridici[59]. Il rigido sistema di accesso alla professione notarile, gli oneri previsti in tema di assistenza alla sede, di vincolo territoriale, di obbligo di assistenza ai clienti, conducono la stessa Corte di giustizia ad attribuire a questa professione dei connotati distintivi che giustificano eventuali deroghe da parte degli Stati membri.

Ciononostante, la Corte nelle sue pronunce si è concentrata esclusivamente sulla funzione dell'attività notarile in casi specifici e in sistemi giuridici circoscritti. Non vi è alcun riferimento, invece, alle garanzie minime che i liberi prestatori di servizi legali devono offrire negli ordinamenti in cui operano nell'ambito del diritto successorio, delle trascrizioni e annotazioni immobiliari e del diritto societario. Pertanto, senza una definizione nel diritto derivato dell'Unione dei requisiti e dei sistemi di controllo dell'esercizio delle professioni legali nel mercato interno, non si potrà avere una piena e completa attuazione dell'articolo 56 TFUE.

Il punto più critico, però, è certamente rappresentato dalla concorrenza delle professioni legali nel mercato interno.

Gli Stati membri sono soliti giustificare i limiti alla libera concorrenza sulla base dell'interesse pubblico tutelato. Anzitutto l'esercizio delle attività professionali incide su beni e valori primari, alcuni dei quali di rango costituzionale, quali la certezza del diritto, la corretta amministrazione della giustizia, la tutela del diritto di proprietà[60].

[59] Corte di giustizia, *Piringer,* cit., punto 66.
[60] B. Nascimbene-E. Bergamini, cit.*,* 235 ss.

In secondo luogo, tra gli aspetti che vengono tradizionalmente evocati per tracciare i tratti di peculiarità della prestazione intellettuale vi è il problema delle asimmetrie informative. Nel caso delle professioni liberali la questione assume contorni particolarmente significativi, essenzialmente in ragione della natura altamente tecnica dei servizi. Il consumatore, in sostanza, non risulta in condizione di giudicare adeguatamente la qualità dei servizi a lui offerti, quando li esamina prima della decisione di procedere o meno al conferimento dell'incarico al prestatore, ma solamente dopo averne fruito[61].

Proprio per questo il controllo dell'accesso alla professione, attraverso gli esami di Stato, viene ritenuto uno strumento idoneo ad assicurare un elevato livello iniziale di conoscenza e competenza tecnico-professionale del prestatore d'opera. Anche le regole di condotta, siano esse di fonte autoregolamentare o di emanazione statale usano trovare il proprio riconoscimento in tale peculiare caratteristica delle prestazioni[62].

Bisogna, però, considerare che nel diritto dell'Unione europea le regole sulle libertà fondamentali operano parallelamente alle regole sulla concorrenza. Alcuni autori temono che la disciplina della concorrenza possa prevalere sulla tutela delle libertà fondamentali andando così a stemperare le peculiarità delle professioni legali[63].

Appare chiaro che per individuare una soluzione alla questione, non si possa prescindere dall'assimilazione delle professioni intellettuali all'attività imprenditoriale, non solo sul piano della evidenza empirica, ma su quello dei principi giurisprudenziali e delle norme sopra esaminati. I professionisti sono dunque imprese, ma particolari, per le quali le esigenze del libero mercato devono essere contemperate con quelle della salvaguardia di elevati livelli morali ed etici.

---

[61] E. Bergamini, cit.,157 ss.

[62] *Ibidem.*

[63] Cfr., *ex multis,* M. Gnes, *Le professioni intellettuali tra tutela nazionale e concorrenza, in Giornale di diritto amministrativo,* 2002, pp. 611 e ss.; A. Berlinguer, *La* vexata questio *delle tariffe professionali forensi,* in *Mercato concorrenza regole,* 2011, pp. 65 e ss.

In ragione dell'eterogeneità delle professioni liberali, della limitata armonizzazione della materia e delle specificità dei mercati nei quali i professionisti operano, non è possibile individuare una soluzione applicabile in generale. Occorre piuttosto valutare in ogni fattispecie se una certa restrizione di comportamento conduca ad una restrizione della concorrenza sul mercato interessato e se le norme di concorrenza possano essere interpretate in modo da tenere conto della necessità di salvaguardare elevati livelli di qualità dei servizi professionali.

Abstract
This Article focuses on the harmonization process of the legal professions, particularly of lawyers and notaries, within the EU internal market and its developments through two different perspectives: on the one hand, it looks at the impact of the freedom of establishment and the free movement of services on the lawyers and notaries' competencies and on their access to the market; on the other hand, it analyses the implications of the EU competition law on the legal professions.

Key words
Internal market – legal services – lawyers – notary – free movement of professionals - competition

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Sezione monografica:

LE INTERCETTAZIONI: PROBLEMI ANTICHI E SFIDE NUOVE

I Sessione: ***Le direttive del d.d.l. n. 4368***

Introduzione di Giulio Illuminati

già Professore ordinario di procedura penale, Università di Bologna

Non farò una vera e propria relazione introduttiva, perché non voglio togliere spazio ai relatori della mattinata e i tempi sono molto stretti. Solo qualche spunto di riflessione.

In occasione di questo incontro, sono andato a riguardare un *dossier* sulle intercettazioni, che peraltro io stesso avevo curato, pubblicato su *Diritto penale e processo* del 1997, dal titolo "*Intercettazioni da riformare*". Il richiamo in copertina riportava: "*È ormai improrogabile la riforma delle intercettazioni*". Guarda caso, era il 1997: sono giusto vent'anni che si discute dell'urgenza di riformare le intercettazioni, ma - fino all'attuale delega - senza risultato.

Ciò indubbiamente dipende dal fatto che il tema delle intercettazioni è un tema da sempre controverso, che suscita divergenze e polemiche per molti motivi, non tutti nobili, e sul quale non è facile trovare un punto di incontro. Tuttavia la disciplina delle intercettazioni contenuta nel testo originario del codice non era in fondo una cattiva legge: il fatto è che sono cambiati i tempi, sono cambiate le condizioni e soprattutto - penso sia questo il *focus* del convegno - sono molto cambiate le tecnologie: esistono oggi strumenti tecnici che non erano nemmeno immaginabili nel 1988-1989, all'epoca dell'entrata in vigore del codice. Aggiungerei, e questo non è insignificante, che già la disciplina codicistica in realtà non faceva altro che riprendere, con qualche aggiustamento, la riforma del 1974 (come trasfusa nel progetto preliminare del 1978) introdotta all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973, intervenuta sulla scarna previsione del codice allora vigente che si limitava a conferire all'autorità giudiziaria il potere di autorizzare le intercettazioni, senza alcuna ulteriore garanzia specifica. La

sentenza, per la verità, era una sentenza interpretativa di rigetto, ma imponeva comunque una svolta perché conteneva una serie di importanti indicazioni, fra l'altro, sulla esclusione delle comunicazioni irrilevanti e sulla tutela dei terzi estranei al processo, nonché sull'inutilizzabilità delle intercettazioni illegittime: indicazioni recepite nella legge del 1974.

La normativa attualmente in vigore, dunque, sconta la distanza nel tempo. Il codice, pure se a me sembra ieri, ha quasi trent'anni ed è ormai invecchiato; è invecchiato anche abbastanza male, possiamo dire, e forse non ha mai avuto una vita serena e non travagliata, ma sulla parte delle intercettazioni è rimasto sicuramente molto indietro senza particolari colpe. Tecnicamente, non è più al passo coi tempi: basti dire che si menzionano tuttora, lo porto sempre come esempio ai miei studenti che forse non ne hanno mai visto uno, i "nastri" registrati e le registrazioni su nastro. Naturalmente questo in sé non è un problema, è solo folclore, perché basta una semplice interpretazione adeguatrice per aggiornare la normativa al tipo di supporto sul quale è possibile registrare le intercettazioni; ma come vedremo ci sono ben altri problemi che sono rimasti aperti e talvolta insoluti.

Negli anni successivi, in effetti, sono stati prospettati numerosi progetti di riforma, che non sono andati in porto. Il fatto è che spesso si trattava di progetti di riforma che, per così dire, confondevano la causa con l'effetto: nel senso cioè che di fronte allo scandalo - perché di scandalo dobbiamo parlare - della divulgazione e della pubblicazione senza limiti di qualunque comunicazione intercettata, pertinente o non pertinente, lecita o illecita, e soprattutto di fronte alle strumentalizzazioni ad altri fini delle informazioni raccolte, si tendeva a spostare l'attenzione sui presupposti delle intercettazioni, allo scopo di ridurne drasticamente l'impiego a prescindere dalla loro utilità.

Ricorderanno qui tutti i presenti la polemica sui gravi indizi di reato ovvero di colpevolezza: prevedere come presupposto dell'autorizzazione gravi indizi di colpevolezza a carico della persona da sottoporre ad intercettazione avrebbe in pratica significato rendere l'intercettazione uno strumento il più delle volte inutile (e

non è escluso che alcuni dei proponenti della modifica in tal senso avessero precisamente questo obiettivo, almeno per certi tipi di reati da colletti bianchi). Polemiche infinite anche sul numero totale delle intercettazioni autorizzate, sebbene in realtà il numero non sia così alto come si può immaginare, soprattutto se comparato con le prassi degli altri paesi democratici.

Certo, è forse vero che le intercettazioni vengono disposte troppo facilmente e durano troppo a lungo: infatti costituiscono uno strumento comodo, il cui impiego risparmia la necessità di una faticosa ricerca investigativa degli elementi che possano giustificare la formulazione di un'accusa. Si getta la rete, si raccolgono dichiarazioni più o meno pertinenti, il cui significato viene interpretato nel quadro dell'indagine in corso e si costruisce il processo sulla base dell'interpretazione delle dichiarazioni intercettate. Ma poi spesso accade - e ciò dovrebbe farci riflettere, anche se il tema non può essere nemmeno sfiorato in questa sede - che l'indagine o il giudizio si risolvano in un nulla di fatto, proprio perché le intercettazioni non sono uno strumento idoneo, di per sé, a provare l'accusa, a meno che non contengano, cosa piuttosto infrequente, dichiarazioni chiaramente autoincriminanti da parte dell'imputato.

Ma il vero difetto dei progetti di riforma, come accennavo, è sempre stato quello di scambiare, più o meno deliberatamente, il problema della divulgazione dei risultati con quello dei presupposti delle intercettazioni. E' vero che anche sui presupposti - e sulle modalità - la legge si può migliorare, ma il problema principale, a mio avviso, è rappresentato dalla tutela assolutamente insufficiente della riservatezza, sia dei terzi estranei, sia dello stesso imputato almeno per le notizie non rilevanti.

Dopo numerosi tentativi abortiti anche per il disaccordo sull'opportunità di ridurre il numero delle intercettazioni restringendone i presupposti (certo, banalmente, se si ricorre meno alle intercettazioni il rischio della divulgazione di notizie riservate viene limitato a monte), erano stati fatti dei passi avanti forse eccessivi, con l'intenzione di tutelare drasticamente il segreto, anche in contrasto col

diritto dei cittadini ad essere informati sulle vicende giudiziarie. Tutti ricorderanno la famigerata "legge bavaglio", il disegno di legge Mastella del 2007 nella XV legislatura - che pure presentava degli aspetti positivi, come dirò fra un attimo - poi decaduto per lo scioglimento delle camere, contro il quale c'era stata una forte levata di scudi da parte della stampa perché in sostanza prevedeva che il segreto fosse mantenuto per tutta la durata delle indagini, suscitando critiche molto violente dai giornalisti e da una parte dell'opinione pubblica.

Tuttavia in quel disegno di legge c'erano anche scelte interessanti, fra cui una che risaliva, per la verità, ai lavori della commissione Conso istituita nel 1990 per la revisione delle norme del codice appena entrato in vigore, ma rimasta lettera morta, come spesso accade con le conclusioni presentate dalle commissioni ministeriali. Intendo riferirmi alla istituzione dell'archivio riservato in cui collocare tutti i risultati delle intercettazioni, sotto la responsabilità di un funzionario amministrativo, e con accessi rigorosamente controllati e documentati volta per volta, per evitare, come avviene nella prassi odierna, che tutte le intercettazioni siano depositate a disposizione della difesa - momento in cui, non occorre ricordarlo, cade il segreto investigativo - e divengano di dominio pubblico. Secondo le suddette regole sarebbero invece soggette a deposito solo le intercettazioni effettivamente rilevanti (come del resto risulterebbe già dal sistema vigente, ma si sa, le prassi prevalgono), dopo essere state selezionate in prima battuta dal pubblico ministero e dalla difesa e successivamente filtrate dal giudice: tutte le altre, pur rimanendo accessibili ai difensori, dovrebbero restare segrete.

Questa sembrerebbe essere una soluzione accettabile, che infatti viene sostanzialmente ripetuta nell'attuale delega, perché il vero problema è che oggi i risultati delle intercettazioni escono perché non c'è un efficace controllo su chi abbia effettivamente avuto accesso alla documentazione e quindi, va detto, su chi passa le notizie alla stampa, spesso anche dall'interno dell'ufficio. Perché, come mi è stato confermato dai pubblici ministeri a cui l'ho chiesto, se il pubblico ministero ordina espressamente che la notizia non deve uscire, la notizia difficilmente esce: dunque, anche a non voler pensare a scelte deliberate o addirittura a strumentalizzazioni, c'è

molto spesso disattenzione da parte degli organi inquirenti. Lavorare su questo punto mi sembra dunque importante e consentirebbe di affrontare razionalmente uno dei principali punti critici.

Dicevo all'inizio del ritardo della disciplina del codice rispetto all'evoluzione tecnologica: vi accennerò molto rapidamente.

Per esempio, il codice non menzionava affatto le riprese visive: sono dovute intervenire la Corte costituzionale e le Sezioni unite, anche ripetutamente; ricordo solo la distinzione, non del tutto nitida in pratica, fra comportamenti comunicativi e non comunicativi (peraltro determinata dalla lacuna normativa, considerando il principio di tassatività) e il problema della tutela della riservatezza in luoghi diversi dalla privata dimora, su cui c'è una casistica giurisprudenziale piuttosto ampia. A quel tempo era già una novità la sola idea di disciplinare l'intercettazione di comunicazioni fra persone presenti: del tema ci dovremo senz'altro occupare specificamente perché è alla base anche della discussione sul virus *trojan*. Del quale non parlo, perché oggi se ne tratterà diffusamente, ma certo si tratta di una tecnica di indagine impensabile a suo tempo.

Non si potevano nemmeno prevedere le perquisizioni informatiche. Tra l'altro, oggi il problema principale non riguarda più nemmeno la perquisizione e il sequestro (o meglio la copia) dei dati del computer, operazioni che comunque sono state disciplinate dalla legge del 2008, e che tutto sommato sono avvicinabili al sequestro di un documento, salva la questione, ancora controversa, dell'interesse ad impugnare il provvedimento[1]. Una prospettiva sensibilmente diversa è infatti aperta a mio avviso dal sequestro dello *smartphone*, solo apparentemente analogo, dato che nello *smartphone* non ci sono solo documenti informatici ma c'è di tutto: si può dire

[1] Nelle more della pubblicazione, le Sezioni unite si sono pronunciate sul quesito «se sia inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti». Il ricorso è stato ritenuto ammissibile, «sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati» (Cass., sez. un., 20 luglio 2017, Andreucci, *CED Cass.,* 270497).

che c'è tutta la vita di una persona. Se si sequestra un dispositivo del genere occorre chiedersi se è possibile acquisirne tutto il contenuto, oppure è necessario che l'acquisizione sia selettiva, con le ovvie conseguenze in tema di utilizzabilità.

Sono tanti i problemi non visti perché non si potevano vedere. Ad esempio la questione risolta anni fa dalle Sezioni unite sulla cosiddetta "remotizzazione": secondo la legge le intercettazioni devono eseguirsi esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica, ma in realtà nei locali della procura c'è il *server* e l'intercettazione si svolge effettivamente "in remoto" negli uffici della polizia giudiziaria, dove si ascolta, si verbalizza e si registra. E' chiaro che nell'era della comunicazione via *internet* questo appare scontato - non è pensabile che si usino ancora le derivazioni via cavo - ma sorgono altri problemi, per esempio quello di assicurare la corrispondenza tra il dato registrato e quello effettivamente trasmesso alla procura della Repubblica.

Lo stesso vale anche per questioni più banali, come l'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche, i cosiddetti tabulati: la legge non se ne occupava affatto, ed è dovuta intervenire la Corte costituzionale per fissare delle garanzie minime. L'instradamento, per le intercettazioni all'estero: adesso è possibile intercettare chiunque, anche al di fuori dei confini nazionali. Ma qual è il criterio da adottare, chi ha il potere di emettere il provvedimento? L'autorità giudiziaria che ha competenza sul nodo informatico attraverso il quale si possono acquisire le intercettazioni in tutti i paesi collegati, o l'autorità del luogo in cui si svolge l'intercettazione, o l'autorità del luogo in cui si trova la persona da sottoporre ad intercettazione? La localizzazione mediante *GPS*: la legge non detta nessuna regola, ed oggi è uno strumento usato abitualmente. La Corte di cassazione ne riconosce la legittimità e può darsi che abbia ragione; ma non sarebbe male che ci fosse una specifica disciplina.

Insomma, come possiamo vedere, il tema delle intercettazioni - e non intendo esaminare la riforma, ma mi limito a mettere sul tavolo alcuni problemi - è sempre da maneggiare con estrema attenzione. Su questo tema si incrociano

interessi molteplici e spesso contrastanti tra loro: l'ovvio interesse ad un efficace svolgimento delle indagini; il diritto inviolabile alla segretezza delle comunicazioni; la tutela della riservatezza, che com'è noto è cosa diversa dal segreto; il diritto di difesa, perché è chiaro che affinché il difensore possa svolgere consapevolmente il suo mandato deve avere accesso alle comunicazioni intercettate, anche per verificarne la rilevanza; e, ancora, il diritto dei cittadini alla conoscenza delle indagini, dato che il processo in linea di principio è pubblico, e questa è una conquista degli ordinamenti moderni: anche la Corte europea ha chiaramente affermato che se c'è un interesse pubblico rilevante, la libertà di stampa e il diritto dei cittadini ad essere informati debbono avere la prevalenza.

Concludo col dire che non sono entusiasta di questa riforma, anche perché appare incompleta e ancora non sappiamo dove porterà e se sarà in grado di colmare tutte le lacune, visto che dobbiamo attendere i decreti delegati. È vero che nella delega ci sono alcune norme molto dettagliate, per esempio sul *trojan* c'è praticamente un minicodice. Vorrei però sottolineare una cosa ovvia: al di là delle "sfide nuove" portate dal progresso tecnologico, sono convinto che se si rispettasse effettivamente la legge vigente, per quanto antiquata, molti problemi con i quali ci dobbiamo confrontare risulterebbero superati.

Faccio solo qualche esempio: non si può intercettare alla ricerca di una notizia di reato, ma soltanto in quanto la notizia di reato preesista, e questo nella legge c'è scritto; si deve mettere sotto controllo una persona determinata, non basta una generica ipotesi di associazione per delinquere o associazione mafiosa per fare ricorso all'intercettazione; ci deve essere un collegamento della persona con le indagini in corso (questo chiude anche la polemica sull'alternativa fra indizi di colpevolezza e indizi di reato), e alla fine se ne è accorta anche la Cassazione: in altre parole l'intercettazione non può essere disposta nei confronti di chiunque purché ci siano gravi indizi di un qualunque reato fra quelli elencati, ma è necessario che la persona da intercettare abbia a che fare con l'oggetto dell'indagine, come risulta dalla legge, secondo cui, appunto, le intercettazioni debbono essere assolutamente necessarie per la prosecuzione delle indagini, e ciò deve emergere dalla motivazione

del provvedimento. E soprattutto - quello che per me è il vero punto dolente - va rispettato rigorosamente il segreto sulle intercettazioni irrilevanti: come ho già avuto modo di accennare, anche in questo caso ciò sarebbe possibile semplicemente applicando la legge come è scritta, rendendo cioè effettiva l'udienza di stralcio, oggi, lo sappiamo, praticamente inutile a questi fini.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Teresa Bene

Professore ordinario di Diritto processuale penale,

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Diritti e interessi coinvolti nella riforma delle intercettazioni*

SOMMARIO: 1. Le modalità di impiego e di utilizzazione delle intercettazioni. - 2. Alcuni rilievi critici. - 3. La professionalità del pubblico ministero. - 4. Gli ostacoli alla violazione del segreto: l'archivio segreto. 5. Un controllo efficace attraverso il cd brogliaccio d'ascolto? - 6. La scansione procedimentale e il controllo giurisdizionale. - 7. Il buon senso è un criterio giuridico indeterminato. - 8. L'esito dell'udienza stralcio e la distruzione delle conversazioni intercettate. - 9. La semplificazione dell'impiego delle intercettazioni nei reati contro la pubblica amministrazione.

1. Le modalità di impiego e di utilizzazione delle intercettazioni

In tema di intercettazioni, l'avverbio troppo è, senza dubbi, abusato. Più volte è stato sottolineato che sono troppe le intercettazioni, troppe le notizie pubblicabili, troppe le notizie illegalmente pubblicate [1]. Ma vi è anche una constatazione obiettiva, sono troppo fragili le barriere poste a protezione del pericolo di un ingiustificato sacrificio del diritto alla riservatezza dei terzi e dello stesso indagato. In ogni caso resta fondato il timore che tra le cause dei mali denunciati vi siano prassi applicative almeno indifferenti a rilievi deontologici, alla sorte delle posizioni individuali trascinate senza necessità nell'alveo delle indagini e del processo[2] e travolte dal capitalismo mediatico.

Il tema è solitamente affrontato partendo da due diverse premesse. La prima è legata alla scelta operata dal legislatore nel 1989 di pubblicare gli atti quando non vi è più un'esigenza investigativa interna. Più volte è stato sottolineato [3] che quella scelta non ha funzionato eppure si è detto che il sistema realizzava un buon

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

[1] Per tutti G. Conso, *Intercettazioni telefoniche, troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 138.

[2] La complessità è già stata sottolineata da G. Melillo*, Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3482

[3] F. Caprioli, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti: atti del Convegno*, Milano, 5-7 ottobre 2007, Milano, 2009, p. 133 e ss.

equilibrio [4]. Non vi è dubbio che in tema di intercettazioni vi siano problemi culturali che condizionano le prassi applicative, ma vi sono profili tecnici intimamente legati alla peculiarità delle intercettazioni [5].

La seconda premessa è legata agli insegnamenti della Corte costituzionale, che con giurisprudenza costante [6], chiarisce che l'informazione può subire restrizioni solo a garanzia di beni contrastanti di pari livello costituzionale. In particolare, l'informazione sul processo penale perché svolge una funzione di controllo democratico, consentendo il controllo reciproco tra magistratura e informazione. D'altra parte, la Cedu afferma che intanto si può restringere l'informazione in quanto ricorra una imperiosa necessità democratica [7].

Il legislatore è intervenuto, delegando, con la legge 23 giugno 2017, n. 103, il Governo all'adozione di decreti legislativi per la riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, secondo quanto previsto *ex* art. 1, comma 82. Il successivo comma 83 stabilisce che i decreti legislativi devono essere adottati nel termine di tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge per la materia delle intercettazioni e nel termine di un anno per le altre previsioni. Il comma 84 prevede princìpi e criteri per la riforma della disciplina delle intercettazioni.

La legge delega riguarda la regolamentazione dell'utilizzazione nel

---

[4] V. Grevi, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti: atti del Convegno*, cit., p. 23 e ss.

[5] Si vuol dire che alla caduta del segreto, cade il segreto anche rispetto a tutto quel materiale di riporto che nulla ha a che vedere col processo e quindi cade anche il segreto sulle notizie irrilevanti, estranee al *thema decidendum*. Da qui la legittima divulgazione di parti delle intercettazioni che riguardano terzi ma anche l'indagato, di notizie terze rispetto al procedimento che vengono divulgate. E' legittima perché la tutela penale della privacy dei soggetti intercettati oggi dipende da una disciplina processuale che rende gli atti segreti o non segreti, pubblicabili o non pubblicabili, pubblicabili integralmente o solo nel contenuto, per ragioni che non hanno nulla a che vedere con la protezione della riservatezza dei soggetti coinvolti nell'indagine penale, ma per ragioni di tutela degli esiti dell'investigazione e di tutela della verginità cognitiva del giudice del dibattimento**.** Su questi profili, cfr**.** Si veda F. Caprioli, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, relazione al Convegno dell' Unitelma del 17 giugno 2016.

[6] Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost*., 1956, p. 1; Corte cost., 13 luglio 1970, n. 129, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 16 luglio 1973, n. 131, in *Giur. cost*., 1973, p. 1354 ss; Corte cost. 21 marzo1974, n. 86, in *Giur. cost*., 1974, I, p. 677

[7] Corte edu, 25 giugno 1992, *Thorgeirson c. Islanda*; Corte edu, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia* ; Corte edu, 22 marzo 2016, *Pinto Coelho c. Portogallo*; Corte edu, 16 marzo 2017, *Olafsson c. Islanda*

procedimento penale delle captazioni e le regole per la divulgazione del materiale registrato. In particolare, il legislatore ha delegato il Governo a riformare le modalità di impiego e di utilizzazione delle intercettazioni, prevedendo prescrizioni che incidano *anche* sull'impiego delle stesse nel corso del procedimento cautelare e che «diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio delle parti».

Nella seconda parte la delega prevede princìpi e criteri che dovranno ispirare la successiva normativa delegata relativa alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili [8].

La nuova disciplina tendenzialmente intende assicurare un più ampio margine di tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni, telefoniche e telematiche, con speciale riguardo delle persone occasionalmente coinvolte nel processo penale e delle comunicazioni che comunque non sono rilevanti ai fini di giustizia penale. Le previsioni della legge di riforma tendono ad assicurare una maggiore tutela della riservatezza anche dei colloqui tra il difensore ed il suo assistito al fine di riconoscere un livello più elevato di salvaguardia del diritto di difesa.

Tuttavia, nel perseguire questi obiettivi devono essere «*fatte salve le esigenze di indagine*». Il legislatore ha così chiarito che le nuove norme non potranno determinare un depotenziamento dell'impiego nelle indagini del mezzo di ricerca della prova. Tant'è che, all'art. 1, comma 84, lett. d), è stabilito che le nuove norme dovranno «prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», criterio che inevitabilmente comporterà la possibilità di prevedere un ampliamento dei presupposti per il ricorso alle intercettazioni per tali reati.

[8] La seconda parte della legge ha ad oggetto anche la regolamentazione dei presupposti che consentono di ricorrere nel procedimento penale all'impiego del nuovo mezzo tecnologico.

Richiamato il fondamento costituzionale della nuova disciplina nell'art. 15 Cost. e negli artt. 8 e 10 Cedu, come interpretati dalla Corte EDU, all'art. 1, comma 84, lett. c), è previsto che le nuove prescrizioni dovranno «tenere conto delle decisioni e dei princìpi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione». Non può prescindersi, dunque, dal conflitto con altri diritti.

Il diritto alla riservatezza è collocato nell'ambito dei principi costituzionali, come espressione di libertà dell'individuo, ed il legislatore ne appare consapevole. Un diritto soggettivo assoluto che trova il suo presupposto nell'art. 2 Cost.

Sebbene vi siano approdi più equivoci della Corte costituzionale, talvolta si trascura che la prima affermazione del rango costituzionale del diritto proviene proprio da una decisione della Corte costituzionale [9] che, investita di una questione di legittimità concernente la legge sul diritto di autore, ha collocato il diritto alla riservatezza tra i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti dall'art. 2 Cost., in quanto in tale norma sono ricompresi gli artt. 12 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e art. 8 della Cedu [10].

In realtà, una definizione di riservatezza di estrema efficacia è stata offerta anche dalla Corte costituzionale tedesca, secondo cui essa è la libertà dell'individuo di determinare in perfetta autonomia le modalità di costruzione della propria sfera privata, comprese le singole informazioni che andranno a comporla [11].

Tuttavia, la ricerca della definizione di riservatezza non può trascurare, seppur solo per cenni poiché in parte è profilo eccentrico rispetto al tema principale, l'incidenza sul valore del diritto alla riservatezza delle nuove tecnologie, tant'è che

[9] Si veda Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, p. 354

[10] A. Gaito – S. Furfaro, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività, in Arch. pen.,* 2016, 2, p. 309 e ss.. Una sensibilità che la Corte costituzionale ha sottolineato, cfr. Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Foro it.*, 2010, 6, 1, p. 1737, pronuncia in cui la Corte chiede al legislatore "diversi e migliori equilibri" tra i valori costituzionali implicati perché si assiste ad un "dilagante e preoccupante fenomeno di violazione della riservatezza, che deriva dalla incontrollata diffusione mediatica di dati e informazioni personali, sia provenienti da attività di raccolta e intercettazioni legalmente autorizzate, sia effettuate al di fuori dell'esercizio di ogni legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse, che comunque non giustificano l'intrusione nella vita privata delle persone.

[11] Volkszählungsurteil, Bundesverfassungsgericht 15-12-1983, 1 BvR 209/83 DBR n. 43 del 1983) .

nel diritto deve essere compreso anche l'interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori provocati da una reiterata pubblicazione di una notizia, in passato legittimamente divulgata [12].

2. Alcuni rilievi critici

In un'ottica di prospettiva può anticiparsi una valutazione sulla effettività delle nuove condizioni di tutela della riservatezza. Il sospetto è che esse mancheranno l'obiettivo per le medesime ragioni che hanno reso possibili le prassi applicative che si vuole evitare si rinnovino, poiché quella funzione di protezione resta affidata prevalentemente alla diligenza dei magistrati del pubblico ministero nella fase delle indagini.

L'osservazione critica possibile attraversa tutti gli spazi logico-giuridici nei quali trova realizzazione la garanzia giurisdizionale imposta dall'art. 15 comma 2 Cost. Resta da chiedersi se il carico di nuove responsabilità derivante per il pubblico ministero dalle modifiche normative non sia il riflesso del medesimo ruolo di garanzia e di obiettività nell'applicazione della legge, che ne connota lo statuto normativo e che già oggi potrebbe consigliare all'organo titolare della funzione di direzione delle indagini opportune modalità di esercizio delle relative potestà.

Si insinua così un senso di disagio, purtroppo destinato ad aumentare [13] se si pensa agli episodi di chiusura corporativa, talvolta all'autodichia del Csm. Temi che hanno caratterizzato un intervento di Luigi Ferrajoli sull'autoreferenzialità che tenta di coniugarsi col populismo giudiziario e che rendono molto attuali le massime deontologiche espresse nel 2013 [14].

Appare inevitabile la conseguenza: il bilanciamento degli interessi in gioco

[12] Cfr. A. Marandola, *La tutela dell'identità personale (informatica), anche del soggetto coinvolto in un processo penale*, in *Proc. pen. giustizia*, 2017, 3, p. 8 e ss.

[13] Per dirlo con le parole di Montesquieu, « *puissance de juger, si terrible parmi les hommes* ».

[14] L. Ferrajoli, *Nove massime di deontologia giudiziaria, XIX Congresso di Magistratura Democratica Roma*, 31.1-3.2.2013, più che mai attuale come le massime deontologiche a cui faceva riferimento: il costume del dubbio- la prudenza del giudizio-la disponibilità all'ascolto di tutte le diverse ragioni, il rispetto dovuto a tutte le parti in causa.

resterà in larga misura affidato alla sensibilità degli organi di informazione [15] e alla loro capacità di munirsi di codici di comportamento adeguati e vincolanti, tali da creare un limite allo *sfrenato capitalismo mediatico*.

Non a caso, il legislatore stabilisce che il Governo, nell'adottare il decreto legislativo di riforma delle intercettazioni deve «*tenere conto delle decisioni e dei princìpi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione*».

Come è noto, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea in tema di libertà di espressione, invero, ha riguardato in modo particolare l'attività dei giornalisti [16].

Alla luce dei doveri e delle responsabilità previsti dall'art. 10 Cedu, il giornalista deve agire in buona fede, fornendo informazioni corrette e degne di credito, nel rispetto dell'etica giornalistica[17]. Consapevole che la propria condotta possa incidere su altre libertà umane, deve operare con grande prudenza, valutando adeguatamente il rischio di pregiudicare la reputazione delle persone citate per nome o, più in generale, di nuocere ai diritti altrui [18].

Su questi temi è interessante la Direttiva 2016/343/UE in tema di presunzione di non colpevolezza. Essa prescrive agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire le notizie ai mass media, le dichiarazioni rilasciate dalle pubbliche autorità e le decisioni giudiziarie, diverse da quelle sulla colpevolezza, non presentino l'indagato o l'imputato come colpevole, fino a che la sua responsabilità non sia stata legalmente accertata. Inevitabili gli

[15] W. Faulkner, *Privacy*, Adelphi, 2003 «*l'individuo non è protetto dal giornalismo, come suppongo lo chiamino*».

[16] Corte edu, 24 febbraio 2015, *Haldimann e altri c. Svizzera*; Corte edu, 22 novembre 2016, *Grebneva e Alisimchik c. Russia;* Corte edu, 16 marzo 2017, *Olafsson c. Islanda*

[17] La Corte ha sottolineato che, benché la stampa giochi un ruolo essenziale in una società democratica, e abbia il dovere di comunicare informazioni e idee su qualsiasi questione di interesse pubblico, i giornalisti sono comunque soggetti a obblighi e responsabilità. La tutela accordata ai giornalisti dall'articolo 10 della Convenzione è infatti subordinata alla condizione che essi agiscano in buona fede, per fornire informazioni accurate e affidabili, in conformità ai principi del giornalismo responsabile, che rinvia principalmente al contenuto raccolto e/o divulgato mediante mezzi giornalistici, Corte edu, 24 gennaio 2017, *Travaglio c. Italia*; Corte edu, 24 settembre 13, *Belpietro c. Italia*.

[18] Corte edu, 3 dicembre 2015, *Prompt c. Francia*.

effetti dell'attuazione del testo sovranazionale. Auspicabilmente, essa implicherà un ripensamento della prassi ormai frequente di tenere da parte dell'autorità, anche di polizia, delle conferenze stampa non appena conclusa l'operazione che ha assicurato i soggetti coinvolti nel blitz o quelle tenute dai Procuratori della Repubblica, non sempre rispettose di quanto preteso dall'art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, in tema di regolamentazione dei rapporti tra Ufficio del Pubblico Ministero ed organi di stampa. Peraltro, la Corte edu nel 1995 affermò che, sebbene l'esigenza di informare la collettività sulle vicende giudiziarie costituisca una prerogativa delle moderne società democratiche, rientrando nella libertà di espressione di cui all'art. 10 Cedu., ciò non esclude tuttavia che l'attività dei mezzi di informazione debba essere svolta "*con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dal rispetto della presunzione di innocenza*" [19].

3. La professionalità del pubblico ministero

Il nuovo sistema appare costruito sulla fiducia che il legislatore ripone nella professionalità del pubblico ministero, la cui discrezionalità appare guidata verso una scelta quantitativa del materiale intercettativo e auspicabilmente anche qualitativa. L'idea, accolta dal legislatore, è già espressa nelle circolari delle procure [20].

Si riconosce al magistrato la capacità, in presenza di una contestazione non chiara e precisa, di eliminare dal materiale allegato alla richiesta cautelare le captazioni irrilevanti rispetto ai fatti da provare, quelle vietate e quelle contenenti dati sensibili. Si trascura l'insidia possibile in tutti i casi in cui le captazioni sono utilizzate per la dimostrazione di un "contesto ambientale" in cui maturano i fatti da provare o di una "rete di relazioni" che agevola il compimento del reato ipotizzato.

Se la selezione implica approfondimenti più puntuali, perché vengono in rilievo concetti e nozioni di difficile determinazione di cui si prospetta la possibile utilità e rilevanza, è anche evidente la potenziale capacità lesiva della riservatezza,

[19] Corte edu, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*; di recente Corte edu, 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*, in *Cass. pen*., 2008, p. 813, con commento di L. Filippi, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa "*watchdog*" della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione di innocenza e privacy"*.

[20] Ed in perfetta sintonia anche con la delibera del CSM del 29 luglio 2016.

soprattutto, dei soggetti non indagati. Il *modus procedendi* è diffuso nei procedimenti per reati associativi e quando occorre delineare la personalità e la pericolosità dell'indagato. L'esame delle prassi fa crescere un senso di inquietudine nei casi in cui emerge che non è sempre indispensabile riportare intercettazioni che riguardano terzi non indagati per illustrare un contesto criminale; che andrebbero indicate le ragioni della indispensabilità e che, in nessun caso, se non raramente, sono riservate forme di tutela nei confronti dei terzi.

D'altro canto, si trascura il rilievo legato allo *status* del soggetto interessato, nulla si dice, infatti, delle notizie processualmente irrilevanti ma di sicuro interesse pubblico. Di particolare rilievo è, sul profilo, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte edu che ha stabilito che il giornalista che pubblica in violazione del segreto non è punibile se la notizia è di interesse pubblico [21].

In ogni caso, quando le registrazioni contengono dati sensibili, la loro eliminazione dal materiale posto a sostegno della richiesta cautelare deve avvenire sempre ma non in assoluto, a meno che "non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini".

La legge delega, dunque, in linea con la delibera del CSM [22], ha riconosciuto la centralità del ruolo del pubblico ministero, che dovrà selezionare gli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare, potere invero già previsto dalla disciplina attuale. Secondo le previsioni dell'art. 291 c.p.p.., il pubblico ministero è già tenuto a

[21] Corte edu, 22 marzo 2016, *Pinto Coelho c. Portogallo*, cit., relativa al caso di un'emittente televisiva che aveva mandato in onda un servizio, nel quale si sosteneva che la condanna di un diciottenne fosse frutto di un errore giudiziario; nel servizio veniva fatto ascoltare uno stralcio della registrazione di un'udienza, senza che la giornalista avesse ottenuto il permesso del giudice; per questo la reporter veniva condannata alla pena di 1.500 €. La Corte europea ricorda l'essenziale funzione della stampa nella diffusione di notizie di interesse per l'opinione pubblica, e considera la restrizione della libertà di espressione non accettabile in una società democratica**.** Infatti, la registrazione, pur non autorizzata, non era stata ottenuta con mezzi illeciti; la diffusione del servizio non avrebbe potuto minacciare l'indipendenza della magistratura (poiché il giudizio si era già concluso), né era stata messa a rischio la reputazione di alcuno (in quanto le voci erano state distorte). Infine, l'imposizione di una sanzione, pur non elevatissima, viene considerata a carattere deterrente e quindi, in ogni caso, sproporzionata.

[22] Il CSM richiama la centralità del ruolo del pubblico ministero chiamato a svolgere «un'opera di selezione» degli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare per «operare una attenta verifica delle informazioni utili e rilevanti per le indagini, attraverso un giudizio relazionale con i fatti per i quali si procede e con la personalità dei soggetti indagati».

selezionare nell'ambito del materiale raccolto nel corso delle indagini, quello che ha una valenza indiziaria o che suffraga le esigenze di cautela, depositando in particolare gli elementi che hanno un rilievo nell'ottica difensiva. Il pubblico ministero non trasmette al giudice le sole registrazioni che non supererebbero il vaglio previsto dall'art. 268, comma 6, c.p.p. e cioè quelle che reputa "manifestamente irrilevanti" e quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche dati sensibili.

Il legislatore è consapevole, come traspare dal contenuto della legge delega, che tra i profili problematici della disciplina delle intercettazioni, vi è la diffusione di dati e notizie. Il tema è particolarmente delicato poiché attraversa i rapporti tra la magistratura, gli organi di stampa e i terzi estranei ai reati, il cui diritto alla riservatezza ed alla segretezza delle comunicazioni [23] è talvolta ingiustificatamente leso.

Particolare attenzione è rivolta alla stretta relazione esistente tra l'adozione di un provvedimento cautelare, il deposito degli atti posti a sostegno della richiesta, la loro messa a disposizione delle parti e la divulgazione dei risultati delle intercettazioni. L'art. 1, comma 84, lett. a), n. 1) della legge delega, pertanto, ha fissato i criteri per l'adozione di prescrizioni del decreto legislativo di riforma della disciplina delle intercettazioni che devono regolamentare la selezione [24] da parte del pubblico ministero del materiale da inviare al giudice.

Il pubblico ministero dovrà evitare la trasmissione di tre distinte tipologie di captazioni. Le registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo. Le registrazioni che contengono dati sensibili ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. d) del decreto legislativo 30 giugno 2003,

[23] Cfr. G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.* 2008, p. 1209

[24] Sul profilo della selezione cfr. Corte edu, 17 marzo 2003, *Craxi c, Italia*, caso in cui la Corte ha ritenuto che la lettura dibattimentale di estratti di conversazioni intercettate debba essere preceduta da una selezione del materiale rilevante, ovvero di quello la cui pubblicità deve essere considerata una conseguenza normale ed inevitabile del processo. Ove il sistema processuale non imponga un tale preventiva selezione, si pongono secondo la Corte "serie preoccupazioni circa il rispetto …dell'obbligo positivo di assicurare l'effettiva protezione" dei diritti).

n. 196. Secondo questa disposizione, costituiscono «dati sensibili», «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». La previsione dell'eliminazione degli atti contenenti conversazioni o comunicazioni che presentano queste caratteristiche, tuttavia, non è assoluta, ma deve avvenire sempre che «non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini». Infine, il pubblico ministero non deve trasmettere al giudice le intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini perché riferite esclusivamente a fatti o a circostanze ad esse estranei.

4. Gli ostacoli alla violazione del segreto: l'archivio segreto

Il legislatore tenta di inserirsi nel reticolo tra mondo giudiziario e stampa e acquista la consapevolezza che il mero ascolto delle captazioni, funzionale all'esercizio del contraddittorio sulla loro rilevanza nella cd. udienza stralcio e senza possibilità di ottenerne copia, non dovrebbe determinare sostanziali violazioni del segreto delle stesse.

E' vero che difficilmente gli organi di stampa pubblicheranno atti di cui conoscono il contenuto tramite qualcuno che abbia avuto accesso agli stessi, ma che non posseggono, perché in questo caso non potrebbero dimostrare, in un eventuale giudizio per il reato di diffamazione, il rispetto dei limiti del diritto di cronaca, in particolare sotto il profilo della verità di quanto pubblicato. Ma, d'altro canto, il legislatore si affida totalmente alle circolari delle procure, proprio quando prevede che solo dopo la conclusione della procedura di cui all'art. 268, commi 6 e 7, secondo il criterio fissato dall'art. 1, comma 84, lett. a) n. 3, i difensori delle parti possono ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni, ritenuti rilevanti dal giudice. La scelta implica una cautela necessaria poiché occorrerà prevedere che la copia degli atti e la trascrizione peritale possa essere

autorizzata dal giudice anche nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari. La previsione, inevitabile, costituisce una sorta di clausola di salvezza, attivabile in quei casi in cui dopo la chiusura delle indagini dovesse emergere la rilevanza di talune comunicazioni o conversazioni intercettate.

Se la selezione del materiale intercettativo cela in sé il pericolo di eliminare, anche involontariamente, captazioni utili per la difesa, il legislatore della riforma stabilisce, all'art. 1, comma 84, lett. a), n. 2), il criterio in virtù del quale la nuova legge deve prevedere che gli atti non allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare, personale o reale, debbano essere custoditi in apposito archivio riservato [25]. I difensori delle parti ed il giudice, fino al momento di conclusione della procedura di cui all'art. 268, commi 6 e 7, c.p.p., hanno la facoltà di esaminare gli atti contenuti nell'archivio e di ascoltare le registrazioni, ma non di farne copia. Il divieto di pubblicazione viene meno con la conclusione della procedura di selezione delle conversazioni dinanzi al giudice, ma limitatamente agli atti acquisiti. La previsione è condivisibile sebbene il richiamo al comma 7 dell'art. 268 c.p.p. dilati eccessivamente i tempi del divieto [26].

Il pubblico ministero, dunque, pur effettuando la selezione delle registrazioni conserva le tracce audio registrate ed i relativi brogliacci, che saranno disponibili per la difesa nel momento dell'attivazione dell'udienza c.d. stralcio prevista dall'art. 268, comma 6, c.p.p. [27]. Solo dopo la conclusione della procedura di cui all'art. 268, commi 6 e 7, c.p.p., secondo il criterio fissato dall'art. 1, comma 84, lett. a) n. 3, della legge delega, i difensori delle parti possono ottenere copia degli atti e trascrizione in

[25] Già il progetto Mastella prevedeva un archivio riservato, da istituirsi presso ogni procura sotto la responsabilità e sorveglianza del procuratore della Repubblica (art. 19 in rapporto all'art. 89 disp. att.) come luogo dove il pubblico ministero deve di regola custodire, prima del deposito, le registrazioni e i verbali delle intercettazioni già effettuate, e dove comunque dovrà essere conservata la documentazione di quelle che egli non ritenga utili alle indagini. Ferma restando per i difensori delle parti la possibilità di accedervi, al solo fine di valutare le scelte operate dal pubblico ministero (artt. 9 e 10 in rapporto agli artt. 268 comma 3 *ter* e 268 *bis*).

[26] A. Camon, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando,* in *Arch. pen.,* 2017, 2, p. 1 e ss.

[27] D'altro canto potrebbero esservi informazioni sensibili che coinvolgono persone non indagate astrattamente utili alla difesa …(tema ignorato tutte le volte in cui si prospetta la distruzione del materiale di intercettazioni).

forma peritale delle intercettazioni, ritenuti rilevanti dal giudice.

5. Un controllo efficace attraverso il cd brogliaccio d'ascolto?

L'art. 1, comma 84, lett. a), n. 5) stabilisce che il decreto legislativo di riforma delle intercettazioni deve prevedere che le conversazioni o comunicazioni inutilizzabili, quelle contenenti dati sensibili e non pertinenti all'accertamento delle responsabilità e quelle irrilevanti ai fini delle indagini, oltre ad essere custodite in apposito archivio riservato, non devono essere oggetto di trascrizione sommaria ai sensi dell'art. 268, comma 2, c.p.p. Negli atti d'indagine devono solo essere indicati data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta. Il pubblico ministero, peraltro, deve essere informato, in modo da permettergli di verificare la rilevanza delle registrazioni, autorizzandone con decreto motivato, in tal caso, la trascrizione nel cd. brogliaccio d'ascolto. Le previsioni, in via teorica apprezzabili, non assicurano, tuttavia, un controllo qualitativo efficiente.

Il profilo dell'inutilizzabilità impone una valutazione tipicamente giurisdizionale, che non può essere delegata alla polizia giudiziaria. Dunque, per evitare che, al momento dell'ascolto, la polizia giudiziaria assuma, d'iniziativa o in virtù di generica direttiva, la determinazione di omettere l'annotazione sul brogliaccio di conversazioni che a suo esclusivo giudizio appaiano inutilizzabili, cosi di fatto sottraendola in radice alla valutazione del magistrato, è stato previsto un obbligo di informazione al pubblico ministero.

Le considerazioni possono estendersi anche al giudizio sulla rilevanza, legato alla complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine, per cui, un'eventuale valutazione demandata alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'ascolto, risulterebbe, condivisibilmente con quanto affermato dal Csm, una valutazione almeno parziale.

La *ratio* sottesa a questa previsione è chiara. Si vuole evitare che la trascrizione sommaria del contenuto delle registrazioni da parte della polizia

giudiziaria di cui all'art. 268, comma 2, c.p.p., depositata unitamente agli atti, possa essere divulgata, venendosi a realizzare proprio quella lesione della riservatezza che si vuole limitare con le nuove norme ma le perplessità riguardano i rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero e la possibilità solo teorica del magistrato di poter ricontrollare tutto il materiale intercettativo.

Vi sono evidenti insidie della scelta legislativa[28]. Se, come previsto, nell'atto della polizia giudiziaria devono essere indicati solo data ed ora della conversazione ed apparato oggetto di intercettazione, ma non, in particolare, gli interlocutori o il tema della conversazione, il pubblico ministero potrà sopperire alla carenza di ulteriori dati solo grazie all'informazione che deve ricevere da parte della polizia giudiziaria delegata all'ascolto.

Resta così sullo sfondo il tema della efficace attività difensiva. La difesa sembra chiamata ad una prova di resilienza, si troverà in una posizione obiettivamente svantaggiata, poiché solo attraverso l'ascolto diretto delle conversazioni potrà verificare l'irrilevanza delle conversazioni per il procedimento o il loro contenuto "sensibile" e, al contempo, non pertinente.

Dunque, sul pubblico ministero graverà una funzione di garanzia e di tutela di rilevanti posizioni soggettive [29]. Infatti, la difesa conoscerà quali sono le conversazioni che si intende eliminare dal materiale probatorio e potrà provvedere al loro ascolto selettivo e funzionale all'esercizio del diritto di difesa, attraverso la scelta discrezionale operata dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero. Non può escludersi una involontaria, ma possibile, manipolazione delle conversazioni da parte del pubblico ministero, per la selezione del materiale, anche se imposta dalla

[28] Le circolari diffuse dalla varie Procure della Repubblica, prima dell'intervento del Consiglio superiore della magistratura, già "suggerivano" l'applicazione di tale meccanismo, attribuendo alla polizia giudiziaria l'onere di non verbalizzare il contenuto della conversazione, rivolgendosi, nei casi dubbi, al pubblico ministero. Secondo la Circolare della Procura della Repubblica di Roma, del 26 novembre 2015, la polizia giudiziaria deve "astenersi" dal verbalizzare, mentre la direttiva della Procura della Repubblica di Napoli, del 16 febbraio 2016, stabilisce ce la polizia giudiziaria deve limitarsi a riportare sul brogliaccio d'ascolto, l'annotazione "intercettazione irrilevante ai fini delle indagini".

[29] Cfr. A. Cisterna, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nel-le linee guida delle procure*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, p. 7, « *a stretto rigore e secondo l'ordinamento, dovrebbe competere al giudice.*» . Quanto al potere di selezione del pubblico ministero, cfr. P. Tonini- F. Cavalli, *Le intercettazioni nelle circolari delle procure della repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, p. 708

necessità di assicurare una disciplina alle registrazioni in una fase determinante dell'impiego e del deposito a fini cautelari in cui non trova applicazione il congegno *ex* art. 268 c.p.p.[30].

A queste criticità si aggiunge un'ulteriore considerazione: la legge delega non precisa le modalità dell'informazione che la polizia giudiziaria deve dare al pubblico ministero ma la forma e il destino dell'atto di polizia giudiziaria sono direttamente incidenti sul raggiungimento dell'obiettivo finale. Ove questa informazione si sostanziasse, come sembrerebbe, in una nota informativa scritta, immaginiamo che dovrebbe essere contenuta nell'archivio riservato, per evitarne il deposito tra gli atti posto a sostegno di una eventuale misura cautelare. Una previsione diversa minerebbe le fondamenta del sistema posto in essere a tutela della riservatezza.

6. La scansione procedimentale e il controllo giurisdizionale

La scansione procedimentale, prevista dall'art. 1, comma 84, lett. a), n. 4), è una procedura molto vicina a quella disciplinata dall'art. 268, comma 6 e ss., c.p.p. per l'acquisizione delle conversazioni o delle comunicazioni, prodromica al loro inserimento nel fascicolo per il dibattimento.

La procedura, nel contraddittorio tra le parti, è diretta a preservare l'indagato, le persone offese e i terzi interlocutori, estranei al processo, dalla diffusione e dalla pubblicazione di fatti personali e riservati irrilevanti rispetto ai

[30] Sul punto il CSM aveva ritenuto necessario assicurare che, quanto meno in termini sommari, gli elementi essenziali delle captazioni fossero riportate dalla polizia giudiziaria nel brogliaccio, con riferimento ai dati estrinseci della conversazione (indicazioni sulla identità dei conversanti, sull'orario e sull'oggetto del colloquio) ed alla sintetica tipologia dell'oggetto (es. "conversazione su argomenti familiari", ovvero "conversazione su temi strettamente personali", ecc.). Peraltro, la deliberazione consiliare si è spinta fino a suggerire una distinzione fra la normale prassi operativa di trascrivere il contenuto delle conversazioni nel brogliaccio della polizia giudiziaria e, viceversa, la diversa ipotesi in cui è opportuna e sufficiente una "mera indicazione" dei dati estrinseci delle conversazioni per le intercettazioni, che si presentino come inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, cfr. L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, in T. Bene - A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 419. D'altro canto, si obietterà che lo squilibrio tra le posizioni delle parti, a ben vedere, è più apparente che reale, poiché il pubblico ministero quando sono state captate comunicazioni o conversazioni che devono essere eliminate dal materiale probatorio, deve richiedere necessariamente l'udienza camerale per il loro stralcio. In questo caso, egli è tenuto ad indicare "espressamente" le conversazioni di cui intende richiedere lo stralcio; quindi, deve indicare precisamente le conversazioni o le comunicazioni che, oggetto dell'informazione della polizia giudiziaria, ha ritenuto irrilevanti.

temi probatori. I difensori hanno facoltà di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni, ma non possono trarre copia, né dei file audio, né dei verbali in cui, nel corso delle indagini, è trascritto sommariamente il contenuto delle comunicazioni o delle conversazioni. Il decreto legislativo di riforma, più in particolare, dovrà stabilire che l'intervento del giudice sia finalizzato all'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche "indicate dalle parti" .

Quindi non un controllo onnicomprensivo ma circoscritto alle conversazioni indicate dalle parti, tenuto conto però del vizio genetico di conoscenza della difesa, da cui sono stralciate le tre categorie di registrazioni. Nel primo caso, la disposizione fa riferimento alle intercettazioni inutilizzabili a norma di legge, in particolare in base all'art. 271 c.p.p. Trovano applicazione i parametri normativi di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p., all'art. 268, comma 1 e 3, c.p.p., all'art. 103, comma 5 e 7, c.p.p.., all'art. 200 c.p.p.. ed all'art. 6 della legge n. 140 del 2003. In questa prospettiva, la procedura mira a tutelare la legalità della prova, evitando che tra il materiale probatorio possano trovare spazio registrazioni vietate dalla legge.

Nella seconda e nella terza ipotesi, il giudice deve compiere un giudizio di irrilevanza probatoria che, a differenza di quanto previsto nella disciplina attuale, non sarà più "manifesta", ma dovrà condurre all'esclusione dei dialoghi estranei all'accertamento della responsabilità per i reati per i quali si procede.

Restano le perplessità sulla verifica a posteriori [31] sulle intercettazioni tra difensore ed il proprio assistito; del resto la sanzione dell'inutilizzabilità coprirebbe la conversazione non pertinente all'attività professionale, integrante essa stessa un'ipotesi di reato.

Il giudizio appare ricco di insidie poiché la valutazione è compiuta in un momento procedimentale in cui non sempre è possibile svolgere un controllo puntuale di rilevanza rispetto ai parametri desumibili dall'art. 187 c.p.p. La procedura, infatti, è strutturalmente prevista nella fase delle indagini, quando

[31] Cfr. su questi aspetti: C. Parodi, *La delega in tema di intercettazioni*, in C. Parodi (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità, Il penalista*, 2017, p. 115 e ss.

l'imputazione non è ancora chiara e precisa. La valutazione resta ferma sebbene il decreto legislativo dovrà estendere alla selezione delle captazioni compiute dal Gip il medesimo criterio che, a legislazione vigente, è impiegato dal tribunale in sede dibattimentale quando dispone la perizia trascrittiva delle intercettazioni. Né, del resto, rassicura la previsione di parametri più restrittivi rispetto a quello che, ai sensi dell'attuale 268, comma 6, c.p.p. il Gip deve applicare.

Quanto al momento procedimentale in cui va richiesta la cd. "udienza stralcio", costruita quale udienza esclusiva e non inclusiva, la procedura va attivata "in vista della richiesta di giudizio immediato ovvero del deposito degli atti successivo all'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.", qualora non fosse già intervenuta in precedenza.

Dunque, in un momento del procedimento penale in cui sia effettivamente utile per tutelare le prerogative individuali nel contraddittorio tra le parti, e cioè prima del deposito di tutti gli atti, quando non sia ancora consentito il rilascio di copia delle registrazioni e siano ancora vigenti i divieti di cui all'art. 114, comma 1 e 2 ma soprattutto per verificare, nel contraddittorio delle parti, la correttezza della selezione effettuata dal pubblico ministero

Dunque, l'udienza di stralcio in una fase precedente rispetto all'avviso di cui al 415 *bis* c.p.p. e non contestualmente.

Nel caso dell'immediato, non essendo previsto l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari [32], il pubblico ministero dovrà disporre il deposito di cui al 268, comma 4 e 5, c.p.p., preferibilmente 5 gg prima della scadenza dei termini previsti dal 453, comma 1 *bis,* e 454, comma 1, c.p.p., e comunque non oltre gli stessi, in modo da poter inoltrare al giudice la richiesta di stralcio contemporaneamente alla richiesta di giudizio immediato, sì che il giudice

[32] Come è noto la Corte cost. ha negato l'applicabilità dell'art. 415 *bis* nel giudizio immediato, escludendo la violazione del diritto di difesa in quanto al soggetto destinatario della richiesta di giudizio immediato sono riconosciute tutte le garanzie difensive esercitabili nella fase investigativa, seppure con le particolari forme previste dagli art. 453 ss. c.p.p. v. in particolare Corte cost., 16 maggio 2002, n. 203, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2003, p. 508.

possa assumere le decisioni di competenza in tempi diversi e conoscere tempestivamente anche il materiale di cui il pubblico ministero non ritenga di potersi avvalere.

Resta sullo sfondo la preoccupante prassi del deposito ritardato delle intercettazioni, secondo quanto previsto *ex* art. 268, comma 5, c.p.p. sino alla chiusura delle indagini preliminari, sinora ostacolo per l'udienza stralcio dinanzi al Gip. Sul profilo non appaiono rassicuranti le considerazioni secondo cui il provvedimento di cui all'art. 268, comma 5, c.p.p.. presuppone la sussistenza di «un grave pregiudizio per le indagini» e, dunque, implica un apprezzamento da parte del Gip. Peraltro, il provvedimento del Gip, comunque, legittima il pubblico ministero a ritardare il deposito dei verbali e delle registrazioni in segreteria «non oltre la chiusura delle indagini», senza escludere che, cessato il pericolo di nocumento per le investigazioni (per esempio, dopo l'adozione della misura cautelare e, comunque, quando sono cessate le indagini), il pubblico ministero possa provvedere al deposito anche prima della formale chiusura delle indagini o, comunque, prima della notifica dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. [33].

Quanto all'attivazione della procedura di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p. nei procedimenti in cui sono stati adottati provvedimenti cautelari, occorrerà prevedere che l'attivazione della procedura in esame sia reputata necessaria solo se il pubblico ministero ha avuto cognizione della presenza nel materiale registrato di comunicazioni o di conversazioni vietate dalla legge o che non solo siano irrilevanti, ma contengano anche «dati sensibili». Essendo stata adottata una misura cautelare, infatti, può essere opportuno limitare il procedimento in esame alla sola selezione delle conversazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, contenenti «dati sensibili», rinviando la trascrizione di quelle acquisite al giudizio dibattimentale.

7. Il buon senso è un criterio giuridico indeterminato

[33] L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, cit., p. 419 secondo cui l'emissione del provvedimento con cui si autorizza il ritardato deposito, dunque, non impedisce, in teoria, il ricorso alla procedura di selezione delle registrazioni nel corso delle indagini.

Il ricorso alla scansione procedimentale risulta marginalizzato nelle circolari delle procure [34] ma stupisce che nella delibera del Csm del 29 luglio 2016 si suggerisca un impiego dell'istituto ispirato al buon senso, raccomandando il suo uso nei soli casi in cui effettivamente ricorrano esigenze di bilanciamento dei valori costituzionali confliggenti. In particolare, in via esemplificatrice è ritenuta una "buona prassi" il ricorso a detta udienza camerale nelle situazioni in cui è effettivamente utile per garantire la riservatezza.

Il buon senso è un criterio giuridico indeterminato. Dal punto di vista concettuale non può ad esso riconoscersi il carattere della obiettività né può essere annoverato tra le regole di condotta condivise, eppure il Csm ricorre ad esso, preoccupato della sostenibilità organizzativa degli uffici e dimentico della finalità della scansione procedimentale stessa.

In perfetta sintonia il legislatore ha implicitamente individuato, per il decreto legislativo di riforma della disciplina delle intercettazioni, il criterio dell'impiego ragionevole della procedura di selezione. Il pubblico ministero deve avanzare richiesta per lo svolgimento dell'udienza camerale non sempre, ma "ove riscontri tra gli atti la presenza di registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lett. d), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei". Il criterio sembra ispirato dall'intenzione di proporre un meccanismo procedurale effettivamente applicabile negli uffici giudiziari che non si risolva in un mero formalismo o, peggio ancora, che non determini un successivo insorgere di prassi abrogative.

La questione del "recupero" della cd. udienza stralcio, dunque, così come

[34] Diverse le direttive e le circolari sul tema delle intercettazioni, assunte dalle Procure di Roma, Napoli, Torino nonché da quelle di Firenze, Bari, Macerata, Foggia, Nuoro, Caltanissetta, Campobasso, Siracusa, Catanzaro, Cosenza, Lamezia Terme, Arezzo, Grosseto, Livorno, Sulmona e Lecce. Si veda G. Cascini, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore,* in *Questione Giustizia*, 19 aprile 2016

nella circolare del Csm, sembra affrontata dal legislatore tendenzialmente nella prospettiva della sostenibilità organizzativa degli strumenti processuali previsti per impedire le violazioni ingiustificate della riservatezza [35].

8. L'esito dell'udienza stralcio e la distruzione delle conversazioni intercettate

La legge delega nulla prevede sull'esito della procedura di selezione delle registrazioni realizzata nella fase dell'indagine. Nel caso in cui all'esito di detta procedura siano individuate intercettazioni inutilizzabili, irrilevanti o contenenti "dati sensibili", ma non pertinenti alle indagini, si pone il tema della loro distruzione.

La distruzione, invero, è uno strumento che contribuisce a rendere effettiva la tutela della riservatezza e che oggi riguarda tre categorie di intercettazioni: 1) quelle "non necessarie per il procedimento", *ex* art. 269, comma 2, c.p.p.; 2) quelle "inutilizzabili", *ex* art. 271, comma 3, c.p.p. e 3) quelle "illegalmente formate", *ex* art. 240, comma 5 c.p.p.

Il rimedio, come è noto, oggi è attivato molto di rado poiché la distruzione risulta tardiva e del tutto inefficace per assicurare una valida tutela dei diritti individuali.

Il ritardo, però, verrebbe meno se la procedura, nelle ipotesi in cui sarà reputata necessaria dal decreto legislativo che sarà emanato, fosse attivata nel corso delle indagini.

Deve rilevarsi peraltro che l'art. 1, comma 84, lett. a), n. 3 dispone che il decreto legislativo di riforma delle intercettazioni debba prevedere che il rilascio di copia delle registrazioni possa essere autorizzato dal giudice anche «nella fase successiva alla conclusione delle indagini». Questo criterio sembra presupporre che

[35] C. Parodi, *La delega in tema di intercettazioni* cit., p. 115 e ss., «La delega non contiene indicazione specifiche integrative della disciplina generale dell'art 268 commi 6 e 7, ma è ragionevole ipotizzare che alcuni " adattamenti si renderanno necessari, proprio sulla falsariga della indicazioni di alcune Procure.»

alla procedura di selezione delle conversazioni, che deve essere compiuta nel corso delle indagini, non deve seguire la distruzione delle captazioni "stralciate" le quali, anche in un secondo momento – nel corso delle indagini – potrebbero essere ritenute rilevanti e, in questo caso, può esserne chiesta al giudice la copia.

9. La semplificazione dell'impiego delle intercettazioni nei reati contro la pubblica amministrazione

Con l'art. 1, comma 84, lett. d), il Governo è delegato ad adottare prescrizioni dirette a realizzare la semplificazione «delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione».

Il criterio è generico. L'espressione "condizioni per l'impiego" sembra evocare il profilo dei presupposti per l'ammissibilità del mezzo di ricerca della prova ma già l'art. 266, comma 1, lett. b) c.p.p. prevede una semplificazione per il ricorso alle intercettazioni nel caso di reati contro la pubblica amministrazione, stabilendo che esse siano consentite per delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Quindi, una ulteriore semplificazione per l'accesso allo strumento intercettativo nel corso delle indagini relative ai delitti contro la pubblica amministrazione dovrebbe riguardare i presupposti indicati nell'art. 267 c.p.p. In particolare, il parametro probatorio, la sussistenza dei gravi indizi di reato e quello della residualità del mezzo, dunque, la necessità che siano assolutamente indispensabili, ovvero, nel caso di intercettazioni tra presenti in un luogo domiciliare, il presupposto di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p. del fondato motivo dello svolgimento in detto luogo di un'attività criminale. Per incidere su questi aspetti, semplificando l'accesso per gli investigatori al mezzo di ricerca della prova, bisognerebbe estendere alle indagini per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione le regole attualmente previste per la criminalità organizzata.

Sebbene il criterio contenuto nella legge delega appaia generico, sottende l'estensione di queste regole anche ai delitti contro la pubblica amministrazione. Se

si ripropone il tema della distinzione degli indizi "gravi" e quelli solo "sufficienti", in ogni caso, la richiesta di indizi meramente "sufficienti", non dovrebbe ingenerare dubbi sull'autorizzazione di un'intercettazione fondata su illeciti penali meramente ipotetici. Dagli elementi addotti si deve desumere la seria probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato che legittima il ricorso al mezzo di ricerca della prova [36].

La condizione della "necessità" del mezzo, invece, obbliga il giudice a ragionare secondo una logica di concreta residualità dell'intercettazione rispetto ad altri strumenti investigativi cd. "tradizionali". Quando le investigazioni riguardano reati di criminalità organizzata non occorre che le intercettazioni siano l'unico strumento efficace a disposizione degli inquirenti (cioè, siano "assolutamente indispensabili" ai sensi dell'art. 267 c.p.p.), ma, tenuto conto della loro portata invasiva, devono comunque rivelarsi necessarie per la prosecuzione delle indagini.

Anche per le indagini di criminalità organizzata, infine, il profilo più significativo è rappresentato dall'individuazione dello stretto rapporto esistente tra questi due presupposti. Dunque, il giudice non può tralasciare di indicare il criterio di collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettando. Solo in questo modo, la captazione è *"*necessaria*"* rispetto ad una determinata fattispecie delittuosa la cui esistenza deve essere dimostrata da sufficienti indizi. Il giudice dovrà dare conto, con congrua motivazione, della ragione dell'intercettazione di una determinata persona o di una certa utenza, spiegando quale sia il rapporto, dunque il concreto collegamento tra la persona captata o l'utenza e le specifiche investigazioni in atto [37].

---

[36] Cass., Sez. III, 2 dicembre 2014, n. 14954, rv. 263044 ; Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 10902, rv.246688 secondo cui «il presupposto dei gravi indizi di reato va inteso non in senso probatorio, ossia come valutazione del fondamento dell'accusa, ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, le quali non devono risultare meramente ipotetiche, essendo al contrario richiesta una sommaria ricognizione degli elementi dai quali sia dato desumere la seria probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato». In precedenza, tra le altre, Cass., Sez. II, 1 marzo 2005, n. 10881, in *Guida dir.*, 2005, 17, 82 ; Cass., Sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, in *Cass. pen.*, 2005, 343. La valutazione della particolare serietà dell'ipotesi delittuosa, peraltro, non implica un'esposizione analitica di tutti gli elementi indiziari (è sufficiente solo una ricognizione sommaria), né impone un vaglio critico di tutti gli elementi, che condurrebbe alla valutazione probatoria del fondamento dell'accusa; Cass., Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 42178, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 5, 669; Cass., Sez. II, 21 aprile 1997 n. 2873, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 296.

[37] Cass., Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 1407, rv. 268900; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, in *Cass. pen.*, 2009, 3341, relativa alla declaratoria di inutilizzabilità per mancanza di motivazione di alcuni

Abstract
The new regulation aims at ensuring the protection of the confidentiality of interception, both over the telephone and electronic ones, with particular regard to people occasionally involved in criminal proceedings. This also applies to wiretaps which are not relevant for criminal justice and between lawyer and defended in order to recognize a higher level of protections of the right to defense. In perspective, an evaluation of the efficacy of the new framework in protecting confidentiality is to be expected. Nevertheless, it is likely that it will not result effective since the protection function will mostly depend on the prosecutor's diligence during the investigation phase.

Key words
Wiretaps; secret archive; listening deck, procedural scanning; destruction; police, prosecutor

decreti di intercettazioni redatti con una motivazione *per relationem* alla richiesta del pubblico ministero, senza che fosse dato conto delle ragioni per cui erano sottoposte ad intercettazioni conversazioni private.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Francesca Ruggieri

Professore ordinario di diritto processuale penale, Università degli Studi dell'Insubria, Como-Varese

L'impatto delle nuove tecnologie informatiche: il captatore informatico L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema[♣]

SOMMARIO: 1. La *voluntas legis*: uno sguardo ai lavori parlamentari. - 2. Legislatore e giurisprudenza: una dialettica non priva di problemi. - 3. Legge delega, principi e criteri. - 4. Alla ricerca di un articolato coerente: domande. 4.1. - Una proposta di garanzia. - 5. All'inizio di una storia ancora tutta da scrivere.

1. La *voluntas legis*: uno sguardo ai lavori parlamentari

È relativamente lineare il percorso dei lavori parlamentari[1] con riferimento all'art. 1 c. 84 lett. *e* del disegno di legge Orlando (ora l. 103/2017), come è noto comma interamente dedicato alle «intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili»

La disciplina compare in Commissione giustizia per la prima volta nell'emendamento n. 36.4000 nel giugno 2016[2].

Benché la proposta sia pressoché coeva alla sentenza delle Sezioni Unite in tema di *trojan* dell'aprile-luglio di quell'anno[3], i primi elaborati non si limitano a

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

♣ Si tratta del testo della relazione tenuta a Roma il 17 giugno 2017 al Convegno organizzato dall' *Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G. D. Pisapia"* a proposito della riforma in tema di intercettazioni predisposta dall'allora d.l. Orlando (ora l. n. 103/2017). Nelle more della pubblicazione il Governo ha predisposto il testo della legge delega, le cui norme sono state, peraltro, inserite solo in nota per rispettare la formulazione originaria dell'elaborato.

[1] Il documento cui di seguito si farà a questo proposito riferimento (indicando di volta in volta le relative pagine) è il *dossier* del Senato, XVII Legislatura, Iter DDL S. 2067, reperibile sul relativo sito istituzionale, che in quasi duemila pagine raccoglie tutti i testi relativi al disegno di legge in discorso, dai primi progetti agli emendamenti presentati in commissione o in aula sino alla approvazione del testo finale.

[2] Senato della Repubblica, 2° Comm. Giust. (permanente), Seduta n. XVII Legislatura 306 (pom.) del 22 giugno 2016, *op. cit.,* p. 635.

[3] Si fa riferimento alla nota pronuncia Cass., sez. un. 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, reperibile, *http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1467385524Cass_26889_16_Scurato.pdf*, ove, a commento, L. Giordano*, Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, anche nella Rivista, 2017, n. 3, pp. 177 ss.; G. Lasagni*, L'uso di captatori informatici (*Trojans) *nelle intercettazioni "fra presenti",* e C. Pinelli, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di stato".*

disciplinare l'uso del captatore informatico al fine delle intercettazioni tra presenti. In un comma c-*ter* si cercava anche di regolare «il controllo di dati non direttamente ascrivibili a flussi di comunicazione tra gli utenti»[4] e il comma c-*bis,* il predecessore dell'attuale, era leggermente diverso anche per problemi di coordinamento con l'altra disciplina allora prevista.

In particolare, l'attuale *incipit* («disciplinare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, prevedendo che») in luogo di «dispositivi elettronici portatili» conteneva la locuzione «dispositivi informatici e telematici»; nell'odierno n.1 («l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice») si parlava del «decreto di intercettazioni tra presenti».

Vi erano passaggi oggi del tutto scomparsi: «qualora il giudice non [avesse disposto] l'intercettazione tra presenti, l'audio e le telefonate provenienti dal sistema informatico non [avrebbero potuto] essere ascoltate e acquisite con tale strumento»; «qualora il giudice [avesse disposto] unicamente l'immissione del captatore per la registrazione audio tra presenti [avrebbe dovuto] espressamente escludere nel decreto autorizzativo la possibilità di intercettare e captare flussi telematici o dati informatici»; «la difesa [avrebbe avuto diritto] di ottenere la documentazione relativa a tutte le operazioni eseguite tramite captatori, dall'installazione fino alla loro

---

La pronuncia, decisa il 28 aprile 2016 e la cui motivazione è stata depositata il 1 luglio 2016, è al centro di una molteplicità di riflessioni. *Ex multis* si segnalano sin da ora i lavori di P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma,* in *Processo penale e giustizia*, 2016, pp. 118 e ss., di quelli pubblicati in *Cass. pen.* di A. Capone, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, *ivi*, 2017, n. 3, pp. 1263 ss.; F. Cajani, *Odissea del captatore informatico, ivi,* 2016, n. 11, pp. 4140; W. Nocerino, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, *ivi*, 2016, n. 10, pp. 3565 ss.; A. Balsamo *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e corte europea, ivi,* 2016, n. 5, pp. 2274 ss., e di quelli editi in *Arch. pen.,* 2016, n.2 di A. Gaito , S. Fùrfaro**,** *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività, ivi,* pp. 309; A. Cisterna *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, *ivi,* pp. 331 ss.; L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, *ivi,* pp. 348 ss.; L. Picotti, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, *ivi,* pp. 354 ss.; A. Testaguzza, Exitus acta probat *"Trojan" di Stato: la composizione di un conflitto*, Arch pen, 2016, n. 2 in *open acess*.

[4] Seduta (pom.) n.306 *loc.cit.*

rimozione [e] la possibilità di chiedere al giudice di verificare che il captatore utilizzato rispetti i requisiti previsti dalla normativa vigente».

Con riguardo al contenuto del comma 4 vigente («il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il *server* della procura così da garantire originalità e integrità delle registrazioni») si prevedeva «il trasferimento delle registrazioni» anche verso «altri *server* posti sotto il controllo della polizia giudiziaria delegata, previa autorizzazione del giudice e nel rispetto di modalità che garantiscano l'originalità e l'integrità delle registrazioni ».

Il *virus*, la cui disattivazione è oggi disciplinata sempre al n.4 («al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante») avrebbe potuto essere «disattivato, disinstallato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante» anche «fornendo all'utente, nei casi specificatamente previsti dal giudice, le informazioni necessarie a provvedervi autonomamente»[5].

Le caratteristiche del programma da installare (in relazione a cui oggi il n. 5 prevede che «siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente comma, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia») faceva più genericamente riferimento ai «programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti dalla normativa vigente, al fine di garantire che sia l'installazione del captatore sia la sua disattivazione non comportino alcuna alterazione dei dati informatici e degli elementi di prova memorizzati sul sistema informatico, sul dispositivo mobile o sul sistema telematico in cui è inserito e che tale programma si limiti ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo *standard* idonei a salvaguardare

[5] Seduta (pom.) n. 306 *loc.cit*

l'integrità, l'inalterabilità e la sicurezza del sistema informatico oggetto di intrusione del captatore».

I richiami danno conto della discussione che deve aver accompagnato la stesura delle disposizioni in Commissione giustizia. Nella medesima seduta si sarebbero discusse anche altre formulazioni[6]. All'inizio di agosto il relatore (Casson) avrebbe presentato quello che sarebbe poi divenuto l'odierno testo[7].

2. Legislatore e giurisprudenza: una dialettica non priva di problemi.

Probabilmente i tempi non sono ancora maturi per un'organica disciplina di tutte le attività che possono essere svolti dal captatore informatico o, come è stato anche chiamato, dal "virus di Stato". Il legislatore ha seguito un percorso che è analogo, ma non del tutto simile, a quello seguito dalle Sezioni Unite nella vicenda Scurato.

La questione sottoposta alla Sezioni Unite concerneva «se –anche in luoghi di privata dimora ex art.614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se *ivi* non si stia svolgendo l'attività criminosa – sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (ad.es *personal computer, tablet, smartphone* ecc.)»[8]. La Corte, come è noto, dopo aver richiamato alcune delle altre pronunce che si erano occupate delle «intercettazioni effettuate mediante un *software*, del tipo definito simbolicamente *trojan horse*», chiamato ora «captatore informatico» ora «agente intrusore»[9] si sofferma sulle enormi potenzialità dello strumento, e ne elenca le peculiarità. Il programma, installato «in un dispositivo del tipo *target (*un *computer*,

[6] Seduta (pom.) n. 306, cit., p. 637.

[7] Senato della Repubblica, 2° Comm. Giust. (permanente), Seduta n. XVII Legislatura 325 (nott.) del 1 agosto 2016, *op. cit.*, p. 776.

[8] Cass., sez. un. 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, cit., p. 7.

[9] La Corte richiama le seguenti pronunce: Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556 Virruso, Rv 246954; Cass. pen, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100 Musumeci, Rv 265654 (Ibidem, pp. 7-8). In dottrina, oltre ai lavori già richiamati *sub* nota 3 approfondisce la sentenza delle Sezioni unite e l'altra giurisprudenza richiamata in particolare M.T. Abbagnale, *Il captatore informatico*, in *Arch. pen.,* (2016), n. 2, pp. 458 ss.

L'articolo di F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia,* in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 3, n. 2, mai-ago 2017, pp. 483-510, disponibile on-line (http://oaji.net/articles/2017/3904-1497345342.pdf) inserisce la riflessione nell'ambito di un opportuno sguardo d'insieme della normativa italiana in tema di intercettazioni.

un *tablet,* o uno *smartphone*) di norma a distanza o in modo occulto, per mezzo del suo invio con una email, un sms, o un'applicazione di aggiornamento. Il *software* è costituito da due moduli; il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo che il *virus* usa per controllare detto dispositivo»[10]. Sempre nelle parole della Corte tale strumento consente «di captare tutto il traffico dati in arrivo e in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia *web mail* sia *outlook*): di mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini; di perquisire l'*hard disk* e di fare copia, totale o parziale delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira, di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot)*; di sfuggire agli *antivirus* in commercio. I dati raccolti sono tramessi, per mezzo della rete *internet*, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori».[11]

Come il legislatore, la Corte non si sofferma su queste ipotesi. Per rispondere al quesito sottoposto alla sua attenzione utilizza la descrizione del captatore solo per discutere due punti in particolare: la riconducibilità della fattispecie del *trojan horse* a quella disciplinata nell'ambito delle intercettazioni ambientali; la possibilità di rispettare i requisiti previsti dalla legge per le intercettazioni ambientali solo nell'ambito della specifica normativa dettata per la criminalità organizzata, per le indagini sulla quale anche la intercettazione ambientale domiciliare non è soggetta al requisito (che «ivi si stia svolgendo un'attività criminosa») richiesto per tutti gli altri reati dall'art. 266 c.2 c.p.p.

---

[10] Cass., sez. un. 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, cit., p. 8.

Per una più ampia ricostruzione tecnologica delle potenzialità del *trojan horse*, anche per i più opportuni ulteriori riferimenti bibliografici cfr. tra i tanti P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma,* cit., pp. 119-120, la *Relazione alla proposta di legge* C. 4260 che, intitolata *alle Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni concernenti la disciplina dell'intercettazione di comunicazioni telematiche e dell'acquisizione di dati ad esse relativi* è stata depositata alla Camera dei deputati in data 31 gennaio 2017 (primo firmatario l'on. Quintarelli) nonché, anche le necessarie precisazioni tecnologiche S. Aterno, *Il Trojan dalla A alla Z. Esigenze investigative e limitazioni della privacy: un bilanciamento necessario*, reperibile all'indirizzo http://www.dirittopenaleinformatica.it/wp-content/uploads/2017/02/ATERNO_Il-TROJAN-dalla-A-alla-Z.pdf

[11] Cass., sez. un. 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, *loc. cit.*

Afferma di conseguenza la Corte il seguente principio di diritto: «limitatamente ai procedimenti per i delitti di criminalità organizzata è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazione tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispostivi elettronici portatili (ad es. *personal computer, tablet, smartphone* ecc.) anche nei luoghi di privata dimora *ex* art. 614 c.p. pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa»[12]. Entro questa cornice, il Supremo collegio specifica anche che «reati di criminalità organizzata non sono solo quelli di cui all'art. 51 c. 3*bis* e 3*quater* ma anche quelli facenti capo ad un'associazione a delinquere *ex* art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'esclusione del mero concorso di persone nel reato»[13].

L'argomentazione della Corte si inserisce in quel tradizionale approccio ermeneutico che, nell'assordante silenzio del legislatore in tema di nuove tecnologie, tenta di risolvere le problematicità che emergono quotidianamente ricorrendo alle collaudate discipline dei mezzi di ricerca della prova dell'ispezione, della perquisizione, del sequestro o delle intercettazioni telefoniche [14]: così applicando il "bilanciamento" che il legislatore ha effettuato tra un determinato diritto e le esigenze dell'accertamento alla limitazione di un nuovo diritto o ad una nuova forma di aggressione per un diritto "classico".

Che il legislatore, almeno nella scelta di fondo, abbia in qualche misura seguito l'approccio della giurisprudenza appare in tale prospettiva disarmante. E' vero, come si vedrà tra un momento, che il bilanciamento effettuato dal potere legislativo prende in considerazione profili che il Supremo Collegio non ha valutato nè avrebbe mai potuto considerare nell'applicazione *de iure condito*. Ma nella disciplina del nuovo fenomeno manca la più opportuna cornice di riferimento e l'interprete

[12] *Ibidem* p. 23

[13] *Ibidem* p. 31

[14] Tale modo di procedere è analizzato in particolare da F.Cajani, *Odissea del captatore informatico,* nell'articolo citato.

In precedenza, all'inizio del fenomeno cfr. volendo F. Ruggieri, *Profili processuali nelle indagini sui reati informatici*, in G. Pascuzzi (a cura di), *Diritto e informatica, L'avvocato di fronte alle tecnologie digitali*, Milano 2002, pp. 147 ss.. e Ead. *Profili processuali nelle indagini sui reati informatici*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova 2004, pp. 153 ss.

fatica a trovare quei principi e quei criteri che pure dovrebbero caratterizzare una legge delega.

Ricondurre l'attività intercettativa del *virus* alle intercettazioni tra presenti è operazione solo in parte condivisibile[15] e non è indice di particolare sforzo di riflessione da parte del legislatore.

Che «l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3*bis* e 3*quater* c.p.p. e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266, comma 1, del codice di procedura penale» è direttiva che si differenzia dal *dictum* delle Sezioni Unite solo per due peculiarità. La legge consente il captatore informatico per un insieme di ipotesi più ridotte rispetto a quelle individuate dal Supremo Collegio (che includeva anche l'ipotesi associativa di cui all'art. 416 c.p.) in tema di criminalità grave; la legge ammette l'utilizzo del *virus* anche nei reati comuni, gli stessi per i quali sono ammesse le intercettazioni di comunicazioni ai sensi degli artt. 266 ss. c.p.p. distinguendo tra intercettazioni ambientali fuori (ammissibili entro i limiti di cui agli artt. 266 s.. c.p.p.) e all'interno di luoghi di privata dimora (per cui è necessario anche che ivi si stia svolgendo la relativa attività criminosa)[16].

Altre e diverse sono le disposizioni che il legislatore detta a proposito delle intercettazioni tra presenti con captatore informatico. Si tratta di norme talvolta

---

[15] Per rilevi critici circa questa assimilazione v. W. Nocerino, cit., § 3.

F. Caprioli, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia,* cit., p. 496 ritiene l'attuale disciplina delle intercettazioni ambientali una normativa obsoleta, che necessita di urgenti interventi del legislatore per inquadrare correttamente i nuovi strumenti limitativi dei diritti e apprestare le relative garanzie più adeguate (*ivi*, in nota anche la discussione dell'opinione di G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici (*Trojans) *nelle intercettazioni "fra presenti",* cit., che non ritiene necessario adeguare la normativa, che pure ha senz'altro bisogno di interventi, alle specificità del singolo strumento di captazione).

[16] Così F. Cajani, *Odissea del captatore informatico,* cit. § 8 sintetizza le attività consentite dopo la sentenza Scurato: «..Il che porta, … a ritenere pienamente legittime, quantomeno: a.1) l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi rientranti nella previsione di cui all'art. 614 c.p. e nei quali si stia svolgendo l'attività criminosa, ove preventivamente indicati (in termini precisi) nella richiesta di intercettazione; b.1) l'intercettazione di comunicazioni tra presenti tramite utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi diversi da quelli ex art. 614 c.p allo stesso modo preventivamente indicati (ma qui anche semplicemente in termini generici di "ambiente", come diremo) nella richiesta di intercettazione.»

molto specifiche, che ci si deve chiedere quanto margine di discrezionalità consentano di attribuire al governo (v. *infra*, § succ.).

Il n.1 del comma parla dell'«attivazione del microfono in conseguenza di apposito comando inviato da remoto» nel rispetto di quanto stabilito dal giudice. Il n.2 tratta dell'attività di documentazione della polizia giudiziaria («2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'articolo 348, comma 4, del codice di procedura penale, su indicazione della polizia giudiziaria operante che è tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'articolo 268 del medesimo codice»). Il n. 3, come si è visto, delimita la categoria delle fattispecie per cui è possibile ricorrere a tale nuovo strumento. Il n.4 si occupa del trasferimento delle registrazioni e della disattivazione del captatore. Il n. 5 prevede che un decreto ministeriale, alla luce della più recente evoluzione tecnologica, individui i requisiti necessari dei programmi *troyan* «al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia». Il n.6 attribuisce un potere di iniziativa, in casi di urgenza, al pubblico ministero; il n.7 si occupa o delle risultanze ottenute che possono essere utilizzate «a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo» e «in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p.». Il n.8, infine, prescrive che «non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede».

Nonostante l'apparente rilevante "quantità" delle norme contenute nella delega, il legislatore non offre un quadro esaustivo delle problematiche connesse al captatore informatico, pure limitato in funzione di cimice virtuale per intercettazioni ambientali. Anche sotto questo profilo il legislatore sembra appiattirsi sulle scelte giurisprudenziali, riconducendo l'uso del *trojan* a quanto già previsto per l'intercettazione tra presenti.

3. Legge delega, principi e criteri

Nel rispetto dell'art. 76 Cost. l'art. 1 c. 84 lett. *e* del d.l. Orlando specifica c l'oggetto della delega al Governo, le intercettazioni ambientali mediante captatori informatici, e detta regole di indirizzo anche molto, forse troppo, specifiche[17].

Principi e criteri che concorrono a definire la «legge quadro» di indirizzo dell'attività delegata[18] paiono individuabili nella prima parte del c. 84 dell'art. 1 là ove si parla di «disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione …avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale….» (lett. *a*), delle « decisioni e dei princìpi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione» (lett. *c*) ovvero della «semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione» (lett. *d*).

La disciplina del captatore informatico, prima ancora di essere coordinata con le norme che, in attuazione della delega di cui alla prima parte del comma 84, regoleranno l'utilizzazione e l'acquisizione dei risultati dell'attività dell'intercettare non potrà non tener conto di tali direttive.

---

[17] Per tutti, seppure risalente, a proposito dei rapporti tra delegante e delegato ai sensi dell'art. 76 Cost. nell'ambito dei quali la legge di delegazione molto specifica limita volutamente la discrezionalità del governo cfr. la voce ancora attuale di A.A. Cervati, *Legge di delegazione e legge delegata,* in *Enc. dir.,* vol. XXIII, Milano 1973, pp. 950 ss.

[18] Là ove si concordi che la locuzione costituzionale non costituisca un'endiadi deve distinguersi tra «principi, vale a dire norme programmatiche ..utilizzabili con riferimento agli "oggetti definiti" » e «criteri direttivi, cioè enunciazioni di finalità da perseguire o di più specifiche modalità idonee a guidare l'attività normativa del Governo» : cfr. ancora A.A. Cervati, *Legge di delegazione e legge delegata*, p. 950 *sub* nota 35 per gli Autori che parlano invece di endiadi; *ivi* p. 951 anche per l'assimilazione dei criteri direttivi a «direttive vincolanti, rivolte a limitare ulteriormente la discrezionalità del legislatore delegato, imponendogli di seguire determinate finalità, di garantire date esigenze, di tenere presenti certi interessi, o, infine, di dare attuazione ai "principi"».

L'attivazione del microfono (n. 1 lett. *e*) sulla base della motivazione del provvedimento giurisdizionale, ad esempio, potrebbe opportunamente considerare lo spazio in cui si trova il dispositivo *target* non solo al fine verificare i requisiti dell'intercettazione domiciliare qualora non si proceda per criminalità organizzata, ma anche al fine di proteggere la riservatezza del terzo estraneo, coinvolto nel procedimento suo malgrado. I verbali delle operazioni (n. 2) dovrebbero tener conto della rilevanza o meno delle conversazioni captate ai fini del procedimento. A tutela della libertà del diritto di difesa, potrebbe anche prevedersi che il giudice non autorizzi l'attivazione del captatore allorché si sia a conoscenza che l'interessato si trova nello studio del difensore.

L'attuale disciplina contenuta nella legge delega e la futura normativa della legge delegata sono entrambe suscettibili di scrutinio di legittimità costituzionale[19] ed entrambe devono essere in linea con le relative norme internazionali di riferimento. Sebbene il legislatore, tra le molteplici funzioni del captatore informatico, si sia limitato a disciplinarne quella meno "eversiva", il captatore in funzione di microspia, anche nei limiti di tale scelta fanno comunque capolino questioni di principio di non poco conto, tipiche dell'attività di intercettazione[20].

[19] Cfr. A.A. Cervati, *Legge di delegazione e legge delegata*, cit., per la sindacabilità della conformità a costituzione anche della legge delega.

[20] L'argomento è ovviamente sterminato.

Emblematicamente si pensi alla (relativamente) recente sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Zakharov c. Russia del 4.12.2015 ove la Corte Edu ha ribadito che requisiti necessari per disporre dell'attività di ingerenza propria dell'attività intercettativa comprendono anzitutto la chiarezza e la qualità della legislazione che deve definire l'ambito di applicazione delle misure, sia con riferimento ai reati per cui è possibile farvi ricorso sia con riguardo alle categorie di persone le cui utenze possono essere sottoposte alla misura.

Alla legge si devono affiancare le procedure di autorizzazione nel corso delle quali l'autorità preposta alla decisione, (nel nostro ordinamento il giudice) deve essere in condizione di valutare le condizioni perché in una società democratica il sacrificio della riservatezza sia ragionevole e proporzionale al fine perseguito. Il cittadino, a sua volta, deve essere reso edotto dei presupposti che, soli legittimano tale sacrificio e che devono essere articolati in modo diverso a seconda del grado di intrusività dei differenti strumenti che comprimono il diritto fondamentale alla *privacy*.

Per la sintesi della pronuncia (reperibile sul sito della Corte) cfr. E.Mariani – S. Basilico, Monitoraggio Corte Edu Dicembre 2015, http://www.penalecontemporaneo.it/d/4541-monitoraggio-corte-edu-dicembre-2015. Per una più ampia analisi, proprio nel contesto delle problematiche del captatore informatico cfr. invece A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e corte europea,* cit., § 4.

La domanda cui l'interprete deve rispondere è se, ed in quale misura, le misure apprestate consentano di ritenere costituzionalmente e convenzionalmente legittime tali intercettazioni "ubiquitarie"[21].

Senza entrare nel dibattito relativo alla necessità di un nuovo diritto fondamentale «alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici", inteso come espressione del più generale "diritto alla dignità" dell'individuo-utente» sulla scorta dell'oramai nota pronuncia del *Bundervefassung*[22] , la presenza dell'organo giurisdizionale nella disciplina di cui al c. 84 lett. e) è sufficiente presidio per gli artt. 14 e 15 Cost. Il problema è l'estensione della funzione di controllo che deve misurarsi con esigenze tecnologiche del tutto inedite.

4. Alla ricerca di un articolato coerente: domande

Solo una riflessione sul futuro articolato che potrebbe predisporre il legislatore delegato può dare la misura dell'impatto delle nuove normative sul sistema delle intercettazioni più in generale.

Nelle disposizioni della legge di delegazione si leggono norme di dettaglio e norme di più ampio respiro. Nell'uno e nell'altro caso il legislatore delegato si troverà a compiere scelte tattiche e strategiche.

Al centro delle norme vi è l'organo giurisdizionale: è il giudice che deve disporre l'attivazione del microfono (n.1), che deve specificare la ragioni per le quali è necessaria «per lo svolgimento delle indagini» (n.3) la particolare forma della captazione in discorso; ed è l'organo giurisdizionale che dovrà convalidare il decreto di urgenza del pubblico ministero (n.6).

---

[21] Il termine è di G. Corasaniti, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali,* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2016, n.1, p. 88.

[22] La sentenza, oggetto di molteplici considerazioni, si può leggere in *Riv. trim. dir. pen.econ.* (2009) . n. 3, pp. 679 unitamente al commento di R. Flor*, Brevi riflessioni a margine della sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sulla c.d.* online Durchsuchung.

Più di recente, alla luce delle ulteriori pronunce della Corte Costituzionale tedesca v. anche A. Venegoni, L. Giordano *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici,* Bundersverfassungsgericht, I° Senat, 20 aprile 2016 - 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09, in *dirittopenalecontemporaneo.it* (8 maggio 2016).

Un altro gruppo di disposizioni si occupa degli obblighi della polizia giudiziaria che deve «avviare la registrazione audio», autonomamente o dando specifiche indicazioni ai propri ausiliari *ex* art. 348 c. 4 c.p.p. e redigere il verbale delle relative operazioni (n. 2)

Molte norme autorizzano diverse opzioni applicative. Con riferimento all'attivazione del microfono, ad esempio, è sufficiente l'indicazione del giudice ? con riguardo a quale circostanza ? ed ancora: di tale attivazione deve essere redatto verbale ?

La delega fa riferimento al verbale delle operazioni esplicitamente solo a proposito dell'inizio della registrazione; sul punto il n. 2 della lett. *e* si riferisce al «verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'articolo 268 del medesimo codice». Il rinvio è ai primi due commi dell'articolo, ai sensi del quale «le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale. Nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate.».

La norma deve essere adattata ad un'attività molto diversa, che non si protrae nel tempo; ma che, come si intuisce dal n.4, comporta il *trasferimento* delle registrazioni, quando ciò è possibile, ovvero solo quando lo strumento *target* è *on-line* [23].

Come si può verificare l'utilizzo dei programmi così come predisposti ai sensi del n. 5 ? Non dovrebbe, poi, essere necessario prevedere un costante e periodico aggiornamento di tali *software* ?

Il n.7, relativo alla circolazione dei risultati, contiene una locuzione ("reati") diversa dall'art. 270 c.p.p., che fa riferimento ai "procedimenti" con riguardo sia al procedimento di origine che a quello di destinazione. Il legislatore ha scelto un approccio diverso solo per questa particolare fattispecie ? Analoghe osservazioni

[23] Per i dettagli tecnici cfr. S. Aterno, *Il Trojan dalla A alla Z. Esigenze investigative e limitazioni della privacy: un bilanciamento necessario*, cit.

suggerisce il n.6 a proposito del potere del pubblico ministero in caso di urgenza, la cui formulazione è molto più specifica dell'attuale art. 267 c.2 c.p.p.

Infine, il futuro legislatore deve fare i conti con una indicazione («non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede», n.8) che ripete l'invito di cui alla lett. *a*) dell'art. 84 a tutela della riservatezza in relazione appunto alle «persone occasionalmente coinvolte nel procedimento». Si tratta di due modalità di tutela, a seconda della diversa forma che assumono le intercettazioni tra presenti per mezzo del captatore informatico ?

4.1. Una proposta di garanzia

Le norme si prestano a diverse letture. L'interpretazione che maggiormente tutela i diritti fondamentali in gioco è d'obbligo[24].

La legge delega si cura espressamente di tutelare i diritti della persona della riservatezza e della genuinità di quanto raccolto. La disciplina dei diritti di difesa dell'indagato rimane sottintesa e deve integrarsi con le norme del Capo IV del Titolo III del terzo libro codice di rito, intitolato alle «intercettazioni di comunicazioni e conversazioni».

Anche le scelte topografiche hanno il loro significato.

E' inevitabile che l'attuazione della delega relativa alle intercettazione ambientali per mezzo del *trojan horse* debba anzitutto integrarsi con quanto il legislatore delegato disporrà in attuazione della prima parte dell'art. 84, volta a

[24] Nelle note che seguono si riportano le relative disposizioni che il legislatore delegato ha formulato in attuazione della delega anche per sottolineare le (diverse) scelte governative.

Il testo, licenziato a metà novembre del 2017 dal Consiglio dei Ministri, è in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale ed è disponibile in rete: lo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n.103*, invero, è disponibile quale *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare* della Camera dei deputati n. 472. Ai sensi dell'art. 9 dello *Schema di decreto* le disposizioni in tema di captatore informatico, peraltro, si applicheranno solo «alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto».

precisare le modalità di selezione ed acquisizione al processo dei risultati delle intercettazioni, di qualunque tipo esse siano.

Alla disciplina delle intercettazioni tra presenti per mezzo del *virus* può essere opportunamente dedicato un nuovo articolo (un 266*ter* ?)[25]. Non è possibile però esaurirne la regolamentazione all'interno di una sola disposizione senza inserire i necessari rinvii agli altri articoli del capo IV cit.

Sotto una rubrica dedicata alle «intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili» un primo comma dovrebbe descriverne i limiti di ammissibilità, distinguendo tra la criminalità organizzata e gli altri reati di cui all'art. 266 c.1 c.p.p. nel rispetto di quanto previsto dal n. 3 della lettera *e)* del comma 84[26].

Un secondo comma potrebbe occuparsi del contenuto del provvedimento del giudice che, per consentire il dovuto controllo sulla legittimità della misura, soprattutto da parte dei difensori, dovrebbe argomentare circa:

1. i gravi indizi della sussistenza di uno dei reati di cui al n. 3 lett. *e)* c. 84
    a. qualora si proceda per reati diversi dai delitti di cui all'art. 51 c. 3*bis* e 3*ter* c.p.p.) e si debba procedere ad un'intercettazione domiciliare l'indicazione dei luoghi ove si «si sta svolgendo l'attività criminosa»;
2. l'indispensabilità dello strumento (*ex* art. 267 c.1 c.p.p);

[25] Il legislatore non ha ritenuto opportuno disciplinare il nuovo fenomeno del *trojan horse* in un'unica disposizione.

L'art. 4 dello *Schema di decreto legislativo* citato, intitolato alle *Modifiche al codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico* modifica singole disposizioni del codice inserendovi di volta in volta il riferimento al captatore informatico.

[26] Nell' interpolare le singole disposizioni del codice l'art. 4 *ult.cit* (c. 1 lett. *a* n.1) . prevede che siano aggiunte in fine «al comma 2, primo periodo» relativo alle intercettazioni di comunicazioni tra presenti le seguenti parole «che [riferito appunto alle intercettazioni tra presenti] può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile».

E' la seconda parte della norma (art. 4 *ult. cit.*, c. 1 lett.a n. 2) che, dopo l'art. 266 c. 2, inserisce la precisazione relativa ai reati di criminalità organizzata. Il nuovo art. 266 c. 2 bis reciterà :«l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3*bis* e 3*quater*».

3. «le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini» (n.3 lett. *e)* c. 84)[27] e il riferimento al programma utilizzabile nel rispetto delle specifiche ministeriali[28];
4. le modalità circa l'attivazione del microfono (n.1 lett. *e)* c. 84)[29];

Un terzo comma dovrebbe contenere la disciplina dettata dal n. 6 lett. *e)* c. 84 relativa ai poteri che il rappresentante dell'accusa può esercitare in caso di urgenza «limitatamente» ai delitti di cui all'art. 51 3*bis* e 3*quater* c.p.p., con decreto che «dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini», decreto che richiede la convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore[30].

Un quarto comma dovrebbe specificare in dettaglio il contenuto del verbale sulle operazioni effettuate dalla polizia, o meglio dagli ufficiali di polizia (in coordinamento con l'art. 267 c.4) circa l'attivazione del microfono, l'ora di inizio e

---

[27] Ai sensi del futuro art. 267 c. 1, in fine (come interpolato dall'art. 4 *ult.cit.*, c. 1 lett.*b,* n. 1) «il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.».

[28] Tale profilo è disciplinato attraverso le più opportune modifiche delle norme di attuazione. L'art. 5 dello *Schema di decreto legislativo* citato, intitolato alle *Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale* prevede (c. 1 lett. *a* n. 1 e 2) che al comma 1 dell'art. 89 disp. att. c.p.p. sia aggiunto, in fine, il seguente periodo: «quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale indica il tipo di programma impiegato e i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni.».

Dopo il comma 2 del medesimo articolo sono previsti quattro nuovi commi:

«2*bis*. Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili possono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.

2*ter*. Nei casi previsti dal comma 2-bis le comunicazioni intercettate sono trasferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato.

2*quater*. Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate.

2*quinquies*. Al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee di cui all'articolo 348 del codice, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi. Dell'operazione si dà atto nel verbale.».

[29] Cfr. *supra*, *sub* nota 27 il prossimo testo dell'art. 267 c.1 c.p.p.

[30] L'ipotesi sarà disciplinata dal nuovo c. 2*bis* dell'art. 267 inserito nel codice dall'art. 4 c. 1 lett. *b* n. 2 dello *Schema di decreto legislativo.*

di fine della registrazione (n.1 lett. *e)* c. 84). A queste indicazioni dovrebbero aggiungersi a garanzia dell'«originalità e [della] integrità delle registrazioni» (n.4 lett. *e)* c. 84) le informazioni circa il trasferimento delle registrazioni e la disattivazione del captatore (n.4 lett. *e)* c. 84) nonché i programmi (il "virus") utilizzato.

Si potrebbe invece pensare un art. 89*bis* disp. att. che regoli i necessari decreti ministeriali (n.5 lett. *e)* c. 84) di cui, per la particolare materia di cui ci si occupa, bisognerebbe prevedere un aggiornamento periodico almeno annuale dei relativi programmi che dovrebbero essere ovviamente messi a disposizione della difesa, secondo una ipotesi che, legata anche alle altre potenzialità del captatore informatico, avrebbe voluto prevedere anche un registro delle società private fornitrici di tali programmi "certificati" [31].

Con riferimento alla circolazione dei risultati, molto opportunamente la norma àncora la legittima limitazione del diritto alla riservatezza domiciliare ai «reati oggetto del provvedimento autorizzativo» così legittimando una ben precisa interpretazione dei «procedimenti diversi» ove potrebbero essere altresì utilizzati qualora si procedesse per uno dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p. (n.7 lett. *e)* c. 84). La norma potrebbe essere inserita e coordinata come ultimo comma all'art. 270 c.p.p.[32]

Infine qualche osservazione sul n.8 lett. *e)* c. 84) («non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede») che non sembra necessitare di una disciplina autonoma rispetto a quanto già dettagliatamente previsto nella prima parte del c. 84.

Le proposte indicate non sono univocamente imposte dalla legge delega, ma sono le più attente ai diversi diritti coinvolti: non sarebbe, ad esempio, condivisibile

[31] Cfr. ampiamente la proposta di legge n. 4260 (XVII legislatura), presentata il 31 gennaio 2017 alla Camera dei deputati, primo firmatario on. Quintarelli.

[32] Ai sensi dell'art. 4 c. 1 lett. d) dello *Schema di decreto legislativo* all'articolo 270, dopo il comma 1, è inserito il seguente: «1-bis. I risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.».

appiattire i presupposti per le intercettazioni in discorso alla "necessità" circa le ragioni della particolare modalità delle intercettazioni tra presenti, che la legge delega, in difetto di altre indicazioni, aggiunge, non sovrappone, ai principi generali in tema di limitazione del diritto alla riservatezza. Analogamente, prevedere che il giudice richiami le specifiche ministeriali di cui al n.5 lett. *e* c. 84, è un ulteriore presidio nei confronti di abusi.

Le scelte aprono una domanda di fondo in ordine alle eventuali sanzioni in caso di inosservanza.

A questo proposito non vi è ragione di disporre un'ingiustificata eccezione rispetto alla inutilizzabilità dei risultati già oggi prevista in caso di omessa o insufficiente motivazione dell'organo giurisdizionale ai sensi degli artt. 267 e 271 c.1 c.p.p. e, espressamente in caso di omessa convalida, a norma dell'art. 267 c.2 c.p.p. Si tratterebbe di aggiungere all'art. 271 c.1 c.p.p. il più opportuno rinvio alle nuove disposizioni[33].

Laddove si condivida l'ampio contenuto della verbalizzazione della polizia giudiziaria ai fini di garanzia circa l'uso di uno strumento che ha potenzialità molto più ampie di quelle per cui al momento può essere impiegato, si dovrebbe anche convenire sulla previsione della inutilizzabilità dei relativi risultati in caso di inosservanza[34].

5. All'inizio di una storia ancora tutta da scrivere

Non ha una fine la vicenda che si è cercato di ricostruire.

La legge delega in tema di captatore informatico costituisce solo l'inizio della riflessione che, auspicabilmente prima che poi, dovrà indurre il legislatore a regolare in dettaglio l'enorme intrusività del *troyan horse.*

[33] In effetti ai sensi dell'art. 4 dello *Schema di decreto legislativo*, c. 1 lett.*e* n. 1 e 2 all'articolo 271 «dopo il comma 1, è inserito il seguente: «1*bis*. Non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo.»; 2) al comma 3, dopo le parole: «previste dai commi 1» sono inserite le seguenti: «, 1*bis*».

[34] Ovviamente l'abuso è reato: cfr. a questo proposito l'articolo già citato di L. Picotti.

A tal proposito può anche non essere necessario pensare, come è accaduto in Germania, alla configurazione di un nuovo diritto costituzionale[35]. Ma certo dovrà essere garantito il rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione, previste dalla Costituzione per la limitazione dei diritti di libertà.

Alcune delle norme che entreranno a far parte dell'articolato codicistico, anche se formulate in modo diverso da quello qui suggerito, inizieranno a erodere un sistema appiattito sul ricorso a collaudate discipline (quali la riserva giurisdizionale) per disciplinare i nuovi fenomeni tecnologici[36]. L'attenzione verso la predisposizione di *software* che non consentano abusi, in particolare, anticiperà la soglia delle garanzie su frontiere che bisognerà imparare a governare. La rilevanza, e forse la riscoperta[37], della motivazione del giudice, sia con riferimento alle attività sensibili da eseguirsi sia con riguardo ai reati per cui cui solo è possibile disporre l'intercettazione imporrà significati diversi all'obbligo motivazionale.

Il "grande fratello" è tra noi. Per combatterlo bisogna conoscerlo e soprattutto disciplinarlo.

Abstract
In the text she presented in Rome in June 2017, the Author comments the section of the l. 103/2017 concerning the informatical "Trojan Horse". She discusses the parliamentary debates that led to its introduction, as well as its jurisprudential root in the judgement of the Hight Court "Scurato". The Author also outlines some criteria for the future delegate legislator, while adding the text of the legislative decree that is about to be published on the Official Journal. Eventually, she points out the open questions raised by one of the most intrusive legal tools introduced in our legal systems in the last years.

[35] Sulla polemica cfr. il documento dei docenti torinesi e le differenti posizioni assunti in particolare da R. Orlandi, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici,* in *www.archiviopenale.it*, 25 luglio 2016.

[36] In generale sull'argomento cfr. S. Marcolini, voce *Prove atipiche (dir.proc.pen.*) e L. Parlato voce *Perquisizioni on line*, entrambi appena pubblicati negli *Annali* vol. X dell'*Enc.dir.*, 2017, rispettivamente pp. 601 ss. e 695 ss.

[37] In tal senso qualche spunto in L. Giordano, *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo,* cit.,p. 184.

Keywords
Trojan Horse.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

II Sessione: ***I captatori informatici***

Introduzione di Paolo Tonini

Professore emerito di Diritto processuale penale, Università di Firenze

Nelle loro relazioni Teresa Bene e Francesca Ruggieri hanno illustrato le problematiche della delega contenuta nella *riforma Orlando*[1]. Le relatrici hanno spiegato cos'è il captatore, quali insidie esso presenta a livello giuridico e quale dovrebbe essere il modo migliore per regolamentarlo nel rispetto dei principi costituzionali.[2]

Nella sessione odierna Donatella Curtotti ed Enrico Mancuso affronteranno ancora il tema del captatore, ma negli aspetti non toccati dalla delega contenuta nella *riforma Orlando*. È una problematica che si può definire residuale; ma oltre a questo non voglio dire, perché rischierei di anticipare i contenuti delle relazioni.

Il punto di partenza per illustrare il diritto vivente in materia è la nota sentenza delle Sezioni unite che si è pronunciata su un caso nel quale, in un procedimento per criminalità organizzata (art. 13 d.l. n. 152 del 1991), il giudice per le indagini preliminari aveva autorizzato una intercettazione tra presenti mediante un captatore informatico (*virus trojan*) installato su di un dispositivo digitale portatile[3]. L'intercettazione doveva avvenire nei luoghi in cui si trovava il dispositivo in uso ad una determinata persona e le conversazioni da captare erano quelle tra tale persona e altre presenti nel luogo «nel quale era ubicato in quel momento il portatile». La sentenza delle Sezioni unite ha enunciato i seguenti princìpi di diritto in relazione al tipo di captatore utilizzato nel caso di specie.

1) «Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante

[1] Legge 23 giugno 2017, n. 103, «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», pubblicata nella Gazz. Uff. 4 luglio 2017, n. 154.

[2] Un esame approfondito della materia è contenuto nella recente monografia di M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano 2017, alla quale rinviamo anche per la documentazione bibliografica.

[3] Cass., sez. un., 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 10 (2016), p. 3546.

l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer, tablet, smartphone*, ecc.) - anche nei luoghi di privata dimora *ex* art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa».

2) «Per reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell'art. 51 c.p.p., commi 3-*bis* e 3-*quater*, ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, *ex* art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato».

Sempre secondo le Sezioni unite, dall'art. 2 della Costituzione deriva l'inutilizzabilità delle risultanze di specifiche intercettazioni che, nelle modalità di attuazione o nei loro esiti, siano direttamente lesive della dignità della persona umana.

La medesima sentenza ha dato atto che mediante il captatore informatico possono essere compiute attività ulteriori rispetto a quelle per le quali sono stati formulati i suindicati princìpi. Dette attività, sulle quali le Sezioni unite non si sono pronunciate, sono le seguenti:

a) mettere in funzione la *web camera* permettendo di carpire le immagini;

b) perquisire l'*hard disk* e fare copia totale o parziale delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira;

c) decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*).

Si tratta di attività che incidono su diritti fondamentali in relazione ai quali la Costituzione impone che i casi e modi delle eventuali limitazioni siano previste per legge. Ritengo che, in assenza di una normativa sul punto, tali attività, in quanto atipiche, siano precluse in base al «principio di non sostituibilità» che è stato

enunciato in passato dalle Sezioni unite[4] e che è stato così formulato, da ultimo, dalla S.C. [5]: «quando il codice stabilisce un divieto probatorio oppure un'inutilizzabilità espressa, è vietato il ricorso ad altri strumenti processuali, tipici od atipici, finalizzati ad aggirare surrettiziamente un simile sbarramento»[6].

Fatta questa premessa, a me spetta il compito di sottolineare, ancora una volta, che i menzionati mezzi di ricerca della prova pongono problemi nuovi sia per lo scienziato, sia per il giurista. D'altra parte, è inevitabile che il processo penale della modernità richieda tra i due saperi una sinergia, anche se si tratta di un coordinamento difficile da operare[7].

Allo scienziato noi giuristi poniamo parecchie domande. Gli chiediamo di operare in modo da assicurare il minor sacrificio possibile per il diritto alla *privacy*. Ad esempio, gli chiediamo se è possibile conoscere quando il dispositivo captante è in un domicilio privato o no; e questo sembra possibile[8].

E ancora, chiediamo allo scienziato se è possibile accertare che il *virus trojan* si è impossessato del sistema operativo del bersaglio senza modificare la condotta penalmente rilevante del titolare di tale sistema informatico[9]. Questo mi sembra ancora da chiarire e c'è da chiedersi se lo scienziato possa dare una risposta rasserenante.

E poi, chiediamo allo scienziato se è possibile fare una copia clone di quello che è stato captato mediante *internet*[10]; e anche questo è un punto centrale sul quale occorre fugare molti dubbi. Chiediamo, inoltre, se un contraddittorio *ex post* sulla

[4] Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 1 (2004), p. 30 e in CED 225467; Cass., sez. un., 19 aprile 2012, Pasqua, in CED 252893.

[5] Cass. pen., sez. V, 27 marzo - 7 settembre 2015, n. 36080, Sollecito, in www.giurisprudenzapenale.com, p. 27 della motivazione in diritto (n. 4.3.2)

6 Si veda, per la formulazione del principio, C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, p. 274.

[7] O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano 2005; C. Conti, *Il processo si apre alla scienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3 (2010), p. 1204; F.M. Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2 (2012), p. 698.

[8] Cfr. F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 11 (2016), p. 4140.

[9] S. Aterno, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. disc. pen. (agg.)*, 2014, pp. 217-247.

[10] S. Aterno, *L'acquisizione di dati personali tra misure antiterrorismo e intromissioni nella privacy*, in *Arch. pen.*, 1 (2016), p. 3.

correttezza del metodo utilizzato risulti idoneo a vagliare la genuinità della prova acquisita[11].

Infine, sollecitiamo gli esperti a dirci se è possibile ottenere un *report* affidabile delle operazioni compiute in successione dal captatore fin dall'inizio della sua attività (e cioè, una sorta di "catena di custodia informatica"), perché questa è una garanzia di difesa non rinunciabile in un processo accusatorio nel quale l'accusa deve eliminare ogni ragionevole dubbio sulla genuinità della prova a carico[12].

Vi sono poi le domande che, come processualisti, poniamo al giurista. Devo constatare che non c'è accordo tra dottrina e giurisprudenza sui problemi giuridici che devono essere affrontati. E questo provoca le conseguenze di cui parlerò più avanti.

Nelle loro relazioni Teresa Bene e Francesca Ruggieri hanno dato le risposte a livello di princìpi generali. Da parte mia, ho accennato che abbiamo di fronte una materia che ha tanti aspetti ancora ambigui, tra i quali uno in particolare incide su tutti gli altri.

Il primo problema sta nel fatto che vi è una difficoltà anche soltanto nell'identificare le categorie giuridiche nelle quali classificare gli strumenti tecnici. Faccio un esempio: del captatore sono state date almeno otto definizioni giuridiche differenti[13].

Altro esempio: per le perquisizioni *on line* vi è un problema di collocazione della materia. Ebbene, la giurisprudenza e la dottrina collocano l'istituto nei modi più vari. Le perquisizioni *on line* ora sono fatte rientrare tra le perquisizioni tipiche ai sensi dell'art. 247 o del 247-*bis*; ora sono fatte rientrare tra le intercettazioni ai sensi dell'art. 266 o del 266-*bis*; ora sono fatte rientrare tra il sequestro comune o tra il sequestro di corrispondenza ai sensi dell'art. 254 o del 254-*bis*; ora, infine, viene

[11] Un riferimento importante in materia è dato dalla sentenza Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in CED 234267. In dottrina, P. Tonini, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 3 (2011), p. 821.

[12] Sul punto, si veda l'intervento che sarà svolto successivamente da S. Aterno.

[13] Cfr. M. Torre, *Il captatore informatico*, cit., pp. 18-23.

utilizzata la categoria della prova non tipica[14]. Anche questo è un problema di non poco conto.

Un ulteriore esempio sta nella definizione quanto meno opinabile di documento informatico che è contenuta nel Codice dell'amministrazione digitale del 2005[15]. Eppure, il prodotto ottenuto dal captatore informatico o dalla perquisizione *on line* deve fare i conti con tale nozione. Ebbene, secondo il citato Codice del 2005, "informatica" sarebbe la rappresentazione del fatto giuridicamente rilevante. Niente di più errato. Informatico è l'incorporamento della rappresentazione del fatto. Gli studi di Alessandro Malinverni fin dagli anni Sessanta hanno chiarito che la rappresentazione può essere operata con parole, con immagini, con gesti, con suoni[16].

Distinta dalla rappresentazione è l'incorporamento su di una base materiale[17]. Oggi noi sappiamo che quello che ci dà problemi è l'incorporamento, perché il documento informatico è fragile e può essere modificato sia dall'autore dello stesso, sia da un delinquente. L'esempio fatto serve per ricordare che, prima ancora dei problemi sollevati dal captatore, vengono aspetti definitori e di teoria generale del diritto che la dottrina e la giurisprudenza tradizionali non hanno ancora chiarito in tema di documento informatico[18].

Il secondo problema sta nella constatazione che gli studiosi non sono d'accordo nell'identificare i beni giuridici che sono interessati dai nuovi strumenti

[14] Cfr. Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2010, n. 16556, Virruso, in CED 246954.

[15] Art. 1, comma 1, lett. p, decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale: «Ai fini del presente codice si intende per (…): p) documento informatico: la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

[16] A. Maliverni, *Teoria del falso documentale*, Milano 1958; Id., *Fede pubblica (delitti contro la), a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, p. 69.

[17] «La scrittura, la fotografia e la cinematografia sono modalità di incorporamento su di una base materiale»: P. Tonini, *La prova penale*, 4 ed, Padova 2000, 193. Più in generale, Id., *Il documento informatico: problematiche civilistiche e penalistiche a confronto*, in *Corriere giuridico,* 3 (2012), p. 432,

[18] Mi permetto di rinviare al *Manuale di procedura penale*, 18^ ed., Milano 2017, p. 364.

captativi: alcuni propendono per la *privacy*[19], altri per il domicilio informatico[20], altri per la dignità della persona umana[21]. La scelta provoca conseguenze differenti.

Il terzo problema sta nel fatto che in dottrina sono state proposte le soluzioni più varie nel costruire i princìpi che servono al fine di superare il contrasto tra le contrapposte esigenze che si manifestano nella regolamentazione della materia. Da un lato, ci si è chiesti se occorre fare riferimento alla prova incostituzionale[22], che purtroppo è una teoria incerta e discussa. Oppure, se bisogna richiamare il principio di non sostituibilità dello strumento tipico, quando quello non tipico tende a violare un divieto probatorio[23]. O ancora, se bisogna affidare il bilanciamento tra interessi opposti direttamente al giudice, o invece sia opportuno attribuirlo al legislatore.

Vi è poi una quarta problematica che è comune a tutta la prova scientifica. Ci si deve chiedere come il giurista deve trattare la prova acquisita mediante captatore. Da un lato, noi pretendiamo che i tecnici applichino il miglior metodo; e cioè vogliamo che siano adottati i protocolli internazionali di repertazione e le buone prassi in materia di catena di custodia. Certamente si tratta di una posizione irrinunciabile, ma non è esaustiva per l'attendibilità della prova. Infatti, dopo aver richiesto il metodo di repertazione e le buone prassi in materia di catena di custodia, occorre valutare la dichiarazione che è stata registrata; e qui vengono in gioco necessariamente le regole di esperienza. La questione è: quali regole di esperienza?

In passato ho posto la domanda se possiamo accontentarci della regola secondo cui quello che avviene nella maggior parte dei casi è avvenuto anche in quel

---

[19] S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in Cass. pen. 7 - 8 (2010), pp. 2855 e ss. Parla di "riservatezza informatica", F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Riv. trim. diritto penale contemporaneo*, 3-4 (2014), p. 332.

[20] M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 9 (2015), pp. 1163 e ss.; C. Maioli – E. Sanguedolce, *I "nuovi" mezzi di ricerca della prova fra informatica forense e L. 48/2008*, consultabile al seguente url: http://www.altalex.com, 30 novembre 2015.

[21] C. Conti, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2 (2013), p. 485.

[22] V. Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. Cost.*, (1973), p. 341; C Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, p. 172.

[23] C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale,* cit., pp. 274 e ss.; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2016, p. 106.; G. Quagliano, *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Dir pen. proc.*, 8 (2017), pp. 1058 e ss.; M. Torre, *Il captatore informatico,* cit., pp. 90 e ss.

caso; e ho risposto in senso negativo[24]. Un esempio può chiarire l'assunto. Secondo la giurisprudenza, ciò che un pentito dice in sede di intercettazione corrisponde a verità e non sono necessari riscontri[25]. Così, quando il pentito parla davanti al giudice, è necessaria la *corroboration* (art. 192, commi 3 e 4); viceversa, quando il pentito è intercettato, come per incanto i riscontri non sono più necessari. Mi chiedo se è accettabile la massima di esperienza secondo cui l'intercettazione contiene la verità; eppure, questa è una giurisprudenza granitica in materia.

Il problema è che ciò non può considerarsi scientificamente accettabile. Teniamo presente che il metodo, che usiamo per tutelare la nostra salute, richiede che sia operato un tentativo di smentita. Pare ragionevole venir meno al metodo scientifico quando sono in gioco anni di galera e l'onore di una persona? O forse dovremmo pretendere che le medesime cautele, con le quali tuteliamo la nostra salute, debbano essere trasferite nel processo penale e, di conseguenza, chiedere i riscontri a quello che un dichiarante afferma nell'intercettazione?

Le questioni poste dalla materia appaiono quasi inesauribili, e ciò deriva dalla constatazione che il captatore informatico e le perquisizioni *on line* hanno una capacità invasiva totale sulla vita delle persone. Le regole sui mezzi di ricerca della prova subiscono torsioni al limite dell'accettabilità dei princìpi tradizionali di affidabilità e di garanzia.

In un incontro di studio a cui ho partecipato presso la Scuola superiore della Magistratura nel marzo del 2017 il procuratore generale Nello Rossi ha posto il problema di come i nuovi strumenti possano influire sugli equilibri generali del processo penale. Ha constatato che risultano alterati non solo i poteri dell'accusa e della difesa, ma anche i rapporti tra le indagini preliminari e il dibattimento, poiché

[24] *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 11 (2011), p. 1341.

[25] Per una serrata critica alla giurisprudenza in materia si veda A. Fiaschi, *Le intercettazioni eteroaccusatorie: non sono necessari i riscontri?*, in *Dir. pen. proc.*, 6 (2016), p. 1650.

le prime tendono sempre più ad avere un peso preponderante.[26] Si tratta di aspetti di novità dei quali occorre tenere conto.

Vi è poi una considerazione da fare all'esito del ragionamento che abbiamo condotto. La materia può provocare nel giurista due atteggiamenti che sono contrastanti. Si può restare sgomenti di fronte alla capacità invasiva delle nuove tecniche di captazione al punto di maturare una pulsione di rigetto. Sentimento di per sé giustificabile in nome della tutela della *privacy*.

Ma si deve parimenti restare turbati quando si tiene conto che la criminalità organizzata opera ormai con tecniche di elusione che mettono fuori gioco le intercettazioni legali di tipo passivo[27]. La criminalità sfrutta gli strumenti esistenti, che assicurano l'inaccessibilità delle comunicazioni e delle conversazioni. Tutti sappiamo che alla prima schermata di *whatsapp* viene promesso che le comunicazioni saranno criptate. Basti pensare che *Google* ha saputo resistere al Governo degli Stati Uniti. La criminalità sfrutta le innovazioni della tecnica per i suoi fini illeciti. Di fronte a ciò, possiamo affermare che deve essere configurabile una sorta di "legittima difesa" del processo penale contro le aggressioni alla sua finalità di accertare i fatti.

Soltanto attraverso il captatore informatico e le perquisizioni *on line* è possibile un recupero di efficacia accertativa in favore del processo penale. La situazione attuale pone una alternativa secca e non eludibile, e in ciò ci troviamo d'accordo con quanto affermato dal procuratore generale Nello Rossi. O riconduciamo le nuove tecnologie ad un uso processuale ragionevole ed equilibrato previsto dalla legge al fine di utilizzare i risultati delle indagini nel processo, o dobbiamo rinunciare ad accertare proprio i reati più gravi.

Posto così il problema, la soluzione è quella tracciata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: in una famosa sentenza sulla prova del DNA la Consulta

[26] Si veda A. Camon, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 4 (2017), 425.

[27] M. Zonaro, *Aspetti tecnici e operativi per l'utilizzo di un innovativo strumento di intercettazione, in Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà*, consultabile al seguente url: http://www.parolaalladifesa.it.

ha affermato che l'esigenza di acquisire la prova di un reato costituisce «un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità»[28].

Il principio va letto insieme al più recente insegnamento sul bilanciamento dei princìpi, contenuto nella sentenza costituzionale sull'Ilva. Mi limito a riportarne i passaggi più importanti sul punto. «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana (...) richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato (sia) dal legislatore nella statuizione delle norme (sia) dal giudice delle leggi in sede di controllo (...) secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»[29].

Ritengo che quelle tracciate da una giurisprudenza illuminata siano le coordinate irrinunciabili per risolvere i problemi sia di diritto positivo, sia *de iure condendo*.

[28] Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Cass. pen.*, 2 (1997), 315.
[29] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, commentata in *Dir. pen. proc.*, 10 (2014), 1153.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Donatella Curtotti

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Foggia

Il captatore informatico nella legislazione italiana*

SOMMARIO: **1. I contenuti della delega. – 2. Cos'è il captatore informatico. – 3. Una logica legislativa imperscrutabile tra attese e delusioni degli esperti. – 4. La rivoluzione copernicana in materia di intercettazioni tramite captatore informatico. Uno sguardo d'insieme. – 5. Le intercettazioni ambientali condotte tramite "cimici informatiche". – a. *I controversi aspetti di una disciplina dai "labili confini"*. – 6. Il "comando" come *input* captativo. – 7. L'ambito applicativo del *virus* di Stato: l'aporia della "riforma Orlando". – a. *Il decreto autorizzativo "rafforzato"*. – 8. Le vicende successive alla captazione. La catena di custodia e la distruzione del *virus*. I captatori "legali". – 9. Il "ripensamento" del legislatore. La salvaguardia della riservatezza.**

1. I contenuti della delega

La legge 23 giugno 2017, n. 103[1] prevede, nell'esercizio della delega di cui al comma 82, che vengano attuati decreti legislativi recanti una nuova forma di intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti attraverso l'immissione, in dispositivi elettronici portatili, del c.d. captatore informatico[2].

Il comma 84 contempla criteri direttivi (il comma parla, altresì, di "principi", dei quali tuttavia si ritiene non esservi traccia relativamente al tema in esame) al

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

[1] Atto Camera n. 4368 – XVII Legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, già approvato dal Senato della Repubblica il 15 marzo 2017 (A.S. n. 2067), consultabile al sito *www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0050460.pdf*. Il 14 giugno 2017 il testo viene approvato in via definitiva, con il voto di fiducia, dalla Camera dei Deputati. Il 2 novembre 2017 il Consiglio dei Ministri approva il decreto legislativo c he riforma la disciplina delle intercettazioni. Per i primi commenti della riforma sul tema *de qua*, si rinvia a AA. VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale,* in G. SPANGHER (a cura di) *Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario,* Pisa 2017; A. Camon, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen*., 2 (2017), pp. 1-18; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont*., 3 (2017), pp. 79-95, M. Gianluz, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazioni della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni,* ivi, 3 (2017), pp. 173-205; C. Parodi, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici",* in *www.magistraturaindipendente.it*; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.,* 1 (2016), pp. 98 s.; Id., *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 19 marzo 2017; Id., *Aggiornamenti sulla "Riforma Orlando" sul processo penale,* in AA.VV., *Treccani- Il Libro dell'anno 2017*, Roma 2017, 695 ss.; P. Tonini-F. Cavalli, *Le interecettazioni nelle circolari delle procure della repubblica*, in *Dir. pen. proc*., 6 (2017), pp. 705 709; M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano 2017, 143 ss. Per un commento sulla bozza di d.lgs., v. Redazione Giurisprudenza Penale, *Intercettazioni: il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo di attuazione della "riforma Orlando" (legge 23 giugno 2017, n. 103,* in *www.giurisprudenzapenale.com,* 5 novembre 2017.

[2] L'espressione è proposta, in sostituzione di quella di "*virus*", dal Presidente D'Ascola, nella seduta del 1 agosto 2016 in sede di II Commissione Permanente.

quale il legislatore delegato dovrà attenersi nel disciplinare l'istituto.

I criteri sono molto dettagliati, tanto da far pensare ad una veste normativa pressoché definitiva. Il solo dubbio che ha, da subito, investito lo studioso è la sua collocazione nelle norme dedicate alle intercettazioni, ben potendosi prevedere tanto un nuovo comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p., con un'integrazione degli artt. 268 e 269 c.p.p. per la parte operativa, ovvero un art. 266-*ter* c.p.p., comprensivo dell'intera previsione.

In realtà, da una prematura analisi dello schema del decreto legislativo in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni attuativo della delega (di cui non si dirà altro proprio in ragione dell'imprevedibilità della sua veste normativa definitiva) il legislatore pare aver preferito integrare il comma 2 dell'art. 266 c.p.p. La scelta, a parere di chi scrive, non è condivisibile. La previsione avrebbe bisogno di un autonomo comma, se non addirittura di un'autonoma norma, vista la mole di problemi giuridici, tecnici ed ermeneutici che questa nuova forma di intercettazione porrà agli operatori del diritto.

Rimanendo sulla delega, i criteri prevedono che: 1) l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice; 2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'art. 348 comma 4 c.p.p., su indicazione della polizia giudiziaria operante che è tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p.; 3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. soltanto qualora *ivi* si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 266 comma 1 c.p.p.; in ogni caso il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato

soltanto verso il *server* della procura così da garantire originalità e integrità delle registrazioni; al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante; 5) siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente comma, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia; 6) fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 7) i risultati intercettativi così ottenuti possano essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e possano essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p.; 8) non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede.

2. Cos' è il captatore informatico

In tema di investigazioni tecnico-scientifiche, nessuna considerazione giuridica può prescindere dalla conoscenza tecnica (seppur superficiale) dello strumento con il quale le indagini vengono condotte; ciò perché i nuovi ritrovati della tecnica e delle scienze non offrono solo nuove modalità di esecuzione di "vecchi istituti processuali" ma, spesso, rappresentano attività inedite, "casi" e "modi" originali, che mal si conciliano con le categorie probatorie esistenti e richiedono un'attenta analisi dello studioso, degli operatori del diritto e della

giurisprudenza, sulla loro compatibilità con le libertà costituzionali che tendono ad invadere. Molte di queste nuove modalità investigative, invero, sono inquadrabili tra i mezzi di ricerca della prova. E tra queste un posto di centrale rilievo, vuoi per la attualità della disciplina normativa vuoi per minaccia ai presidi difensivi, riveste l'uso del captatore informatico nel processo penale.

Il c.d. captatore informatico, usando la terminologia scelta dal legislatore delegante è un *software* che, in maniera nascosta, s'infiltra (manualmente in modalità *off-line,* o attraverso internet, con attività si *social engeneering* o agendo sulle *defaiances* dell'apparecchio elettronico) in apparati informatici come *smartphone,* computer e *tablet,* e – con comandi attivati a distanza – compie molteplici attività, esportando i relativi risultati informativi verso il *server* cui è collegato. Può intercettare flussi di comunicazioni tra sistemi informatici e telematici (posta elettronica, messaggistica come *whatsapp,* conversazioni *Voip* come *Skype,* attività di *screenshot* e di *keylogger*), attivare microfono e/o telecamera, attivare rilevatori GPS, eseguire attività di *Trojan*, vale a dire entrare nella memoria dei dispositivi in cui sono conservati i dati[3]. Ogni singola attività può essere abilitata a distanza e, analogamente, disabilitata, ma solo dal momento in cui il comando arriva al captatore (ciò vuol dire che può avvenire contestualmente all'invio del comando oppure in maniera ritardata, non appena la linea internet si ripristina). Allo stesso modo, l'esportazione dei dati verso il *server* può non avvenire in tempo reale (per indisponibilità della rete internet), nel quale caso i dati vengono custoditi nell'apparato infettato in attesa della disponibilità d'invio.

[3] Sul punto, e per una panoramica "tecnica", si veda Procura della Repubblica presso la Corte di Cassazione, *Memoria per la camera di consiglio delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016*, in *www.questionegiustizia.it.* Sotto il profilo giuridico, *ex multis,* L. Annunziata, Trojan *di Stato: l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatic*o, in *Parola alla difesa*, 1 (2016), p. 189; A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante* virus *informatico tra processo penale italiano e corte europea*, in *Cass. pen.*, 5 (2016), pp. 2275 s.; M. Di Stefano-B. Fiammella, *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'attività investigativa (profili di* intelligence*)*, Milano 2015, p. 164; G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici* (trojans) *nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 7 ottobre 2016, p. 2; W. Nocerino, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale,* in *Cass. pen.*, 10 (2016), p. 3567; M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., pp. 13 ss. Un richiamo, sul punto, alla *macro*-classificazione operata da G. Ziccardi, *Parlamento Europeo, captatore informatico e attività di* hacking *delle Forze dell'Ordine: alcune riflessioni informatico-giuridiche,* in *Arch. pen.*, 2017, p. 1, secondo cui le operazioni realizzabili attraverso i captatori informatici sono distinte in: operazioni per il controllo dell'*hardware* del dispositivo; operazioni per l'acquisizione delle informazioni scambiate sul dispositivo; operazioni per il controllo dei contenuti.

3. Una logica legislativa imperscrutabile tra attese e delusioni degli esperti

Da molti anni la dottrina auspicava un intervento normativo sull'uso del c.d. captatore informatico nel processo penale[4], ancor prima che la giurisprudenza si accorgesse dell'emergenza legata al suo comune impiego in ambito investigativo, alla mancanza di una specifica regolamentazione codicistica e al coinvolgimento di interessi di respiro costituzionale.

Le sentenze in argomento sono poche, concentratesi negli ultimi otto anni; le prime[5] impegnate a trovare una soluzione ermeneutica al variegato uso del captatore informatico, soprattutto come forma intercettativa delle comunicazione telematiche e come modalità di acquisizione di materiale contenuto negli archivi informatici degli apparati "infettati", le ultime[6] investite solo dei dubbi in merito all'uso di tale innovazione come tipologia di intercettazione delle conversazioni tra presenti attraverso l'attivazione a distanza del microfono.

Il *self-restraint* dell'oggetto d'interesse della giurisprudenza di legittimità è il riflesso della scelta degli organi di polizia di ridurre l'uso investigativo del captatore informatico limitandolo, altresì, alla sola intercettazione tra presenti; ciò a far data dal 2015 quando è emerso prepotentemente il rischio di intrusioni illecite nei data

[4] Prima di tutti gli altri, S. Aterno, *Mezzi atipici di ricerca della prova e nuovi strumenti investigativi informatici: l'acquisizione occulta da remoto*, *Memberbook IIsfa*, Forlì 2011.

[5] Già nel 2009 la Suprema Corte si è pronunciata circa la possibilità di avvalersi di un simile strumento investigativo al fine di acquisire dei documenti contenuti in un dispositivo elettronico. Nel caso di specie i giudici hanno considerato che l'attività condotta tramite *virus* informatico, volta a captare «un flusso unidirezionale di dati», ovvero una «relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico» non costituirebbe intercettazione di comunicazioni ma prova atipica. Cfr., Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, in *CED Cass.*, n. 246954. Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, Bisignani, *ivi,* n. 254865; Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, Ryanair, in *Cass. pen.*, 4 (2013), pp. 1523 ss.

[6] Cass., sez. VI, 26 maggio 2015, Musumeci, in *Dir. giust.,* 29 giugno 2015; Cass., sez. VI, 10 marzo 2016, Scurato, in *www.penalecontemporaneo.it*; Cass., sez. VI, 3 maggio 2016, Marino, in *Quot. Giur.*, 2016; Cass., sez. VI, 13 giugno 2017, in *Dir. pen. cont.,* 9 (2017), con commento di L. Giordano, *La prima applicazione dei principi della sentenza "Scurato" nella giurisprudenza di legittimità, ivi*, pp. 183-191; Cass., sez. V, 20 ottobre 2017, Occhionero, in *www.archiviopenale.it*. Sul punto anche diverse pronunce di merito. Cfr. Tribunale di Modena, 28 settembre 2016, in *www.giurisprudenzapenale.com*; Tribunale di Milano, 13 maggio 2016, in *www.dejure.it*; Tribunale di Palermo, sez. riesame, 11 gennaio 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*; Tribunale di Roma, sez. I, 10 agosto 2015, in *www.dejure.it*.

base delle aziende produttrici dei *software* di controllo da remoto[7].

Dall'ultima sentenza espressasi sull'uso del captatore come strumento di "perquisizione nascosta"[8], solo nel 2015 la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della questione invocando, tra l'altro, l'intervento delle Sezioni Unite[9]; intervento, probabilmente, prodromico al sorgere di contrasti interpretativi che la materia avrebbe generato di lì a poco.

Con una decisione abbastanza condivisibile, di cui si parlerà a breve, la giurisprudenza italiana pareva aver sopito dubbi ed emergenze investigative, seppur limitatamente al captatore informatico come "cimice ambientale". Si legge che «è consentito dar luogo ad un'intercettazione di comunicazioni tra presenti, mediante l'istallazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, anche nei luoghi di privata dimora e senza necessità di indicare nel decreto autorizzativo i luoghi in cui tale attività possa essere espletata, con il solo requisito di doversi trattare di procedimento relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica (a norma dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991)»[10].

Nelle more del deposito della motivazione delle Sezioni Unite, in Parlamento si comincia ad assistere ad un repentino e confuso movimento di "infiltrazione" di proposte di modifica al disegno di legge n. 2067, sulla riforma del processo penale, aventi come oggetto la disciplina dei captatori informatici.

In sede di lavori della II Commissione Permanente del Senato, si succedono molteplici emendamenti, tutti a modifica del testo principale di discussione (n. 36.4000) che, tuttavia, inizialmente prevedeva anche l'utilizzo del captatore informatico per l'accertamento dei reati di cui all'art. 416 c.p. Gli emendamenti sono molteplici, quasi una decina, discussi prevalentemente nella seduta del 22 giugno

[7] Ci si riferisce alla società milanese di *Information Technology* denominata *"Hacking Team*" che nel luglio 2015 è rimasta vittima di un attacco *hacker* per effetto del quale molto materiale altamente riservato è stato reso di pubblico dominio.

[8] Cfr., Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, cit.

[9] Cass., sez. VI, 10 marzo 2016, Scurato, cit.

[10] Così Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, in *www.penalecontemporaneo*.

2016, prima quindi del deposito della motivazione delle Sezioni Unite. Degno di nota è l'emendamento n. 35.133 (relatori Orellana, Battista) teso da un lato ad eliminare i profili più critici della disciplina come la possibilità che le intrusioni vengano effettate da personale esterno alle forze di polizia, nelle forme dell'art. 348 comma 4 c.p.p., e dall'altro a potenziare le garanzie difensive prevedendo che «al termine delle indagini, sia dato il diritto alla difesa di ottenere la documentazione relativa a tutte le operazioni eseguite tramite captatori, dall'installazione fino alla loro rimozione, nonché la possibilità di chiedere al giudice di verificare che il captato re utilizzato rispetti i requisiti previsti dalla normativa vigente».

In Senato, il 22 settembre 2016, i relatori presentano l'emendamento depurato dall'ipotesi dell'art. 416 c.p., precisando che: «al fine di consentirne un impiego efficace e allo stesso tempo rispettoso della *privacy* dei cittadini, l'utilizzo di questo strumento rimane sempre consentito, ma con specifica motivazione del giudice, per reati gravi tra cui mafia e terrorismo, ma non per la generica associazione a delinquere (art. 416 c.p.)», richiamando in tal senso la coerenza con la motivazione delle Sezioni Unite.

Da quel momento in poi, l'emendamento segue le sorti legislative del disegno di legge nel quale è ospitato.

Vale la pena di ricordare che in nessun emendamento l'uso del captatore informatico è stato previsto per attività diverse dall'attivazione del microfono, differentemente da quanto proposto invece in disegni di legge approdati in Parlamento ma mai discussi, sebbene la disciplina fosse, a parere di chi scrive, più completa ed esaustiva.

Per un verso, il disegno di legge d'iniziativa della deputata Greco, del 2 dicembre 2015, che prevedeva una modifica dell'art. 266 *bis* c.p.p. in materia di intercettazioni informatiche e telematiche. Per altro, quello d'iniziativa dei deputati Quintarelli, Catalano, nel quale l'impiego del "captatore legale" era previsto nell'ambito di tutti i mezzi di ricerca della prova, nel rispetto delle garanzie individuali. Questa previsione appare la più opportuna, riuscendo a coniugare le

esigenze di difesa sociale, legate alla necessità investigativa di intercettare flussi di comunicazioni altrimenti non intercettabili, perché criptate, come ormai quasi tutti le forme di comunicazione di natura telematica, e le istanze difensive di "monitoraggio" della correttezza dell'operato della polizia giudiziaria.

Il limite principale, infatti, della presente delega è l'aver ristretto l'uso del captatore alla sola attività di intercettazione tra presenti attraverso l'attivazione del microfono; attività dall'utilità investigativa alquanto ridimensionata.

4. La rivoluzione copernicana in materia di intercettazioni tramite captatore informatico. uno sguardo di insieme

E' da accogliere con favore l'attenzione posta dal legislatore ad un tema "caldo" come quello delle intercettazioni a mezzo di captatore informatico: da argomento "di nicchia" - materializzatosi nelle aule di giustizie per iniziativa di alcune procure - la *quaestio* relativa all'utilizzabilità del *virus* informatico nel processo penale diventa, nel giro di poco tempo, elemento centrale del panorama giuridico[11] e dottrinale[12] nonché il fulcro del dibattito politico e parlamentare[13].

---

[11] Nel giro di poco più di un anno, infatti, si sono avvicendate svariate pronunce dei giudici di legittimità che, con pareri non sempre conformi, hanno fornito il proprio contributo sul tema. Cfr., Cass., sez. VI, 26 maggio 2015, cit.; Cass., sez. VI, 10 marzo 2016, Scurato, cit.; Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.; Cass., sez. V, 20 ottobre 2017, Occhionero, cit.

[12] *Ex multis,* T. Alesci, *L'intercettazione di comunicazioni o di conversazioni tra presenti con il* Trojan *horse è ammissibile anche nei luoghi di privata dimora per i reati di criminalità organizzata*, in *Proc. pen. giust*., 5 (2016), pp. 28 ss.; G. Amato, *Reati di criminalità organizzata: possibile intercettare conversazioni o comunicazioni con un "captatore informatico"*, in *Guida dir.,* 34-35 (2016), pp. 76 ss.; S. Aterno, Digital forensics *(investigazioni informatiche),* in *Dig. disc. pen.* (agg.), 2014, pp. 217 ss.; G. Barrocu, *Il captatore informatico: un* virus *per tutte le stagioni,* in *Dir. pen. proc.,* 3 (2017), pp. 379 ss.; A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen*., 1 (2017), pp. 91 ss.; F. Cajani, *L'odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen*., 11 (2016), pp. 4139 ss.; S. Colaiocco, *Nuovi mezzi di ricerca della prova: l'utilizzo dei programmi spia*, in *Arch. pen.*, 1 (2014); P. Di Stefano, *Grande fratello si, intercettazioni con lo* smartphone *ma solo per la criminalità organizzata,* in *Foro it.,* 9 (2016), pp. 513 ss.; G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici* (trojans) *nelle intercettazioni "fra presenti"*, cit.; P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma,* in *Proc. pen. giust*., 5 (2016), pp. 118 ss.; L. Filippi*, L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia,* in *Arch. pen*., 2 (2016), pp. 348 ss.; S. Furfaro, *Le intercettazioni "ambulanti" nei processi di criminalità organizzata tra garanzie costituzionali ed esigenze di controllo,* in *Arch. pen.,* 2 (2016); L. Giordano, *Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzioni di garanzia del decreto autorizzativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 marzo 2017; F. Giunchedi, *Captazioni "anomale" di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine*?, in *Proc. pen. giust*, 2014, pp. 133 ss.; W. Nocerino, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale,* cit.; M. Torre*, Il* virus *di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc*., 2015, pp. 1163 ss.; V. Testaguzza, *I sistemi di controllo da remoto: tra normativa e prassi, ivi*, 2014, pp. 759 ss.

Il legislatore, consapevole dei rischi connessi all'utilizzo dell'inedito strumento di indagine[14], ritiene di non poter più procrastinare l'adozione di una disciplina *ad hoc* che si propone di offrire una regolamentazione - tutt'altro che esaustiva, stante la "fretta" dell'intervento riformatore - della nuova tecnica di intercettazione[15]. Allo stesso modo, è da apprezzare lo "spirito progressista" del legislatore nazionale che, discostandosi dai più recenti orientamenti europei che conferiscono al captatore una finalità preventiva[16], intende attribuire al *virus*

---

[13] Cfr. Proposta di legge C. 3470, 2 dicembre 2015, *"Modifica all'articolo* 266-bis *del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche",* disponibile al sito *www.camera.it/leg17/126?idDocumento=3470*; Proposta di legge C. 3762, 20 aprile 2016, *"Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici",* su *www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46768.htm*. Si veda, inoltre, Atto Camera n. 4260 – XVII Legislatura, *"Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni concernenti la disciplina dell'intercettazione di comunicazioni telematiche e dell'acquisizione di dati ad esse relativi",* in *www.camera.it.* Per una puntuale disamina delle summenzionate proposte legislative, M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., 49 s.

[14] Nelle trattazioni dottrinali, così come nelle pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto il tema delle intercettazioni, l'analisi dei profili costituzionali ruota intorno all'art. 15 Cost. che, al comma 1, definisce "inviolabili" la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione e al comma 2 prescrive che una qualunque limitazione possa avvenire «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge». Inoltre l'art. 8 Cedu garantisce ad ogni persona «il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Si veda, per tutte Corte e.d.u., 6 settembre 1978, Klass e alt. c. Germania, punto 41. Per il comma 2 non può esservi «ingerenza della pubblica autorità» nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia «prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per a sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Cfr., *ex multis*, A. Camon, *Commento all'art. 15*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna 1977, pp. 88 ss.; Id., *Le intercettazioni nel processo penale,* Milano 1996, 33 ss.; G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni,* Milano 1983, pp. 8 ss.; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino 2007, pp. 63 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale,* Padova 1992, pp. 243 ss. Un richiamo anche all'art. 14 Cost., che estrinseca il principio dell'inviolabilità del domicilio. Se per domicilio si intende «uno spazio isolato dall'ambiente esterno, adibito allo svolgimento di atti della vita privata e dal quale il soggetto o i soggetti titolari abbiano inteso normalmente escludere la presenza di terzi» (cfr. Cass., sez. V, 26 ottobre 2012, P.L., in *Massimario. it.,* 44 (2012)) difficilmente può negarsi la sua operatività nella fase di intromissione nel sistema informatico. La necessità di proteggere i diritti fondamentali avverso da possibili abusi tramite intercettazioni a mezzo di *virus trojan*, è stata oggetto del recente discorso tenuto dal Garante della *Privacy* a Roma. Cfr., A. Soro, *Relazione sull'attività svolta nel 2016,* Roma 6 luglio 2017, disponibile al sito *www.garanteprivacy.it*.

[15] In verità il legislatore con la riforma in esame recepisce gli appelli di molti processualpenalisti, affinché intervenisse «con specifiche disposizioni a regolare la materia nell'adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti». Cfr., *Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. 'trojan'): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani,* 7 ottobre 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[16] La Germania costituisce un importante punto di riferimento in materia, essendo stato il primo Paese europeo ad autorizzare forme di captazione occulta mediante strumenti di controllo a distanza e, nel contempo, a dubitare sulla liceità degli stessi. In particolare, la possibilità di utilizzare questo specifico *software* per condurre attività di *intelligence* è stata introdotta nel *Land Nord Rhein Westfalen*, dove si autorizzava un organismo di *intelligence* a «protezione della costituzione» ad effettuare due tipi di indagine: il monitoraggio e la ricognizione segreti di Internet e l'accesso segreto a sistemi informatici. Sulla questione è intervenuta nel 2008 la Corte costituzionale tedesca che, pur dichiarando la suddetta normativa incostituzionale, non ha escluso in

informatico funzione repressiva[17].

Altrettanto rilevante ed apprezzabile è l'interesse della riforma ad aspetti propriamente "tecnici" che ineriscono alle funzionalità del *virus*; pur se nel solo intento di disciplinare le potenzialità del captatore informatico, per la sola attivazione del microfono del dispositivo in cui viene inoculato e inibendo, così, il complesso di attività esperibili con lo strumento in esame[18].

---

assoluto l'ammissibilità di tale strumento di indagine: l'utilizzo di programmi spia, non equiparabile *in toto* alle intercettazioni di comunicazioni, permettendo una raccolta a distanza di dati non legata al luogo in cui il soggetto fisicamente si trova, viene considerato come una violazione del nuovo «diritto alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici» configurando come un controllo "onnipresente" della vita degli individui, da limitare a precise e determinate circostanze. In dottrina, R. Flor, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del* Bundesverfassungsgericht: *la decisione del 27 febbraio 2008 sulle* Online Durchsuchung *e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul* data retention, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, pp. 359 ss. Quasi contemporaneamente alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana - pur nella diversità delle argomentazioni e conclusioni cui approda - la Corte costituzionale tedesca è tornata ad affrontare il tema dei limiti alle investigazioni compiute con strumenti di sorveglianza occulta. Nell'occasione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata "*Bundeskriminalamtgesetz* ", che disciplina i compiti e l'attività della forza di polizia federale (*Bundeskriminalamt*) e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi. Cfr., *Bundersverfassungsgericht*, 20 aprile 2016, 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09. In dottrina, A.Venegoni-L. Giordano, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici,* 8 maggio 2016, in *www.penalecontemporaneo.it.*

[17] Anche in Olanda è stata proposta l'introduzione del *virus* informatico che consentirebbe alla polizia, su autorizzazione del giudice, di monitorare l'uso del sistema informatico, copiare i dati in esso contenuti e addirittura distruggerli, se illegali. Analoga proposta è stata avanzata dal Ministro della giustizia spagnolo nel febbraio del 2013: attraverso una modifica degli artt. 350, 351, 352 del *Codigo Procesal Penal* si prevede infatti la di installare da remoto uno specifico *software* di indagine che permetta di avere accesso ai dati contenuti in un sistema informatico, all'insaputa dell'utente, e di "perquisirlo". Tale forma di monitoraggio dovrebbe essere autorizzata dal *Tribunal de Garantías*, per una durata massima di dieci giorni, qualora la misura appaia necessaria e proporzionata per l'accertamento di un reato di particolare gravità. La proposta si preoccupa altresì di specificare quale debba essere il contenuto del mandato, ossia, oltre alla motivazione in ordine alla idoneità, necessità e proporzionalità della misura, l'indicazione dello specifico dispositivo oggetto d'indagine, dei dati ricercati, dei soggetti autorizzati a condurre l'indagine e l'eventuale autorizzazione ad effettuare copia, con misure idonee a garantirne l'integrità, dei dati rilevanti. È presa altresì in considerazione l'eventualità che l'autorità procedente abbia ragione di ritenere che i dati e le informazioni ricercate siano contenute in un diverso sistema informatico. In tal caso, se quest'ultimo è comunque situato nel territorio spagnolo, si ammette l'estensione dell'indagine, sempre se autorizzata dal *Tribunal de Garantías*, altrimenti si pretende il ricorso ai meccanismi di cooperazione giudiziaria. Per approfondimenti si veda M. Serafini, *In Spagna proposto il* trojan *di stato. Modifiche al codice di procedura penale: la polizia potrà usare* software *per spiare i sospettati su pc, telefoni e tablet*, 7 giugno 2013, in *www.corriere.it.*

[18] Per dovere di completezza, si precisa che, inibendo al *virus* ogni funzione diversa dalla mera attivazione del microfono del dispositivo in cui viene inoculato, si superano le criticità evidenziate dalla giurisprudenza di legittimità in tema di videoriprese di comportamenti non comunicativi nell'ambito del domicilio, affette, in quanto illecitamente acquisite, da inutilizzabilità. Nel 2006 la Suprema corte amplia la portata del concetto di domicilio, fino a quel momento sostanzialmente limitata ad abitazioni private e luoghi analoghi. Confermando la distinzione già prospettata tra immagini non comunicative e non, la Suprema corte ha prospettato tre differenti discipline a seconda del luogo in cui la captazione è effettuata. Nei luoghi domiciliari le videoriprese di immagini non comunicative sono senz'altro vietate, a pena di inutilizzabilità. Nei luoghi riservati, in cui manca la stabilità dello *ius excudendi alios* (esistendo il diritto solo se l soggetto è presente sul luogo) ma sussiste «un'aspettativa di riservatezza maggiore rispetto ai luoghi pubblici», tutelato *ex* art. 2

Va detto però che le linee guida della legge delega in materia di captazioni tramite *virus* informatico sembrano scontrarsi con la *ratio* ispiratrice della riforma in tema di intercettazioni: se, da una parte, il legislatore impone al Governo - nell'esercizio della delega conferitagli - un rigoroso rispetto del diritto alla riservatezza delle comunicazioni e conversazioni telefoniche e telematiche, nell'ottica del principio di proporzione e adeguatezza, dall'altra, estendendo – di fatto – la portata del rinnovato istituto, la riforma non rende effettivo il diritto degli individui all'identità personale e alla *privacy*, dando luogo, *tout court*, ad un "grande fratello"[19].

Sembra, quindi, che il *leitmotiv* che accompagna la legge delega in materia di intercettazioni – e più in generale, l'intera riforma – sia rappresentato dalla necessità di "salvare" il processo penale rinunciando alle garanzie fondamentali per gli individui che in esso risultano coinvolti.

5. Le "intercettazioni ambientali" condotte tramite "cimici informatiche"

Si ritiene che i singoli criteri presentino lacune e criticità, nonché profonde contraddizioni e imprecisioni tecniche.

Il primo spunto di riflessione deriva dall'*incipit* della lett. *e* del succitato comma 84 che – con estrema superficialità – inquadra l'attività captativa condotta tramite *virus* informatico nell'ambito delle «intercettazioni di conversazioni o

Cost., sono consentite le videoriprese di immagini non comunicative, purché disposte con provvedimento dell'autorità giudiziaria, fornito di congrua motivazione (sul punto cfr. Cass., sez. I, 10 luglio 2007, Susinni, in *CED Cass.,* n. 237502). Nei luoghi pubblici, le videoriprese possono essere effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, anche di propria iniziativa. In questi ultimi due casi le videoriprese possono essere utilizzate come prova atipica; negli altri casi – al di fuori del processo penale – le videoriprese sono "documenti", *ex* art. 234 c.p.p. Così Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, 4344 ss. In dottrina v. S. Beltrani, *Le videoriprese? Sono una prova atipica ma le Sezioni unite non sciolgono il nodo*, in *Dir. e giust.*, 2006, pp. 34 ss.; M.L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3950; F. Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, *ivi,* 2006, p. 3945.

[19] La possibilità di monitorare, segretamente e senza limiti spazio-temporali, ogni attività che il soggetto conduce, non può che stridere con le prerogative di riservatezza sancite sia a livello costituzionale che sovranazionale. La necessità della misura, nell'ambito di una società democratica, che garantisca la tutela dei diritti dei singoli e della collettività, «impone il giusto bilanciamento tra le esigenze di tutela degli interessi generali e la protezione dei diritti individuali». Così Corte e.d.u., 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1990, pp. 334 ss.

comunicazioni tra presenti», di cui all'art. 266 c.p.p., in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali che hanno preceduto l'intervento riformatore[20].

La possibilità di inquadrare l'attività in esame nell'ambito delle intercettazioni non risulta così scontata, potendo reggere solo «a patto che oggetto della captazione sia effettivamente una comunicazione e non anche dati [non comunicativi] già presenti e memorizzati all'interno dei dispositivi informatici»[21].

Nulla questio, dunque, se l'attività di captazione tramite agenti intrusori fosse circoscritta alla captazione di un flusso comunicativo intercorrente tra due o più soggetti; e, in effetti, il legislatore rispetta tale "sillogismo": proprio al fine di equiparare le intercettazioni tramite captatore a quelle tradizionali, circoscrive le potenzialità dello strumento alla sola apprensione di comunicazioni e conversazioni.

Un dato, tuttavia, appare assai dubbio: il legislatore delega il Governo alla sola disciplina delle «intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti», mentre nessun cenno viene fatto alle «comunicazioni informatiche o telematiche»[22], che, dunque, non risultano essere interessate dalla riforma *de qua.*

Lungi dal rappresentare una dimenticanza, la volontà di escludere le intercettazioni di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. dal *genus* di attività espletabili tramite *virus* sembra, *prima facie*, una scelta discutibile.

In realtà, la *quaestio* non appare del tutto nuova nel panorama giuridico attuale. Già nel 2015, infatti, in sede di conversione del c.d.

---

[20] «Appare evidente che, quanto alla qualificazione giuridica dell'attività d'indagine condotta tramite questo nuovo strumento di captazione, non può che farsi riferimento alle c.d. intercettazioni "ambientali": il che trova conferma nel fatto che sia la sentenza Musumeci che l'ordinanza di rimessione , pur difformi in punto di limiti ed ambito di operatività e di utilizzabilità degli esiti dell'intercettazione, convergono nell'inquadrare tale attività investigativa nella cornice delle intercettazioni». Così Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., p. 11 ss.

[21] Si esprime così M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 25.

[22] Di cui all'art. 266-*bis* c.p.p., ai sensi del quale «Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologia informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi».

decreto antiterrorismo, fu stralciata la norma che avrebbe portato alla modifica dell'art. 266-*bis* c.p.p.[23]: il d.l. 7/2015[24] mirava, in sostanza, ad introdurre nelle indagini penali i captatori informatici per acquisire da remoto il flusso di comunicazioni e dati contenuti in un sistema informatico[25]. Troppo pericoloso sarebbe stato l'innesto. Il succitato articolo, infatti, nel delineare l'ambito applicativo delle intercettazioni informatiche o telematiche, richiama il criterio qualitativo di cui all'art. 266 comma 1 c.p.p., che inerisce a tutta una serie di fattispecie delittuose assai diversificate tra loro – ma, sul piano edittale, di entità assai inferiore – rispetto ai reati di terrorismo oggetto della legge.

Se quella scelta appariva assolutamente condivisibile sia in ragione della *ratio* della novella[26], sia in relazione al tipo di attività invasive che, a seguito dell'intervento riformatore, sarebbero diventate legittime[27], la soluzione adottata dall'attuale legislatore risulterebbe ingiustificata.

---

[23] Sul punto C. Conti- P. Tonini, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2014, 480 ss.; C. Conti-M. Torre, *Spionaggio informatico nell'ambito dei* social network, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino 2014, p. 419 s.; S. De Flammineis, *Le intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc*., 2013, p. 988; G. Vaciago, Digital Evidence. *I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Torino 2012, pp. 69 ss.

[24] D.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, in l. 17 aprile 2015, n. 43, disponibile al sito *www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/04/20/15A02961/sg*.

[25] Tentativi simili venivano presentati anche nelle proposte di legge C. 3470 del 2 dicembre 2015 (Proposta di legge d'iniziativa della deputata Greco, *Modifica all'articolo 266*-bis *del codice di procedura penale*, *in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche*) e C. 3762 del 20 aprile 2016 esito (Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Quintarelli e Catalano, *Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici*). Sulle prospettive *de jure condendo*, G. La Corte, *Il* trojan: *le intercettazioni nell'era digitale a contrasto della criminalità organizzata*, in *Giur. pen.* web., 6 (2017), pp. 15 ss.

[26] Dal 2015, la strategia posta in essere dal legislatore nazionale si muove lungo due linee direttrici: la prima passa per il sistema penale ed è volta a creare misure idonee per la repressione del fenomeno, prevedendo nuove norme incriminatrici ed ampliando il campo di applicazione di quelle preesistenti; la seconda, parallela e complementare, si muove sul terreno delle misure di prevenzione, contrastando una vasta gamma di attività preparatorie rispetto alla possibile commissione di reati di matrice terroristica. Si propizia, quindi, una sempre più stretta sinergia tra prevenzione e repressione, con evidenti raccordi tra servizi di sicurezza e organi inquirenti. Per approfondimenti, S. Colaiocco, *Brevi note a margine della legge n. 43 del 2015 in tema di lotta al terrorismo*, in *Arch. pen*., 2015, pp. 640 ss.; A. Guazzarotti, *Risoluzione antiterrorismo del Consiglio di sicurezza e tutela dei diritti in Europa: le strategie esclusive delle Corti Europee*, in *Studium iuris,* 2014, pp. 23 ss. In tema anche M. C. Amorosi, *Terrorismo, diritto alla sicurezza, e diritti di libertà: una riflessione intorno al decreto legge n. 7 del 2015*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 27; N. Ronzitti, "Foreign terrorist fighters" *e legge antiterrorismo*, in *Riv. dir. internaz*., 2015, pp. 881 ss.

[27] «Non si tratta di una semplice intercettazione, che parte da un certo momento in poi, ma si tratta dell'acquisizione di tutte le comunicazioni fatte in digitale dal proprio computer violando il domicilio informatico dei cittadini e riunendo quattro differenti metodologie di indagine: le ispezioni, le perquisizioni, l'intercettazione delle comunicazioni e l'acquisizione occulta di documenti e dati anche personali. In pratica si rende possibile entrare nei computer delle persone e di guardare nel loro passato usando *software* nascosti». Così S. Quintarelli, *Il disegno di legge antiterrorismo contiene una norma anticostituzionale*, 26 marzo 2015, in *www.ilpost.it*.

Proprio come nel caso di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra presenti, anche per le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, l'oggetto della captazione sarebbe stato limitato al solo scambio di informazioni intercorrente tra due o più soggetti non *de visu* ma mediante sistemi computerizzati.

Si esclude che il legislatore possa aver negato l'utilizzo del captatore nei casi di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. per "restringere" la portata applicativa dello strumento: come sarà meglio precisato in seguito[28], la legge estende notevolmente il perimetro di impiego del captatore informatico, ammettendolo per tutte le fattispecie delittuose per cui sono consentite le intercettazioni "classiche".

Illogico sarebbe stato estromettere dalla *maxi* riforma l'art. 266-*bis* solo per non consentire al captatore informatico di operare nel caso di reati informatici, per la cui repressione il *virus* sarebbe stato assolutamente efficace[29].

La *ratio* di tale esclusione, allora, potrebbe essere rintracciata nella volontà del legislatore di attribuire allo strumento una precisa funzionalità.

Nell'ottica riformista, il *virus* dovrebbe essere paragonato, *tout court*, alle tradizionali microspie, non potendo rappresentare altro che il mezzo attraverso cui condurre intercettazioni ambientali[30]: il captatore, in sostanza, non sarebbe altro che una "cimice informatica".

Ipotesi, questa, suffragata dal prosieguo normativo: al punto 1) della lett. *e*, il legislatore limita l'attività del *malware* alla sola attivazione del microfono del dispositivo infettato.

---

[28] Sul punto, vedi infra § 4.

[29] Cfr., art. 615-*quinquies* si mira a reprimere la "diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico" (così come modificato dalla l. 18 marzo 2008, n. 48), ovvero tutti i programmi rientranti sotto la categoria di *malicious software* (o *malware*). Attraverso l'art. 615-*quinquies* si mira dunque a reprimere la diffusione di questi codici maligni (indipendentemente dalla scopo per cui sono creati), e costituisce reato la distribuzione di supporti contenenti *malware,* o la loro diffusione attraverso reti telematiche (non è pertanto punita la creazione o la semplice detenzione di tali *software*).

[30] Il legislatore evita, in tal modo, di incorrere in ulteriori criticità, destate dalla necessità proteggere il domicilio informatico. Per approfondimenti, *ex multis*, V. Callegari, *Violazione di domicilio informatico*, in *Studium juris*, 2006, pp. 732 ss.; L. Cuomo*, La tutela penale del domicilio informatico*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 2998 ss.

a. *I controversi aspetti di una disciplina dai "labili confini"*

Una volta individuata l'attività consentita al *virus* informatico, diversi risultano gli aspetti controversi.

In primo luogo ci si chiede se la compressione delle potenzialità del *malware* sia il frutto di una consapevole scelta di un "illuminato" legislatore che inibisce la sua piena realizzazione nel rispetto dei *dicta* in tema di intercettazioni, ovvero rappresenti una "svista" dello stesso che – con superficialità e poca dimestichezza in materia – non si preoccupa di affrontare le questioni giuridiche connesse alle innumerevoli attività espletabili dal captatore.

Gli indizi sono – a parere di chi scrive – assolutamente concordanti. Il richiamo alle sole intercettazioni ambientali – e non anche a quelle informatiche o telematiche – nonché il riferimento all'attivazione del microfono quale unica attività esperibile tramite l'uso del *virus*, fanno presumere che non si tratti di una lacuna normativa, ma di una consapevole scelta limitativa dello strumento *de quo*, con la conseguente legittimità dell'attività di indagine espletata, nel rispetto degli artt. 266 ss. c.p.p.

In secondo luogo, ci si chiede quali possano essere i benefici che la "cimice informatica" – quale microspia ambientale inoculata in dispositivi elettronici portatili – possa apportare all'attività inquirente dal momento che tramite la stessa non si potrebbero apprendere dati ulteriori da quelli ottenibili con i tradizionali mezzi intercettativi.

Un indubbio vantaggio può derivare dalle tecniche telematiche di immissione da remoto, facilitate rispetto al tradizionale accesso fisico al sistema[31], ma sicuramente questo non rappresenta l'unico beneficio ricavabile dall'utilizzo di simili strumenti investigativi. In particolare, tramite l'inoculazione di un *virus* in dispositivi elettronici portatili, gli investigatori riuscirebbero a realizzare intercettazioni

[31] Sugli aspetti tecnici si rinvia a M. Zonaro, *Aspetti tecnici e operativi per l'utilizzo di un innovativo strumento di intercettazione*, in Trojan horse: *tecnologia, indagini e garanzie di libertà*, disponibile al sito *www.parolaalladifesa.it.*

"itineranti" e ad ottenere un bagaglio di informazioni che si spinge ben oltre gli "statici" dati ottenibili mediante le tradizionali cimici istallate in luoghi predeterminati.

Ed è proprio in questo contesto che si rileva il *punctum dolens* dell'attività captativa *de qua*: anche se, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato[32], il decreto autorizzativo delle intercettazioni, *ex* art. 267 c.p.p., non deve indicare precisamente i "luoghi" in cui la captazione deve avvenire[33], tuttavia, risulta assolutamente necessario che lo stesso indichi "specificamente" le situazioni

[32] La giurisprudenza mostra, dunque, un'apertura al "carattere dinamico" dell'attività di controllo, in riferimento ai diversi ambienti potenzialmente frequentabili dal soggetto ad esso sottoposto. Cfr. Cass., sez. VI, 11 dicembre 2007, n. 15396, in *CED Cass.,* n. 239634 (nel caso di specie l'intercettazione di comunicazioni tra presenti aveva ad oggetto la sala colloqui della casa circondariale in cui si trovava l'imputato e le operazioni di captazione erano proseguite presso la sala colloqui della casa circondariale in cui lo stesso era stato successivamente trasferito); Cass., sez. V, 6 dicembre 2011, n. 5956, in *CED Cass.,* n. 252137 (la captazione ambientale era stata trasferita dalla vettura oggetto di autorizzazione ad altra vettura successivamente acquistata dall'indagato sottoposto ad intercettazione). Da ultimo cfr. Cass., sez. IV, 3 febbraio 2016, n. 4484, in *www.processopenaleegiusitizia.it*.: «[S]sono utilizzabili i risultati delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti anche quando nel corso dell'esecuzione intervenga una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione, purché tale variazione rientri nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (Cass., sez. V, 6 ottobre 2011, n. 5956, in *CED Cass.,* n. 252137). In particolare, qualora la persona presa in osservazione abbia acquisito in uso un'altra autovettura, in sostituzione di quella indicata nel decreto autorizzativo della captazione, sussiste la medesima specificità dell'ambiente, concretamente individuato attraverso il riferimento alla frequentazione da parte di quella stessa persona fisica. Parimenti, per le intercettazioni telefoniche effettuate attraverso schede telefoniche diverse da quelle originariamente utilizzate, qualora la persona nei confronti della quale l'intercettazione telefonica sia stata ritualmente autorizzata, utilizzi, per la comunicazione mediante apparecchi di telefonia mobile, schede telefoniche diverse da quella per la quale l'autorizzazione sia stata originariamente disposta, non è necessario un nuovo provvedimento autorizzativo, dovendo ritenersi implicita la sua estensione a tutte le successive utenze telefoniche in uso alla medesima persona (Cass., sez. I, 13 gennaio 2009, n. 7455, in *CED Cass.,* n. 242875)».

[33] La necessità di indicare con precisione il luogo in cui si svolge l'intercettazione tra presenti non è richiesta né dalla legge, né dalla giurisprudenza nazionale o sovranazionale, salvo quando esse debbano avvenire in un domicilio privato.

Assolutamente esplicita è stata, in proposito, la Suprema corte in una sentenza del 1999, secondo cui «l'intercettazione di comunicazione tra presenti richiede l'indicazione dell'ambiente nel quale l'operazione deve avvenire solo quando si tratta di abitazioni o luoghi di privata dimora, secondo l'indicazione di cui all'art. 614 c.p. In tal senso, i locali di uno stabilimento carcerario […] non sono luoghi di privata dimora». Così Cass., sez. VI, 5 novembre 1999, Bembi e altro, in *C.E.D. Cass.,* n. 214972. Laddove, invece, non si tratti di luoghi di privata dimora, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente l'indicazione della tipologia di ambienti in cui deve essere eseguita l'intercettazione. In questo senso, Cass., sez. I, 25 febbraio 2009, Molè, in *C.E.D.* 243044; Cass., sez. II, 8 aprile 2014, Alvaro e altro, in *Cass. pen.*, 2015, 1397. Da ultimo, il principio secondo cui il decreto autorizzativo deve individuare con precisione i luoghi in cui dovrà essere eseguita l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti «non solo non è desumibile dalla legge, ma non risulta essere stato mai affermato dalla giurisprudenza e, inoltre, non sembra costituire un requisito significativo funzionale alla tutela dei diritti in gioco, dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ne fa menzione. Nessun riferimento alla indicazione del luogo della captazione». Così Cass., sez. VI, 10 marzo 2016, Scurato, cit. In questo senso, *ex multis,* G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici* (trojans) *nelle intercettazioni "fra presenti"*, cit., 9.

ambientali (e non il luogo) oggetto di intercettazione[34], ovvero, in alternativa, la definizione delle categorie di persone che possono esserne interessate[35].

D'altra parte, il loro utilizzo potrebbe dar luogo ad una serie indefinita di intercettazioni ambientali domiciliari non autorizzate: il soggetto intercettato potrebbe, infatti, recarsi nei luoghi di privata dimora di altre persone portando con sé il dispositivo su cui il captatore è stato inoculato e permettendo, quindi, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti anche nei confronti di una pluralità di soggetti non preventivamente determinabile, di fatto estranei al decreto autorizzativo[36].

Dunque, il costante richiamo della riforma al rispetto dei «limiti stabiliti nel decreto autorizzativo disposto dal giudice» appare quanto mai "formale" e privo di qualsivoglia risvolto pratico: il telefono cellulare – e, più in generale ogni dispositivo elettronico portatile – è, oramai, uno strumento che accompagna ogni movimento del soggetto ed è ovvio che, se usato con finalità captatorie, è in grado di operare un controllo indiscriminato della vita privata e sociale di ogni individuo, non permettendo all'autorità giudiziaria di

---

[34] Come rilevato dalla giurisprudenza comunitaria, «[…] il contenuto dell'autorizzazione deve identificare chiaramente la specifica persona da sottoporre a sorveglianza oppure l'unico insieme dei luoghi rispetto ai quali viene ordinata l'intercettazione». Così, Corte e.d.u., 18 maggio 2010, Kennedy c. Regno Unito, in *www.osservatoriocedu.eu.* Possiamo, a questo punto, indicare due punti fermi: da una parte, il decreto autorizzativo delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti deve contenere la specifica indicazione dell'ambiente nel quale la captazione deve avvenire solo quando si tratta di luoghi di privata dimora, con la limitazione che, in detti luoghi, tale intercettazioni possono essere effettuate «soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa»; dall'altra, per le intercettazioni di comunicazioni tra presenti da espletare in luoghi diversi da quelli indicati dall'art. 614 c.p. deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti ove questa viene condotta. Così Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ricorso n. 47143/06, 4 dicembre 2015, § 227 ss., in *https://www.strasbourgobservers.com.* Si veda, inoltre, Corte e.d.u.., 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia, ricorso n. 28819/12, 23 febbraio 2016, §43 s., in *https://www.giustizia.it.*

[35] In questo senso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Cfr., Corte e.d.u., Zakharov c. Russia, cit.; Corte e.d.u., Capriotti c. Italia, cit. Cfr., sul punto, A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e corte europea,* cit., pp. 2278 ss.

[36] Sul punto è intervenuta la giurisprudenza di legittimità: «[…] la mancata attuazione, nelle forme prescritte, del preventivo controllo dell'autorità giudiziaria circa l'ammissibilità e le modalità dell'intercettazione, coinvolgendo il diritto, di rango costituzionale, alla riservatezza delle comunicazioni che riguarda non il solo indagato, ma una pluralità non preventivamente determinabile di soggetti, realizza automaticamente una situazione di radicale illegittimità sanzionata, ai sensi dell'art. 271 c.p.p., non solo dalla inutilizzabilità dei risultati, ma dalla fisica eliminazione del materiale ricavato, che il giudice deve disporre d'ufficio in ogni stadio processuale. Ne consegue che non è ammissibile un uso, anche parziale o limitato alla sola fase delle indagini, di un materiale di cui è addirittura prescritta la distruzione». Così Cass., sez. I, 12 novembre 1997, Cuomo e altri, in *CED Cass.*, n. 210182.

indicare e precisare (preventivamente) i luoghi ("l'ambiente") in cui l'attività possa essere svolta, né tantomeno le categorie di soggetti che possono essere oggetto di intercettazione.

6. Il "comando" come input captativo

Apparentemente rassicurante risulta la previsione della subordinazione delle funzionalità del *virus* informatico ad un «apposito comando inviato da remoto» dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'art. 348 comma 4 c.p.p., a nulla bastando «il solo inserimento del captatore informatico». Da mera attività "automatizzata", in sostanza, la captazione diventa un'azione «a uomo presente»[37].

Al punto 2), la riforma aggiunge anche che la polizia giudiziaria sia tenuta ad indicare l'ora di inizio e fine delle registrazioni nel verbale descrittivo delle modalità esecutive di cui all'art. 268 c.p.p.

Nell'ottica del legislatore, dunque, sarebbe ingiustificato un controllo continuo ed indiscriminato del soggetto che detiene il dispositivo "infettato"[38], ritenendo più opportuno che l'attività svolta sia «mirata, giustificata ed opportunamente documentata»[39].

In questo senso, la novella auspica ad un "monitoraggio del monitorante", ovvero la possibilità di attivare/disattivare lo strumento all'occorrenza[40].

Sarebbe possibile, almeno in potenza, selezionare in sede esecutiva i luoghi nei quali il *virus* sarà attivato, inibendo la sua operatività oltre i limiti previsti dal decreto autorizzativo[41].

Attraverso il succitato *escamotage* si potrebbero anche superare le criticità

---

[37] Così, C. Parodi, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici",* cit.

[38] «Le misure di sorveglianza segreta dovrebbero essere applicate solo quando necessario in una società democratica, offrendo adeguate ed effettive tutele di garanzia contro l'abuso». Così Così Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ricorso n. 47143/06, 4 dicembre 2015, § 227 ss., cit.

[39] M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali,* cit., p. 147.

[40] La tecnologia offre una simile possibilità. Cfr., F. Cajani, *L'odissea del captatore informatico*, cit., pp. 4140 ss.

[41] In questo senso, R. Romanelli, *Rilievi conclusivi rispetto alla delega in discussione al Senato*, in Trojan horse: *tecnologia, indagini e garanzie di libertà*, cit.

avanzate in relazione all'impossibilità di predeterminare gli spostamenti del soggetto controllato e, conseguentemente, l'impossibilità di predeterminare i luoghi oggetto di captazione – necessario nei casi di cui all'art. 266 comma 2 c.p.p.[42] – ovvero i soggetti destinatari del provvedimento[43]: l'autorità giudiziaria potrebbe, proprio come nei "tradizionali casi di intercettazione", indicare nel decreto autorizzativo i luoghi nei quali il dispositivo potrà essere attivato da remoto.

Se da un punto di vista strettamente tecnico l'attività sopra descritta pare possibile, insorgono problemi in sede attuativa: risulta, infatti, assai improbabile e inverosimile che la polizia giudiziaria operi «senza soluzione di continuità[44]», dando luogo ad intercettazioni "intermittenti".

Ciò almeno per due ordini di ragioni. In primo luogo, ove venisse previsto un controllo costante del captatore, per disattivarlo nel rispetto dei limiti indicati nel decreto autorizzativo, si realizzerebbe «un "dispendio" di personale di ingente rilievo»[45].

In secondo luogo, il *malware* rischierebbe di perdere la sua peculiarità di agente intrusore "fantasma": l'attivazione e la disattivazione continua potrebbero provocare un repentino esaurimento della carica del dispositivo infettato, nonché un evidente consumo del traffico dati dell'utente, con il rischio che il soggetto intercettato percepisca la presenza del *virus*[46].

Ancora una volta, dunque, la legge delega compie una scelta

---

[42] Sul punto vedi infra §4.

[43] Così, M.S. De Nozza, *Intercettazioni mediante* trojan: *la decisione delle sezioni unite*, in *www.sicurezzaegiustizia.it.*

[44] Si esprime così M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali,* cit., p. 43.

[45] La criticità è ben evidenziata da C. Parodi, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici",* cit. Sulla questione, Convegno IISFA, *Digital Investigation, Digital Forensics, Cyber Crime, Cyber Espionage: the State of Art,* Milano, 20 maggio 2017.

[46] Come evidenziato, «l'attribuzione del termine Cavallo di Troia ad un programma o, comunque ad un file eseguibile, è dovuta al fatto che esso nasconde il suo vero fine. E' proprio il celare le sue vere "intenzioni" che lo rende un *trojan*». Così C. Sansotta, *Nozioni di informatica*, USA 2016, p. 87.

"di comodo": sfruttando le possibilità offerte dalla scienza e dalla tecnologia, tenta di sedare gli inquieti animi della collettività attraverso la previsione di un'improbabile controllo del *virus* informatico che, *de facto*, non potrà essere realizzato, sussistendo limiti empirici difficilmente superabili.

7. L'ambito applicativo del virus di Stato: l'aporia della "riforma Orlando"

L'elemento nucleare – e assai più preoccupante – della delega risiede nel criterio direttivo indicato nel punto 3), che delinea l'ambito di operatività del *malware*: le intercettazioni tramite captatori informatici sono ammissibili sia nel caso di delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., sia nei casi indicati dall'art. 266 comma 1 c.p.p., nonché nei luoghi di privata dimora, *ex* art. 614 c.p., a patto che sussista «fondato motivo di ritenere che *ivi* si stia svolgendo un'attività criminosa»[47].

Il legislatore sembra assai confuso e poco coerente nel delineare il perimetro applicativo delle nuove forme di intercettazione: da un lato, fornisce un'interpretazione "restrittiva" del concetto di criminalità organizzata – disattendendo gli orientamenti giurisprudenziali oramai consolidati sul punto[48] – ricomprendendovi solo le fattispecie indicate nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ed escludendo, invece, quelle facenti capo ad un'associazione per delinquere, *ex* art. 416 c.p.; dall'altro, ne estende la portata consentendo di utilizzare il captatore per tutti i reati per cui sono ammissibili le intercettazioni ambientali, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 266 c.p.p.

Occorre preliminarmente chiarire che la *quaestio de qua* è stato oggetto di una recente pronuncia di legittimità (sentenza Scurato): le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno aperto la strada all'impiego dello strumento per la realizzazione di intercettazioni di comunicazioni tra presenti nei soli procedimenti di

[47] Ai sensi dell'art. 266 comma 2 c.p.p.

[48] Cfr., Cass., sez. un., 22 marzo 2005, Petrarca, in *Cass. pen.,* 2005, 2916. Più recentemente Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.; Cass., sez. VI, 3 maggio 2016, Marino, cit..

criminalità organizzata, trovando, in tali ipotesi, applicazione la speciale disciplina di cui all'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203. La norma, derogatoria dell'art. 266 comma 2 c.p.p., consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva indicazione dei luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che negli stessi si stia svolgendo un'attività criminosa.

In conformità alle finalità perseguite dal precetto derogatorio - destinato alla repressione delle più gravi fattispecie criminose - le Sezioni Unite avallano una nozione assai ampia di "delitti di criminalità organizzata", ricomprendendo tra gli stessi «non solo quelli indicati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, *ex* art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato»[49].

Per i reati "diversi", tuttavia, la Suprema Corte esclude l'utilizzo dello strumento intercettivo, in quanto, non potendo prevedere i luoghi di privata dimora in cui il dispositivo infettato potrebbe essere introdotto – in qualità di captazioni "itineranti" –, non sarebbe possibile verificare il rispetto del *dictum* di cui all'art. 266 comma 2 c.p.p.

Come evidenziato[50], il giudice autorizza intercettazione nei luoghi di privata dimora solo quando, attraverso un giudizio *ex ante*, ritenga verosimilmente e ragionevolmente sussistente il *periculum* che in quel luogo si stia consumando un'attività delittuosa: a meno che il progresso tecnologico non consentisse di predeterminare il funzionamento del *virus*, circoscrivendo il luogo in cui la

[49] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit. In assenza di una definizione normativa interna, la Corte richiama la nozione di criminalità organizzata adottata dalla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione del 24 ottobre 2008, secondo la quale per «organizzazione criminale» deve intendersi l'associazione strutturata di due o più persone, stabilita da tempo, che agisca in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà personale o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale; mentre per «associazione strutturata», un'associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.

[50] Cfr., Cass., sez. I, 12 dicembre 1994, Manzi, in *CED Cass.*, n. 200242.

captazione debba avvenire, l'agente intrusore è «fisiologicamente incompatibile con la necessità di dimostrare […] il fondato motivo di ritenere che in un determinato luogo si stia svolgendo un'attività criminosa»[51].

Seppur fosse teoricamente possibile seguire gli spostamenti del soggetto "monitorato" e, quindi, sospendere la captazione nell'ipotesi di ingresso in un luogo di privata dimora non autorizzato *ex* art. 267 c.p.p., «sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta "al buio"»[52]: tale impossibilità, dunque, «non dipenderebbe dalla tecnologia utilizzata, bensì dal costume sociale che caratterizza l'uso dei *device* mobili»[53].

a. *Il decreto autorizzativo "rafforzato".*

A conclusione della sezione dedicata alla delimitazione dell'operatività del captatore, il legislatore – con tono imperativo – impone che «in ogni caso il decreto autorizzativo deve indicare le ragioni per le quali la specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini».

I nuovi criteri direttivi impongono, quindi, al giudice un ulteriore obbligo: non solo quello di indicare nel provvedimento autorizzativo le ragioni per cui l'intercettazione risulta «assolutamente necessaria alla prosecuzione delle indagini»[54] - e, quindi, non solo «l'obbligo di spiegare il perché di un'intercettazione»[55] - ma anche il motivo per cui si ritiene necessaria la peculiare forma di captazione.

In sostanza, le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra presenti tramite agenti intrusori occuperebbero l'ultimo gradino della scala gerarchica dei mezzi di ricerca della prova esperibili: tali forme captative devono rappresentare l'*extrema ratio* cui ricorrere solo quando tutti gli altri strumenti cognitivi – tra cui le

[51] Si esprime così, M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 39.

[52] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit., punto 6 motivazione.

[53] M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 44.

[54] Come previsto per le intercettazioni "classiche", *ex* art. 267 comma 1 c.p.p. Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 26 febbraio 2010, Morabito, in *CED Cass.,* n. 246688; Cass., sez. V, 17 novembre 2016, Nascetti, in *CED Cass*., n.268900.

[55] Si esprime così, V. Grevi, *L'obbligo di spiegare il "perché" di un'intercettazione,* in *Corriere della sera*, 14 aprile 2014.

tradizionali intercettazioni – non sono in grado di soddisfare le esigenze investigative del caso concreto.

La *quaestio* si sposta, allora, sul *quantum* motivazionale necessario a dimostrare l'assoluta indispensabilità dello strumento.

In questo senso, la delega appare carente: maggiore attenzione avrebbe dovuto essere posta dal legislatore ai requisiti minimi che il provvedimento autorizzativo deve detenere, evitando, in tal modo, un probabile lassismo del Governo in sede attuativa.

Se si seguissero gli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di intercettazioni "tradizionali", il provvedimento autorizzativo «deve contenere una adeguata e specifica motivazione a concreta dimostrazione del corretto uso del potere dal giudice esercitato»[56], escludendo la l'utilizzabilità del decreto qualora «la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto insufficiente e inadeguata rispetto al provvedimento che dovrebbe giustificare»[57].

Tuttavia, in relazione al *quantum* di motivazione richiesto per l'idoneità del decreto autorizzativo, la Corte precisa che esso deve consistere in quello «minimo necessario a chiarire le ragioni del provvedimento»[58].

Una maggiore rigorosità del decreto sarebbe stata necessaria non solo per assicurare la piena realizzazione della funzione di garanzia che lo stesso dovrebbe svolgere contro eventuali abusi, ma fungerebbe anche da disincentivo per le procure all'assidua richiesta dello strumento in esame, temendo che – nel caso di istanza basata su presupposti effimeri e, dunque, un conseguente provvedimento giudiziario carente nel precisare la necessarietà delle operazioni *de qua* – il decreto autorizzativo possa essere affetto da invalidità per difetto di motivazione.

[56] Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost*., 1973, 326 ss.

[57] Così, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera e altri, in *Cass., pen*., 1 (2001), pp. 69 ss. Da ultimo Cass., sez. III, 26 novembre 2014, Solano Abreu ed altri, in *CED Cass*., n. 263342.

[58] Cass., sez. V, 27 maggio 2004, Scardamaglia, in *Guida dir*., 24 (2004), pp. 76 ss.

L'ultima speranza è riposta nel decreto attuativo della delega: il Governo sarà chiamato a delineare dettagliatamente i confini entro cui il provvedimento autorizzativo delle intercettazioni tramite captatore potrà essere ritenuto legittimo con la conseguente piena utilizzabilità dei risultati ottenuti.

8. Le vicende successive alla captazione. La catena di custodia e la distruzione del virus. I captatori "legali"

Enucleate le attività esperibili tramite il captatore informatico e delineato l'ambito di operatività degli stessi, la riforma, al punto 4), torna ad occuparsi di aspetti più propriamente "tecnici", inerenti al "tracciamento" delle operazioni compiute, ovvero al complesso di attività che devono essere svolte in un momento successivo alla captazione, al «fine di garantire «l'originalità[59] e l'integrità delle registrazioni[60]», prevedendo che i "dati" ottenuti debbano essere trasferiti «solo verso i *server* della procura».

L'obiettivo posto dal legislatore sarebbe quello di assicurare l'inalterabilità dei dati acquisiti[61], conformemente ai *dicta* provenienti dalla l. 18 marzo 2008, n. 48[62].

Pur se encomiabile, l'intento di tratteggiare il corretto "ciclo di vita" delle registrazioni ottenute mediante l'inoculamento del *virus* informatico, lo stesso appare, in sostanza, monco in alcune parti essenziali.

In effetti, se a una parte – con estrema superficialità e poca cognizione – il

[59] La perfetta corrispondenza all'originale è consentita soltanto dalla *bitstream image*; a tal fine si richiede che il supporto sia vergine. Per approfondimenti, S. Aterno, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *Dir. pen. proc.,* 6 (2008), in P. TONINI (a cura di), *Dossier* su *La prova scientifica nel processo penale.*

[60] L'integrità dei dati acquisiti è garantita tramite l'algoritmo di *hash*, che consente di creare, attraverso una funzione matematica, una sequenza di *bit* di lunghezza variabile. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., sez. III, 28 maggio 2015, R., in *CED Cass.,* n. 265180.

[61] La particolare natura – immateriale e volatile – dei dati contenuti in un dispositivo tecnologico comporta che essi possano essere modificati, alterati, danneggiati, distrutti anche inavvertitamente, da un'errata operazione specialmente da chi li manipoli senza essere tecnicamente preparato. È importante, quindi, agire con grande cautela e sufficiente perizia tecnica per cercare, esaminare ed estrarre elementi di prova da uno di quegli apparecchi.

[62] Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno. (GU Serie Generale n.80 del 04-04-2008 - Suppl. Ordinario n. 79), entrata in vigore della legge: 5-4-2008.

legislatore fa almeno un cenno alla "catena di custodia", ossia «quell'insieme di passaggi, formalizzati con un sistema di tracciamento, attraverso cui [il dato] transita (correttamente) […] al giudizio»[63], dall'altra nessun riferimento figura in relazione alla successiva conservazione delle registrazioni una volta che queste siano transitate in procura[64].

Nessun'attenzione, inoltre, viene riservata alla necessità di documentazione minuziosa delle attività svolte, al fine di tracciare l'*iter* seguito dalla polizia giudiziaria nel trasferimento delle registrazioni, permettendo così sia all'autorità giudiziaria che alle altre parti processuali di verificare la correttezza dei singoli passaggi eseguiti[65].

Un compito non agevole, dunque, per il Governo delegato, chiamato a definire una precisa normativa che, in concreto, assicuri non solo l'inalterabilità dei dati all'atto della "trasmissione" delle registrazioni alla procura, ma soprattutto la corretta conservazione degli stessi e, non di meno, idonee modalità di documentazione delle relative attività.

Evidenziate le tecniche per "mettere al sicuro" i preziosi dati ottenuti, il legislatore si sofferma sul destino del captatore informatico divenuto oramai inutile: una volta esauritasi l'attività intercettiva, si impone l'immediata distruzione del *virus*.

Come rilevato dai "tecnici", la disinstallazione degli stessi dalla macchina bersaglio porrebbe non pochi problemi di ordine pratico: dovendo questa avvenire necessariamente da remoto, potrebbero perdersi le tracce e il controllo stesso del *virus*, banalmente perché il dispositivo elettronico non si connette più alla rete, permettendo, dunque, un monitoraggio "perenne" dello stesso, che travalica le

---

[63] Così, R. Gennari-L. Saravo, *Le tracce,* in D. CURTOTTI-L. SARAVO (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche e scienza*, Torino 2013, p. 446. Come evidenziato, «deve essere dedicata massima cura alla catena di custodia ovvero alla metodologia di custodia e di trasporto, sia fisico che virtuale delle *digital evidence*». Così, S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale,* in *Giur. merito*, 4 (2013), p. 956. Sul punto, si veda anche L. Bartoli-C. Maioli, *La catena di custodia del dato digitale: tra anelli solidi e anelli mancanti*, in *Informatica e dir.,* vol. XXIV, pp. 139 ss.

[64] Da un punto di vista formale, l'integrità di un dato è garantita attraverso un sigillo e l'integrità dello stesso è la regola di base della *chain of custody*. I sigilli possono essere di qualunque natura ed il relativo atto di apposizione deve essere appositamente documentato. Cfr., R. Gennari-L. Saravo, *Le tracce,* cit., p. 448.

[65] Sul punto, M. Mattiucci, *Le indagini sui reperti invisibili.* High tech crime, D. CURTOTTI-L. SARAVO (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche e scienza*, cit., pp. 707 ss.

finalità per cui viene autorizzato.

Si creerebbero, così, problemi anche in tema di *data retention*: la conservazione dei dati personali, come di recente precisato dalla Corte di giustizia, può avvenire «solo nel rispetto del principio di proporzionalità, nel bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali ed esigenze di pubblica sicurezza»[66] e non certo senza limiti spazio-temporali, «generando nell'interessato un sentimento di soggezione ad una costante sorveglianza»[67].

Sempre nella sezione della delega relativa agli aspetti più propriamente tecnici, al punto 5), il legislatore, posponendo quanto avrebbe dovuto specificare *ab origine*, finalmente indica i requisiti essenziali che il *virus* dovrebbe soddisfare per essere definito "legale". Il "tipo" di captatore da utilizzare per le innovative forme di intercettazione, infatti, dovrebbe essere conforme alle prescrizioni contenute in apposito decreto ministeriale, da emanarsi nel termine di trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto delegato.

Come evidenziato, la perplessità deriva dal rischio - per la verità assai probabile – di «precoce obsolescenza del decreto ministeriale "tecnico", con la conseguenza che si mostra necessario un tempestivo e continuo aggiornamento delle regole, onde evitare uno svuotamento di tutela»[68].

---

[66] Così Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd* contro *Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, in *www. eur-lex.europa.eu*. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato invalida la Direttiva 2006/24/EC sulla conservazione dei dati, a seguito di rinvio pregiudiziale presentato sia dalla *High Court* irlandese che dalla *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale) austriaca in merito proprio alla validità di tale direttiva, con particolare riferimento ai diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali, sanciti entrambi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Tale Corte ha osservato anzitutto che i dati da conservare consentono, in particolare, di conoscere l'identità della persona con la quale un utente registrato ha comunicato e con quali mezzi; identificare il momento e il luogo della comunicazione; conoscere la frequenza delle comunicazioni dell'utente con determinate persone in uno specifico periodo. Tali dati, nel complesso, possono fornire informazioni molto precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono conservati, come ad esempio le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di residenza, i movimenti, le attività svolte, le relazioni sociali e gli ambienti frequentati. In merito a ciò, ha ritenuto che, imponendo la conservazione di tali dati e permettendo alle autorità nazionali competenti di accedere a tali dati, la direttiva interferisce in modo eccessivo con i diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali. Inoltre, il fatto che i dati siano conservati e utilizzati senza che l'utente ne sia previamente informato, può ingenerare negli interessati un sentimento di soggezione a una costante sorveglianza.

[67] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

[68] M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., p. 147.

9. Il "ripensamento del legislatore. La salvaguardia della riservatezza

Solo a margine della sezione della riforma dedicata alle intercettazioni mediante *virus* informatico il legislatore si accorge della pericolosità dello strumento in esame ed introduce dei "correttivi" atti da una parte, a rafforzare il ruolo di garanzia del giudice in relazione alla predisposizione delle intercettazioni e dall'altra, a evitare la dispersione dei dati captati, nel rispetto del diritto alla *privacy* e alla riservatezza.

In particolare, al punto 6), la legge si propone di limitare i casi che consentono al pubblico ministero di intervenire "d'urgenza", sostituendosi al giudice nell'emanazione del decreto autorizzativo.
Tale possibilità viene, infatti, consentita alla pubblica accusa «limitatamente ai delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., con successiva convalida del giudice entro […] 48 ore», sempre che il «decreto di urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice […]».

Se da un lato viene introdotta una "presunzione relativa" di sussistenza delle situazioni d'urgenza – per le quali il pubblico ministero è legittimato a disporre la misura – per i soli delitti di criminalità organizzata (in senso stretto intesi), dall'altro viene rafforzato il contenuto del decreto, la cui motivazione non dovrà indicare soltanto le ragioni per cui quella specifica modalità intercettiva «sia necessaria per lo svolgimento delle indagini», ma anche le ragioni che, in concreto, sorreggono la presunzione stessa.

Appare, quindi, assolutamente necessario che il Governo, in sede attuativa, definisca il concetto di "urgenza" – parallelamente a quanto accade per le tradizionali forme di intercettazione[69] – al fine di evitare la trasformazione della "presunzione relativa in assoluta", ovvero far coincidere " le situazioni d'urgenza" con la sussistenza dei delitti di cui agli artt. 51 commi 3-*bi*s e 3-*quater* c.p.p., ampliando, di fatto, i poteri del pubblico ministero e discostandosi dagli originali intenti del legislatore stesso.

[69] Dall'esegesi del comma 2 dell'art. 267 si evince che vi è "urgenza" quando «vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio alle indagini». *Ex multis,* Cass., sez. IV, 22 ottobre 2008, Sinopoli, *in Cass. pen*., 2009, pp. 335 ss.

Su un altro versante, i criteri direttivi in materia di *privacy* e riservatezza impongono, *in primis* l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti in «procedimenti diversi» da quello oggetto del provvedimento autorizzativo – salvo che gli stessi siano necessari per l'accertamento dei delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio – e, in secondo luogo, impossibilità di divulgazione delle registrazioni coinvolgenti «soggetti estranei ai fatti per cui si procede».

In relazione al primo aspetto, il divieto probatorio risiede nella circostanza che la "libera" trasmigrazione probatoria delle risultanze dell'attività captativa – fuori dai casi contemplati dall'art. 270 c.p.p. – comporterebbe «la violazione della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 15 Cost.»[70], con riferimento all'intercettazione confluita in un "procedimento diverso", in assenza di qualsivoglia controllo del giudice procedente.

Si riaccende, dunque, il focolaio – già noto, dibattuto e mai sopito – relativo al divieto di "circolazione probatoria tra procedimenti", che colpisce «l'idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo libero convincimento»[71].

Seguendo tale filone interpretativo, i risultati inutilizzabili a fini probatori non perderanno valore a fini investigativi, potendo comunque essere utilizzati dagli investigatori come "spunti" per la formazione della notizia di reato[72].

Ecco, quindi, il paradosso. Pur non potendo utilizzare i risultati intercettivi ottenuti mediante captazioni a mezzo di *virus* informatico per formare il convincimento del giudice, gli stessi potranno essere utilizzati per formare la notizia di reato.

Si potrebbe, tuttavia, propendere per un'interpretazione maggiormente rigorosa della disposizione *de qua*, supponendo che la dicitura «procedimenti» diversi inserita nel corpo del sopra citato criterio

[70] Si esprime così A. Camon, *Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*, Milano 1996, p. 44.

[71] Così M.S. Chelo*, Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?,* in *Dir. pen. proc.*, 11 (2015), p. 1422. Si veda, *ex multis,* F. Callari, *La "trasmigrazione" dei risultati delle intercettazioni tra garanzie individuali, esigenze di accertamento dei reati legalità processuale*, in *Ind. pen.*, 2 (2014), pp. 385 ss.; F. Delvecchio, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento,* in *Dir. pen. proc.,* 2 (2015), p. 207.

[72] Così Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, A.E., in *Cass. pen.*, 2008, 284 ss.; Cass., sez. V, 2 maggio 2003, Luciani, in *CED Cass.*, n. 225946.

direttivo sia stata introdotta allo scopo di estendere l'ambito del divieto anche alla fase delle indagini preliminari[73].

Errare humanum est, perseverare autem diabolicum. Per evitare di incorrere negli stessi dissidi che hanno caratterizzato il panorama giuridico in tema di intercettazioni tradizionali, al Governo delegato viene richiesta maggiore chiarezza e rigorosità, attraverso la predisposizione di una norma che non lasci spazio a dubbi interpretativi.

Sempre al fine di tutelare il rivoluzionato diritto alla *privacy* e alla riservatezza, il legislatore, a margine della riforma in tema di intercettazioni mediante *virus*, pone particolare attenzione alle garanzie dei terzi estranei coinvolti nella intrusiva captazione.

Si prevede, infatti, che i risultati delle intercettazioni «che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede» non possono essere conoscibili, pubblicabili e, dunque, divulgabili[74].

Quest'ultima indicazione si fonda, in sostanza, su una duplice condizione: i soggetti non dovranno solo essere "estranei" ai fatti ma anche "occasionalmente" coinvolti.

Come rilevato[75], il doppio limite negativo – necessario per "usufruire" del regime speciale della non pubblicità dei dati e delle informazioni captate – appare poco comprensibile: risulta assolutamente verosimile, infatti, che i soggetti stabilmente prossimi agli intercettati inevitabilmente verrebbero coinvolti nell'attività captative, «anche solo per una questione di "collocazione"». E' naturale che il divieto di pubblicità e divulgabilità debba estendersi anche a tali soggetti che, seppur sistematicamente coinvolti, sono "estranei" ai fatti per cui si procede.

Altrettanto complesso appare delineare l'oggetto del divieto, dal momento che non è semplice distinguere cosa potrebbe consistere una "conoscibilità"

---

[73] Segue tale filone interpretativo inerente alle intercettazioni tradizionali, L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni,* Milano 1997, p. 185. Sul punto, più di recente M. S. Chelo, *Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?*, cit., pp. 1418 ss.

[74] Nonostante la quaestio relativa al divieto di pubblicazione delle conversazioni telefoniche ed ambientali non sia del tutto nuovo nel panorama giuridico, nessun intervento riformatore ha interessato la sfera dei terzi estranei al processo e che, inevitabilmente, ne rimangono coinvolti.

[75] C. Parodi, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici",* cit.

differente ed alternativa alla divulgabilità e pubblicabilità[76].

Si potrebbe ipotizzare – a seguito di un considerevole "sforzo" ermeneutico – che il legislatore abbia voluto rafforzare il contenuto del divieto con un *climax* che renda tale proibizione "certamente assoluta", estendendola non solo all'atto in quanto tale, ma anche al suo contenuto[77].

Si evidenzia, poi, che il legislatore non ha indicato alcun rimedio sanzionatorio esperibile nei casi in cui il divieto venisse disatteso. Se manca la sanzione – inevitabilmente – cade anche il divieto.

Al fine di rendere effettivo l'impedimento pare opportuno – ed auspicabile – l'intervento chiarificatore del Governo, al fine di prevedere – anche con un richiamo all'art. 115 c.p.p. – espressamente una sanzione contro l'illegittima divulgazione di atti che risultano, *tout court*, coperti da segreto.

Abstract The recurring use of Trojan Horses within the criminal proceedings is mainly aimed at carrying out peculiarly wiretap activities. The analysis considers the decision published in 2016 by the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) in the "Scurato" case, then focusing on the contents of the recent law no. 103 of 2017 enabling the Government to set up a detailed regulation of the use of such intrusive tools.

Keywords Trojan Horse, wiretaps, right to privacy

[76] Si rileva, tuttavia, che nel codice non vi sia completa coincidenza tra il regime di segretezza e quello di divulgazione degli atti, permanendo una distinzione tra segreto e divieto di pubblicazione, ovvero tra ciò che diviene conoscibile all'interno del procedimento e la sua divulgabilità.

[77] Sul punto, esaustivamente, G.P. Voena, sub *art. 114 c.p.p.,* in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), in *Codice di procedura penale commentato,* Milano 2017.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Enrico Maria Mancuso

Professore associato di Diritto processuale penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

La perquisizione *on-line**

SOMMARIO: **1. La perquisizione *on-line*: una fattispecie poliedrica. - 2. Tutela dei diritti fondamentali e verifica di proporzionalità. - 3. La difficile riconduzione ai tipi legali. - 4. Perquisizioni *on-line* e prova atipica. - 5. Acquisizioni *on-line* e rispetto delle garanzie difensive. - 6. Cautele tecniche e utilizzabilità del dato acquisito. - 7. Considerazioni conclusive *de iure condendo*.**

1. La perquisizione *on-line*: una fattispecie poliedrica

L'irrompere sulla scena processuale della *digital evidence* segna il mutare del tempo[1]. Un tempo non troppo lontano, si direbbe, guardando alla struttura e all'età anagrafica del quasi "trentenne" codice di rito; un'epoca remota, da una diversa prospettiva, se si guarda all'incessante operare del legislatore e della giurisprudenza attorno al sistema in tutti questi anni e se ci si sofferma sul radicale mutamento di prospettiva che l'avanzamento tecnologico ha posto e pone quotidianamente anche rispetto agli affari del mondo giuridico.

Nella materia che ci occupa, il banco di prova della modernità giudiziaria esige la rilettura degli snodi del sistema probatorio, al fine di comprendere sino a che punto l'uso delle nuove tecnologie, capaci di filtrare e scovare enormi quantità di informazioni, raccolte e archiviate, sia compatibile con un sistema di verifica della colpevolezza che pone al centro la tutela delle garanzie difensive dell'accusato e che non ammette risultati contrastanti con i divieti probatori sanciti dal sistema.

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

Si analizzeranno di seguito le modalità di individuazione e assicurazione della prova mediante l'uso di tecniche di captazione *on-line*, usualmente racchiuse sotto l'improprio nome giuridico di perquisizioni, in ragione del minimo comun denominatore che le caratterizza: la ricerca di informazioni (dati, documenti, tracce del reato) rilevanti ai fini dell'indagine operata in un ambito circoscritto, il domicilio informatico.

Due notazioni introduttive.

In primo luogo, la recente sentenza delle sezioni unite Scurato non ha affrontato la materia, pur avendone avuto l'opportunità. I giudici della Suprema corte (a pagina 8 della sentenza) si sono limitati a descrivere le enormi potenzialità del *trojan*, elencando le diverse metodiche di captazione possibili e limitandosi ad affermare come il sistema descritto sia «molto utile per lo svolgimento delle indagini per le quali apre notevoli prospettive»[1]. Il prosieguo dell'argomentare è interamente dedicato al tema delle intercettazioni ambientali mediante captatore.

In seconda analisi, il legislatore della riforma patrocinata dall'attuale Governo[2], nel dettare la delega per la riforma delle intercettazioni (art. 1 comma 84), nulla ha indicato in relazione a un utilizzo del virus di Stato diverso da quello tracciato dalle sezioni unite. Non ha dettato, cioè, alcuna direttiva riguardante le attività di ricerca probatoria che possono essere svolte mediante l'uso del captatore e che siano diverse dall'intercettazione di comunicazioni tra persone presenti.

Un'occasione perduta, per certi versi, che sembra manifestare il disinteresse del legislatore; o, forse, l'interesse a non avere una disciplina scritta e vincolante, che imponga vincoli stringenti all'operato dell'autorità giudiziaria.

Merita sottolineare come il ricorso agli strumenti investigativi di nuova generazione costituisca un formidabile strumento in chiave preventiva, in tutti i casi in cui l'accertamento di attività preparatorie alla commissione di gravi fatti di reato

[1] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, in CED, n. 266905.

[2] Di recente confluita nella legge 23 giugno 2017, n. 103, usualmente denominata legge "Orlando". Per un commento organico alla legge, v. *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso, Padova 2017.

consenta di impedirne la successiva consumazione. Negli ultimi due decenni interi corpi normativi, in seno alle legislazioni di ordinamenti stranieri, sono stati dedicati alla prevenzione di atti di terrorismo; in tali frangenti, l'esigenza di procedere a un equilibrato assetto della materia ha posto in luce le criticità del ricorso a metodiche nella sostanza lesive delle garanzie di riservatezza del destinatario della ricerca. Nella vicina Germania, luogo d'elaborazione di categorie nuove, due fondamentali decisioni della Corte costituzionale (BVG) hanno preso posizione, nel 2008 e nel 2016, sulle tecniche di perquisizione on-line, sottolineandone caratteristiche e limiti[3].

Nel più limitato confine della nostra analisi, si cercherà di definire la compatibilità delle metodiche in analisi rispetto al momento repressivo dei reati, in chiave post factum, soffermandosi cioè sulla problematicità dell'uso delle ricerche in rete nel corso delle indagini preliminari del pubblico ministero, pur consapevoli che l'intero ambito delle attività di controllo preventivo – sebbene con necessarie peculiarità – incontra difficoltà analoghe a quelle che si evidenzieranno. Per certi versi, le criticità che si individueranno si amplificano in un contesto di verifica *ante delictum*, in ragione dell'esigenza di comprimere libertà fondamentali anche solo per l'asserita necessità di acquisire «notizie concernenti la prevenzione» dei delitti che destano il maggior allarme sociale (arg. *ex* art. 226 comma 1 norme att. c.p.p.).

Tralasciando le potenzialità captative dei flussi comunicativi ottenibili mediante l'installazione di un software spia su un qualsiasi *device*, si prenderanno in considerazione le sole ulteriori forme di indagine effettuabili mediante l'uso di questa risorsa occulta, così da cercar di comprendere quali siano le aree di tutela direttamente attinte dall'attività investigativa.

Si può, in tal senso, operare una *summa divisio*.

Un primo insieme di attività che possono essere svolte mediante l'inoculazione di un agente intrusore consiste nella ricerca e nell'estrazione dei dati memorizzati all'interno di un sistema informatico aggredito attraverso una

[3] BVerfG 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07, 1BvR 595/07; nonché, da ultimo, BVerfG 20 aprile 2016, 1BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

connessione internet. Questo insieme di attività, che va sotto il nome di *on-line search*, ha il prevalente scopo di "rovistare" nei dati altrui, dopo essersi clandestinamente introdotti nel sistema, ed estrapolare le informazioni utili: ciò che può risolversi in una copia integrale dei dati archiviati ovvero nella selezione di singoli contenuti, scovati mediante l'uso di criteri di ricerca per keyword (è il c.d. *cherry picking*).

Le attività svolte possono limitarsi all'acquisizione di documenti informatici precostituiti e già archiviati oppure esser svolte in forma dinamica, consentendo – cioè – la progressiva e graduale copia (e spedizione al *client*, cioè alla polizia giudiziaria) dei dati che saranno formati in futuro. Siamo al secondo ambito di attività che caratterizzano le cosiddette perquisizioni elettroniche, usualmente definite di *on-line surveillance*.

Il *software* installato, in queste ultime ipotesi, non funge soltanto da strumento di copia dal *server* (computer infettato) al *client* (computer in uso alla polizia giudiziaria). Può, infatti, servire da vero e proprio specchio, idoneo a riflettere – in tempo pressoché reale – le attività che sono compiute all'interno del sistema, consentendo la graduale acquisizione di ciò che nel tempo si somma al dato già acquisito: una vera e propria forma di sorveglianza continua, che permette di constatare l'evolversi dell'attività criminosa in essere, ma che – allo stesso tempo – incidentalmente coinvolge ogni forma di estrinsecazione dell'attività umana mediante il mezzo informatico, sia essa riconducibile alla vita professionale o a quella privata.

Le due attività descritte condividono la fase genetica, consistente nella inoculazione silenziosa e segreta del *malware*. Mentre, però, l'attività di ricerca del dato già esistente dovrebbe risolversi in un accesso finalizzato alla sua apprensione (potendosi pensare a una successiva inutilità del programma, una volta raggiunto lo scopo), nel caso di sorveglianza continua una sorta di "grande fratello" monitora e osserva, nell'attesa di cogliere sine die elementi probatori rilevanti.

Spesso accade che il virus, originariamente introdotto per svolgere una prima attività di sondaggio dei materiali esistenti nel sistema informatico, ivi rimanga a

lungo, così da permettere una percezione di dati potenzialmente pertinenti per l'indagine: si pensi alla verifica della cronologia di internet, alla ricerca in tempo reale dei file scaricati dalla rete, a qualsiasi altro flusso informativo (ma non comunicativo) che intercorra tra le periferiche (*mouse*, tastiera, *webcam*, microfono) e il sistema costituito da microprocessore e memoria (*hard disk*).

A titolo di esemplificazione evocativa, s'immagini l'accensione da remoto della fotocamera integrata sul computer o sul telefono di ultima generazione, che consenta di operare in maniera occulta una videoripresa di comportamenti non comunicativi. O, ancora, alla possibilità di carpire mediante la sorveglianza quanto viene digitato sulla tastiera.

Il limite rispetto all'attività di intercettazione è netto e consiste nella possibile individuazione di una direzionalità dei flussi di dati e, particolarmente, nell'esistenza di una comunicazione intesa quale forma di trasmissione di un messaggio da un soggetto a un altro.

L'attività occulta, compiuta, in altri termini, senza che il destinatario se ne accorga o ne sia in alcun modo consapevole, assume un grado di invasività ancor più significativo quando sia compiuta sui dispositivi portatili di ultima generazione. Tali strumenti costituiscono, sempre più, una chiara proiezione della personalità umana, poiché permettono di archiviare e portare sempre con sé aspetti rilevantissimi della vita privata e professionale: il che comporta la facilità e l'immediatezza d'accesso a una serie di informazioni, dati, immagini, canali comunicativi che permettono a ciascun individuo di completare le forme di relazione necessarie all'estrinsecazione della propria personalità.

Ciò, sia che i dati siano fisicamente impressi nella memoria del dispositivo trasportato, sia che essi siano semplicemente accessibili mediante quest'ultimo, in quanto allocati in uno spazio virtuale dedicato e ristretto, quali sono la casella di posta elettronica o gli spazi di archiviazione *cloud* sempre più diffusi. In quest'ultima ipotesi, il dispositivo infettato altro non è se non una sorta di "ponte" d'accesso ai dati, segregati in altro luogo virtuale accessibile utilizzando le credenziali in possesso

dell'utente, ancorché fisicamente allocati su un supporto localizzato in una giurisdizione lontana.

2. Tutela dei diritti fondamentali e verifica di proporzionalità

La pervasività delle metodiche descritte evoca un insieme di principi fondamentali, interni ed esterni al processo, i quali – nella prospettiva della tutela della persona – esigono un corretto bilanciamento rispetto alle esigenze investigative.

Oltre alle "tradizionali" libertà della persona, in somma misura riassumibili nel combinato degli artt. 13, 14, 15 e 16 Cost., si affacciano alla ribalta nuove forme di diritti individuali meritevoli di tutela, per la gran parte riconducibili a quelli che si è soliti definire dati personali.

S'è già accennato a come l'evoluzione tecnologica consenta l'elaborazione, l'accumulo e l'archiviazione di enormi quantità di informazioni, la cui rielaborazione – anche in forma coordinata – consente di accedere a frammenti di vita, di comportamenti, di sentimenti e di moti d'animo.

Sotto il versante processuale, la tutela dei nuovi diritti non è parificabile a quella riconosciuta alle libertà classiche, la cui compressione esige una doppia riserva di legge e di giurisdizione; garanzia che non sempre è estesa tout court ai diritti di privatezza propri della sfera coinvolta.

Ebbene, il descritto schema di ragionamento sembra dover oggi esser messo in discussione: anzitutto, sulla scorta dell'evoluzione del sistema delle fonti primarie e interposte; in secondo luogo, in ragione dell'inevitabile estensione della tradizionale copertura delle garanzie di libertà classiche.

Da un lato, la riconosciuta natura di norma interposta dell'art. 8 Cedu, secondo la consolidata interpretazione fornita dalla Consulta rispetto all'art. 117 Cost., consente di porre il rispetto della vita privata sul medesimo piano di giustiziabilità interna del domicilio e della corrispondenza; dall'altro, l'equivalente

riconoscimento in seno alla Carta dei diritti dell'Unione del diritto al rispetto della vita privata (art. 7) e del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8)[4] impone uno standard di sindacato aggiuntivo, che si colora dell'elaborazione convenzionale operata dalla Corte di Strasburgo, secondo il disposto dell'art. 52 comma 3 della Carta.

Quando, poi, si guardi all'esegesi evolutiva dei classici diritti di libertà, e in particolare alla corrispondenza e al domicilio, in quanto analogamente toccati dalle forme di aggressione della riservatezza informatica, il quadro si complica.

Lo ha ben espresso autorevole dottrina, che – nel formulare alcune osservazioni al documento di critica alla pronuncia delle sezioni unite nel caso Scurato, predisposto dei processualpenalisti torinesi[5] – ha rilevato come «le perquisizioni on-line non minacciano né il domicilio (non c'è intrusione fisica), né la libertà e segretezza delle comunicazioni (spiare fra i documenti contenuti sull'hard disk di un pc è cosa diversa dal controllare il flusso di corrispondenza o attentare alla segretezza di una comunicazione in atto)»[6].

Si potrebbe aggiungere che esse non minacciano in forma diretta domicilio e segretezza delle comunicazioni, nella forma classica che conosciamo.

Tralasciando il tema delle intercettazioni telematiche e della assimilabilità della captazione di flussi comunicativi in senso proprio nel corso della sorveglianza on-line, merita soffermarsi su due diversi aspetti: in primis, sulla possibilità di ricostruire una diversa nozione di comunicazione svolta unidirezionalmente dall'utente che dialoga con la rete; in secondo luogo, e ancor più significativamente, sulla possibile assimilazione del domicilio informatico alla nozione classica, riconducibile all'art. 14 Cost.

---

[4] La distinzione operata dagli artt. 7 e 8 CDFUE è, verosimilmente, conseguenza della «tralatizia autonoma regolamentazione» del diritto alla protezione dei dati di carattere personale operata un tempo dall'art. 286 Trattato CE e ora dagli artt. 39 Trattato UE e 16 TFUE. In materia, G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, *I*, *Principi generali*, Milano 2017, pp. 246-247.

[5] Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

[6] R. Orlandi, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. penale web*, 25 luglio 2016.

Quanto alla categoria delle comunicazioni, ad esempio, la recente esperienza tedesca traccia una linea di discontinuità rispetto alla tradizionale delimitazione della idea di flusso comunicativo, giungendo a far rientrare nella nozione di telecomunicazioni tutte le informazioni che siano virtualmente trasferite al sistema di ricerca informatico, qual è ad esempio il motore di ricerca Google, assoggettando la captazione di questa sorta di dialogo con il server alle garanzie espresse dall'art. 10 GG, che tutela la segretezza delle comunicazioni. Da queste premesse, recente giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca[7] fa discendere l'applicabilità a tale "relazione informatica" della disciplina codicistica in materia di intercettazione di comunicazioni (v. § 100a StPO). Analoghe conclusioni, non sembrano immediatamente desumibili da un'esegesi evolutiva dell'art. 15 Cost., quantomeno sino a che non si provi ad aprire il catalogo dei diritti oggetto di tutela mediata, non prospettabili al tempo della fondazione costituzionale.

Ancor più interessante, soprattutto ai fini della nostra analisi, il dibattito – che possiamo dire già interno – riguardante la possibile estensione (o rilettura) della tradizionale nozione di domicilio, ai sensi dell'art. 14 Cost.

«Così come il domicilio è tutelato come proiezione spaziale della persona – luogo in cui essa svolge la propria vita privata lontano dagli occhi indiscreti o, comunque, dalla possibilità d'interferenza di alcuno – anche i "luoghi informatici o virtuali", ove sono custoditi dati, meritano … protezione costituzionale. Ciò deve avvenire per presidiare quello che appare essere divenuto un unico oggetto di tutela: "la persona nelle sue diverse considerazioni, via via determinate dal suo rapporto con le tecnologie, che non sono solo quelle elettroniche"»[8], per dirla con le parole di Stefano Rodotà[9].

Il cosiddetto domicilio informatico è, in questa chiave di lettura, luogo di esplicazione delle libertà fondamentali della persona umana, dovendosi intendere

[7] BVerfG, 6 luglio 2016, 2 BvR 1454/13.

[8] F. Siracusano, *La prova informatica*, in *Investigazioni e prove transnazionali. Atti del Convegno nazionale ASPP 2016*, Milano 2017, p. 272.

[9] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma 2013, p. 317.

come tale anche la libertà di comunicazione e di espressione della privacy[10], con la peculiarità già sottolineata consistente nella natura mobile, mutevole e mai statica dello stesso domicilio, in ragione dell'estrema portabilità di tecnologie di accesso alla casella postale e agli account di archiviazione dei messaggi ricevuti o inviati e di qualsiasi altro documento o contenitore di informazioni e dati sensibili.

La natura necessariamente evolutiva di questa nozione di domicilio impone una riflessione accurata, secondo le categorie normative tradizionali e alla luce degli innesti normativi avvenuti nel codice in seguito al recepimento della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica.

Le indicazioni normative che ne sono derivate ci confermano come il luogo virtuale del domicilio informatico vada tutelato alla stessa stregua di un qualsiasi luogo fisico delimitabile e accessibile, vale a dire in forza di una duplice riserva di legge e di giurisdizione. La diversa forma in cui si esercita lo *ius excludendi* non pone limiti di sorta alle salvaguardie del contenuto da carpire, sia che ciò avvenga nel momento dinamico della circolazione dei dati, sia che si tratti di un contenuto già consolidatosi, perché recepito e/o – a seconda dei casi – archiviato. L'inviolabilità del domicilio rileva, ai nostri fini, sotto un duplice angolo prospettico: anzitutto, rispetto alla intrusione operata quanto il captatore sia introdotto e "nascosto" nelle pieghe del sistema; in seconda analisi, rispetto al disvelamento complessivo dei contenuti di quest'ultimo, usualmente molto più ampi di quanto non serva all'indagine preliminare. Ogni programma, ogni dato, ogni file video o audio non pertinente all'oggetto dell'investigazione può, di fatto, esser consultato – anche solo per escluderne la pertinenza e la rilevanza rispetto all'oggetto della perquisizione svolta – in maniera subdola e, si vedrà, in spregio al criterio di proporzionalità.

In questo senso, una applicazione futuribile della doppia riserva di legge e di giurisdizione – desumibile dall'art. 14 Cost. – potrebbe costituire un presidio

[10] Si noti come Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in CED, n. 215841 abbia già da tempo ricondotto alla nozione di sistema informatico e/o telematico qualsiasi apparato telefonico mobile.

necessario per evitare che il significato dell'inviolabilità del luogo di espressione della propria personalità per eccellenza sia del tutto svilito.

D'altro canto, a rafforzare questa esigenza di una lettura evolutiva militano anche i principi di nuova emersione.

Il diritto alla riservatezza della vita privata, già rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost., ma privo di una solida garanzia procedimentale, è alla ricerca di una tutela rafforzata, che si è in alcuni casi fatta discendere dall'art. 8 Cedu. I diritti enunciati in seno a tale previsione sono stati oggetto di una interpretazione per certi versi avanguardista da parte della Corte di Strasburgo, che ha individuato nella vita privata «un ambito nel quale l'individuo deve poter liberamente perseguire lo sviluppo e la realizzazione della propria personalità»[11]. Seguendo questa idea, la Corte eur. dir. uomo ha ricondotto anche le perquisizioni e i sequestri di dati informatici all'ambito di tutela dell'art. 8 comma 2 Cedu[12], rilevando come: (i) i presupposti e le modalità di esecuzione di tali forme restrittive del diritto alla privatezza debbano essere stabiliti dalla legge, secondo il principio di stretta legalità; (ii) le misure debbano essere comunque finalizzate alla prevenzione o alla repressione dei reati; (iii) la compressione del diritto esiga la verifica di proporzionalità (insito nella stessa struttura del comma 2 dell'art. 8 Cedu) rispetto al fine perseguito.

Così declinato, il parametro convenzionale – fonte interposta della lettura costituzionale – arricchisce di contenuto l'art. 14 Cost., consentendo di avvalorare l'idea di una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, in riferimento ai casi e alle modalità di compressione del diritto alla riservatezza informatica.

Un diritto di tal contenuto è, peraltro, avvalorato dall'insieme delle disposizioni contenute nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, n. 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, il cui art. 15 esplicitamente ammette che gli Stati membri adottino disposizioni legislative (volte a

[11] M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizione"* on line *su materiale informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino 2014, p. 439.

[12] Corte eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 16 ottobre 2007, *Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*.

limitare i corrispondenti diritti sanciti dall'art. 5 e 6 della medesima direttiva), qualora tale restrizione costituisca «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica»; e per «la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati».

Per chiudere sul punto, giova richiamare (ancora una volta) la vicenda tedesca relativa allo scrutinio di legittimità della *Online-Durchsuchung*, rispetto alla quale la Corte costituzionale ha in due riprese (negli anni 2008 e 2016) affermato importanti criteri di raccordo con il sistema dei valori espressi dal *Grundgesetz*[13]: «proprio per l'impossibilità di ricondurre l'illegittimità delle perquisizioni on-line alle classiche libertà (di domicilio e di libera comunicazione interpersonale) la Corte tedesca [già nel 2008] optò per l'affermazione di un apposito diritto fondamentale (il diritto all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche), derivato da quella matrice di diritti fondamentali che è la dignità della persona. Diritto, quindi, non creato dal nulla, bensì enucleato da quel principio dei principi che è la *Menschenwürde* (art. 1 *Grundgesetz*)»[14].

La tutela della dignità umana e il diritto al libero sviluppo della personalità, diritto desunto dall'art. 2 *Grundgesetz*, espressamente richiamato dal BVG nel 2016, nel pensiero dei giudici tedeschi fungono da sorgente di nuovi valori, da porre a fianco di quelli tradizionalmente riconosciuti[15].

Partendo dal *Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* (appunto, il diritto all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche), la Corte tedesca delinea un'area di tutela privilegiata rispetto alla possibile ingerenza sui dati personali, definita *der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung* (la tutela del nucleo centrale dello stile della vita privata), che va oltre il semplice diritto alla autodeterminazione informativa. Nucleo centrale che

[13] V. le già citate BVerfG 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07, 1BvR 595/07; nonché BVerfG 20 aprile 2016, 1BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

[14] R. Orlandi, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, cit.

[15] Sul tema, L. Parlato, *Perquisizione* on-line, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano 2017, pp. 601 ss.

– nel pensiero della Corte costituzionale tedesca – può certamente essere compresso in forza di un intervento legislativo che sia ispirato ai caratteri della idoneità (*Geeinigkeit*) a raggiungere lo scopo preso di mira rispetto alla prevenzione o repressione dei reati; della assoluta indispensabilità rispetto al raggiungimento dello scopo (*Erforderlichkeit*, non essendovi strumento più mite a parità di efficacia); della giustificabilità del sacrificio subito rispetto allo scopo perseguito (*Verhaltnismässigkeit im engeren Sinne*, la cosiddetta proporzionalità in senso stretto).

3. La difficile riconduzione ai tipi legali

I problemi interpretativi che le tecniche di perquisizione *on-line* pongono sono variegati, così come eterogenee sono le modalità d'esecuzione che esse presentano. La difficoltà di ricondurre queste tecniche a un unico *nomen iuris* ben si comprendono se si pone l'attenzione sulla diversità dei beni che possono essere attinti in sede di esecuzione delle attività captative. Si pensi alle già menzionate riprese di contenuti a carattere non comunicativo, ottenibili mediante la semplice attivazione da remoto di una videocamera. In questo caso, applicando i criteri declinati dalle sezioni unite, nel caso Prisco del 2006[16], l'attività sarebbe ammissibile – quale attività atipica di indagine del pubblico ministero – a condizione che non sia svolta all'interno del domicilio, esulando solo in questo caso dalla tutela dell'art. 14 Cost. Quando svolte in un luogo aperto al pubblico, ancorché suscettibile di temporanea chiusura per la tutela della propria riservatezza, le videoriprese devono considerarsi alla stregua di qualsiasi attività di appostamento, con la differenza dovuta dal carattere occulto e insidioso della osservazione da remoto.

Analoghe considerazioni valgono per il caso della localizzazione dell'indagato che trasporti il dispositivo infettato, tipico esempio di sorveglianza on-line dinamica, eseguibile come se fosse una forma di pedinamento virtuale. Ancora una volta, secondo la giurisprudenza di legittimità, saremmo in presenza di una attività di indagine atipica a tutti gli effetti, operabile sulla base di un semplice provvedimento

[16] Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937 ss., con nota di F. Ruggieri.

del pubblico ministero che si sottrae a una autorizzazione del giudice, non dovendosi rispettare alcuna delle condizioni espresse dagli artt. 14 e 15 Cost.[17].

Maggiori dilemmi pongono le modalità di *on-line search* finalizzate a prendere copia dei contenuti di una memoria rigida, di un intero sistema informatico chiuso, di una casella di posta o di uno spazio di archiviazione *cloud*. In queste ipotesi, difatti, l'ingerenza occulta avviene al buio, senza ben conoscere cosa si potrà trovare; nel migliore dei casi, si cerca qualcosa di determinato, ma più di frequente si compiono "carotaggi" basati su indizi. La massa di dati estraibile, quando non si cerchi qualcosa di ben determinato, può essere ingente: l'attività di ricerca, in questo senso, è molto simile a quella che si compie in un luogo fisico in occasione della perquisizione finalizzata al sequestro probatorio.

Nella logica del codice, tuttavia, un'attività di ricerca della prova finalizzata a rinvenire il corpo del reato o le cose pertinenti al reato è il tipico atto a sorpresa di cui il destinatario è informato, al fine di poter attivare il proprio diritto difensivo e ogni necessaria forma di controllo rispetto alla esecuzione delle operazioni ordinate dal pubblico ministero.

Non solo: in seguito al recepimento della Convenzione di Budapest, operato dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, ogniqualvolta vi sia fondato motivo di ritenere che «dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione» (art. 247 comma 1-*bis* c.p.p.).

Inoltre, nel dettare standard minimi di tutela dell'accusato, il legislatore del 2008 ha tracciato una strada maestra: il modello tipico di ricerca della prova informatica è descritto dal legislatore in forma di perquisizione (e, preliminarmente, di ispezione informatica, secondo l'art. 244 comma 2, secondo inciso, c.p.p.)

[17] Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, Congia e altri, in CED, n. 246774; Cass., sez. IV, 27 novembre 2012, Lleshi e altri, in CED, n. 253953.

materialmente svolta sul sistema, previa notifica del provvedimento all'interessato e attivazione delle necessarie garanzie di difesa.

Si pensi, poi, a quella che sembra essere l'ultima frontiera della ricerca on-line, consistente nella consultazione (e correlativa copia) delle bozze di messaggio salvate nella cartella bozze di un account di posta elettronica cui più persone hanno accesso, disponendo delle credenziali di utilizzo: tematica per certi versi più affine alla materia della captazione delle e-mail già spedite e ricevute che non alla vera e propria sorveglianza in rete, in ragione della natura intrinsecamente asincrona della comunicazione elettronica, che non avviene tramite flusso di dati (i quali restano allocati su un solo server), ma dalla dinamica di accesso allo spazio riservato da parte di più utenti, non necessariamente compresenti rispetto al contesto di comunicazione[18].

Esiste, tuttavia, un aspetto differenziale rispetto agli schemi tipici contemplati nel codice, che assurge a vero e proprio ostacolo di conciliazione rispetto alle categorie del sistema: il carattere inevitabilmente occulto dell'attività di ricerca e assicurazione della fonte di prova digitale rende le descritte metodiche più invasive rispetto agli ordinari mezzi di prova, che pure implicano una partecipazione difensiva nel momento della esecuzione dell'attività.

Merita, allora, cercare di comprendere se questo connotato possa essere in qualche modo condotto alle fattispecie probatorie legittimamente ammesse o se, per contro, esso costituisca un ostacolo insormontabile per la conformità rispetto ai già descritti parametri fondamentali invocati.

4. Perquisizioni *on-line* e prova atipica

Parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità sino a oggi prevalente, per riconoscere uno spazio di legittimità alle forme di ricerca della prova in rete, hanno cercato rifugio in una categoria spesso bistrattata, quella della prova atipica (ovvero, secondo il lessico pretorio, del mezzo di ricerca della prova atipica),

[18] Sul punto si veda, di recente, Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, Grassi, in CED, n. 268227.

reputando che questo sia il canale di ingresso degli strumenti tecnologici di ricerca probatoria. Così è avvenuto per le videoriprese di contenuti non comunicativi, per il pedinamento mediante l'uso del GPS, per la verifica di messaggi di posta elettronica archiviati nella cartella delle bozze.

Sin dal 2009, poi, con la nota sentenza Virruso della quinta sezione penale della Suprema corte, resa in una importante vicenda di criminalità organizzata, anche le attività più propriamente dette di *on-line search* sono state ricondotte – sebbene secondo un argomentare non inappuntabile – alla qualificazione del mezzo atipico[19]. Nella specie, affermava la Corte, «l'attività autorizzata dal p.m., consistente nel "prelevare e copiare documenti memorizzati sull'hard disk dell'apparecchio in uso al B., aveva avuto ad oggetto non un "flusso di comunicazioni", richiedente un dialogo con altri soggetti, ma "una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico", ossia un flusso unidirezionale di dati confinato all'interno dei circuiti del personal computer». Pertanto, conclude la Cassazione, correttamente i giudici di merito hanno ricondotto questa attività di apprensione dei dati informatici «al concetto di "prova atipica", sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. c.p.p., utilizzandone i dati».

È interessante notare come la Corte argomenti per la non rilevanza di ogni profilo concernente la tutela del domicilio informatico partendo da un presupposto, che rende evidente la scarsa dimestichezza con le categorie in analisi. Ritenne, infatti, che non vi fosse alcuna ragione per invocare le garanzie prescritte dall'art. 14 Cost. dal momento che il computer oggetto di intrusione, pur protetto da *password* di accesso, si trovava negli uffici pubblici del Comune, ove non era soltanto l'utente ad avere accesso per svolgere le sue mansioni.

Un fraintendimento significativo, che palesa la mancata presa d'atto del rilievo che il domicilio informatico assume rispetto alla tutela del diritto alla riservatezza, a prescindere dal luogo fisico in cui lo stesso sia reso accessibile. Secondo questa linea di pensiero, era sufficiente un provvedimento autorizzativo del

[19] Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso e altri, in CED, n. 246954.

pubblico ministero al fine di procedere all'acquisizione di dati che, agli effetti processuali, sono indicati come documenti.

La ricostruzione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità prende le mosse da un presupposto non immediato: che l'art. 189 c.p.p. sia norma non di chiusura del sistema, bensì di apertura, idonea a dar ingresso in dibattimento alla prova non disciplinata e a fungere da presidio normativo utile al compimento degli atti investigativi non espressamente regolamentati in ragione del progresso scientifico e tecnologico.

La previsione evocata dalla giurisprudenza consente l'acquisizione di prove innominate, cioè non incluse nel repertorio legale, a condizione che se ne accerti l'idoneità ad assicurare la ricostruzione dei fatti e l'assenza di pregiudizio alla libertà morale della persona. Un meccanismo che esige un contraddittorio preventivo tra le parti sulle modalità di assunzione, affinché il giudice – chiamato a valutare secondo un giudizio *ex ante* l'idoneità del modello probatorio richiesto a ottenere il risultato probatorio preso di mira – possa preliminarmente valutare l'opportunità dell'ammissione della stessa. Nessun mezzo che, quindi, risulti privo di questa idoneità gnoseologica o che sia comunque lesivo della libertà morale della persona coinvolta può avere accesso[20].

Va da sé che nessun mezzo di prova atipico può celare aggiramenti alla disciplina legale ovvero porsi in contrasto con la legge o con i principi fondamentali dell'ordinamento, dovendosi – ad ogni modo – ritenere operativi i criteri desumibili dall'art. 190 c.p.p. in sede di ammissione probatoria.

Pur tralasciando le critiche di quella dottrina secondo cui residua «il più radicale dubbio che il principio di legalità processuale sia violato dalla stessa ammissibilità di una prova atipica, il ricorso alla quale, comunque, sarebbe addirittura superfluo qualora si riconoscesse che le innovazioni tecnico-scientifiche sarebbero agevolmente inquadrabili in ipotesi già presenti nel testo originario del

[20] In materia, T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e altri problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, cit., pp. 353 ss.

codice di procedura penale»[21], merita soffermarsi sulla compatibilità di un meccanismo dettato in riferimento alla fase dibattimentale rispetto al momento investigativo, in seno al quale manchi fisiologicamente la possibilità di un confronto dialettico sulle modalità di acquisizione probatoria[22].

In particolare, la tesi che ammette l'estensione di questo modello alla fase investigativa suggerisce un'interpretazione "adeguatrice", *rectius* analogica, dell'art. 189 c.p.p., fino a collocare il contraddittorio sulla prova (e non per la prova) in dibattimento, nella fase delle richieste di prova. Il contraddittorio, in altre parole, dovrebbe essere posticipato al momento in cui si chiede ingresso al risultato di una prova alla quale le parti non hanno avuto modo di assistere, direttamente o tramite i propri difensori o esperti: esso si realizzerebbe in un momento nel quale l'eventuale lesione del diritto alla riservatezza (magari non legittima) sia già avvenuta e non sia più in alcun modo rimediabile, a prescindere dalla futura utilizzabilità del dato.

Ma la soluzione prospettata risulta del tutto inadeguata alla salvaguardia dei descritti diritti fondamentali di nuova emersione, che ne risulterebbero inevitabilmente lesi: con le rilevanti conseguenze in punto di utilizzabilità di un risultato di prova implicante la violazione di diritti costituzionalmente tutelati.

5. Acquisizioni *on-line* e rispetto delle garanzie difensive

Sono i principi desumibili dalle fonti sovraordinate e internazionali a fornire una chiave di lettura prudente del sistema, in linea con la tutela dei diritti dell'individuo destinatario della ricerca probatoria. Dalla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica in poi, un punto è fermo: nell'apprensione e nella elaborazione dei dati informatici, la scelta e l'adozione di procedure che permettano di salvaguardare l'integrità del dato e la ripetibilità della estrazione n volte del risultato di prova contenuta nel sistema costituisce uno standard minimo inderogabile.

[21] G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, *I*, *Principi generali*, cit., p. 117.

[22] Ancora, pur con riferimento alla tecnica di pedinamento mediante GPS, T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e altri problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, cit., pp. 353-355.

L'adattamento convenzionale del codice di rito, dovuto alla già citata l. n. 48 del 2008, è chiaramente caratterizzato dall'esigenza di imporre – in occasione delle attività di ricerca della prova – il rispetto di misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione. La fonte di prova va salvaguardata considerando ogni singolo accesso al sistema, dovuto anche alla semplice accensione della macchina o del dispositivo hardware, è potenzialmente in grado di modificare gli elementi di prova digitale, vale a dire i dati contenuti nel sistema preso di mira.

L'ispezione, la perquisizione e il sequestro di dati informatici, nella prassi ormai consolidata, avvengono mediante l'intervento di esperti in materia, che – utilizzando programmi specifici – procedono al *freezing* del sistema, alla fotografia di ciò che è in esso contenuto e alla copia integrale, in modo da permettere che l'utente finale (il pubblico ministero, le parti, il giudice) possano procedere all'estrazione dei dati senza poter modificare i contenuti del sistema medesimo. L'adozione di metodologie della scienza forense serve a fornire una garanzia di non dispersione della prova e consente al pubblico ministero di basare la propria ricostruzione su un quadro insuscettibile di mutamenti e dispersioni; allo stesso tempo, l'integrità e la completezza della estrazione permette il pieno esercizio del diritto difensivo ad opera della parte che intenda contestare l'estrapolazione (solo) parziale di elementi documentali.

Quando si analizzi l'insieme delle metodiche riconducibili alla nozione di perquisizione *on-line*, ci si accorge presto della impossibilità di soddisfare quest'ultimo criterio[23].

Si tocca, così, il punto critico essenziale. I captatori, per loro stessa natura, si insinuano in un sistema modificandolo: il sistema aggredito è alterato per definizione

[23] M. Torre, *Il captatore informatico*, Milano 2017, p. 94.

sia al momento della installazione del virus, sia in seguito, allorché si proceda alla ricerca e alla estrazione dei dati[24].

Quando l'intrusione avvenga per effettuare la ricerca di informazioni, magari mediante una specifica ricerca tematica, il risultato fornisce dati digitali che potrebbero risultare alterati; e il rischio di accidentale modifica dei contenuti del sistema informatico è alto[25].

Si noti come in giurisprudenza, la stessa che qualifica queste attività alla stregua di forme di ricerca probatoria atipica, si è affermata l'idea (tecnicamente infondata) che riconduce al novero delle attività ripetibili le attività di ricerca ed estrazione della prova digitale[26].

Nessuna cautela è, quindi, improvvidamente ritenuta necessaria al momento della acquisizione; né si prospetta alcuna necessità di attivare la procedura garantita descritta dall'art. 360 c.p.p., dal momento che essa determinerebbe la perdita della caratteristica principale già evidenziata, vale a dire la natura occulta della ricerca probatoria.

Le conseguenze sul negato esercizio del diritto difensivo sono di immediata percezione, sia in punto di mancata partecipazione (pur senza preavviso) alle operazioni di estrazione secondo metodiche di *legal imaging* affidabili; sia in termini di mancata qualificazione delle operazioni di ricerca e di successiva copia come accertamenti tecnici non ripetibili, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in termini di utilizzabilità futura del risultato di prova.

6. Cautele tecniche e utilizzabilità del dato acquisito

[24] Secondo S. Aterno, Digital forensics *(investigazioni informatiche)*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg.*, 2014, p. 217, «mutano alcune funzioni di sistema specifiche che consentono ad un operatore da remoto e connesso alla rete di prendere il possesso dello strumento e di far compiere allo strumento stesso una serie di operazioni fuori dal controllo dell'utente autorizzato modificando molte funzioni tipiche di sicurezza del sistema».

[25] Secondo M. Torre, *op. cit.*, p. 95, «essendo potenzialmente in grado di alterare unilateralmente e senza possibilità di controllo, né *ex ante*, né *ex post*, il dispositivo "target", il *trojan* di Stato appare in contrasto con le nuove norme introdotte dalla legge n. 48 del 2008».

[26] Tra le più significative, Cass., sez. II, 4 giugno 2015, Scanu e altri, in CED, n. 264286; Cass., sez. II, 19 febbraio 2015, Apicella e altri, in CED, n. 263797; Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, cit.; Cass., sez. I, 30 aprile 2009, Corvino, in CED, n. 244454.

L'acquisizione operata attraverso la perquisizione *on-line* transita, nella gran parte dei casi, attraverso lo strumento peritale. La verifica di genuinità della prova, nel senso di rispondenza al dato originariamente esistente nel sistema, esige competenze tecniche.

Si è già rilevato come tale controllo possa essere messo a dura prova dal mancato rispetto delle procedure di *legal imaging* consolidate: è proprio questo aspetto che determina le conseguenze più rilevanti anche in punto di utilizzabilità dibattimentale del frutto dell'apprensione. In mancanza di un contraddittorio preventivo – o anche solo dell'attivazione delle garanzie proprie degli atti a sorpresa – e dell'impossibilità di procedere all'acquisizione da remoto tramite metodiche di copia forense, non c'è richiamo alle *best practice* condivise che tenga.

Pur ipotizzando di accettare la ricostruzione proposta dalla giurisprudenza, riconducendo tali tecniche alla nozione di prova atipica, non si può certo trascurare l'esistenza di *un limite esterno invalicabile*, consistente nel rispetto dei principi desumibili dalla Costituzione.

Si è già visto, in esordio, quali principi possano rilevare e quale sia il ruolo dei nuovi diritti fondamentali emergenti. Il dibattito circa l'inutilizzabilità della prova atipica lesiva di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati è vivo e ha fornito una varietà di soluzioni pregevoli, che non si possono certo ripercorrere. Sia che l'inutilizzabilità dipenda dall'inosservanza di divieti probatori impliciti, sia che essa sia riconducibile alla illegittimità propriamente intesa, *ex* art. 191 c.p.p., resta il fatto che una prova atipica che sia assunta in spregio dei diritti fondamentali, ledendoli irrimediabilmente, non può trovar spazio nel sistema.

Se così non fosse, per riprendere una tesi formulata ormai quindici anni orsono, l'art. 189 c.p.p. dovrebbe esser sottoposto a uno scrutinio di legittimità

costituzionale nella parte in cui non prevede casi e modi di limitazione dei diritti fondamentali che siano attinti dalla prova atipica ammessa dal giudice[27].

7. Considerazioni conclusive *de iure condendo*

Il bilanciamento degli interessi è affare serio, che non può essere lasciato all'operato della giurisdizione e «trova nel legislatore il suo riferimento primario»[28]. Anche la repressione, o ancor più la prevenzione, di fenomeni criminosi percepiti come allarmanti non muta le carte in tavola. Come si è efficacemente osservato, «Mafia, terrorismo internazionale, pedofilia, tratta di esseri umani sono le attuali parole d'ordine che, sulla linea del bilanciamento, giustificano – presso l'opinione pubblica – spostamenti del cursore a vantaggio dell'esigenza repressiva, con sacrificio dei diritti di libertà. Un terreno fertile per le pratiche di populismo penale»[29], destinate inevitabilmente a incidere sulle riforme processuali di settore.

A farne le spese sono, in prima battuta, proprio quei diritti fondamentali di nuovo conio (o di recente rilettura) di cui s'è accennato.

L'errore sta nel ritenere che la compressione di tali diritti non debba passare per la penna del legislatore, che pure è sottoposto al controllo della Corte costituzionale, secondo i parametri diretti e interposti che compongono il variegato quadro delle fonti primarie. Il principio di stretta legalità processuale descritto dall'art. 111 comma 1 Cost. lo esige: «Limitazioni della posizione e delle garanzie processuali concernenti colui nei cui confronti sia instaurato un procedimento penale sono dunque giuridicamente possibili solo se "previste dalla legge"»[30], secondo quanto d'altronde testualmente stabilito dal già citato art. 52 § 1 CDFUE.

---

[27] F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2178 ss. Secondo T. Bene, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, cit., p. 355, «una lettura costituzionalmente conforme dell'art. 189 c.p.p. impone di ritenere che proprio in ragione della sua struttura, volutamente generica, la norma *de qua* risulta inidonea ad attuare la riserva di legge stabilita dalla Carta fondamentale e preclude l'ingresso processuale delle prove atipiche lesive di diritti inviolabili».

[28] C. Cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4761.

[29] R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1155-1156.

[30] G. Ubertis, *Equità e proporzionalità* versus *legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. penale*, 2017, n. 2, pp. 2-3.

Il legislatore che intervenga su tali materie, dal canto suo, sarà chiamato a operare il bilanciamento tra garanzie difensive ed esigenze di repressione secondo parametri che mai si discostino dall'equità processuale e nel pieno rispetto del criterio di proporzionalità, criterio che esprime il limite razionale interno di compressione dei diritti fondamentali.

Basterebbero, in effetti, pochi significativi innesti per ricondurre una prassi *border-line* alla ortodossia costituzionale e convenzionale. Proviamo a indicare i cardini di una possibile delega legislativa in materia, fondata sul criterio della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

Si dovrebbe, anzitutto, procedere alla tipizzazione, così individuando i casi in cui l'intrusione e l'attività di ricerca o di sorveglianza on-line sia ammissibile, avendo in mente le tre categorie del controllo di proporzionalità della idoneità del mezzo, della necessità rispetto allo scopo e della mancanza di soluzioni alternative. L'uso di uno strumento così invasivo, in altre parole, dovrebbe legittimarsi per la repressione (o la prevenzione) di reati di una certa gravità, quando costituisca espediente efficace per l'acquisizione del dato e soltanto a condizione che la ricerca probatoria non sia soddisfatta mediante il ricorso ad altri strumenti investigativi tipici, meno incidenti sui diritti costituzionalmente garantiti.

Il giudice, in sede di controllo sulla sussistenza dei requisiti dettati dalla legge (dovendo comunque accedere alla verifica della proporzionalità nelle accezioni già indicate), dovrà motivare il provvedimento autorizzativo, se del caso dettando specifiche cautele di natura tecnica che gli operanti di polizia giudiziaria (e gli ausiliari coinvolti) dovranno seguire e verbalizzare, in modo da rendere controllabili le operazioni di esecuzione dell'indagine informatica. L'affidabilità dei risultati dell'indagine deve poter essere oggetto di successivo controllo nel corso del contraddittorio dibattimentale.

L'elemento di prova ottenuto potrà entrare a far parte del materiale decisorio soltanto a seguito dell'attuazione del contraddittorio (debole) sulla prova ottenuta: il ruolo del perito, chiamato a validare l'osservanza dei protocolli investigativi, può

costituire modello normativo controllabile mediante l'instaurazione di un confronto tecnico ad opera di consulenti di parte.

La previsione di divieti probatori espliciti risolverebbe, infine, il quesito concernente l'inutilizzabilità della prova ottenuta senza l'osservanza delle regole, responsabilizzando l'operato delle parti e ponendo un limite al controllo del giudice, che avrà buon gioco a limitare il ricorso al «"bulimico" congegno»[31] intrusore.

Abstract
The recurring use of new cyber tools within the criminal proceedings marks a dramatic change of perspective. The use of trojan horses and of similar software shows the insufficiency of the legal types provided for by the Italian Code of Criminal Procedure (ICCP). Even the case law, frequently keen on using analogy to extend the scope of evidentiary rules, has gone beyond the legal framework, turning to the scheme of the atypical evidence, pursuant to Section 189 ICCP. The centrality of constitutional and supranational principles – together with the role of the principle of proportionality – needs to be affirmed when dealing with procedural means that are capable of slyly capturing digital evidence.

Key words
On-line search, fundamental rights, proportionality, right to defense, fair trial.

[31] Secondo l'espressione coniata da L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arc. pen.*, 2016, n. 2, p. 349.

JusOnline n. 3/2017
ISSN 1827-7942

Marco Torre

Dottore di ricerca, Università di Firenze

Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Ambito di ammissibilità delle intercettazioni mediante captatore: l'asimmetria tra sezioni unite e riforma Orlando – 3. La poliedricità del captatore informatico.

1. Introduzione

Con legge 23 giugno 2017, n. 103[1] (un unico articolo composto da 95 commi), dopo un tormentato *iter* legislativo durato ben due anni, finalmente la riforma del nostro sistema di giustizia penale vede la luce. Tra le novità, alcune sono direttamente applicabili[2], altre necessitano di un ulteriore intervento del Governo nei panni di legislatore delegato[3]. Tra queste ultime, una delle più delicate e discusse riguarda la materia delle intercettazioni di comunicazioni[4] e, in particolare, per quanto più ci riguarda in questa sede, la disciplina delle captazioni itineranti eseguite materialmente mediante l'uso di captatori informatici.

L'interesse del legislatore delegante a quest'oggetto misterioso –il c.d. captatore informatico[5]- non sorprende affatto ed il motivo è presto detto: se è vero, da un lato, che da sempre le intercettazioni di comunicazioni rappresentano il più efficace strumento di accertamento dei fatti, è altrettanto vero, dall'altro lato, che soltanto in tempi relativamente recenti la comunicazione e, più in generale,

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

[1] «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario». Pubblicata nella Gazz. Uff. 4 luglio 2017, n. 154.

[2] L'introduzione di una nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie; l'aumento delle pene per il reato di scambio elettorale politico-mafioso e per alcuni reati contro il patrimonio; la disciplina della prescrizione; la definizione del procedimento per incapacità dell'imputato; la disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore e quella del differimento del colloquio con il difensore; la disciplina delle indagini preliminari; la disciplina dei riti speciali, in particolare il rito abbreviato; la disciplina delle impugnazioni, dove viene introdotto il concordato in appello.

[3] In particolare, il Governo è delegato ad adottare una serie di decreti legislativi aventi ad oggetto: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati e delle misure di sicurezza personali e per il riordino di alcuni settori del codice penale; la revisione della disciplina del casellario giudiziale; la riforma della disciplina in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni; la riforma della disciplina in materia di giudizi di impugnazione nel processo penale; la riforma dell'ordinamento penitenzio.

[4] Comma 84, lett. a, b, c, d, e dell'art. 1 della legge n. 103 del 2017.

[5] Per un approfondimento tecnico-giuridico dello strumento, sia consentito rinviare a M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano 2017, pp. 12 e ss.

l'interazione tra soggetti avviene mediante la tecnologia informatica ed in modo criptico, di tal ché l'unica strada percorribile per ottenere informazioni intellegibili passa attraverso il c.d. captatore informatico[6].

Non certo casualmente, tale rinnovato[7] interesse politico al tema delle intercettazioni e, in particolare, alle captazioni effettuate mediante sistemi informatici di controllo remoto segue cronologicamente un recente autorevole arresto giurisprudenziale della Corte di cassazione, la quale, nella sua più autorevole composizione[8], aveva chiarito come, «limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., personal computer, tablet, smartphone, ecc.) - anche nei luoghi di privata dimora *ex* art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa». Mentre, «deve escludersi - *de iure condito* - la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo del captatore informatico, al di fuori della disciplina derogatoria di cui alla L. n. 203 del 1991, art. 13 (di conversione del D.L. n. 152 del 1991)»[9].

---

[6] Per un approfondimento sulla genesi del captatore informatico come strumento di intercettazione, cfr. M. Torre, *Il captatore informatico*, cit., pp. 21 e ss.

[7] Nel nostro Paese, il primo tentativo di tipizzazione del captatore informatico per finalità di intercettazione si registra già in occasione della conversione in legge del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione» (c.d. "decreto legge antiterrorismo"). Un'altra interessante proposta di legge è stata presentata il 20 aprile 2016 alla Camera dei Deputati: si tratta dell'Atto Camera n. 3762 - XVII Legislatura, Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici, di iniziativa parlamentare (On. Giuseppe Stefano Quintarelli), in www.camera.it.

[8] Cass, sez. un., 28 aprile 2016 (dep. il 1 luglio 2016), Scurato, n. 26889, in *CED Cassazione*, 2016.

[9] «Ed invero: a) nelle intercettazioni regolate esclusivamente dagli artt. 266 c.p.p. e ss., il requisito autorizzativo delle intercettazioni tra presenti, incentrato sul "fondato motivo di ritenere che" nei luoghi di privata dimora investiti dalle captazioni "si stia svolgendo l'attività criminosa", si pone in tutta la sua pienezza, non consentendo eccezioni di alcun genere; b) all'atto di autorizzare una intercettazione da effettuarsi a mezzo di captatore informatico installato su di un apparecchio portatile, il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico (*smartphone, tablet, computer*) verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale; c) peraltro, anche se fosse teoricamente possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico e sospendere la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta "al buio"; d) si correrebbe il concreto rischio di

Ebbene, leggendo i principi direttivi contenuti nella legge delega n. 103 del 2107 (c.d. riforma Orlando) non sembra esserci perfetta sintonia tra legislatore e giudice di legittimità. E non è tutto.

Il vero problema -del quale il legislatore delegante non si è fatto carico- consiste nella poliedricità del captatore informatico: esso può essere impiegato per raggiungere scopi differenti, dalle intercettazioni (telematiche e "ambientali") sino alle perquisizioni a distanza, passando attraverso la captazione di dati "elaborandi" e non ancora memorizzati sulla memoria di massa del dispositivo, per finire al monitoraggio dell'attività *on line* svolta dall'utente, senza tralasciare, ovviamente, la possibilità di video-riprendere l'ambiente e di geolocalizzare la posizione del *mobile*[10].

L'omessa considerazione del carattere *multitasking* del captatore, circostanza fisiologica nella sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in ragione della specificità dei quesiti posti nell'ordinanza di rimessione, diventa patologia quando si osserva un legislatore intento a scrivere una delega in materia di captatori informatici.

2. Ambito di ammissibilità delle intercettazioni mediante captatore: l'asimmetria tra sezioni unite e legislatore delegante

Il legislatore delegante ha stabilito che «l'attivazione del dispositivo [per effettuare intercettazione di conversazioni tra presenti] sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266, comma 1, del codice di procedura penale».

---

dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora del tutto al di fuori dei cogenti limiti previsti dalla vigente normativa codicistica, incompatibili con la legge ordinaria ed in violazione delle norme della Costituzione e della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (che impongono al legislatore ed ai giudici di porre alle intercettazioni limiti rispettosi del principio di proporzione)».

[10] Il captatore informatico è un programma che, una volta installato furtivamente all'interno di un determinato sistema informatico, consente ad un centro remoto di comando di prenderne completamente il controllo, sia in termini di *download* che in termini di *upload* di dati e informazioni di natura digitale. A ciò si aggiunga la possibilità, per il dominus, di "comandare" a distanza, in modo occulto, le periferiche del dispositivo controllato (microfono e videocamera) al fine di realizzare un vero e proprio monitoraggio audio e video, non solo della persona che ha la disponibilità dell'apparecchio, ma anche di tutti coloro i quali si trovano all'interno del perimetro tecnico d'azione del dispositivo; a ciò si aggiunga la possibilità di geo-localizzare il dispositivo con un margine di errore ormai prossimo allo zero.

La soluzione escogitata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione era ben diversa: «le intercettazioni di conversazioni tra presenti mediante acquisizione del controllo occulto, con "captatore informatico", di dispositivi elettronici portatili […] in uso al soggetto intercettato, sono ammesse per i processi di criminalità organizzata per i quali, ai sensi dell'art. 13 del D.L. n. 152 del 1991, le intercettazioni nei luoghi di privata dimora sono ammesse senza limiti». Con la seguente precisazione: «per i reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell'art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, *ex* art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato».

Evidente, dunque, l'asimmetria tra ambiti di ammissibilità che appaiono come cerchi intersecantisi: da un lato, la scelta legislativa restringe il numero dei reati per l'accertamento dei quali è consentito il ricorso al captatore informatico, che passa dall'ampio perimetro dei delitti di criminalità organizzata al più ristretto cerchio dei delitti di mafia e di terrorismo (art. 51, comma 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.); dall'altro lato, tuttavia, il legislatore delegante fa rientrare dalla finestra ciò che le sezioni unite sembravano aver fatto uscire dalla porta principale, ossia la possibilità di impiegare il captatore informatico quando si procede per reati "comuni".

Nella legge delega tale eventualità è prevista, con l'unica condizione legittimante che, qualora l'intercettazione avvenga in luoghi domiciliari, è necessario dimostrare l'attualità dello svolgimento dell'attività criminosa in tali luoghi. Quindi, smentendo la premessa tecnica che sta alla base della conclusione giuridica offerta dalla giurisprudenza di legittimità, il legislatore sembra dar credito a quanti invocavano la sostenibilità di un captatore sì itinerante, ma la cui area di operatività è gestibile *ex ante*[11].

[11] Cfr. F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in Cass. pen., 11, 2016 , p. 4140, secondo il quale «[…] lo stato dell'arte, ormai da molti anni, consente agevolmente di attivare da remoto il microfono di un dispositivo portatile preventivamente infettato da un trojan, [rendendo] possibile richiedere al giudice di autorizzare l'intercettazione di comunicazioni tra presenti in un luogo preventivamente indicato dal pubblico ministero nel quale, sia pure rientrante in uno di quelli ex art. 614 c.p., si stia svolgendo l'attività criminosa. In questa evenienza dunque non sarebbe impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che pertanto non verrebbe disposta "al buio" […] Né si correrebbe il concreto rischio di dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora, dal momento che tale luogo non solo viene così preventivamente indicato al giudice ma è anche tecnicamente identificabile dagli ufficiali di polizia giudiziaria

In altre parole, la natura fisiologicamente mobile del captatore informatico - ostacolo all'apparenza insormontabile per una corretta applicazione dell'art. 266, co. 2, c.p.p.- può essere imbrigliata dalla tecnica al fine di rendere tale strumento investigativo conforme alle regole processuali, prima fra tutte la tutela rafforzata dei luoghi domiciliari[12].

Ineccepibile dal punto di vista tecnico-giuridico, tale apertura legislativa lascia perplessi quanti, come noi, immaginano il captatore come *extrema ratio*, una sorta di "legittima difesa processuale", senz'altro utile e spesso indispensabile, sia in chiave repressiva sia in chiave preventiva, per far fronte ai più gravi reati di mafia e di terrorismo, ma non certo proporzionato quando si procede per reati che nulla hanno a che fare con tali gravissimi fenomeni criminali.

3. La poliedricità del captatore informatico: il paradosso della riforma Orlando

La vera ragione del difficile inquadramento giuridico del captatore informatico risiede nella multifunzionalità dei vari *software* in commercio[13].

---

delegati all'esecuzione delle operazioni di captazione e di ascolto mediante il ricorso al cd. "positioning" (localizzazione in tempo reale del dispositivo oggetto di intercettazione, tramite la collaborazione del gestore di telefonia) e/o anche a seguito di localizzazione effettuata dallo stesso trojan tramite captazione del segnale GPS del dispositivo portatile di interesse investigativo. Tali tecniche di tracciamento del dispositivo possono essere surrogate (o di contro, nella maggior parte dei casi, affiancate) da classiche attività di pedinamento dell'utilizzatore del dispositivo portatile, a seguito delle quali è ben possibile – a livello investigativo – identificare quando il dispositivo si trovi esattamente nel luogo già indicato dal giudice e, correlativamente tramite impulso da remoto, dare inizio all'intercettazione delle comunicazioni tra presenti mediante attivazione del microfono. Così, allo stesso modo, sarà possibile identificare anche il momento nel quale il dispositivo fuoriesca da tale ambito locale, al fine di terminare la captazione tramite disattivazione del microfono».

[12] Ad esempio, facendo dipendere l'attivazione del captatore dal fatto che questi risulti, o meno, collegato ad una determinata rete *wifi* presente in una pre-individuata abitazione o, ancora, facendo ricorso al cd. *positioning*, ossia alla localizzazione in tempo reale del dispositivo oggetto di intercettazione, tramite la collaborazione del gestore di telefonia o anche a seguito di localizzazione effettuata dallo stesso *trojan* tramite captazione del segnale GPS del dispositivo portatile di interesse investigativo.

[13] «Uno strumento tecnologico di questo tipo consente lo svolgimento di varie attività e precisamente: di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia *web mail*, che *outlook*); di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi; di mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini; di perquisire lo *hard disk* e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira; di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*); di sfuggire agli *antivirus* in commercio». Così, Cass, sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

E' vero, da un lato, che le norme del codice dovrebbero essere neutre rispetto alla tecnologia, ma è altrettanto vero, dall'altro lato, che è complicato regolamentare il "nuovo" mediante schemi "vecchi". Ed è proprio questo, in realtà che tenta di fare il legislatore delegante. Complicato, tuttavia, non significa impossibile: è concepibile, ma forse non auspicabile, ripensare al concetto di intercettazione e di flusso comunicativo, prospettando una interpretazione evolutiva idonea ad attrarre al suo interno la captazione del flusso unidirezionale tra utente e *server*. D'altronde, nel codice di rito manca una definizione di intercettazione[14], con la conseguenza che un'operazione ermeneutica di tal guisa non sarebbe certo qualificabile come eversiva[15].

Esistono, tuttavia, attività che mai e poi mai possono essere qualificate come intercettazioni[16]. Fra queste, in particolare, spiccano le c.d. "perquisizioni on line" in senso stretto, tanto discusse in dottrina[17], quanto ignorate dalla giurisprudenza[18], la quale ricorre al concetto di "prova atipica" per offrire cittadinanza giuridica -e

[14] Come noto, il *deficit* definitorio è stato colmato dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., sez. un., 28 maggio – 24 settembre 2003, Torcasio, in *Guida dir.*, 42 (2003), p. 49. In dottrina, cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 17a ed., Milano 2016, pp. 396 e ss.

[15] In questa direzione sembra andare, di recente, il Tribunale di Roma, sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, nella nota vicenda che ha visto coinvolti i fratelli Occhionero. I giudici hanno precisato che «la novità introdotta dalla legge del 1993 [ossia, l'art. 266-*bis* c.p.p.] è rappresentata non solo dall'aver esteso l'ambito di ammissibilità delle intercettazioni ai procedimenti aventi ad oggetto i "*computer crimes*", ma dall'aver consentito l'intercettazione dei flussi di dati numerici (*bit*), nell'ambito dei singoli sistemi oppure intercorrente tra più sistemi […]». In altre parole, continuano i giudici, «in tutti i casi in cui si vuole captare in tempo reale un flusso di dati intercorso su un determinato schermo o all'interno di un supporto informatico siamo nell'ipotesi dell'intercettazione e non viene in rilievo la disciplina del sequestro». Così, Trib. del riesame di Roma, 30 gennaio 2017, Ordinanza n. 127-128, inedita, confermata, seppur con una diversa motivazione, da Cass. pen., sez. V, 20 ottobre 2017, Occhionero, n. 48370, consultabile al seguente url: http://www.italgiure.giustizia.it.

[16] Sulla ontologica distinzione tra intercettazione e sequestro, cfr., in dottrina, I. Calamandrei, *Acquisizione dei dati esteriori di una comunicazione ed utilizzazione delle prove c.d. incostituzionali*, in *Giur. it.*, 9 (1999), p. 1691, in cui l'autrice commenta e critica Cass. pen., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, n. 21 (rv 211197).

[17] Tra i tanti, cfr. S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in Cass. pen., 07/08 (2010), pp. 2855 e ss.; Id., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in Cass. pen., 2 (2015), pp. 760 e ss.; S. Aterno, *Mezzi atipici di ricerca della prova e nuovi strumenti investigativi informatici: l'acquisizione occulta da remoto e la soluzione per la lotta contro l'utilizzo del cloud criminal*, in G. Costabile - A. Attanasio (a cura di), IISFA Memberbook 2012 Digital Forensics. Forlì 2013, pp. 1 e ss.; F. Iovene*, Le c.d. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in Riv. trim. diritto penale contemporaneo, 3-4 (2014), p. 332; M. Trogu, *Sorveglianza e "perquisizioni" on-line su materiale informatico*, in A. Scalfati (a cura di), Le indagini atipiche, Torino 2014.

[18] Eccezion fatta per Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2010, n. 16556, Virruso, in *CED* 246954 e, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 20 ottobre 2017, n. 48370, Occhionero, cit.

garantirne, quindi, l'utilizzabilità dei risultati- a tale specifico sviluppo investigativo del captatore[19].

A nostro parere, ciò non può essere consentito in forza del "principio di non sostituibilità" tra i mezzi di prova[20]. Tale principio, unitamente alla teoria della prova incostituzionale, completa la materia dei divieti probatori ricavabili dal sistema: così come il versatile meccanismo della prova atipica non può essere utilizzato per superare un divieto o una inutilizzabilità speciale stabilita in relazione ad un differente strumento probatorio, allo stesso modo non è consentito "spacciare" per atipico uno strumento processuale al solo scopo di aggirare regole e garanzie alle quali quel mezzo sarebbe vincolato se solo lo si chiamasse con il suo vero (tipico) nome[21].

Usare surrettiziamente la norma sulla prova atipica per fini che non le sono propri rappresenta un illegittimo aggiramento delle norme processuali poste a garanzia dell'indagato[22]. In particolare, l'utilizzo del captatore informatico per fini di perquisizione comporta l'elusione delle seguenti garanzie difensive previste per le perquisizioni tradizionali: conoscibilità dell'atto (art. 250 c.p.p.); assistenza del difensore (art. 365 c.p.p.); deposito del verbale (366); adozione di misure tecniche

[19] Ci si riferisce, in particolare, a Cass. pen., sez. V, 29 aprile 2010, n. 16556, cit., secondo la quale, come noto, l'attività autorizzata dal P.M., consistente nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull'*hard disk* dell'apparecchio […] aveva avuto ad oggetto non un flusso di comunicazioni, richiedente un dialogo con altri soggetti, ma una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico, ossia un flusso unidirezionale di dati confinato all'interno dei circuiti del *personal computer*. Pertanto, correttamente, i giudici di merito hanno ricondotto l'attività di captazione in questione al concetto di prova atipica, sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 e ss. c.p.p., utilizzandone i risultati». La Corte di cassazione ha inoltre escluso che l'attività captativa de quo fosse stata posta in essere in violazione degli artt. 14 e 15 Cost.: in particolare, non c'è stata violazione dell'art. 14 perché, si legge, «l'apparecchio monitorato con l'installazione del captatore informatico non era collocato in un luogo domiciliare ovvero in un luogo di provata dimora», ma nei locali sede di un ufficio pubblico comunale, dove l'imputato non godeva certamente di uno *ius excludendi alios*; non ci sarebbe stata violazione dell'art. 15 Cost., perché «quanto riprodotto in copia non era un testo inoltrato e trasmesso col sistema informatico, ma soltanto predisposto per essere stampato su supporto cartaceo e successivamente consegnato sino al suo destinatario».

[20] Cfr. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, pp. 274 e ss.; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2016, p. 106; G. Quagliano, *Acquisizione di corrispondenza del detenuto: la Consulta promuove il principio di non sostituibilità*, in *Dir pen. proc.*, 2017, 8, pp. 1058 e ss F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino 2000, p. 232; L. Fiilippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, p. 235.

[21] Il principio di non sostituibilità trova riscontro sia nel diritto vivente, sia nel diritto positivo. Per un approfondimento della tematica, con specifico riferimento alla perquisizioni da remoto, sia consentito rinviare ancora una volta a M. Torre, *Il captatore informatico*, cit., pp. 90 e ss.

[22] C. Conti - P. Tonini, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2012, p. 106.

dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione (art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p.).

Dunque, *de iure condito* sembra doversi trarre il divieto di utilizzazione dei *virus* informatici in indagini atipiche, quantomeno nella loro particolare funzione di strumenti finalizzati alla perquisizione occulta a distanza: prima ancora della Costituzione, è di ostacolo il principio di non sostituibilità, che deriva da una esegesi puntuale delle stesse norme del codice di rito (soprattutto all'indomani della novella del 2008), la cui violazione è senz'altro sanzionabile processualmente *ex* art. 191 c.p.p. per carenza di potere istruttorio[23].

La soluzione migliore al problema sembra essere quella di una tipizzazione, ad opera del legislatore, di un mezzo di ricerca della prova *ad hoc* in grado di realizzare un equo bilanciamento tra esigenze investigative di accertamento del fatto di reato e tutela dei diritti fondamentali dei soggetti a vario titolo coinvolti in tale accertamento.

Su quest'ultimo aspetto, onestamente, la legge delega Orlando lascia insoddisfatti, realizzando un vero e proprio paradosso: anziché creare un nuovo mezzo di ricerca della prova in grado di raccogliere le sfide della tecnologia e venire incontro alle esigenze della prassi investigativa, si prevede esclusivamente un "aggiornamento" delle norme sulle intercettazioni in grado di disciplinare soltanto uno dei potenziali impieghi operativi del captatore informatico, ossia l'intercettazione di conversazioni tra presenti mediante attivazione del microfono del dispositivo monitorato.

Su tutto il resto, il legislatore (colpevolmente) tace. Con la conseguenza, maggiormente condivisibile dopo il varo dei decreti delegati, che tutti i dispositivi non conformi a quelli previsti nei regolamenti ministeriali (perché, magari, in grado

[23] In questo senso, di recente e con specifico riferimento al tema della prova informatica, cfr. Trib. Modena, Ordinanza, 28 settembre 2016, consultabile al seguente url: http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/10/Tribunale-di-Modena-Ordinanza-28-settembre-2016.pdf, secondo il quale «sono inutilizzabili i risultati dell'attività di acquisizione della posta elettronica, effettuata attraverso un captatore informatico (il c.d. *Trojan*). L'acquisizione della corrispondenza telematica allocata nel *personal computer* dell'indagato o giacente presso i gestori [è] possibile solamente alle condizioni stabilite dall'art. 247, comma 1-*bis*, c.p.p., e nelle forme stabilite dagli artt. 254 e 254-*bis* c.p.p.»

di fare molto altro rispetto alla sola "intercettazione ambientale") dovranno considerarsi illegittimi e, quindi, inutilizzabili.

Forse non era questa la conclusione più auspicabile.

Abstract
The procedural guidelines on Remote Administration Tool interceptions planned in the law no. 103 of 2107 (Orlando Act) show an asymptotic approach of the legislator compared with the recent Supreme Court stance. Particularly, we have two main problems: the admissibility of interception of communications and conversations between participants based on remote control systems of electronic devices used by who has to be monitored; the failure to observe the technical specifications of the Remote Administration Tools, normal situation in a Supreme Court Judgment, but very worrying when there is an independent regulator who will also issue the necessary provisions.

Keywords
Remote control sistems, trojan horse, lawful interception of communications, equipment interference, atypical investigative tool.